

LOS DERECHOS E INTERESES DE INCIDENCIA COLECTIVA

Autora: Lidia M R Garrido Cordobera*

Resumen

En la actualidad, la masificación y propagación de los peligros y su carácter difuso o colectivo exigen el cambio de paradigma y de enfoque y justifican plenamente la aceptación con rango propio del tipo de derechos de incidencia colectiva, receptados en el Art 14 del CCC.

Creemos que el CCC ha perdido parte de su fuerza al haberse suprimido los artículos que contemplaban expresamente la reparación de los intereses colectivos y también al suprimirse la sanción pecuniaria disuasiva conocida como daño punitivo.

Sostenemos que sería necesaria la implementación de normas que establezcan la reparación de los daños colectivos y de los daños punitivos, no solo en materia de consumo y en dicho ordenamiento es necesaria la reformulación del art 52 LDC con la supresión del tope.

Consideramos que estos intereses plantean en nuestra sociedad el tema del compromiso y la responsabilidad de los Jueces, como lo señalaba Mauro Cappelletti, y del mismo Estado como custodios tanto de los derechos individuales como de los de incidencia colectiva.

Ponencia

1. Considerar un acierto la inclusión de los intereses colectivos en el CCC
2. El art 14 debe ser interpretado conforme a los principios generales y a la armonización de los derechos colectivos con los individuales, ante la colisión de ellos
3. Debe en una futura reforma incluirse una norma en el CCC que establezca la reparación de los daños colectivos y el destino de la indemnización
4. Debe en una futura legislación regularse el daño punitivo o sanción pecuniaria en protección a los intereses colectivos. Incluirla en LGA y reformar el art 52 LDC

1. Planteo necesario de encuadre del tema.

Decíamos que desfilaban ante nuestros ojos acontecimientos de tamaño magnitud tales como el problema de la eliminación de los residuos nucleares, la contaminación del medio ambiente, la desinformación del público respecto de ciertos peligros o cualidades de los productos que se adquieren para su uso diario, y en tal realidad tendremos

* Profesora, UBA.

también una nueva víctima de tipo plural, que será la de los grupos o comunidades cuya integridad física es objeto de agresión, y en algunos supuestos también el daño psíquico¹

Estos acontecimientos hacen que debamos replantearnos el panorama en el moderno Derecho, de categorías al lado de los intereses individuales, la de los intereses colectivos, el aspecto preventivo, el problema procesal del acceso a la justicia y, por supuesto, el tema de los límites de los derechos individuales como también la reparación.

Siempre fue muy difícil, ante el agravio de los intereses de la comunicad, o quizá de los intereses de quienes habitan en un determinado radio, reconocer la tutela y la reparación con el criterio clásico sobre los requisitos y extremos de la responsabilidad o restitución de cosas al estado anterior frente a un tribunal de justicia.

Es necesario que recordemos, nuevamente, que al hablar de los “bienes colectivos” parecería que el ciclo estaría volviendo a los orígenes pretorianos romanos, se analiza el fin del Derecho y su función social y se lo ve como una multitud de lazos que engendran ventajas y cargas a múltiples destinatarios².

Si bien se reconoce que los bienes colectivos o las cosas de uso común son necesarios para la vida, muy poca gente es capaz de percibir que el daño causado a esta clase de bienes es un daño, también en sentido jurídico. Lamentamos la supresión de la normativa inserta en el Proyecto y suprimida en el envío del PE del texto definitivo del CU pero creemos que procederá de igual modo, pues no es posible reconocer la existencia de una clase de intereses de incidencia colectiva (Art 14) y bienes colectivos tutelados, denominado en el código bienes en relación a los derechos de incidencia colectiva (Arts 240 y 241) y no sostener su reparación.

La orientación moderna recepta intereses más amplios que los intereses individuales y comprende, o va comprendiendo paulatinamente, a la colectividad que está sujeta a violaciones en masa debido a los riesgos propios de los tiempos actuales, y va protegiendo a estos intereses que son también atendibles.

Debemos recordar que al respecto, Morello y Stiglitz señalan que a los derechos humanos los podemos sistematizarlos en tres grupos:

- a)* los que reconocen y tutelan la integridad física y moral del individuo;
- b)* los que garantizan su libre actuación;
- c)* los que promueven una ordenación justa de las relaciones sociales de integridad y libertad.

Recalcan estos tratadistas algo sumamente importante, “Que el derecho a la vida, catalogado tradicionalmente entre los derechos civiles, se enlaza con el derecho a un nivel de vida adecuado, con el derecho a la salud y a la protección de la salud, con el

¹ Garrido Cordobera Lidia M R; *Los daños colectivos y su reparación*, Ed Universidad, Bs As 1991 en nuestra Tesis.

² Casahuga, Antoni: *Fundamentos normativos de la acción y organización social*, Ed. Ariel-Economía, Barcelona, 1985; Quiroga Lavié, Humberto: *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Ed. Depalma, 1985

derecho a la seguridad social y a otros que se consideran como pertenecientes al campo de los económicos y sociales, pero que en realidad están destinados a proteger la vida, la salud, agregamos el ambiente, en su integridad³.

Es sumamente claro el concepto vertido precedentemente, que compartimos, y que nos permite plantear el tema del derecho a la vida se resguarda en una “sucesión de corazas” que lo preserva de las vicisitudes que atrapan a la persona, “situada y sitiada”; estas facetas serían el derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente sano y al respeto del patrimonio común de la sociedad.

Se debe tratar de lograr la realización de los principios de justicia y solidaridad social, de mantener el orden, la paz y la seguridad, alejando de la colectividad situaciones dañosas que son producto de actividades o conductas desequilibrantes de la convivencia pacífica.

Decíamos que “La protección del Derecho no se brinda ahora solamente al interés legítimo y al Derecho subjetivo, sino que se ve que algunos fenómenos de la vida colectiva ponen hoy en juego típicos intereses supraindividuales o colectivos, a los que debe dárseles atención, ya que –con palabras de Morello– son incuestionablemente dignos de la más enérgica y anticipada protección”, frase que hoy es más cierta que nunca.

Las concepciones jurídicas que intentan ser superadas al captar estos acontecimientos tenían su centro en una noción individual de los códigos decimonónicos, y en que ciertos bienes, por ser de todos o de muchos, no son de nadie. En la actualidad se exige un cambio de paradigma: lo nuestro también debe ser protegido; esto antes quedaba, prioritariamente, en el ámbito del Derecho Público, y el Derecho Privado sólo se ocupaba de los intereses individuales. Este es el código de la Modernidad.

2. Los intereses colectivos y su protección jurídica.

Estos intereses de conjunto son denominados indistintamente como “difusos”, “supraindividuales” o “colectivos”, y también se alude a ellos como “derechos públicos subjetivos” y se los llamaba “derechos debilitados”; son, éstos, términos que están en constante evolución y diferenciación, pero que suelen usarse comúnmente de una manera indistinta. El código va adoptar por denominarlos *intereses de incidencia colectiva*.

Lo cierto es que tanto el Derecho Público como el Derecho Privado se ocupaban del tema, captando que por encima del individuo existen los grupos y la comunidad, cuyos intereses también son dignos de protección⁴.

³ Morello, Augusto Mario, y Stiglitz, Gabriel A.: “El valor de la vida humana como costo de garantía colectiva para la prevención del daño a la persona”, en Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, Septiembre de 1984.

⁴ Quiroga Lavié: ob. cit.; Cassagne, Juan: Derecho Administrativo, t. 2, p. 133, y en Cuestiones de derecho administrativo, p. 257, Depalma, 1987; Laquis, Manuel: El desarrollo, la industrialización y su impacto en la ecología. Legislación, doctrina y jurisprudencia, “Rev. Jurídica de Buenos Aires”, t. II-III, 1986; Morello: La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal, “J.A.”, p. 321, 1978, vol. III; Marienhoff, Miguel: Delfines o toninas o acción popular, “E.D.”, t. 105, p. 244; Grecco, Carlos M., Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos y su protección judicial, “L.L.”, t. 1984 B, p. 868; Morello y Stiglitz: Tutela procesal en los derechos personalísimos e intereses colectivos,

Esta pugna de los derechos sociales o de incidencia colectiva de todos aquellos que conformamos el anónimo y desposeído ser de la masa social se corona al reconocerles la posibilidad de acceso a la justicia, pero para ello han recorrido una larga e histórica lucha⁵.

Esto implicó una transformación en las estructuras de los sistemas jurídicos, el arribo de la dimensión social del Derecho y, por consiguiente, la reestructuración del Derecho.

El equilibrio dinámico exige dar respuesta a los planteos de la sociedad, activar o movilizar el bienestar general y los postulados genéticos de la Constitución Nacional; esa libertad de los individuos y de la sociedad muchas veces se contraponen y otras se contraponen con el poder otorgado a los órganos del Estado y plantea el arduo tema de la discrecionalidad administrativa.

Decíamos que se tiende a valorar las necesidades de lo colectivo, es darle a lo “público” el carácter de práctico que no siempre se le ha reconocido, y es así que vamos a encontrar “los derechos de la tercera generación” que comprenden el derecho al desarrollo, a la paz, a un medio ambiente sano y equilibrado, en síntesis, a la calidad de vida dentro de los derechos humanos, esto cuenta hoy con gran predicamento doctrinario nacional e internacional⁶.

El tema que nos ocupa presenta diferentes cuestiones, desde las conceptuales o terminológicas, de contenidos, hasta la instrumental o procesal, ya que como todo tema en evolución no es posible determinar exactamente sus límites.

Hoy estos intereses colectivos o supraindividuales han sido receptados en las legislaciones más modernas y en nuestro país, varias provincias cuentan con leyes que permiten la procedencia de acciones basadas en la protección de los intereses difusos, lo han establecido en sus Constituciones pero recién ahora lo tenemos en el código

Anteriores a la Reforma de la Constitución Nacional Argentina varias Provincias habían establecido expresamente la legitimación de toda persona para obtener la protección de tales derechos, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, además habían establecido normas que reconocen la categoría de los derechos de los consumidores como dignos de protección constitucional y legislativa.

cap. XI, Ed. Platense, 1986; Cano Guillermo: Derecho, política y administración ambientales, ps. 102 y ss., Ed. Depalma, 1978, entre otros, por citar algunos trabajos.

⁵ Quiroga Lavié: ob. cit., ps. 2 y ss. Reseña la evolución desde el Derecho Romano, las ideas de Ihering, haciendo hincapié en las escuelas alemana, francesa, italiana y española, sintetizando las opiniones de autores como Jellinek, Hauriou, Zanobini, García de Entrerría, entre otros.

⁶ La inserción dentro de los derechos humanos cuenta hoy con gran prédica a nivel internacional y se los ha denominado de tercera generación, y se fundan en la solidaridad, mientras que los de primera y segunda generación lo hacen en las ideas de atributo y facultad de exigir.

Se caracterizan por combinar ambos elementos ya que requieren un no hacer de la autoridad a efectos de no inhibir su libre ejercicio, pero necesitan también de un hacer estatal (políticas de desarrollo, de paz, de defensa del medio ambiente, etc.), pero exigen también una acción de la comunidad internacional; esto es, un planteo inédito.

En tal sentido se expresa Héctor Gross Espiell, en *Estudios sobre derechos humanos*, al señalar que estos derechos son esencialmente derechos en proceso de elaboración y reconocimiento, y responden a realidades objetivas de nuestra época, y que su tipificación es la consecuencia de las necesidades fundamentales de hoy (autor y ob. cit., ps. 139 y ss.).

La Constitución Nacional reformada establece su tutela mediante los artículos 41 referido a la cuestión ambiental, el Art 42 referido a los consumidores y el 43 el amparo para la protección de los derechos de incidencia colectiva⁷

Esto se debe en gran medida a “las fuerzas impulsoras”, en la terminología de Curt Lewin, ya que en la sociedad se reconoce la existencia de fuerzas organizacionales que tienden a provocar cambios en el sistema.

En tal sentido recordemos la comunicación de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de nuestro profesor de Derecho Administrativo, Gustavo A. Revidatti, quien recalcará que la problemática de los intereses difusos surge como consecuencia de profundos cambios de índole social que parecen rebasar las estructuras tradicionales del derecho individualista clásico⁸.

⁷ Art 41 CN “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las Provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos. “

Art 42 “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención u solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios de las provincias interesadas en los organismos de control”.

Art 43 “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso el Juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan estos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer información y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera a su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

⁸ Revidatti, Gustavo Adolfo: *Los intereses difusos, comunicación ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, cuando su incorporación (separata).

En cuanto a la cuestión terminológica, es necesario aludir a las denominaciones de interés, interés legítimo, intereses de hecho y finalmente a los intereses de incidencia colectiva, supraindividuales o derechos públicos subjetivos, vemos que la cuestión varía de autor en autor y de rama jurídica en rama jurídica comprometida en el tema⁹.

El interés se nos presenta como una facultad de actuación en la esfera propia de la persona, para la satisfacción o goce de sus necesidades, tendiendo a la consecución de bienes jurídicos, pero no todos los intereses particulares están protegidos por los ordenamientos jurídicos. Estaremos ante un interés legítimo cuando la ley confiere a su titular la posibilidad de actuar para exigir su satisfacción, y ante un derecho subjetivo cuando el interés aparece otorgado por ley en beneficio directo y exclusivo de su titular.

Fuera de estas categorías, la doctrina siempre ha reconocido la existencia de otros intereses a veces privados de protección porque el Derecho no asume una posición tuitiva respecto de ellos; son los intereses de hecho, pero no todos son extraños al ordenamiento jurídico ya que éste los protege en forma global y aquéllos configurarían los intereses simples.

Los intereses difusos o colectivos serían entonces los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos en cuanto integrantes de grupos, comunidades ligadas en virtud de goce por parte de cada una de ellas de una misma prerrogativa, de forma tal que la satisfacción de la porción de intereses se extiende a todos, del mismo modo que la lesión afecta simultáneamente y globalmente a la comunidad.

Preferimos hablar de interés colectivo o como hace el código interés de incidencia colectiva ya que el derecho afectado es social, y aunque existan intereses individuales también comprometidos, esto no varía la naturaleza de la lesión; nosotros reconocemos que en nuestra formación han influido notablemente las enseñanzas de la Escuela de La Plata liderada por Augusto M. Morello¹⁰.

En la Argentina, la temática de estos derechos ha sido abordada indistintamente desde la óptica del Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal y Derecho Civil¹¹. Al Derecho de Daños le corresponderá la reparación o resarcimiento, pero también la tutela preventiva; en este sentido se han manifestado varios encuentros

⁹ Sobre los términos aludidos se puede consultar a Doménico Barbero: *Sistema de Derecho Privado*, t. I, ps. 166 y ss., traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. Ejea, 1967. También los autores citados y María Graciela Reiriz. "Legitimación para ser parte en el procedimiento administrativo", en *Acto y procedimiento administrativo*, p. 106, 1975; Michel Villey: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ed. Universitaris, de Valparaíso, Chile, 1976, entre otros.

¹⁰ Además de las legislaciones mencionadas, existió en el Congreso Nacional el Proyecto Morello-Stiglitz sobre intereses difusos, que preveía una extensión de los efectos del amparo al conjunto de los miembros de las agrupaciones legitimadas para obrar, guiados por un criterio pragmático, estableciéndose la acción de protección y también un tipo abierto de manifestaciones dañosas, su reparación y un fondo de garantía. El proyecto establecía la protección de los intereses difusos a fin de salvaguardar la calidad de vida social, por hechos u omisiones, que los lesionen, priven, perturben o amenacen; abarca la acción de protección para la prevención y la reparación; son sujetos pasivos las personas privadas, el Estado y demás personas jurídicas públicas; la creación de la procuraduría de los intereses colectivos; la creación de un Fondo de Garantía, la publicidad de la demanda, cosa juzgada respecto a todos los miembros del grupo, facultad del juez de establecer la reserva de revisión de la condena indemnizatoria por un lapso de 2 años en determinadas circunstancias y la posibilidad de establecer sanciones.

¹¹ La tendencia a su estudio es una constante y no una excentricidad o divertimento doctrinario; la tendencia a proteger a los intereses difusos o colectivos no admite diferencia entre el Derecho Público y el Privado, ya que el derecho al aire y al agua puros, por ejemplo, desafía toda clasificación.

jurídicos¹² y lamentamos la supresión del título correspondiente realizada por el PE al enviar el proyecto al Congreso¹³ y la supresión de los daños punitivos denominados sanciones pecuniarias disuasivas que protegían a los intereses de incidencia colectiva¹⁴.

¹² Por citar algunos que fueron pioneros IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983, Comisión 2º Derecho a la preservación del Medio Ambiente. I Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1989,

¹³ SECCIÓN 5ª

De los daños a los derechos de incidencia colectiva

ARTÍCULO 1745.- Daño a los derechos de incidencia colectiva. Cuando existe lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada.

Están legitimados para accionar:

- a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante;
- b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda;
- c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional;
- d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales;
- e) el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.

ARTÍCULO 1746.- Daño a derechos individuales homogéneos. Hay daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica. Pueden demandar la reparación de esta clase de daños:

- a) el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio;
- b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda;
- c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

ARTÍCULO 1747.- Presupuestos de admisibilidad. Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos, se debe exigir

que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta:

- a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses;
- b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda.

Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados

ARTÍCULO 1748.- Alcances de la sentencia. Cosa juzgada. En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto *erga omnes*, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado

¹⁴ **ARTÍCULO 1713.- Sanción pecuniaria disuasiva.** El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva

Jurisprudencialmente, el tema que venimos desarrollando, aparece relacionado con las cuestiones ambientales; son ejemplo clásicos las acciones interpuestas por Kattan o el de inconstitucionalidad del decreto 2125 del PEN deducido contra Obras Sanitarias de la Nación¹⁵ llegando a Halabi en nuestros días.

Sigue siendo interesante el voto del Dr. Schiffrin de la Sala 3ª de la Cám Fed La Plata, *in re* “Giménez c/Estado Nacional”, que aborda la cuestión de los intereses difusos y los colectivos con un tratamiento exhaustivo, a raíz de la muerte de una menor, de 13 años, en el depósito artificial de aguas formado por excavaciones realizadas por una firma concesionaria de terrenos del Batallón de Arsenales Viejobueno, como una de las muestras del rol que le corresponde a la Justicia en la sociedad¹⁶.

Estos derechos colectivos, como derechos de la sociedad en nuestro sistema, encuentran apoyo en el Preámbulo (“...promover el bienestar general...”), en el Art. 33, en cuya fundamentación, Mitre, en la Convención Constituyente de 1860, manifiesta que el Derecho moderno no sólo legisla para el individuo, sino para el pueblo como entidad colectiva, y tiende al cumplimiento del desarrollo del proyecto social consagrado en las leyes para lograr esa dignidad de la calidad de vida y sobre todo surgen claramente en las normas incorporadas por la Reforma Constitucional (Arts 41, 42 y 43).

Es por todo esto que hemos sostenido siempre la existencia de estos derechos como estables y ciertos, y les reconocemos la necesidad de ser amparados efectivamente por los mecanismos judiciales.

Cada vez más, la vida en sociedad se nos presenta hartamente compleja y requiere soluciones y no simples elaboraciones dogmáticas, ya que éstas nada valdrían si no conducen a una respuesta justa. Decía el profesor Cueto Rúa, cuyo criterio de que el Derecho no es sólo normas y valores, sino también hechos compartidos, y decir que “el Derecho es un instrumento de control social. Se lo considera una suerte de aparato, de mecanismo que permite conducir el comportamiento social. Así gana una significación pragmática valorable en términos de resultado, de eficacia de utilidad”¹⁷.

3. La consagración en el CCC

Tengamos presente que en los fundamentos del Proyecto, los autores se preocupan por manifestar que este ordenamiento establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, que fuera ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.

En lo que nos interesa, se dice que este sería el Código de los derechos individuales y colectivos, pues la mayoría los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los

mencionados en el artículo 14, inciso c). Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador,

¹⁵ J.A., 1988 I, p. 509, y en “L.L.”, 1988 B, p. 401.

¹⁶ “Revista J.A.”, del 28 de septiembre de 1988, jurisprudencia anotada por Augusto M. Morello y Gabriel Stiglitz.

¹⁷ Cueto Rúa, Julio: *El derecho en la sociedad urbana e industrializada*, “Rev. de la Federación de Colegios de Abogados”, N° 13, 1970.

derechos individuales, mientras que este da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Argentina (señalan que esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales)¹⁸. Incluye reglas para el ejercicio de los derechos, cuyo destinatario no es el juez, sino los ciudadanos, y nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que le dan al código un sentido general en materia valorativa.

Expresa Lorenzetti que en los primeros el interés es individual, la legitimación también y cada interés es diverso de otro, cada titular inicia una acción y obtiene una sentencia en un proceso bilateral, es el modelo tradicional y en el se reconocen derechos subjetivos, intereses legítimos o de hecho no reprobados por la ley¹⁹.

En los derechos de incidencia colectiva el bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo y no un individuo en particular y en ellos puede existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo) o del Estado (interés público)²⁰.

En Halabi existe una referencia expresa a la dinámica de los derechos de incidencia colectiva del cual nos permitimos rescatar, la tutela del bien colectivo pertenece a la Comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna, (pues pertenece a todos); estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino pertenecen a la esfera social y no son divisibles en modo alguno.

No existe norma similar en el Derecho Comparado, pero tenemos bastantes aplicaciones jurisprudenciales en Argentina desde Kot, Siri, Kattan c/ Est Nac, Asociación Grandes Usuarios de Energía Eléctrica, Mendoza, hasta Halabi y Leyes provinciales de Intereses Colectivos o Difusos, como también, Normas de Constituciones Provinciales, Leyes Ambientales y la Ley de Defensa al Consumidor,

4. Límites de los derechos

El hombre se sintió ser social, tuvo conciencia de su vida colectiva antes de poseer conciencia de su vida individual; que la ciudad originaria no fue otra cosa que una reunión de familias unidas por intereses comunes Al analizar el concepto solidarista de la libertad, expresa que desde que el hombre forma parte de la sociedad existe para él una serie de obligaciones, especialmente la de desarrollar su actividad física, intelectual y moral, y no hacer nada que entorpezca el desarrollo de los demás.

La aparición de filosofías sociales que dieron lugar preeminente a la noción de solidaridad social ha llevado a la idea de que tiene más deberes que derechos, siendo el principal de ellos asegurar el orden y la paz²¹. Es preciso decir que tiene un deber: el

¹⁸ ARTÍCULO 14. CCC- **Derechos individuales y de incidencia colectiva.** En este Código se reconocen:

a) derechos individuales.

b) derechos de incidencia colectiva

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

¹⁹ Lorenzetti, Ricardo L, Código Civil y Comercial y Comentado, T 1, Pág. 73 Ed Rubinzal-Culzoni

²⁰ Lorenzetti, Ricardo L, Ob cit, T 1, Pág. 74, Ed Rubinzal-Culzoni

²¹ Duguít, León: *Soberanía y libertad*, traducción de José G. Acuña, ps. 15 y ss., Ed. Nueva Biblioteca Filosófica Tor, Buenos Aires, 1943.

de no dificultar la actividad de los demás, y favorecer y ayudar en la medida de lo posible²².

Este profesor y escritor francés, León Duguit, nacido en 1859, constituye una de las primeras glorias de la ciencia jurídica moderna. Planteo en el Derecho el problema de la solidaridad social como fundamento de la organización política; para él hay un derecho anterior y superior al Estado, una regla de Derecho fundada en la noción de deber, que se impone a toda sociedad humana.

Se impone tal o cual conducta al individuo porque si no se hiciere de ese modo la vida sería menoscabada desde su principio mismo, la sociedad se disgregaría y hasta el individuo mismo acabaría por desaparecer.

La tutela jurisdiccional de los derechos que nos ocupan ha experimentado en el Derecho Comparado diversos sistemas, entre los que podemos mencionar: el ombudsman, la actuación del Ministerio público, las acciones populares (Estados Unidos, Canadá, Australia), las acciones de clase, las acciones grupales derivadas, las acciones públicas delegadas.

La reforma de la Constitución Nacional, regulo en Art 43 en su segunda parte la posibilidad de interponer el amparo en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente o derechos de incidencia colectiva, estableciendo como sujetos legitimados el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que persigan tal fin registradas conforme a la ley²³.

5. Colisión en el ejercicio de los derechos

La ultima parte de este articulo 14 expresa que ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general, tomando posición por la preeminencia de los intereses colectivos en caso de colación entre ambos tipos de derechos.

El artículo alude al Abuso que debe entenderse conforme a lo dispuesto en este mismo cuerpo legal en el Art 10,. cuyo comentario en esta oportunidad nos excede.

Para Prieto Molinero el Art 14 no regula un supuesto de Abuso de derecho sino lisa y llanamente una prohibición general de que los derechos subjetivos puedan afectar valores superiores a ellos, y al ser una prohibición general no puede dar lugar a un

De la Guardia, Ernesto: Prólogo al libro *El terrorismo y la responsabilidad internacional del Estado*, de Martha N. Oliveros, Ed. Depalma, Bs. As., 1988. "Inspirándose en Duguit, Scelle y Anzilotti, la autora fundamenta tal responsabilidad en el principio de la igualdad de los habitantes ante las cargas públicas, en la teoría del riesgo estatal (no muy diferente del riesgo patronal o del riesgo empresario), y finalmente en la teoría de la responsabilidad objetiva, basada en la relación causa-efecto y no en los conceptos de culpa o ilicitud. El Estado –continúa la autora– debe asegurar a su población tres elementos integrantes del bien común: tranquilidad (orden), justicia, y abundancia (progreso vital), y si se muestra incapaz de ello se hace responsable ante sus súbditos por su mala administración en los asuntos públicos".

²² Duguit, León, ob. cit., p. 89. Podemos coronar estas ideas con sus pensamientos: "Así, en el concepto solidarista, la idea de libertad derecho desaparece para dejar lugar a la idea de libertad deber, de libertad función social" (p. 90).

²³ Lorenzetti, Ricardo L, *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, LL 1996-D-1058
Lorenzetti, Ricardo L *La protección Jurídica del ambiente*, 1997-E-1463

abuso, pues esto se cuando no hay límites legales definidos y aparece la posibilidad de causar daños no previstos por el ordenamiento, aquí existe y es categórica²⁴.

En su comentario Lorenzetti distingue la aplicación del Abuso de Derecho como límite interno (Art. 10) de la regulación en el Art 14, donde lo que “se regula un ámbito de colisión entre la esfera privada y la esfera pública y social mediante una cláusula general”²⁵.

Expresa que esto permite juzgar si se cumple con la función perseguida por el derecho y da como ejemplo la declaración de abusividad de una cláusula contractual (interés particular) que lesione el derecho ambiental (interés de incidencia colectiva), en este supuesto estamos en realidad frente a normas de orden público y con contenido de Derechos Humanos, con lo cual el bien jurídico es indisponible

Creemos que otras Concordancias están dadas armónicamente por su conjugación con los Arts, 15, 16, 18, 225, 235 y ss, 240,241, 1970, 1973, 1974, 1975. y por supuesto los Arts 41, 42, 43, 75 inc 22 CN.

No podemos soslayar una somera mención al Art 240 que establece los límites a los derechos individuales sobre los bienes de incidencia colectiva, del que se deriva que la función social de los derechos individuales exige que los mismos sean ejercidos en forma compatible con los derechos de incidencia colectiva, conforme la normativa administrativa nacional y local e interés público y siempre que no afecten el medio ambiente en el sentido más amplio, la norma aludida menciona que no se debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de varios ecosistemas: flora, fauna, la biodiversidad, el agua, el paisaje y los valores culturales, no siendo una enunciación taxativa y remitiendo a los criterios de las Leyes especiales.

Esta norma establece el paradigma de la sustentabilidad que unido a los criterios de progresividad, de no regresión y Pro homine serán muy importantes para la aplicación del sistema normativo de tutela de los derechos de incidencia colectiva²⁶.

En tal sentido, se considera al derecho de los individuos a un medio ambiente sano y equilibrado como un derecho humano fundamental, presupuesto y sostén de los otros derechos²⁷.

Pese a que han pasado ya varias décadas desde nuestra tesis, lamentablemente debemos todavía decir que hoy la comunidad enfrenta la pugna del reconocimiento efectivo, no el virtual del derecho de defensa de los intereses colectivos, como el aire y el agua sanos, la calidad de vida adecuada, de todos los que conformamos el anónimo y desposeído ser de la masa social, que tenemos derechos a la protección de nuestros intereses y a ser

²⁴ Prieto Molinero, Ramiro, *El Abuso de derecho y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, pag 234 y ss, Rev de Derecho Privado Año I N 2, Infojus

²⁵ Lorenzetti, Ricardo L, Ob cit, T 1, Pág. 76, Ed Rubinzal-Culzoni

²⁶ Garrido Cordobera, Lidia M R “*El riesgo ambiental*” Ed Reus (España). 2014,

Garrido Cordobera, Lidia M R “*Aplicación de los Principios de No regresión, solidaridad y Pro Homine*,” LL 12 diciembre 2014

²⁷ Garrido Cordobera, Lidia M R y Cordobera de Garrido Rosa, *Protección al medio ambiente y calidad de vida*, en Homenaje a los 150 años de la Constitución Nacional, Academia Nacional de Córdoba, 2003
Lorenzetti, Ricardo L., *Las normas fundamentales de derecho privado*, Pág. 483, Rubinzal-Culzoni, 1995

oídos en justicia y lamentamos la supresión del art 241 de la alusión del derecho humano al agua.

Se ha sostenido que la defensa del medio ambiente es el típico ejemplo de interés colectivo, pues se caracteriza por pertenecer a una pluralidad de individuos de una manera “desparramada”, lo que no implica, como dijimos, que no puedan coexistir con interés individual.

La reforma de la Constitución Nacional además de incorporar la tutela ambiental en el artículo 41, regulo en Art 43 en su segunda parte la posibilidad de interponer el amparo en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente o derechos de incidencia colectiva, estableciendo como sujetos legitimados el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que persigan tal fin registradas conforme a la ley²⁸.

6. Los daños colectivos

El daño injustamente sufrido se ha convertido en el núcleo fundamental del nuevo sistema de responsabilidad civil o Derecho de daños como correlato de las transformaciones jurídicas y sociales.

Este daño se redimensiona, ya que no sólo se considera el menoscabo de un derecho subjetivo o de un interés individual, sino que se amplía hasta abarcar los intereses sociales o de incidencia colectiva. En la actualidad la masificación y propagación de los peligros, su carácter difuso, exigen este cambio de enfoque y justifica la aceptación de la existencia con rango propio de los “daños colectivos”.

Decíamos en nuestra tesis que la diferencia entre el daño individual y el daño colectivo compete a la técnica jurídica; lo que se plantea es una cuestión de predominio según que una lesión dé origen a un daño resarcible en el sentido clásico o a un daño colectivo, pues el perjuicio es más disperso o difuso; pero el hecho de tener esta característica no implica que no sean concretos o perceptibles jurídicamente, sino que el goce se esparce entre los miembros de un grupo o comunicad.

Los daños colectivos inciden sobre una colectividad propiamente dicha y los sujetos que son dañados lo son por constituir parte integrante de la comunidad. Pero el daño colectivo no surge de la simple suma de daños individuales, presenta una autonomía, una entidad grupal, ya que afecta simultánea y coincidentemente al grupo o a la sociedad que es víctima indiscriminada de la lesión.

Matilde M. Zavala de González, recalca que hay que superar la visión analítica y separadora que colocaba a los sujetos en comportamientos jurídicos estancos, ya que los intereses no son exclusivos ni excluyentes en relación con los individuos, sino compartidos y convergentes dentro de un conjunto (comunidades y grupos)²⁹.

Los daños sufridos colectivamente muestran presencia en aquellos daños que impactan el medio ambiente, los daños nucleares, los vicios de los productos de consumo, ciertos hechos violentos y otras tantas manifestaciones que atañen por igual a todos los miembros de la comunidad o a determinados grupos de una manera indistinta.

²⁸ Lorenzetti, Ricardo L, *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, LL 1996-D-1058

Lorenzetti, Ricardo L *La protección Jurídica del ambiente*, 1997-E-1463

²⁹ Zavala de González, Matilde M.: *El daño colectivo, en Derecho de Daños*, p. 437, Ed. La Rocca, 1989

Los destinatarios del peligro ya no son las personas en forma aislada, sino categorías o clases ligadas por algunas circunstancias que las hace víctimas de ese tipo de daño. Por ello también va a parecer la categoría de daños individuales homogéneos, aunque nosotros preferimos mantenernos en la clasificación bipartita

Como ya lo hemos planteado, el reconocer la variación de la sociedad y sus modernas características requiere un nuevo prisma jurídico que permita comprender que existen perjuicios intrínsecamente colectivos o difusos pero que también la producción del daño puede tener ese carácter colectivo o difuso³⁰.

Es por ello que defendíamos la acentuación de lo social en materia de Derecho de Daños y aceptamos el factor colectivo en el origen del daño y también en su resultado, cual es el daño causado y sufrido colectivamente. Entendíamos que todos estos fenómenos de la era en que vivimos, que atacan a la sociedad, plantean la cuestión, del concepto de Bienestar General garantizado en el Preámbulo de la Constitución Nacional y se presentaban como características ligadas a los daños colectivos la necesidad de dar soluciones flexibles en el reconocimiento de la legitimación activa y la mayor acentuación de la faz preventiva.

Zavala de González distingue los daños causados colectivamente de los daños sufridos colectivamente, lo que implica apreciar el factor colectivo en el origen del perjuicio (faz genética) y también en los perjuicios sufridos, daños colectivos en la faz generada³¹.

En daño sufrido colectivamente, nos encontraremos con un daño que afecta a varias personas simultánea o sucesivamente en sus intereses sociales, aunque a veces concurra, también, con un daño particular. Ya hemos dicho que a la comunidad le interesa que sus miembros no padezcan daños injustos y que, en caso de ocurrir, sean reparados y es aquí es donde vemos toda la realidad de la sociedad moderna, de la era tecnológica o globalizada, con su propagación de peligros y su anonimato, y observamos los ejemplos más patentes de un cambio de paradigma.

Es evidente que toda la problemática de los daños colectivos requiere un fino sentido jurídico y realista en el sujeto destinado a apreciar las circunstancias en las cuales se producen. El daño ambiental o el daño a los consumidores demuestran por sí mismos la entidad y autonomía del daño colectivo.

Creemos que el CCC ha perdido parte de su fuerza al haberse suprimido los artículos que lo contemplaban y también al suprimirse la sanción pecuniaria disuasiva conocida como daño punitivo

7. Reflexiones finales.

³⁰ Garrido Cordobera, Lidia María Rosa: Propuesta del tema de tesis, 1984. Plan de Investigación del Instituto Ambrosio L.Gioja, 1985. D E-008 de Universidad de Buenos Aires.

³¹ Zavala de González, Matilde M., ob. cit., p. 440. "Significa toda una revolución el comprender que la producción de un daño puede tener carácter difuso (despliegue de las actividades grupales en lugar de las clásicas actividades individuales) y que hay perjuicios intrínsecamente difusos desde la perspectiva pasiva (afectan a elencos de personas o masivamente a toda la comunidad). Surge una nueva dimensión antes gris o neutra y progresivamente reiterada y evidente: las nociones de responsabilidad grupal y de daño grupal, difícilmente receptadas con las antiguas herramientas jurídicas y que deben ser objeto de encauzamiento dentro de una elaboración sensible a la captación de la realidad".

En la actualidad, la masificación y propagación de los peligros y su carácter difuso o colectivo exigen este cambio de paradigma y de enfoque y justifican plenamente la aceptación con rango propio del tipo de derechos de incidencia colectiva, receptados en el Art 14 del CCC y pero creemos que sería necesaria la implementación de normas que establezcan la reparación de los daños colectivos y de los daños punitivos, estos últimos no solo en materia de consumo y sería necesario además la reformulación del art 52 con la supresión del tope dicho ordenamiento .

Consideramos que estos intereses plantean en nuestra sociedad el tema del compromiso y la responsabilidad de los Jueces, como lo señalaba Mauro Cappelletti, y del mismo Estado como custodios tanto de los derechos individuales como de los de incidencia colectiva