

Comisión n°14, Estudiantes: “Derechos e intereses de incidencia colectiva”

## **DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO: ACERCA DE LA SANCIÓN PECUNIARIA DISUASIVA, CESACIÓN DEL DAÑO Y EL ACCESO AL AGUA POTABLE COMO DERECHO HUMANO**

**Autora:** María Laura de los Ángeles Quispe

### **Resumen:**

*Se considera positiva la incorporación de los derechos de incidencia colectiva en el nuevo código civil y comercial, mas es necesario que se regulen ciertos aspectos a fin de que no queden dudas y se proteja de una manera más adecuada a los derechos consagrados en el artículo 43 de la Constitución Nacional es por eso que se propone para una eventual reforma;*

*La recepción de la clasificación tripartita de los derechos en derechos individuales, derechos individuales homogéneos y derechos de incidencia colectiva sobre bienes indivisibles y de uso común tal como se proyectaba en el fallo Halabi.*

*La incorporación de la sanción pecuniaria disuasiva tal como lo contemplaba el anteproyecto, pero cuyo destino sea un fondo destinado a la defensa de los derechos colectivos*

*Una norma que se refiera expresamente a la cesación de daños en materia de derechos de incidencia colectiva*

*La incorporación en el texto legal del derecho humano de acceso al agua*

### **1. Introducción**

Es indudable que constituye un avance el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva en el texto del nuevo código. Históricamente se ha hablado de derechos de primera generación haciendo referencia a los derechos civiles y políticos, establecidos en los primeros ordenamientos jurídicos capitalistas, frutos de las “revoluciones burguesas” de fin del siglo XVIII, principios del siglo XIX que fueron la base del capitalismo entendido como libre competencia. Los derechos de segunda generación son aquellos que reconocen al sujeto en pertenencia a un grupo o clase social subordinada. Finalmente se llega a los derechos de tercera generación. Maite Aguirrezabal Grünstein sobre los derechos de tercera generación sustenta que: Los derechos que se identifican como pertenecientes a esta nueva generación tienen en común dos notas: primero, no proceden de la tradición individualista o socialista de la primera y segunda generación; y segundo, se sitúan al principio de un proceso legislativo, lo que les permitirá ser reconocidos en el futuro como derechos humanos. Su fundamento primero radica en la solidaridad, valor que recibe su elaboración teórica moderna de la mano de Durkheim. Puede ser entendida como un factor social, un principio jurídico-político y un principio jurídico-constitucional. Como

valor jurídico sustentador de estos derechos, podemos definirla como “la conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes de similitudes, que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento”

Los de tercera generación coinciden con un momento de reconocimiento y expansión de derechos humanos, atribuyendo a las formaciones sociales poderes de titularidad colectiva.

En nuestro país con la reforma de la Constitución en el año 1994 se los reconoce expresamente en artículo 43 “(...)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 a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización(...)”, dando lugar también a lo que se llamó “legitimación anómala” al poder ejercer tal acción los sujetos mencionados.

Hubo varios proyectos de leyes que se refirieron a los mismos. También se debe tener en cuenta el Código Modelo de Procesos administrativos-judicial y extrajudicial para Iberoamérica y el Código de Consumidor para Brasil.

La Corte Suprema en Halabi, en el considerando 9 delimitó tres tipos de derecho: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Clasificación que siguió fielmente el artículo 14 del Anteproyecto y que resultó cercenada por las modificaciones del Ejecutivo y que redujo a dos categorías, reconociendo derechos individuales y derechos de incidencia colectiva. Se interpreta que dentro de estos últimos se comprenden los derechos individuales homogéneos y los de incidencia colectiva sobre bienes indivisibles, tal como resulta del párrafo 41 de los Fundamentos del mensaje de elevación del Proyecto “En materia de responsabilidad civil el Proyecto resulta innovador al articular los diferentes tipos de derechos: aquellos que recaen sobre la persona, el patrimonio, como derechos individuales, los derechos individuales homogéneos y los derechos de incidencia colectiva, con las funciones preventiva, punitiva y resarcitoria”.

Resulta un avance y un cambio de paradigma en la clásica “relación jurídica”, tal como lo enseña Luis Moisset de Espanés, el sujeto de la misma no es el sujeto propio de la relación clásica.

Así, recordando la definición que brindaba Molinario, como el vínculo existente entre dos partes, integradas cada una de ellas por una o más personas humanas o de existencia ideal, en virtud del cual una puede exigir a la otra, o ambas, recíproca y sucesiva o simultáneamente, el cumplimiento de una prestación reglada por la ley; que nace de una causa generadora emitida y reglamentada también por la ley; y cuya efectividad esta última asegura mediante la concesión de acciones o excepciones a deducirse u oponerse ante las autoridades jurisdiccionales competentes en forma y tiempo oportunos, queda ahora muy limitada o resulta insuficiente con la incorporación de los derechos de incidencia colectiva.

Entonces, se gira hacia lo que se denomina situación jurídica, que merecen protección y en las que no se encuentran todos los elementos de la relación jurídica, lo que quizás se aprecia más en el derecho público que en el privado.

En el caso del derecho ambiental se observa por ejemplo, una legitimación mucho más amplia que involucra al Estado ya que el daño que se produce se extiende a todo un grupo de personas que van más allá de la parte entendida individualmente. En cuestiones ambientales no es posible referirnos al “dueño de la cosa”.

Este cambio de paradigma se observa también en las relaciones de consumo. Hay un grupo de sujetos que se ven perjudicados y que merecen protección y que necesariamente debe intervenir el Estado como garante de sus derechos y que no puede permanecer indiferente ante los mismos.

El nuevo Código se encuentra atravesado a lo largo de su articulado por los Derechos Humanos, es quizás el triunfo de la “publicización” del derecho privado tal como hablaba Jorge Mosset Iturraspe, basta notar lo que reza el primer artículo, que establece que “los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme a la Constitución Nacional y los Tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.

La reforma introducida en la Constitución Nacional en el año 1994 reconoció en su artículo 43 los derechos de incidencia colectiva, estableciendo los sujetos y procedimientos para el ejercicio de los mismos, así como una legitimación amplia.

No obstante, el texto del Anteproyecto, en concordancia con el código de modelo de procesos colectivos para Iberoamérica y coincidente con el proyecto del 98 y siguiendo las directivas de la Corte en Halabi distinguió tres clases de derechos.

En concordancia con la norma, se determinó el límite de ejercicio de derechos individuales sobre los bienes en el artículo 240 del mismo anteproyecto y el reconocimiento del agua potable como derecho humano. Estableció la forma de responsabilidad de los mismos, determinando los legitimados, los presupuestos de admisibilidad (en concordancia con el código iberoamericano) los alcances de la sentencia y cosa juzgada. El Ejecutivo modificó en varios artículos el proyecto quedando únicamente una división bipartita en el artículo 14, el abuso del derecho en el art 200 y se suprimió el articulado referido a la responsabilidad.

La Corte Suprema insta al legislador a que sancione una ley donde que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis, por lo que no se ve motivo para continuar en esta situación, que había buscado subsanarse en el anteproyecto y sin dudas traería una mayor ventaja y seguridad jurídica. De igual manera, contar con una ley que regule de manera precisa y concreta, tanto la legitimación como los alcances de la indemnización, etc. es acorde a los tratados de derechos humanos que ordenan que los Estados tomen las medidas necesarias para un mejor acceso a la justicia (así, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos)

Si bien el código ha cercenado la clasificación, esto no quiere decir que tales derechos hayan quedado sin protección, ya que como lo dice en el considerando 12 de Halabi las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías.

Hay quienes distinguen entre derechos individuales homogéneos de carácter patrimonial y no patrimonial. La Corte ha seguido el criterio de no considerar como derechos de incidencia colectiva a los que poseen carácter patrimonial, tal como se sostuvo en el caso de una acción de amparo incoada por el Defensor del Pueblo contra el Estado Nacional mediante la cual se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de las normas que restringían la libre disponibilidad de los depósitos bancarios y afectaban su integridad mediante la pesificación a \$1,40 por cada 1 US\$ depositado. Highton y Argibay en sus votos entendieron que se trataba de un interés sectorial, que no es más que la sumatoria de los derechos individuales de ese grupo de personas (depositantes bancarios), calificado por la concurrencia de intereses similares a todos ellos que por otra parte, se contraponían al interés de otros sectores de la sociedad.

## **2. La sanción pecuniaria disuasiva**

En el derecho nacional se ha receptado la figura de los “daños punitivos” en materia de derecho del consumidor, consagrándose en el artículo 52 bis ARTICULO 52 bis: *Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.*

Esta figura proveniente del derecho anglosajón tiene sus orígenes en el fallo Wilkes vs Wood y ha tenido asidero en otros fallos. No obstante en Europa hubo ciertas resistencias a adoptarlas y en nuestra doctrina encontramos posiciones en contra, a favor y hasta intermedias. En la jurisprudencia no tuvo la recepción que era de esperarse, debido a que se la ha impuesto con mucha cautela, de manera restrictiva y no siempre obteniendo la finalidad que la caracteriza. Para ilustrar, en fallos de la provincia de Jujuy como “Amparo: Del Val, Luis Gonzalo c/ Swiss Medical S.A.” se fija el monto de mil pesos como indemnización en relación al daños punitivos, en “Sumarísimo por amparo del consumidor: Soruco, Agustín Abunio e Ikonicoff, Judith c/ Telecom Argentina S.A. en dos mil pesos, en “Acción Emergente de la Ley del Consumidor: Cáseres, Ángel Gerónimo c/ LÍNEA CERO AUTOMOTORES S.R.L.” se fijó en cinco mil pesos. Como queda en descubierto, se tratan de montos exiguos por tratarse de grandes empresas cuyas ganancias son altamente superiores y tales cantidades de dinero, resultan insignificantes. Es decir, no funciona la finalidad disuasiva de la figura del daño punitivo.

El Anteproyecto contemplaba este tipo de “multa civil” en el artículo 1714 y la figura de la Punición excesiva a continuación, ARTÍCULO 1714.- 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. 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, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el

destino que le asigne el juez por resolución fundada. ARTÍCULO 1715.- Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

En el proyecto en cambio, no se contempla la figura de la sanción pecuniaria disuasiva y el artículo 1715 queda dividido entre el 1714 (punición excesiva) y el 1715, que deja al arbitrio del juez dejar sin efecto la medida.

En consecuencia, quedaría subsistente esta figura solamente en la Ley de defensa del consumidor en su artículo 52 bis.

Lo recomendable sería que se contemplara en la ley esta sanción pecuniaria, debido a que es un mecanismo efectivo, si se lo aplica correctamente para evitar que el daño vuelva a ocurrirse deliberadamente, porque tal como expresaba el artículo del ante proyecto, se debe aplicar a quien “actúe con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva”.

No obstante, no sería adecuado que la totalidad de esa suma adicional se dirigiera al patrimonio de la víctima, si no , sería recomendable la creación de un fondo especial , tal como se contemple en la ley 472 de Colombia donde se contempla en el Título cuarto, un Fondo para la defensa de derechos colectivos, el cual se conformaría por Las apropiaciones correspondientes del Presupuesto Nacional; las donaciones de organizaciones privadas nacionales o extranjeras que no manejen recursos públicos; c) el monto de las indemnizaciones de las Acciones Populares y de Grupo a las cuales hubiere renunciado expresamente el beneficiario o cuando éste no concurriera a reclamarlo dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la sentencia; Literal declarado exequible, salvo las expresiones subrayadas que se declaran inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-215 de 1999El diez por ciento (10%) del monto total de las indemnizaciones decretadas en los procesos que hubiere financiado el Fondo; El rendimiento de sus bienes; Los incentivos en caso de Acciones Populares interpuestas por entidades públicas; El diez por ciento (10%) de la recompensa en las Acciones Populares en que el Juez otorgue amparo de pobreza y se financie la prueba pericial a través del Fondo ; El valor de las multas que imponga el Juez en los procesos de Acciones Populares y de Grupo.

### **3. Cesación del daño**

En materia ambiental resulta fundamental la cesación del daño, ya que este provoca perjuicios de manera permanente. Es menester distinguir la cesación del daño de la prevención del mismo (que es en etapa anterior) y sobre todo del resarcimiento, con lo que se suele confundir o incluir uno en el otro.

Zavala de Gonzales 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 en la faz generada

Como se dijo anteriormente, hay un cambio de paradigma que implica reconocer al ser humano como inserto en un medio ambiente donde habitan otros seres vivos y donde hay recursos que debe preservar para poder vivir en condiciones dignas implica un cambio en la manera en cómo concebimos el derecho, ya que este sujeto de derecho no se

encuentra aislado y necesariamente su accionar y su intervención en el medio natural acarrear consecuencias que pueden llegar a ser nefastas si no lo hace responsablemente. He ahí la labor del legislador que debe buscar no sólo la reparación sino también la prevención del daño, entendido este como el efecto nocivo consecuencia de una causa generadora.

#### **4. Derecho fundamental de acceso al agua potable**

El anteproyecto en su artículo 241 reconocía expresamente diciendo que todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales.

Este artículo fue eliminado por el Poder Ejecutivo.

Este acceso ya se encuentra garantizado en instrumentos internacionales que la Argentina ratificó como la Convención sobre Derechos del Niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas aprobó su Observación general N° 15 sobre el derecho al agua en la que se definió como el derecho a todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible para el uso personal y doméstico. El Programa de Naciones Unidas para el desarrollo también ha desarrollado el punto de partida y el principio unificador de la acción pública en relación con el agua y el saneamiento es el reconocimiento de que el derecho al agua es un derecho humano básico. El concepto de la cantidad básica de agua requerida para satisfacer las necesidades humanas fundamentales se enunció por primera vez en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata (Argentina) en 1977. En su Plan de Acción se afirmó que todos los pueblos, cualesquiera que sean su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en calidad y cantidades suficientes.

También cabe destacar que en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales este derecho se encuentra implícito en el artículo 11, que impone la obligación al Estado de garantizar el nivel de vida adecuado para sí y para su familia. De la misma manera que también podemos relacionar el acceso al agua potable con el artículo 12, que reconoce el derecho del disfrute del más alto nivel posible de salud, ya que en definitiva la privación de agua implicaría un detrimento en la salud de los habitantes.

El Estado como garante de los derechos contemplados en los instrumentos internacionales de derechos humanos que ha ratificado tiene en consecuencia obligaciones, de respetar, de protección y también de adoptar medidas legislativas, de administrativas, judiciales o de otra índole para que los mismos sean efectivamente respetados.

No cabe duda que el reconocimiento del derecho humano al acceso al agua potable y la igualdad en el mismo constituía un avance en el plano internacional

No obstante no encontrarse ahora en el Código definitivo, no es óbice para que no se lo considere un derecho humano y por lo tanto, debe protegerse. Sin embargo, adhiero a la postura de que el reconocimiento en el texto del Código conllevaría a una responsabilidad del Estado en caso de incumplimiento y se adaptaría al nuevo paradigma que inunda el nuevo articulado del Código, basado en principios de solidaridad y progresivo y cuya redacción actual resulta indiferente a la situación de amplios sectores de la población que no tienen garantizado su acceso seguro, mientras otra parte accede por medio del sistema de redes otros mediante estrategias individuales.

Cabe destacar que se ha enviado un proyecto de ley por parte de la diputada nacional Patricia Giménez (UCR-Mendoza) para modificar el articulado del código e incorporar el derecho humano al agua. Según Giménez, la modificación del artículo 240 del Código Civil tiene el propósito de recuperar el texto original de la comisión reformadora del año 2012 como el artículo 241, que responsabilizaba el Estado para garantizar el agua potable.

El texto modificado por el Gobierno y luego aprobado, si bien dice que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales sobre los bienes, muebles e inmuebles, cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general, tiene limitaciones que dan lugar a interpretaciones que pueden resultar engorrosas y por eso se recomienda que volver a la redacción original, que establece claramente que el ejercicio de los derechos individuales no debe afectar gravemente el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales y el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

## **5. De lege data**

Si bien el código reconoce dos tipos de derechos, debe entenderse que dentro del inciso dos del artículo 14 se incluyen tanto los derechos de incidencia colectiva sobre bienes indivisibles como los derechos individuales homogéneos.

No habría una sanción pecuniaria disuasiva tal como la entendía el anteproyecto, pero deben tenerse en cuenta entonces los artículos 1714 y 1715, que ponen un límite a la reparación.

En cuanto a materia de derechos de consumidor, continúa en vigencia el artículo 52 bis que no se vería modificado.

Si bien no se reconoce el derecho al acceso al agua potable en el texto del código, la protección del mismo se extrae del texto de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía Constitucional que lo contemplan.

## **6. De lege ferenda**

Se recomienda adoptar la redacción del Anteproyecto en materia de derechos de incidencia colectiva en una eventual futura reforma, pues se lo considera más adecuado para regir situaciones como la reparación del daño, la legitimación activa y efectos de la sentencia. Asimismo como regular el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva, cuya denominación es más acorde que la confusa “daños punitivos” que presta a cuestionamientos acerca de su naturaleza jurídica que oscila entre la sanción penal y civil.

Asimismo, es menester que se retome el artículo 241, sobre acceso al agua potable.