

El porqué de la necesidad de cambios en la práctica los derechos de
incidencia colectiva

Gastón Noguera*

Abstract

La presente ponencia, analiza los aspectos procesales, en la temática de los por que de la justificación de los procesos colectivos, en la dinámica de no perder de vista los derechos fundamentales amenazados o afectados y del traspaso de lo individual a lo colectivo de estos derechos, a partir de la constitucionalización de los mismos originados en la necesidad de la comunidad de la defensa de sus derechos.

I. Introducción.

La idea de lo colectivo, involucra grupos, (categorías, poblaciones,) y complejas situaciones subjetivas polarizadas en objetos indivisibles, aunque de uso y aprovechamiento fraccionado (agua, flora, fauna, etc.) y lo que hace a la calidad de vida.

Las variadas caracterizaciones de estos Derechos difusos, han desembarcado en la sociedad de masas. Son derechos, que por el objeto no admiten a una o pocas personas, sino muy por el contrario, ya que se reflejan en grupos, clases, categorías, y esto provoco una verdadera revolución en las técnicas garantistas en el derecho procesal, con cambios y adaptaciones en sus piezas claves. Así se trata de encontrar nuevos caminos, con un derecho procesal diferente innovador, para adaptar el derecho subjetivo clásico a los nuevos derechos de carácter colectivo y dimensión social, es decir se postula usar lo mismo pero de otro modo.

Es claro que en la actualidad advertimos un ensanchamiento de los derechos fundamentales que hasta ahora se lo prodigaba la persona en su individualidad, pero en la actualidad notamos una gran aproximación de lo privado a lo público, en el sentido de interés general o social, *el brinco de lo individual a lo social* según lo apunta el jurista carioca Barbosa Moreira, o dicho de otro modo del derecho subjetivo a los derechos de incidencia colectiva o difusos.

Surge entonces un panorama lleno de reformulaciones del Derecho Procesal:

- a- Nuevos mecanismos de tutela.
- b- Políticas procesales anticipatorias preventivas.
- c- Proceso urgente.
- d- Estudio Interdisciplinario.
- e- Inversión de la carga prueba.

* Universidad Nacional de San Juan.

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

- f- Juez activo.
- g- Despersonalización de los sujetos y reconocimientos de categorías.

Pero, el mayor cambio lo podemos observar en dos instituciones fundamentales:

- a- Legitimación para obrar
- b- Extensión subjetiva de la cosa juzgada.

En cuanto a la primera, al verse envueltas tantas personas afectadas en la amenaza o la lesión del mismo objeto indivisible y que en su goce o disfrute concierne a muchos, o bien que ese perjuicio se reproduce repetitivamente y masivamente, ya que se encuentran sujetos a un régimen común. Esto provoca situaciones que producen consecuencias paradójicamente contradictorias, y que desde un ángulo judicial multiplicarían procesos con identidad de contenido, por la misma causa, referidos a bienes indivisibles o de afectación individual, en donde su defensa provocaría la onerosa y sobrecargada actividad jurisdiccional por un lado, y por otro lado estos daños genéricos al fraccionarse respecto de cada uno de ellos, serían poco relevantes.

Por lo que hay motivos de conveniencia y justicia para apartarse del proceso singular clásico y así subir a otro nivel de tutela pública, que da respuesta a una catarata de reclamos y pretensiones afines, similares de tratamiento homogéneos. La defensa de la sociedad de los intereses y derechos fundamentales, impone otro modo de pensar y actuar, para así dar causa a la *defensa de los Derechos de Incidencia Colectiva* a través de una armonización de lo público con lo privado, a partir de la irrupción de la acción civil colectiva en la variante del amparo, de la acción declarativa de certeza y de la tutela urgente y anticipatoria. Sin dejar de mirar la reforma de 1994 al constitucionalizar a la acción de pretensión de amparo (art 43 CN) reconociendo el privilegiado espacio y registro que se han ganado los derechos de incidencia colectiva.

Es importante destacar que estas acciones de tutela diversificada y urgente, como lo consagra la ley 25675, nacen colectivas, es decir con referencia a grupos y categorías lo que supone multiplicidad de sujetos y situaciones concurrentes en donde se dan en primera línea los rasgos de transindividualidad y naturaleza indivisible, claro esta porque afectan al grupo, y lo que se decida al respecto vinculara o deberá vincular a quienes subjetivamente fueron alcanzados por la onda expansiva de la causa única y común productora del evento dañoso, teniendo en cuenta que sus componentes en estos procesos no son terceros sino partes, afectados .

Asimismo en esta problemática existen dos líneas de fuerza, por un lado *el interés general, prioritario*, y por otro lado *el interés individual y propio* de cada afectado. Por lo que observamos los dos marcos, uno estructural, derecho colectivo, y otro que pertenece al clásico esquema del derecho individual o subjetivo, que es el esquema clásico del daño cierto.

(Defensoría del pueblo de la ciudad de Bs As.c/ Edesur S.A. s/ responsabilidad.)

II. Legitimación como derecho central del proceso.

Partiendo de la definición de Palacios, definiremos la legitimación como el *requisito en el cual debe mediar una coincidencia entre las personas que actúan en el proceso, y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (Legitimacion activa), o para contradecir (legitimación pasiva), por lo que la legitimación no es mas que la idoneidad para tocar el timbre de la jurisdicción para gestionar de modo personal o a través de la entidad o grupo pertinente y según los datos ontológicos del bien a tutelar que esta amenazado o afectado, alojándose una situación subjetiva merecedora de tutela. De allí la complejidad del tema que plantea gran variedad de problemas o cuestionamientos tales como:*

- 1- ¿Quiénes son los portadores del Derecho de incidencia colectiva y como se hace para identificarlos?
- 2- ¿Quién está suficientemente legitimado para ejercer la representación del grupo?
- 3- ¿Cómo son los efectos de una sentencia dictada para un grupo amplio y posiblemente indeterminado?
- 4- ¿Cómo se protege el debido proceso adjetivo de todos los portadores del derecho que no han participado en el proceso?
- 5- ¿Cómo se concilian las decisiones opuestas?

Como vemos, la introducción constitucional de los derechos de incidencia colectiva constituyen la base del progreso futuro en esta materia, en la legitimación judicial ya que el derecho sustantivo y el derecho de fondo ampliaron la base de la legitimación, pero el derecho procesal, no ha encontrado un remedio útil, efectivo y seguro que resuelva o de cause procesal a estas nuevas tendencias.

La inevitable *flexibilización de las disposiciones procesales*, la participación *activa de la judicatura*, el papel irrenunciable del juez de *prevenir el daño* (Juez Hitter), el reconocimiento que la *titularidad de un derecho no desaparece cuando es compartido con o por todos* (Juez Pettigiani), la explícita *protección constitucional de los Derechos de incidencia colectiva y la necesidad de recurrir a una perspectiva eticista y solidaria* (Bidart Campos), avisan tendencia tuitivas de los Derechos de Incidencia Colectiva y nos alertan de los cambios que se registran en nuestra doctrina judicial. En consecuencia es inevitable agrandar el numero de habilitados para obrar en defensa de los Derechos de incidencia colectiva, lo que importa es ampliar la efectividad de tal acceso a la jurisdicción en la inteligencia de que la función de legitimación es la de obtener la tutela de los derechos amenazados o conculcados por igual.

III. El porqué de la importancia de la legitimación.

Se busca un derecho procesal diferente con enfoques innovadores que respete estas nuevas demandas de incidencia colectiva social o difusa.

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

Este cambio implica la defensa de inéditos nuevos derechos, los que de oscuros personajes jurídicos han subido a derechos constitucionalmente prioritarios, los que lleva inexorablemente a que no sea únicamente en el individuo que se deba reparar, sino también en los grupos, clases, categorías. Entonces esta evolución de los conceptos e instituciones acerca de los cuales nos estamos ocupando erige a la legitimación la causa y el efecto de tantos cambios.

Por lo que entendemos, la legitimación se ha visto llevada a un protagonismo indiscutible que se emancipa de desgastantes e infructuosas trabas al sistema con significativos cambios, entre los que se destacan:

- a) Los procesos públicos.
- b) Paso del garantismo formal al funcional, que facilite al acceso a la justicia.
- c) Proceso Social- Justicia de acompañamiento.
- d) Expansión de la legitimación impactando en un sinnúmero de institutos: capacidad procesal, interés para obrar, representación y sustitución, alcance de la sentencia
- e) Armonización de lo público con la privado a partir de la irrupción civil colectiva en las variantes del amparo, de la acción declarativa de certeza y la tutela urgente y anticipatoria de los derechos de incidencia colectiva.
- f) Constitucionalización de la Acción (art 43): Donde no se pueden perder de vista que la matriz constitucional que alimenta el sistema de derechos y garantías es la misma que debe alimentar al Derecho Procesal en materia de legitimación, por lo que no podemos pretender que sea una cuestión a resolver exclusivamente por sus normas, sino por el contrario, ya que la unión que hay entre lo procesal y constitucional no puede cortarse ya que de ocurrir tal cosa se puede frustrar el sistema de derechos y garantías. Por lo que debemos tener muy presente que este vínculo es tan importante que según le vaya a la legitimación para obrar será la suerte de los demás derechos y del conjunto de garantías.

En este sentido quiero hacer referencia a la facultad del Congreso de la Nación para sancionar normas procesales de aplicación local que instituya la acción civil (art 41, 75 inc, 12, y 121) si son inseparables de las normas de fondo que protege el ambiente o también cuando sean necesarias para preservar la vigencia de las instituciones.

La Cámara Federal de apelaciones de La Plata, entendió que, *“al fijar los presupuestos mínimos establecidos en el art 41 de la Constitución Nacional, ha introducido decisivas novedades en el campo del derecho procesal, pero excepcionalmente para ser aplicadas en todo el territorio nacional”*, por lo que sin dudas se trata de normas procesales que también se han considerado presupuestos mínimos.

La Corte Suprema de Justicia de La Nación, ha aceptado plenamente la validez de las disposiciones y principios ordenatorios y procesales en los que se discute la responsabilidad por daño ambiental, sentenciando que

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

deben ser estrictamente cumplidos, resguardando el principio de legalidad.

Como se sabe los presupuestos mínimos que regulan temáticas procesales, son disposiciones normativas e institutos básicos comunes para todo el territorio nacional y, por esa razón plenamente operativos, vigentes y eficaces en cada provincia del país, a excepción que exista en la provincia una regulación procesal que regule mejor, ampliamente o con mayor eficacia la tutela del ambiente o derechos asociados optimizándolos.

Por otra parte, la hermenéutica del art 43 C.N. en el cual queda claro el reconocimiento que se le hace a los derechos de incidencia colectiva, los cuales merecen tutela a través del amparo o de la acción que sea necesaria, ya que dichos Derechos Fundamentales no pueden quedar desamparados, por lo que frente a una situación como HALABI O EDESUR, *dada la naturaleza de los derechos en juego y la calidad de los sujetos integrantes del colectivo*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de Interpretación jurídica sostiene, que además de la norma debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad.

Pero más allá de estas consideraciones, estos casos emblemáticos son el fiel reflejo de la necesidad de procesos adecuados, a los fines de poder llevar a buen puerto los derechos afectados.

Bibliografía:

FALBO, Aníbal J., “Derecho Ambiental”, *El proceso ambiental*, p. 172 y ss. Librería Editora Platense, 2009. 1ª - ed.

LORENZETTI, Ricardo L., “Derecho Ambiental y daño”, *El daño en los bienes culturales (SOZZO, Gonzalo*, p. 315 y ss. LA LEY, 2011. 1ª - ed.)

“Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, cap. III, *El paradigma colectivo*, p. 331 y ss. Rubinzal Culzoni, 2008. 1ª - ed.

MORELLO, Augusto M., CAFFERATTA, Néstor A., “Visión procesal de cuestiones ambientales”, Rubinzal Culzoni, 2004. 1ª - ed.

PEYRANO, Walter, “Legitimación atípica”, ps. 79 y 90.

Revista de Daños, *Legitimación activa* p. 478 y ss. Rubinzal Culzoni, 2011-1.

VALLS, Mario F., “Presupuestos mínimos ambientales”, p.137 y ss. Editorial Astrea, 2012. 1ª - ed.