

Daños colectivos. Convergencia Procesal y Sustancial

Por
Jorge Mario Galdós

*“Derecho material y derecho procesal,
senderos bifurcados que hoy se reencuentran”*

Augusto M. Morello

Sumario.

I. Introducción.
II. Incidencia De Fenómenos Jurídicos y Metajurídicos.
III. Daños Colectivos (Sufridos Colectivamente).

1) Aproximaciones conceptuales. 2) Principales notas tipificantes.

IV. Proyecciones Sustanciales y Procesales De Los Daños Colectivos.

1) El afianzamiento de lo colectivo. De los derechos difusos a los derechos colectivos. 2) Reformulación del concepto de daño. La prevención. Replanteo de la responsabilidad civil. 3) Los arbitrios instrumentales (procesales). 4) La operatividad de las garantías constitucionales. 5) El proceso civil colectivo (su problemática). 6) Connotaciones sociológicas. 7) Legitimaciones ensanchadas y cosa juzgada colectiva. 8) Activismo judicial. 9) Servicios Públicos.

V. Proposiciones Finales.

I. Introducción

El crecimiento permanente de nuevas formas de dañosidad, impulsadas o generadas por el avance tecnológico, el eje de la responsabilidad en la noción de daño injustamente sufrido — antes que injustamente producido—, el surgimiento de lo “colectivo”, esto es el patrimonio ambiental, cultural, consumérista, arquitectónico, etc. —que es común y compartido—, la mayor y más activa presencia del ciudadano que acude a la jurisdicción judicial (o a la autoridad administrativa de controlador), el agrupamiento de esos ciudadanos en entes colectivos —organizaciones de defensa del consumidor, de protección de la fauna, etc.—, la objetivación de la responsabilidad civil, denotan en sólo insinuado y fragmentado esquema introductorio, una de las problemáticas de más honda repercusión social y jurídica: los daños colec-

tivos (sufridos o padecidos colectivamente) amalgamados desde las ópticas del derecho sustancial y procesal. Las concepciones jurídicas clásicas revelan su insuficiencia —en esta materia, como en otras tantas— e imponen el análisis interdisciplinario de las distintas vertientes que exhibe la cuestión.

La problemática, si bien con matices, se presenta en distintos países y está notoria y obviamente influida por la legislación positiva de cada Estado. Nos proponemos —sucintamente— esbozar la cuestión en el derecho argentino. Quedan claros, entonces, los acotados límites de nuestro intento.

II. Incidencia de Fenómenos Jurídicos Y Metajurídicos

El daño colectivo está influido por una multiplicidad de factores que, en dis-

tinto grado y desde diferentes ópticas, han incidido en el renovado, dinámico y auspicioso interés por la materia.

En efecto, y en enumeración apenas enunciativa, que no acude a una clasificación cronológica ni metodológica, algunos —los más importantes, en nuestra opinión— de los factores exógenos y endógenos que, desde otrora, vienen repercutiendo pueden ser subsumidos en: la anticipada y vigorosa corriente doctrinal y jurisprudencial de resarcir el daño injusto ¹; la publicización del derecho privado y la constitucionalización del derecho patrimonial ²; la tendencia unificadora de los sistemas contractual y extracontractual de responsabilidad civil ³; la objetivación del factor de atribución expandido en ambos regímenes ⁴; el debilitamiento de la culpa como factor cualitativo y

¹ Ver: Agogliá, María M., "El daño jurídico. Enfoque actual", Ed. La Ley Bs. As. 1999; López Olacregui José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil" en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", N.º. 64 Agosto de 1978, pág. 941 y "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros" N.º. 1 p. 165. Dir. Atilio Alterini; De Lorenzo Miguel F. "El daño injusto en la responsabilidad civil" Ed. Abeledo-Perrot Bs. As. 1996; Bueres Alberto "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en "Derecho de Daños. Homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe". Ed. La Rocca Bs. As. 1998 p. 141; Ciuro Caldani Miguel Angel "Bases jusfilosóficas para la comprensión del daño y la reparación" LL 1992-D-1060.-

² Ver: Lorenzetti, Ricardo L. "Las normas fundamentales de Derecho Privado" Ed. Rubinzal-Culzoni 1995 p. 271 y ss.-

³ Ver: Mosset Iturraspe, Jorge A. "Introducción a la Responsabilidad civil. Las tres concepciones" en "Responsabilidad por daños-Homenaje a Jorge Bustamante Alsina" Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1990-T.º. I p. 28; Bustamante Alsina Jorge: "Teoría General de la responsabilidad civil" Ed. Abeledo Perrot, 7ma. edic., Bs. As. 1992; Kemelmajer de Carlucci Aida "La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI" en "Los Nuevos daños. Soluciones modernas de reparación" Obra colectiva, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1995 p. 30 y ss.; Mc Donnell Julián B. "Tendencia en EEUU hacia la codificación. Revisión del Código Comercial Uniforme de los EEUU" DJ 2000-1-682; ver "Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio" y su Nota de Elevación y Fundamentos N.º. 259/266 " Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1999; Tolsada Mariano Yzquierdo "La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (Visión Europea)" en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio-Homenaje al Profesor Dr. Atilio A. Alterini" Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1997, p. 105.

⁴ Gamara, Jorge "Responsabilidad contractual objetiva" en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio-Homenaje al Profesor Dr. Atilio A. Alterini" cit. p. 112; Pizarro Ramón Daniel-Vallespinos Carlos Gustavo "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones" Tomo 2, Ed. Hammurabi, 1999 p. 577; Agogliá María M.-Boragina, Juan C.-Meza, Jorge A., "Responsabilidad por incumplimiento contractual", Hammurabi, Bs. As., 1993; Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

cuantitativo de atribución y eximición de responsabilidad civil⁵; el aumento del elenco de los legitimados activos y, correlativamente, el simétrico incremento de los sujetos obligados a responder⁶; la conciencia de actuar "ex ante" a la producción del daño, el que debe ser prevenido más que reparado⁷; la unificación en el "Derecho vivo" del Derecho Civil y del Derecho Comercial⁸; la protección integral (y prioritaria) de la persona humana en su repercusión individual, familiar y social⁹; las diferentes exteriorizaciones de esta tutela (derechos personalísimos, a la vida, a la autodeterminación, a la intimidad, etc.)¹⁰; las impli-

cancias jurídicas y sociales provenientes del proceso, iniciado en 1989, de privatizaciones de servicios públicos con sus secuelas —aún no resueltas totalmente— de sancionar marcos reguladores que efectivicen la tutela del usuario en procesos rápidos y oportunos; la revalorización por la sociedad del patrimonio histórico, cultural, ambiental, arquitectónico, interesándose en lo por "ser de todos no es de nadie", es decir en "lo colectivo"¹¹; el alcance constitucional del principio de la reparación íntegra o plena del daño que en el derecho continental y regional consiste en una "justa indemnización"¹²; los estatutos particulares ini-

⁵ Ver: Piaggio, Aníbal Norberto, "Azar y certeza en el Derecho de Daños" ED 152-802; Salerno Marcelo M., "Culpa y sanción" en "Derecho de Daños. Segunda parte. Homenaje al Prof. Dr. Félix Trigo Represas", La Rocca, Buenos Aires, 1993; Compagnucci de Caso Rubén H. "Fundamentos de la responsabilidad civil: Culpa y riesgo" en "Derecho de Daños. Homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, cit. p. 57; Galdós Jorge M. "Derecho de Daños en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires" Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. 1999 p. 75; aut. cit. "La culpa en la Suprema Corte de Buenos Aires", LL 1994-D-744.

⁶ Galdós, Jorge M. "El riesgo creado y los legitimados pasivos en la Suprema Corte de Buenos Aires", Revista Estudios de Derecho Comercial del Colegio de Abogados San Isidro, N° 11, Abril de 1995 p. 210; aut. cit. El Derecho de Daños en la Suprema Corte de Buenos Aires (La Legitimación) en Revista del Colegio de Abogados de La Plata (N° 53 Marzo/Diciembre de 1993 p. 53); "Otra vez sobre la legitimación por daños (en la Suprema Corte de Buenos Aires)", Revista Jurídica Delta N° 12, Diciembre de 1995 p. 53.

⁷ Ver Stiglitz, Gabriel A., "La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas", Ed. La Ley Bs. As. 1983, 23; Zannoni Eduardo "El daño en la responsabilidad civil" Ed. Astrea, Bs. As. 1987, p. 25; De Lorenzo Miguel F. "El daño injusto en la responsabilidad civil" p. 93; Saux Edgardo I. "La prevención del daño" en Jurisprudencia Santafesina N° 13, pág. 33;

⁸ Ver: Alterini, Atilio A.-López Cabana Roberto en Introducción a "Reformas al Código Civil" Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1995 N° 4 p. 13.

⁹ Goldenberg, Isidoro H. "Indemnización por daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación". Ed. Hammurabi Bs. As. 1993 p. 389; Zavala de Gonzalez Matilde "Resarcimiento de daños. Daños a las personas", Ed. Hammurabi, Bs. As. 1996, T° 2 b.-

¹⁰ Rivera, Julio Cesar "Instituciones de Derecho Civil" Parte General II, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1993; Compagnucci de Caso "El derecho a la intimidad y las llamadas telefónicas" LL 1990-D-451.

¹¹ Stiglitz, Gabriel "El daño al medio ambiente en la Constitución nacional" En "Responsabilidad por daños en el tercer milenio" cit. p. 317.

¹² CS, 5/8/86 "Gunther, Fernando R. c/ Nación Argentina" Fallos 308:1119; 5/8/86 "Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos", con nota de Guillermo A. Borda "El caso Santa Coloma: Un fallo ejemplar", ED 120-651; CS 24/8/95 "P.F. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos" LL T° 1995-E-17; CS 17/9/96 "Empresa Ferrocarriles Argentinos c/ Gálvez, Orlando y

cialmente circunscriptos a sus incumbencias específicas (consumidores, empresa, accidentes de tránsito, infortunios laborales, daños nucleares, etc.) que desbordaron sus límites conformando verdaderos microsistemas jurídicos¹³; la contratatación masiva y la proliferación estandarizada de las relaciones de consumo con todas sus implicaciones en la negociación moderna (electrónica, contratos atípicos, uniones de contratos típicos, redes

contractuales, etc.) y el acento en el deber de información en la gestación del consentimiento y en la ejecución negocial¹⁴; la protección de los derechos difusos y de incidencia colectiva (o derechos colectivos), al medio ambiente, a la competencia y contra la discriminación —entre otros—, al cobijo del andamiaje jurídico de normas constitucionales e infraconstitucionales y de legislación local¹⁵; la aparición de una gradación axiológica en el de-

///otros" con nota de Jorge Bustamante Alsina "Determinación de la responsabilidad por colisión en un paso a nivel" LL 1997-B-431; CS 25/9/97, "Lew, Benjamín Jorge y ot. c/ Estado Nacional-Ministerio del Interior s/ Beneficio de litigar sin gastos" en reenvío al dictamen de la Procuradora Fiscal Dra. Graciela Reiriz; Leonardi de Herbon Hebe M. "La regla naeminen laedere en el derecho Constitucional" en "La responsabilidad. Homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldenberg" cit. p. 89; Oscar Raúl Puccinelli ¿Derecho Constitucional a la reparación?, ED 167-969.- Para el derecho latinoamericano ver: "Caso Godínez Cruz sentencia 21/7/89 Corte Interamericana de Derechos Humanos en <http://www.umn.edu/humanrts/gifs/smoline.gif>; Dulitzky, Ariel E. "El allanamiento internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos (Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "El amparo") ED 162 p. 726; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9/12/94 "Opinión consultiva OC-14/94" ED Tº. 163 p. 693; Pérez Sollá María F. "El Estado Argentino ante la Corte Interamericana (El caso Garrido y Baigorria)" LL 1999-C-489.

¹³ Lorenzetti, Ricardo L. "Las normas fundamentales de Derecho Privado" cit. p. 14 y ss; aut. cit. "La descodificación y fractura del Derecho Civil" LL, 1994-D-724; aut. cit. "La implicancia del derecho constitucional en el derecho privado" en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones Nº. 182 Año 31-Abril-Junio 1998 p. 374 y "Nuevos paradigmas del Derecho Privado" en "Derecho y Garantías en el Siglo XXI" obra colectiva, Dir. Aída K. de Carlucci-Roberto M. López Cabana Ed. Rubinzal-Culzoni 1999 p. 158; Chapman María Alejandra "Derecho del consumidor" Ed. Panamericana, Sta. Fe, 1999.

¹⁴ Alterini, Atilio "Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría general" Bs. As. Abeledo Perrot, 1998; p. 131; Stiglitz, Rubén S. "Contratos Civiles y Comerciales" Parte General I, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1998, p. 131; Pizarro Ramón Daniel-Vallespinos Carlos Gustavo "Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones" cit. Tº. 1, p. 97; Lorenzetti Ricardo Luis "Esquema de una teoría sistémica del contrato" LL 1999-E-1168; Cuiñas, Rodríguez Manuel "Cláusulas abusivas en los contratos de telefonía fija y móvil" LL 1999-E-1104; Tobías José W. "Los contratos conexos y el crédito al consumo" LL 1999-D-982; Piaggi Ana I. "Reflexiones sobre la contratación electrónica" LL 1999-A-750; Salerno, Marcelo "Los contratos en el mercado virtual" LL 1999-E-1375; Hugo Acciarri-Castellano Andrea-Barbero Andrea "Las consecuencias Económicas del Derecho de Contratos. Principios, instrumentos y objetivos particulares de política normativa" Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada 3º época Nº. 3, 2000 (Separata).

¹⁵ Vgr. arts. 41, 42, 43, 75 inc. 17, 22, 23, 86 y cons. Const. Nac.; ley nacional 24240-TO (Ver "Ley de Defensa del Consumidor" Ed. La Ley 1999 con notas de Gabriel Stiglitz"); ley 25156 de Defensa de la Competencia (BO, 20/9/99), ley 22802 de Lealtad comercial (ADLA, XLIII-B-1346); ley 24051 (BO 17/12/91): de Residuos peligrosos; 22362 de Marcas y Designaciones -entre otras- arts. 20, 28, 36, 55 y cons. Const. Pcia. de Bs. As.; art. 38 Const. Pcia. San Juan; art. 53 Const. Pcia. Córdoba; art. 182 Const. Pcia. de Corrientes de 1993; art. 66 Pcia. de La Rioja; art. 47 Pcia. de San Luis; art. 87, 88 y 89 Pcia. de Salta; art. 84 Pcia. de Río Negro; ley 10000 del 27/12/86 Pcia. de Santa Fe; ley 9032 de amparo ambiental Pcia. de Entre Ríos; ley 1352 del 14/11/91 Pcia. de La Pampa; ley 11723 Pcia. de Buenos Aires; Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de Tierra del Fuego, ley 147; Ley 1047 Pcia. de Formosa, ley 6321 Pcia. de Santiago del Estero, ley 3911 Pcia. de Chaco, ley 2779 Pcia. de Río Negro; ley 6944 Cód. Procesal Constitucional de Tucumán; ley 6296 Pcia. de Santiago del Estero.

recho de daños¹⁶; la anticipada y constatable cotidianamente presencia de "nuevos daños", nacidos, algunos, a partir del avance tecnológico, sea como causante de esos daños, o como aporte para arribar a conclusiones científicas, otrora vedadas (vgr. pruebas biológicas, pericias sobre voces, etc.)¹⁷; la lucha contra la discriminación en todos sus órdenes¹⁸; la irrupción de preceptos o estándares de profundo anclaje y con efectos expansivos en los distintos ítems del fenómeno jurí-

dico, como por ejemplo el principio "favor debilis" que se proyecta en el derecho sustancial y en el procesal y que, en este ámbito y desde una visión solidarista del proceso, predica el principio de distribución dinámica de la carga de la prueba¹⁹; la cada vez más arraigada presencia del derecho latinoamericano y transnacional y las implicancias de la regionalización e integración²⁰; la doctrina de la Corte Nacional de Justicia de que la labor jurisdiccional no puede prescindir del re-

¹⁶ Zavala de González, Matilde "El derecho de daños. Los valores comprometidos" LL 1990-E p.1190.

¹⁷ Ver: Morello, Augusto M. "Derecho de Daños. Dimensiones actuales y trayectorias" Ed. Platense 1997; Lorenzetti, Ricardo L. "Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños" LL 1996-B-106; López Cabana Roberto M. "Nuevos daños jurídicos" en "Temas de Responsabilidad Civil" (Cap. IX) de Alterini Atilio A.- López Cabana Roberto, Ed. Ciudad Argentina p. 122; "Los nuevos daños. Soluciones Modernas de reparación" cit. supra; Carlos Ghersi "Modernos conceptos de responsabilidad civil" Ed. Diké 1995; Messina de Estrella Gutiérrez Graciela "La responsabilidad civil en la era tecnológica Tendencias y prospectiva" Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1997; aut. cit. "Bioderecho" Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1998; Botteri María L.-Laborde Daniel M. "Derecho Penal y manipulación genética humana" LL 1999-B-958.

¹⁸ Ley 23592. Ver: Goldenberg Isidoro "Indemnización por daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación" cit. p. 368.

¹⁹ Alterini Atilio A., "La presunción legal de culpa como regla de "favor victimae" en "Responsabilidad por daños.Homenaje a Jorge Bustamante Alsina" cit. p. 195; Lorenzetti, Ricardo L., "Las normas fundamentales de derecho privado" cit. p. 434 y 98, 255, 372, 440, 448, 454, 473.; Mosset Iturraspe, Jorge, "Los necesitados frente al Derecho" en Homenaje a la profesora Dra. María A. Leonfanti, p. 312, Rosario, 1982, cit. por Alterini Atilio A.- López Cabana, Roberto, "La debilidad jurídica en la contratación contemporánea" D.J. 1989-I-817; Peyrano, Jorge W. Chiappini, Julio O., "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas" LL 1991-B-1034; aut. cit. "El derecho Procesal Postmoderno", LL 1991-A-915; Morello Augusto M., "Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba (la cooperación del órgano, sin refugiarse en el solo interés de la parte), ED 132-953; aut. cit., "En torno de la prueba" L.L. 1990-E-1071; Morello, Augusto; Sosa, Gualberto y Berizonce, Roberto, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", 2ª ed., Buenos Aires 1991, t. V-A p. 140; Galdós Jorge M. "El principio "favor debilis" en materia contractual. Algunas aproximaciones" LL 1997-D-1112 y en Revista "Derecho del consumidor" dir. por Gabriel A. Stiglitz N° 8 Ed. Juris 1997 p. 37; aut. cit. "Prueba, culpa médica y cargas probatorias dinámicas (en la doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires)" en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, N° 56, diciembre 1995, p. 35; Acciarri, Hugo A. "Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales" en prensa LL 17/4/01.

²⁰ Vescovi, Enrique "Estudio comparativo de las nuevas tendencias del derecho procesal civil, con especial referencia al proceso latinoamericano" JA 1996-I-806; Costantino Juan Antonio "Las medidas cautelares en la comunidad europea y en el Mercosur Protocolo de Ouro Preto" LL actualidad 8/8/96, p. 1; Peyrano Jorge W. "Régimen de las medidas cautelares en el Mercosur, y anotaciones complementarias" JA, 1997-IV-831; Lorenzetti Ricardo "La relación de consumo: conceptualización dogmática, en base al Derecho del área regional Mercosur" LL 1996-E-1303; Alterini Atilio A. "La responsabilidad extracontractual en los Códigos Civiles del Mercosur" en Doctrina Judicial 1997-2-133; Piaggi de Vannosi, Ana "Integración, regionalización: Idea y realidad" LL 1999-C-1037; Hitters Juan Carlos "Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana (El caso de Perú)" LL 1999-F-893.

sultado y repercusión de sus decisiones “toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el resto del sistema normativo”²¹; la búsqueda de simetrías adjetivas y procedimentales en los países con identidad de origen y con problemáticas similares y el intento de homogeneizar la legislación procesal local²²; la flexibilización de las formas procesales para arribar a la verdad jurídica objetiva, prescindiendo de interpretaciones tenidas de exceso ritual interpretativo, que obstaculice la realización del valor justicia, tanto en las sentencias definitivas —sin distinción de fueros—, como en las arbitrariedades fácticas-jurídicas inherentes a todo el proceso²³; la resolución de

“casos difíciles” en los que la pugna de derechos y valores contrapuestos, o los supuestos de antinomia, suscitan conflictos o tensiones que requieren acudir, en cada caso, a juicios de ponderación sobre cuál es la norma o el derecho prevaleciente²⁴; los incentivos de conducta que deberían propiciar la institucionalización formal de ciertos grupos con la finalidad de que un conglomerado humano, a veces con cobertura legal, obtenga una tutela diferenciada y mucho más acentuada con relación a análoga o idéntica entidad de hecho (vgr. la familia que, como tal, no reconoce demasiados incentivos autónomos)²⁵; el legítimo reclamo (no la “presión del expediente paralelo que tramita ante la opinión pública”) de la comunidad, en procura de una

²¹ CS, Fallos 234:482; 302:1293; 234:495; La Ley 82-690; 1981-A-401; ED 141-732.

²² Morello, Augusto M. “La implementación de la reforma procesal civil en la Provincia de Buenos Aires” JA ejemplar 16/2/2000, p. 2; Morello Augusto-Kaminker Mario “La reforma del Código Procesal Civil” LL 1993-C-828; auts. cit. “Acerca del recurso de apelación en el Anteproyecto” ED 160-848; auts. cit. “El Código Procesal Civil (General) de la Provincia de Tierra del Fuego”, ED 159-1018. Nicolau, Noemí Lidia “El Mercosur como instrumento de cambio en el derecho interno: el caso de la defensa del consumidor” (Inédito); Carneiro José Lullán “Caracterización del contrato en los países del Mercosur” en “Contratos-Homenaje a Marco Aurelio Risolía” Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1997.

²³ CS, 18/9/57 “Colalillo, Domingo c/ Cía de Seguros España y Río de la Plata” Fallos 238:550; 296:650; 302:131; 302:494; 302:1262; 303:1994; 304:148; 304:1265; 304:1398; 304:1656; 304:1698; 305:419; 852; 306:1154; 307:135; 307:2147; 307:135; 307:2147; 308:529; 308:722; 308:529; 310:1012; 310:2029; 310:2435; 311:209; 311:2082; 312:89; 312:767; 312:1908; 312:2007; 313:247; 314:181; 315:1689; 316:2522; 317:638; 318:1587.

²⁴ Lorenzetti, Ricardo L. “El Juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores” LL 1998-A-1039. Bertolino Pedro “La verdad jurídica objetiva” Ed. Platense p. 104; Bidart Campos, Germán: “¿Hay un orden jerárquico en los derechos procesales? ED 116-801; Barcesat, Eduardo “A propósito del orden jerárquico de los derechos” ED 116-801; Ekmekdjian, Miguel A., “Jerarquía constitucional de los Derechos Civiles” LL 1985-A-847.

²⁵ Ver: Iribarne, Héctor P. “La cuantificación del daño moral” al referir a la restricción que prevé el art. 1078 Cód. Civil para los damnificados indirectos por daño moral en “Revista de Derecho de Daños N°. 6-Daño Moral” p. 208 Cap. X; aut. cit. “De los daños a las personas” Ed. Ediar 1993 p. 253 aludiendo a “La familia como unidad económica”; Lorenzetti Ricardo Luis “Teoría General del Derecho de Familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales” Revista de Derecho Privado y Comunitario N°. 12; Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 9; Highton Elena I. “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994” Revista de Derecho Privado y Comunitario N°. 7 Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 277; arts. 41, 42, 43, 75 inc. 17, 18, 19, 22,23, y concs. Const. Nac; art. 44 ley 23054, que aprueba el Pacto de San José de Costa Rica que reconoce el derecho de los grupos —entre muchos otros.

justicia que asegure "la tutela judicial continua y efectiva, (su) acceso irrestricto, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes", como reza el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, reformada en 1994, lo que conlleva a acortar la diferente (y hasta contrapuesta) valoración de un mismo fenómeno jurídico por parte de un operador del derecho o de un ciudadano común²⁶; la jurisprudencia que propicia buscar una hermenéutica valiosa "de manera que la admisión de soluciones injustas cuando es posible lo contrario es incompatible con el fin de la tarea judicial"²⁷; el aspecto punitivo o sancionatorio de la responsabilidad civil que se

acopla a su tradicional función de prevención y resarcimiento²⁸; la confianza del legislador en los jueces al sancionar normas abiertas o indeterminadas cuyo contenido debe ser completado por el juez, en cada caso, en base al principio de razonabilidad²⁹; la labor armonizante "de los tres principios en que se soporta el orden jurídico: el de legalidad, el de la seguridad jurídica y el de razonabilidad", siendo este último el comodín más eficaz para no incurrir en demasías que se precipiten en la arbitrariedad³⁰; el intento de las empresas en revertir una opinión negativa de la sociedad, acercándose al hombre de carne y hueso, sea evitando la contaminación³¹, sea mediante técnicas de es-

²⁶ Alterini, Atilio "Cultura y derecho privado" LL 1996-B-932.

²⁷ Conf. supra fallos cit. nota 23.

²⁸ Pizarro, Ramón "Derecho de Daños-Segunda Parte-Homenaje al Dr. Profesor Félix A. Trigo Represas", cit. pág. 291; Kemelmajer de Carlucci, Aída "¿Conviene la introducción de los llamados "daños punitivos" en el derecho Argentino?" en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales-Año XXXVIII Segunda época-Nº. 3; Bustamante Alsina Jorge "Los llamados "daños punitivos" son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil" en "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie I Anuarios-Segunda época", Año XXXIX, número 32, 1994; Zavala de González Matilde-Gonzalez Zavala, Rodolfo Martín "Indemnización punitiva" en "Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio-Homenaje al Prof. Dr. Atilio A. Alterini", cit. p. 189; Trigo Represas Félix A. en Cazeaux Pedro N.-Trigo Represas Félix A. "Derecho de las Obligaciones" 3º. Ed. Platense, La Plata, 1996, Tº. V p. 930; aut. cit. "Daños punitivos" en "La responsabilidad-Homenaje al profesor Dr. Isidoro Goldenberg", cit. p. 283; "Las condenaciones punitivas y el proyecto de Código Civil de 1998" por Aníbal Norberto Piaggio, M. Fabiana Compiani, Delma Cabrera, Alejandro Javier Vetrano (inédito); Galdós Jorge M. "Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras Aproximaciones"; Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Dir. Atilio Alterini Año I Nº. 5; pág. 23; aut. cit. "Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa" en Revista de Derecho de Daños Nº. 6 Daño Moral, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 113.

²⁹ Linares, Juan, "Razonabilidad de las leyes (el "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina)", 2 ed., 1970; Couture Eduardo, "Las garantías constitucionales del proceso civil", en "Estudios de Derecho Procesal Civil", ed. 1979, t. I p. 50; Morello Augusto M. "El proceso justo", 1994 Ed. Platense, ps. 225 y ss; Zavala González Rodolfo "Ruidos molestos: los vecinos y los bailes de cuarteto" (en nota a fallo), LL Córdoba 1999-1232; Cám. Nac. Civ., sala H, 16/11/95 "Pérez, Eduardo V. c/ Lavadero Los Vascos" LL 1996-C-719, voto Dr. Kiper; Rivera Julio César "Límites de las facultades judiciales. (En el régimen de división de poderes y en el sistema de fuentes del derecho privado argentino)" LL 1999-D-1229.

³⁰ Morello, Augusto M. "El proceso Justo y las garantías jurisdiccionales" "Derechos y Garantías en el Siglo XXI" cit. p. 386; aut. cit. "El principio de la seguridad jurídica" J.A. 1992-IV-886.

³¹ El diario "La Nación" de Buenos Aires (ejemplar 27/2/2000, Sección 2 pág. 6) da cuenta de un estudio que releva 85% de las empresas químicas marchan hacia una reconversión para no contaminar el medio ambiente.

ponsorización³² —entre otras.

Este parcializado, incompleto y discrecional esbozo, ha gravitado notoria y decididamente —aunque no de modo excluyente— en la reformulación del proceso judicial. Sus notables mudanzas y desplazamientos, al decir de Morello³³, se traducen entre muchas otras y variadas expresiones en el potenciado activismo de los jueces³⁴, en la reelaboración de la teoría de los valores en el proceso (seguridad, justicia, orden)³⁵, en la preocupación sobre los efectos de los factores tiempo y eficiencia en la faena judicial³⁶, en la paulatina admisión del proceso colectivo que admite la legitimación de entidades públicas o privadas que actúan en

beneficio e interés de una pluralidad de sujetos individuales; en el replanteo de la legitimación para obrar, en los efectos expansivos de la cosa juzgada; en el acogimiento de los intereses difusos y colectivos³⁷, porque, en definitiva, la posmodernidad como fenómeno histórico y cultural se proyecta en el Derecho Procesal³⁸. Así, y por vía de interpretación de normas vigentes (vgr. arts. 375 Cód. Proc. Civ. y Com. Nacional y de Pcia. de Bs. As.), analizadas desde otros mirajes, se prohicieron valiosas herramientas, como las denominadas cargas probatorias dinámicas o la carga solidaria de la prueba y las tutelas o procesos urgentes, revitalizando las garantías tradicionales (amparo, há-

³² SC Mendoza, sala I, 19/6/97 "Villalba, J. c/ Angulo Hnos S.A. y otro" L.L. 1997-F-28 voto Dra. Aida Kemelamjer de Carlucci ; Alegría, Héctor, "Esponsorización o Mecenazgo", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, cit. p. 18. Galdós, Jorge M. "Dependencia y Esponsorización A propósito de un fallo de la Suprema Corte de Mendoza", LL 1998-C-1049". En la nota editorial "Lo público y lo privado" del diario "La Nación" del 26/3/2000 se alude a la función actual de la empresa, aplicando "recursos privados para fines públicos".

³³ Morello Augusto Mario "Las nuevas dimensiones del proceso civil (Espacios ganados y trayectorias)" J.A. 1994-IV-842.

³⁴ Ver Berizonce, Roberto O. "El activismo de los jueces" LL 1990-E-940.-

³⁵ De Los Santos, Mabel A. "Los valores en el proceso civil actual y la necesaria reformulación de los principios procesales como instrumento generador de un cambio de mentalidad", Jurisprudencia Santafesina N° 36/37 p. 65; Peyrano Jorge W. "La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil" en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 31, N° 181 a 184, Ed. Depalma, Bs. As. 1998, p. 379.

³⁶ Temas estos que anticipatoriamente abordó el maestro Augusto M. Morello en: "Los procesos de alta complejidad" J.A. T° 1988-IV-749; "La tutela anticipatoria ante la larga agonía del proceso ordinario" ED T° 169 p. 1341; "Producción de prueba temprana" LL 1996-C-1228; "Por un proceso civil útil" E.D., T° 172 p. 1043; "Justicia "continua y efectiva" para la Provincia de Buenos Aires (El art. 15 de la Constitución reformada en 1994) ED T° 171 p. 932; "El Proceso Justo-Del Garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos" Ed. Platense 1994, págs. 59, 79, 225, 267, 365; "Anticipación de la tutela" Ed. Platense 1996 p. 8 y ss.

³⁷ Morello, Augusto M.-Stiglitz Gabriel "Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos" JA 1985-IV-653; Morello Augusto M. "El proceso civil colectivo" J.A. 1993-I-861; Lorenzetti Ricardo "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos" LL 1996-D-1062.- Galdós Jorge M. "Pensando el proceso colectivo", Revista del Colegio de Abogados de Azul, p g. 15, Año I N° 1, mayo de 1998 y en Revista Espacio Libre de Opinión, pensamiento e información, jurídico académico, Año I, N° 3, Julio-Agosto-Setiembre/2000, p. 25.

³⁸ Ver: Saux, Edgardo I. "Reflexiones sobre la condición posmoderna y sus proyecciones jurídicas" J.A. 1995-II-p. 953; Ciuro Caldani, Miguel A. "La doctrina jurídica en la postmodernidad" JA 1999-III-938.

beas data) ³⁹. Ello se evidencia en las tres grandes tendencias evolutivas del Derecho y la Justicia (no sólo del Derecho Procesal): "en la dimensión constitucional, que busca valores fundamentales en la "lex superior", la dimensión transnacional con la creación de ciertos núcleos, superadores de las soberanías nacionales, a partir de una "lex universalis" y una jurisdicción transnacional; la dimensión social del derecho y la justicia resumida en el programa de "acceso a la justicia"⁴⁰.

II. Daños Colectivos (Sufridos Colectivamente)

1) Aproximaciones conceptuales

En su clásica obra, Colombo, en sentido amplio concibió al daño colectivo (sufrido colectivamente) como aquél que "afecta a varias personas, simultánea o sucesivamente". En una segunda acepción "debe considerarse tal la injuria que incide sobre una colectividad propiamente dicha y cuyos miembros, sin recibirla personalmente, la soporatan en forma indirecta por constituir

parte integrante del grupo. Ninguno de esos miembros tiene facultades para proceder aisladamente y en nombre propio, ya que las reclamaciones pueden interponerlas tan sólo la colectividad misma cuando su personería jurídica le ha sido reconocida por las autoridades" ⁴¹.

Zavala de González, completando y actualizando estas ideas entonces embrionarias, puntualiza que "el daño colectivo es el experimentado por un conjunto de personas a raíz de la lesión a un interés grupal. Esta característica social del interés implica una diferencia cualitativa, y permite distinguir los daños colectivos stricto sensu de los daños individuales plurales" ⁴².

Cabe, entonces, una primera y necesaria aclaración: enfrentamos a los daños sufridos o padecidos por un grupo, que —en cuanto víctima o damnificado— es el sujeto activo de la pretensión preventiva o resarcitoria. Ello, por oposición, al más estudiado supuesto inverso de responsabilidad colectiva, es decir

³⁹ Confr. supra nota 19. Vargas, Abraham Luis "Estudios de Derecho Procesal" Ed. Jurid. Cuyo Tº. I p. 52; aut. cit. Teoría general de los procesos urgentes" LL 1999-A-872 y ss; Rivas Adolfo A. "Amparo y Garantías Federales. La necesaria adecuación de los ordenamientos provinciales" LL 1999-D-1090; SC Mendoza, sala 17/11/97 "Costa Esquivel, Oscar A. c/ Co.de.me" voto Dra. Kemelmaier de Carlucci, LL 1999-B-588; CS, 27/5/99 "Stepan, Francisco J. c/ Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires" LL 1999-E-276.

⁴⁰ Berizonce, Roberto O. "Las grandes líneas tendenciales del proceso civil a fines del segundo milenio" JA Tº. 1918-1998, p. 52; Cappelletti Mauro-Garth Bryant "El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos" Fondo de Cultura Económica, México. Hemos planteado algunas de estas inquietudes, anteriormente, en "Medidas autosatisfactivas" (obra colectiva) Dir. Jorge W. Peyrano Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe 1999 p. 55 y en "Derecho de Daños en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires" Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe 1999, Cap. Introducción p. 13 a 16.

⁴¹ Colombo, Leonardo A. "Culpa Aquiliana. Cuasidelitos" Ed. La Ley Bs. As. Tº. 2 p. 293, Nº. 215.

⁴² Zavala de González Matilde, "El daño colectivo", en "Derecho de daños. Homenaje al Prof. Dr. Jorge Mossel Iturraspe", Ed. La Rocca Bs. As. 1989, p. 447, Nº.3.

el daño infligido o producido por una pluralidad de sujetos ⁴³.

También, preliminarmente, debe señalarse que el daño colectivo al infligir lesiones patrimoniales o extrapatrimoniales a un grupo determinado, a una pluralidad de sujetos con, al menos, cierto deslinde cualitativo (características singulares de quienes integran o conforman la comunidad afectada) y cuantitativo (vinculado, más bien, con el asiento territorial del grupo) se diferencia de las víctimas plurales de un mismo hecho. En efecto, y a modo de ejemplo, un accidente aéreo producido en el Aeroparque de la Capital de la República Argentina produjo muchas víctimas fatales y otras con importantes secuelas psicofísicas y generó multiplicidad de lesiones patrimoniales y extrapatrimoniales diferenciadas por conculcar distintos bienes jurídicos.

El interés protegido es el interés grupal que un autor español caracteriza como el que "se refiere a la relación por la que un grupo más o menos determina-

do de personas pretende la evitación de un perjuicio o la consecución de un beneficio en relación con un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva pero cualitativamente idénticos" ⁴⁴.

Los criterios utilizados para definir al interés grupal —y que dimensionan su contenido, extensión y alcances— son el objetivo, el subjetivo y el normativo. El primero de ellos atiende a la idoneidad del bien para ser objeto de esa protección; el aspecto subjetivo se configura cuando un nexo fáctico o la conciencia de las personas de pertenencia a un mismo e idéntico grupo o categoría de personas, las lleva a una unión más o menos estrecha que conecta y relaciona a sus miembros por cualidades meramente subjetivas (vgr., pertenecer a una minoría étnica, religiosa, sexual, compartir un territorio, ser adquirente de un modelo de automotor etc.). Por último, el criterio normativo atiende al interés que expresamente es protegido por el ordenamiento legal ⁴⁵.

⁴³ Garrido Cordobera, Lidia M. "Los daños colectivos y la reparación" Ed. Universidad, Bs. As. 1993; Mosset Iturraspe Jorge "Responsabilidad por daños" Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992; aut. cit. "Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado" JA, Doctrina 1973, pág. 1; Llambías Jorge J. "Responsabilidad colectiva o anónima ED 83-783; Bustamante Alsina J. "Teoría General de la responsabilidad civil" Abeledo-Perrot, Bs. As. 1992, 7ma. ed. N°. 1685/1762 p. 565; López Cabana Roberto-Lloveras Nora L. "La responsabilidad colectiva", ED 48-800; Gesualdi Dora M. "La responsabilidad colectiva" en "Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina", Dir. Alberto J. Bueres, Ed. Abeledo-Perrot, 1990, T°. II p. 139.

⁴⁴ Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell "Sobre el concepto de intereses de grupo difusos y colectivos" LL 1997-F-1142;. Ver: Gozaini Osvaldo A. "La legitimación para obrar y los derechos difusos" JA 1996-IV-843 Cap. VI; aut. cit. "La legitimación para obrar y los derechos difusos" en Voces Jurídicas T°. 3-1996 p. 13 N°. 8. Para el derecho español y su regulación ver: Lozano Manuel-Pinto Higuero "Legitimación e intereses difusos: Últimas tendencias del derecho español (En especial el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil-febrero 1998- y la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación-abril 1998-)" JA 1998-III-745. Para el derecho brasileño Morello, Augusto M. "El proceso civil colectivo" cit. JA 1993-I- p. 867 Anexo III.

⁴⁵ Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell "Sobre el concepto de intereses de grupo difusos y colectivos" cit. LL 1997-F-1142.

Si bien creemos que la articulación y combinación de las tres pautas determinantes es la más fructífera, por razones prácticas seguiremos esa clasificación a los fines de caracterizar al daño colectivo. Desde el primer punto de vista el "quid" atrapante es objetivo o "de incidencia colectiva" (en la acepción de los arts. 41, 42 y 43 Const. Nac.), porque media lesión a bienes colectivos o públicos, insusceptibles de apropiación, uso o aprovechamiento individual y exclusivo. En este supuesto la naturaleza del bien categoriza al daño, ya que a partir de él se propagan los efectos nocivos respecto de quienes disfrutan, utilizan o se benefician con el objeto conculcado (vgr. la destrucción de una obra arquitectónica emplazada en la vía pública). La comunicabilidad de los intereses concurrentes no deriva de los sujetos, sino de un objeto público o de uso o disponibilidad irrestricto cuyo daño se expande a una pluralidad de personas ⁴⁶. De modo que la destrucción, deterioro, o privación del aprovechamiento (vgr., del medio ambiente) o la minoración de su goce respecto de una o varias personas, expande o dilata sus efectos, "rebota" o repercute en toda la categoría de sujetos singulares que están en idéntica situa-

ción fáctica (vgr., los habitantes de una comunidad). El bien colectivo se caracteriza, en opinión de Lorenzetti por: a) la indivisibilidad de los beneficios: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan y no es posible su apropiación privada; b) el uso es común; c) el principio de la no exclusión de los beneficiarios significa que todos los individuos tienen derecho a su utilización y no pueden verse limitados; d) uso sustentable: el desarrollo tecnológico no debe consumir bienes no renovables; e) status normativo: es necesario que tenga un reconocimiento normativo para que sea calificado de jurídico y protegible ⁴⁷. Desde la óptica subjetiva el daño se propaga entre varios sujetos, —incluso sin vínculo jurídico entre ellos— y recae en un interés común, compartido y relevante, con entidad para cohesionar a quienes se encuentren en idéntica situación fáctica (vgr., quienes son afectados en sus sentimientos religiosos o creencias; los consumidores perjudicados por un producto en mal estado o por la prestación deficitaria de un servicio, etc.). Es decir, que un hecho —como el lanzamiento al mercado de un bien con vicios de fabricación— cohonesto a los damnificados que se encuentran en idéntica posición fáctica o jurídica ⁴⁸.

⁴⁶ Galdós, Jorge Mario "Derecho Ambiental y daño moral colectivo. Algunas aproximaciones" J.A. 1998-IV-982.

⁴⁷ Lorenzetti, Ricardo: "Las normas fundamentales de derecho privado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 494; "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", LL 1996-D-1062; "Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente", LL 1998-A-1024; "El juez y las sentencias difíciles-Colisión de derechos, principios y valores", LL 1998-A-1039; "Daño Moral Colectivo: su reconocimiento jurisdiccional", JA 1997-III-237.

⁴⁸ Galdós, Jorge Mario "Derecho Ambiental y daño moral colectivo. Algunas aproximaciones" cit. JA 1998-IV-982. Nos ocupamos del tema, también, en "Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires Aperturas procesales y sustanciales a propósito del caso Copetro" LL, 1999-C-1129; "Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa", Revista de Derecho de Daños, N° 6, Daño Moral, p. 113, 1999; "Proceso colectivo y Daño Ambiental" JA 1999-IV-1148; "Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo" en JA 2000-II-242 en anotación a fallo C.Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1°, 16/3/2000 "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur S.A.". Reiteramos aquí algunas de las consideraciones allí formuladas.

“El daño al medio ambiente (extinción de especies, alteración del equilibrio ecológico, preservación de la pureza de la atmósfera, etc.), la amenaza nuclear, los vicios de los productos de consumo, la publicidad engañosa o deformante y tantos otros problemas, atañen por igual a todos los miembros de la comunidad, o a determinados grupos dentro de ésta, indistinta y no exclusivamente. Los destinatarios del peligro no son ya las personas, en forma aislada, sino categorías o clases de sujetos, aunados por alguna calidad o característica que da trabazón al conjunto”⁴⁹.

Ese interés grupal o difuso en cuanto a su titularidad y pertenencia se convierte en colectivo cuando su representación es actuada por una entidad, asociación u organismo (público o privado); vgr., ligas de defensa de consumidores reconocidas legalmente, entes con menor grado de cohesión como reunión de vecinos para un objetivo determinado y transitorio (como organizar una rifa escolar) , el Ministerio

Público, el Defensor del Pueblo Nacional o Provincial, los organismos del Estado, los Municipios como dueños, guardianes o custodios de los bienes públicos. En otra palabras, el tránsito de lo grupal a lo colectivo reside en el arbitrio fáctico y jurídico que encarna a la pluralidad de sujetos que, de esta forma, se concentran en un ente representativo⁵⁰.

El interés grupal, entonces, se transmuta en colectivo cuando es ejercicio administrativa o jurisdiccionalmente por un ente, organización o sujeto singular, con aptitud representativa, que aglutina todos y cada uno de los intereses individuales que, de ese modo, se diluyen (sólo en su titularidad o pertenencia). Así, “todos” están representados en esa entidad u órgano que concentra en sí la totalidad de los perjuicios”⁵¹.

2) Principales notas tipificantes

A) El enfoque propuesto destaca y preferencia al interés propiciando que éste sea el criterio de conexión con un

⁴⁹ Trigo Represas, Félix “Un caso de daño moral colectivo” ED Tº. 171 p. 373; aut. cit. “Responsabilidad civil por daño ambiental” JA 1999-IV-1180 Cap. III punto d).

⁵⁰ Morello, Augusto M., “Las nuevas dimensiones del proceso civil. (Espacios ganados y trayectorias)” cit. JA 1994-IV-843; aut. cit., “La legitimación de obrar como mecanismo facilitador, en Argentina, de la tutela jurisdiccional de las libertades fundamentales y de los intereses difusos y colectivos” JA 1990-II-719; aut. cit. “El proceso civil colectivo”, p. 297 y otros análisis de legislación comparada en “Defensa de los Consumidores de productos y servicios”, Ed. La Rocca, Bs. As. 1994, obra colectiva dir. por Gabriel Stiglitz y J.A. 1993-I-861; Morello, Augusto M. “La defensa de los “intereses difusos” y el derecho procesal” JA 1978-III-321; Peyrano, Jorge W. “Legitimaciones atípicas” en obra colectiva “La legitimación, Homenaje al Profesor Dr. Lino E. Palacio”, p. 83; Gozaini, Osvaldo A., “La legitimación en el proceso civil”, Ed. Ediar, Bs. As.; 1996; Bidart Campos, Germán, “Los derechos humanos y la legitimación procesal”, ED 152-784 y 790.

⁵¹ Morello, Augusto M. “Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas” Ed. Librería Editora Platense 1998, Cap. LXX, p. 1065; aut. cit. “El proceso justo” cit. aut. cit. “La nueva edad de las garantías jurisdiccionales” y Berizonce, Roberto O. “Las grandes líneas tendenciales del proceso civil a fines del segundo milenio” cit. ambos en J.A. (conmemoración de su 80º aniversario) p.338 y 49 respectivamente.

centro de imputación⁵². Compartimos la opinión de que el interés es la "facultad de actuación en la esfera propia de la persona, para la satisfacción o goce de necesidades humanas", vale decir, para la consecución de bienes jurídicos. Se trata, en suma, del interés como "situación de provecho" que para obtener su protección basta que sea "lícito, serio y justo"⁵³. El interés tiene un contenido patrimonial y otro extrapatrimonial puesto que "aunque no existen pérdidas dinerarias, una persona o un grupo de ellas puede verse afectada porque la mera relación de disfrute sobre un bien jurídicamente protegido (interés) ha sido afectado"⁵⁴.

Esta postura que hace hincapié en la correlación daño-interés afectado (individual o colectivo, material o extra-

patrimonial), aunque no es pacífica, es seguida por calificada doctrina⁵⁵.

Dijimos antes —y lo reiteramos con renovadora convicción— que "el daño colectivo o grupal tiene reconocimiento normativo constitucional e infraconstitucional y es el que afecta los intereses patrimoniales o extrapatrimoniales de una clase, estamento o categoría de sujetos, o de una pluralidad de personas, determinada, indeterminada o de difícil determinación". De este modo el eje de la cuestión se centra en el grupo como sujeto activo de la pretensión resarcitoria debiendo analizarse —jurídica, sociológica y psicológicamente— al grupo, con sus distintos grados de cohesión interna y con sus diferentes exteriorizaciones, como víctima o sujeto dañado y no como victimario o sujeto dañador"⁵⁶.

⁵² De Lorenzo Miguel Federico "Lesión a un bien del dominio público, responsabilidad por riesgo y daño moral colectivo" LL Actualidad ejemplar 25/2/97.

⁵³ Agoglia María M. "El daño jurídico. Enfoque actual" cit. p. 18.

⁵⁴ Lorenzetti Ricardo L. "Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial" J.A. 1997-III-233 Cap. VI.

⁵⁵ Lorenzetti, Ricardo L., "La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante", Revista de Derecho Privado y Comunitario, N°.1, "Daños a las personas" p. 103; Bueres, Alberto J. "El daño moral y sus conexiones con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Revista de Derecho Privado y Comunitario n.1, p. 238 y ss; su voto en el plenario de la Cám. Nac. Civ., 4/4/95, "Fernández, María v. El Puente S.A." ED 162-651; LL 1995-D-545 y JA 1995-II-201; Zannoni, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil" cit. p. 24 y "Acerca de la actividad dañosa y el daño moral", LL 1985-D-863; Agoglia, María-Boraglina, Juan C.-Meza, Jorge A., "La lesión a los intereses difusos-Categoría de daño jurídicamente protegible" JA 1993-III-887; Stiglitz Gabriel-Echevesti, Carlos en "Responsabilidad civil" obra colectiva Dir. Jorge Mosset Iturraspe-Coord. Aída Kemelmajer de Carlucci Ed. Hammurabi, Bs. As. 1992 p.215.

⁵⁶ Ver nuestro voto desde la magistratura, en el caso resuelto de afectación a los intereses de una colectividad por la destrucción de un grupo escultórico en: Cám. Civ. y Com. Azul, sala 2°, 22/10/96 "Municipalidad de Tandil c/ La Estrella s/ daños y perjuicios" con notas aprobatorias de Félix A. Trigo Represas "Un caso de daño moral colectivo" cit. ED T°. 171-373 aut. cit. "Responsabilidad civil por daño ambiental" cit. JA 1999-IV-1180; de Ricardo L. Lorenzetti "Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisdiccional" cit. JA 1997-III-237; de Matilde Zavala de González, "Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario" LL Bs. As. 1997-289; de Jorge Mosset Iturraspe "Daño moral colectivo originado en la lesión a un bien cultural. La Municipalidad legitimada activa" en Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires, Noviembre de 1996, n. 11, p. 879; De Lorenzo Miguel F. "Lesión a un bien del dominio público, responsabilidad por riesgo y daño moral colectivo" LL Actualidad cit. 25/2/97, p. 2. Ver: además, las referencias al caso de Jorge Bustamante Al-

Es suficiente que el interés lesionado sea legítimo, lícito, serio y justo aunque, cuando ese interés grupal es de naturaleza objetiva, el bien lesionado no esté expresamente protegido jurídicamente con status normativo. En este aspecto disienten Lorenzetti —que para categorizar al bien colectivo requiere de su protección legal expresa— y Zavala de González, quien sostiene para que basta el “defecto existencial colectivo”, aún cuando el bien carezca de esa tutela dominial. Adherimos a este último enfoque.

B) Nada obsta que una pretensión resarcitoria colectiva, deducida por ejemplo por una entidad reconocida legalmente, se acumule a plurales pedidos individuales patrimoniales diferenciados⁵⁷.

Debe distinguirse, entonces, el perjuicio “al interés grupal” con el irrogado a víctimas plurales de un mismo hecho que son intrínsecamente individuales

aunque acumulables. Del mismo modo pueden producirse daños colectivos (vgr., la contaminación en sí misma, sin otras consecuencias) que no produzcan daños individuales⁵⁸.

Nos pronunciamos —ahora— por sostener que el daño sufrido colectivamente, sea material o moral, se configura siempre que el efecto expansivo, “de rebote”, dilatado, por la naturaleza del bien, por el alcance territorial del daño o por la calidad de los sujetos, sea coparticipando, esto es, se trate de un daño autónomo e indeterminado respecto de los sujetos. Cuando un hecho lesivo genera un daño grupal cualitativamente disímil de daños individuales o plurindividuales se admite su pertenencia colectiva.

Se trata de un daño diferenciado ontológicamente de modo que sólo existe en cuanto el interés de afectación es homogéneo a un grupo o colectividad, de modo único y excluyente. Por ello,

///sina, “El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible” LL 1998-A-1033; en Revista de Derecho Privado y Comunitario N.º 14, “Prueba II” Area Obligaciones Ed. Rubinzal-Culzoni pág. 283; Mosset Iturraspe “Responsabilidad por daños” T.º V “El daño moral” Ed. Rubinzal-Culzoni 1999 p.104; Cafferatta, Néstor A. “Daño ambiental (Evolución de nuestra jurisprudencia)” JA, 1999-III-1162; Goldenberg, Isidoro H.-Cafferata Néstor “Compromiso social de la empresa en la gestión ambiental” en LL 1999-C-807; Agoglia, María M. “El daño jurídico. Enfoque actual” cit. p.104; Agoglia, María M.-Boragina, Juan C.-Meza Jorge A. “La lesión al medio ambiente y el acceso a la justicia” J.A. 80 Aniversario, p. 15 (1918-1998); Zavala de González Matilde “Resarcimiento de daños” Ed. Hammurabi, Bs. As. 1999 T.º 4 p. 205 nota 89 p. 16 y nuestros trabajos: “Daño ambiental y daño moral colectivo: Algunas aproximaciones” JA 1998-IV-982; “Pensando el proceso colectivo” Revista del Colegio de Abogados de Azul, Año I, N.º. I, Mayo 1998, pág. 15; y “Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Aperturas procesales y sustanciales. A propósito del caso Copeiro”; LL 1999-C-1129; “Proceso colectivo y daño ambiental” JA 1999- IV-1148.

⁵⁷ Ver Bustamante Alsina, Jorge “El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible” en LL 1998-A-1033, punto II.

⁵⁸ Zavala de González, Matilde “Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario” cit. LL Bs. As. 1997 p. 285; aut. cit. “Los daños morales colectivos” en Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe, cit. N.º. 36-37, p. 11; aut. cit. “Los daños morales colectivos” en Revista de Jurisprudencia de la Provincia de Corrientes” N.º. 7 p. 11, Zavala de González, Matilde-González Zavala, Rodolfo, “Identidad grupal o colectiva”, LL 1998-B-1122.

si "todo" ese interés puede ser capturado a título singular por un integrante de la clase o categoría para invocarlo para sí, desplazando a los restantes sujetos, se excluye la noción de daño colectivo.

En este punto es necesario distinguir el perjuicio grupal de la legitimación que, a veces y especialmente en la tutela de prevención, puede ser invocada por uno o varios sujetos en una suerte de representación plural. Pero el daño jurídico resarcible, en base al principio de la personalidad, es único y recae sobre el grupo. Si bien de alcance colectivo, es intrínsecamente concreto, cierto y determinable.

En nuestro parecer el criterio de la personalidad del daño grupal se cumple ostensiblemente toda vez que los intereses —"quid" en el que reposa el instituto que analizamos— son ciertos, concretos y determinados, porque los que resultan difusos, inciertos o indeterminados son los sujetos destinatarios de esos intereses⁵⁹. Es que estamos en el ámbito de los derechos e intereses difusos, metaindividuales, de clase o categoría, heteróclitos, impersonales, indiferenciados, de pertenencia difusa, disminuidos o debilitados⁶⁰, en los que el provecho o beneficio, y como contrapartida, el detrimento de la porción o fracción de pertenencia individual, expande sus efectos a todo el

conglomerado comprendido en ese supuesto fáctico o jurídico.

De allí que proponemos que el interés diferenciado autónomamente e indeterminado o determinable grupal o comunitariamente, sea el criterio que permita categorizarlo, por lo que —de ese modo—, entendemos que no son acumulables los daños colectivos, así concebidos, con daños individuales o plurales que no conculquen otro u otros intereses particularizados del damnificado o de una pluralidad de víctimas.

El interés de grupo es común, no diferenciado e insusceptible de fraccionamiento. O es del grupo o no es de nadie. Porque si alguien acapara el daño en su totalidad para sí, deja de ser coparticipado y homogéneo para ser individual o plurindividual. Lo que no quita —cómo lo anticipábamos— la posible coexistencia de daños patrimoniales individuales o plurindividuales y de una lesión grupal, generalmente extrapatrimonial⁶¹. "Si un sujeto per se y autónomamente puede arrogarse la exclusividad (no la titularidad) del daño, éste deja de ser grupal para ser individual o plurindividual".

Creemos que esta postura, que recoge la razonabilidad, prudencia y mesura que proponían Morello y Stiglitz⁶²,

⁵⁹ Rodríguez Juárez, Manuel E. "La legitimación activa en los llamados intereses difusos" *Semanario Jurídico* 1991 Tº. 70-1994-A-706.

⁶⁰ Ver: Cafferatta, Néstor A. "Daño Ambiental (Evolución de nuestra jurisprudencia)" cit. JA 1999-III-1162.

⁶¹ Ampliamos en "Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo" cit.

⁶² Morello, Augusto M.-Stiglitz Gabriel "Daño moral colectivo" LL 1984-C-1200.

compatibiliza la acumulación del daño colectivo —material o extrapatrimonial— con daños individuales o pluraindividuales distintos de aquél.

Dice Zavala de González: "también es factible que un mismo suceso genere daños colectivos y daños individuales, como si la conducta arbitrariamente discriminatoria lesiona el interés particular de alguna persona (despido, impedimento para el acceso a locales de diversión...) y, por sus características generalizadas y graves, repercute no-activamente en los que ostentan la misma calidad del afectado. En los actos de profanación de tumbas judías, sufren los familiares de los fallecidos, pero también es reconocible un perjuicio grupal en todos los judíos, además de la repercusión generalizada de la afrenta en la comunidad" ⁶³.

El daño colectivo, "con entidad propia" ⁶⁴ por afectar la "esfera social" del individuo en cuanto integrante de grupos, clases o categorías ⁶⁵, no excluye y admite su acumulación con "la acción indemnizatoria por quienes particularmente hubieren sufrido un

efectivo perjuicio en sus derechos" ⁶⁶.

Admitimos, empero, que la sumatoria de daños individuales y colectivos, materiales y morales, está más bien ligada, desde lo colectivo y patrimonial, a la tutela de prevención, inhibición o cese del daño y a la reposición de las cosas al estado anterior (vgr., cese de contaminación, publicidad engañosa, alteración del equilibrio ecológico, o supresión del mercado de productos defectuosos) con la lesión extrapatrimonial (moral) colectiva. En ciertos casos, podrán acoplarse a esos daños sociales o generales, paralelos daños materiales y morales, individuales o plurales, (vgr., afectación psicofísica y extrapatrimonial de quienes, efectivamente, sufrieron un perjuicio cierto, concreto y autónomamente diferenciado como consecuencia del efecto producido por la contaminación ambiental).

Obviamente la reparación material y moral colectiva, cuando sea dineraria, tendrá como destino Fondos Públicos o de Garantías o de Afectación específica.

C) El daño, y el consiguiente damnifi-

⁶³ Zavala de González, Matilde "Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario" LL Bs. As. 1997 p. 284 N°. II.

⁶⁴ Stiglitz, Gabriel A., "La responsabilidad civil" cit., p. 39 y ss., n.24 y ss; Stiglitz, Gabriel A.-Aciari, Hugo A., "Legitimación procesal colectiva. Las acciones de clase. Reparación de daños" en el n.9 de "La Revista del Foro de Cuyo", Ed. Dike, Mendoza, 1993, p. 242 y ss., n. II-4.-

⁶⁵ Trigo Represas Félix A. "Responsabilidad civil por daño ambiental" JA 1999-IV-1180; aut. cit. "Un caso de daño moral colectivo" ED T°. 171 p. 373; Lorenzetti Ricardo "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos" LL 1996-D-1072 N°. VI-2- g)

⁶⁶ Morello, Augusto Mario-Stiglitz, Gabriel A. "Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos" JA 1985-II-652 (especialmente art. 6 proyectado y Fundamentos punto 11). En esa orientación art. 6to. "in fine" del "Anteproyecto de amparo ambiental para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Régimen Procesal" en Morello Augusto "La Tutela de los intereses difusos en el derecho colectivo" cit. p. 250 y arts. 24 y 28 inc. a) de "Anteproyecto de ley. Código Provincial de implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios" de Gabriel A. Stiglitz en "Derecho del Consumidor" N°. 10 Ed. Iuris 1999 p. 230.

cado directo es la colectividad, la sociedad o el grupo, con exclusión de otros damnificados directos por afectación al interés colectivo. Por ello creemos que el sujeto dañado es el conglomerado en cuanto tal, resultante sí de la concurrencia de intereses esparcidos que —ahora— se concentran. Discrepamos, así, con la tesis que, preferencialmente, parte de los sujetos individuales y, desde ellos, arriba a la concepción colectiva⁶⁷. La víctima es el grupo, la pluralidad de personas físicas cohesionadas por sufrir o padecer detrimento en su porción participable del interés difuso, y no tanto los sujetos que se congregan entre sí. El grupo es el sujeto víctima y sólo se lo concibe una vez conformado por la reunión interactuante de más de dos personas. El ejemplo paradigmático es el del sindicato en tanto estructura legal que —entendemos— no sólo puede representar su derecho propio como persona jurídica⁶⁸ sino también los derechos lesionados de los integrantes del mismo en cuanto se trate de aquellos que determinan su nucleamiento y ra-

zón de ser⁶⁹.

D) Singular gravitación adquiere la problemática de quién es el sujeto portavoz del interés grupal (moral o patrimonial o de ambos) precisamente por la ausencia de normativa sustancial y procesal (en el ámbito nacional) que legisle la cuestión. Desde las “aperturas legitimatorias” del “Grupo La Plata” se postula que cada uno de los miembros de la clase o categoría “se protege a sí mismo y al mismo tiempo en un área de significación, protege a todos los demás”⁷⁰. Bustamante Alsina afirma que puede invocar la representación el “afectado” en los bienes de incidencia colectiva (art. 43 Const. Nac.), quien resulta ser el que “acredite un interés razonable y suficiente, considerado por el juez atendiendo a la posible real afectación del reclamante por su vecindad espacial con el hecho o la circunstancia determinante del interés difuso”. De este modo incluye a “cualquier persona que pudiere resultar afectada dentro del grupo social que integra” mencionando no sólo

⁶⁷ En nuestra tendencia: Trigo Represas, Félix “Un caso de daño moral colectivo” en ED Tº. 171-373; Trigo Represas, Félix “Un caso de daño moral colectivo” ED Tº. 171 p. 373; aut. cit. “Responsabilidad civil por daño ambiental” JA 1999-IV-1180 Cap. III punto d); Lorenzetti, Ricardo L. “Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisdiccional” en JA 1997-III-237; Morello, Augusto M.-Stiglitz, Gabriel “Daño moral colectivo” LL 1984-C-1200; Mosset Iturraspe, Jorge “Responsabilidad por daños. Daño moral” 1999 Tº. V. p. 257. Galdós Jorge M. “Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa” Revista de Derecho de Daños Nº. 6, p. 113. En contra: Zavala de González, Matilde “Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario” en LL Bs. As. 1997-289; aut. cit. “Identidad Grupal o colectiva” LL 1988-B-1122; aut. cit. “Los daños morales colectivos”, Revista Voces Jurídicas Tomo 5-1997-11.

⁶⁸ Pizarro, Ramón P. “Daño Moral” Ed. Hammurabi Bs. As. 1996 p.281.

⁶⁹ Ver: CS 9/12/93 “Sindicato de Conductores Navales de la República Argentina c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos-Secretaría de Transportes” voto Dr Belluscio, ED Tº. 159, p. 117 y Guisado, Héctor C. “Algunas consideraciones sobre el control de constitucionalidad en el amparo” ED 172 p. 852; por el criterio amplio Cám. Nac. Fed. Civil y Com., sala II, 14/4/98 “Unión de Trabajadores Gastronómicos y otro c/ Ministerio de Salud y Acción Social” DJ 1999-3-95.

⁷⁰ Morello, Augusto M. Stiglitz, Gabriel A. “Daño moral colectivo” LL 1984-C-1197.

“al defensor del pueblo y a las asociaciones registradas” sino también a “una entidad pública, como un municipio o una autoridad nacional o provincial cuya función consiste en la defensa de ese interés difuso concerniente a la comunidad”⁷¹. En parecida orientación, admitiendo la habilitación legal del “habitante”, se pronuncia Zavala de González, quien entiende que existe un derecho subjetivo a reclamar a “título personal”, ejercitando de ese modo un interés difuso que le es propio. Coincide con Agoglia, Boragina y Meza en que el Estado nacional, provincial o municipal también puede actuar como representante colectivo como consecuencia “de su obligación de propender al bienestar de la comunidad”⁷². Esta es la postura a la que adherimos en ocasión anterior y que, ahora, reafirmamos⁷³. Puntualizan Lorenzetti y Trigo Represas que si el bien es colectivo puede dar lugar a una “legitimación difusa (cualquier ciudadano), colectiva (una organización) o pública (El Estado) ya que si el titular es la comunidad, el legitimado es el Estado y el interés es público” aunque —reiteramos—, circunscribiendo el primero de esos autores la actuación del Estado a que el “bien tenga un reconocimiento jurídico status normativo”⁷⁴

Dice Trigo Represas que “el primer y principal damnificado es la sociedad en su conjunto, o bien una generalidad indeterminada de sujetos; sin perjuicio de que simultáneamente también pueden resultar afectados en forma particular, algunos de los individuos componentes del grupo”. Pero inmediatamente aclara “que de todos modos no cabe la posibilidad de reclamos indemnizatorios plurales y separados por parte de distintos pretensos damnificados ya que es característica de los intereses difusos su indivisibilidad; pues como el bien colectivo no es fraccionable entre quienes lo utilizan, y tampoco es factible dividir su goce, ello trae como consecuencia la imposibilidad de que existan derechos subjetivos. De forma tal que la acción sólo puede corresponderle a la “sociedad en general”, o en su caso a algún “grupo indeterminado de individuos”, en cuanto damnificados directos, estando totalmente descartado en consecuencia que pueden existir otros legitimados para demandar el resarcimiento del daño”⁷⁵.

En suma: daño colectivo o grupal es el sufrido o padecido por una pluralidad determinada o determinable de sujetos, al conculcarse los intereses lícitos y

⁷¹ Bustamante Alsina, Jorge “El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible” LL 1998-A-1033.

⁷² Agoglia, María M.- Boragina, Juan-Meza Jorge “El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental” JA 1993-IV-808, Zavala de Gonzalez Matilde “Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario” LL Bs. As. 1997-283.-

⁷³ Fallo ya citado en nota 56 de Cám. Civ. y Com. Azul, sala 2º, 22/10/96 “Municipalidad de Tandil c/ la Estrella s/ daños y perjuicios” cit. ED Tº. 171-373; JA 1997-III-237.

⁷⁴ Lorenzetti, Ricardo “Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial” JA 1997-III-223; aut. cit. “Responsabilidad colectivo, grupos y bienes colectivos” LL 1996-D-1062. Trigo Represas, Félix “Un caso de Daño moral colectivo” ED Tº. 171 p. 373.

⁷⁵ Trigo Represas, Félix “Un caso de daño moral colectivo” Tº. 171 p. 373.

tutelables, patrimoniales o extrapatrimoniales, que no son susceptibles ni de apropiación o fraccionamiento individual y que resultan diferenciados o diferenciables autónomamente de otros daños. En palabras de una autora que ha estudiado con hondura el tema se configura por la "lesión a un interés de afección grupal"⁷⁶. Por su parte Morello y Stiglitz —hace una década y media y refiriéndose a una especie de los daños colectivos, los daños morales—, afirmaban que "existe un daño moral colectivo —diferente del que pueden experimentar una o varias personas— que "se cristaliza en lesiones que son actuales y concretas no tanto sobre bienes propios y exclusivos de los particulares sino de los intereses de los grupos o colectividades globalmente damnificados. Ello es así porque no media un perjuicio que sea personal y diferenciado sobre cada uno de los individuos, quienes lo soportan más bien en su calidad de miembros de ese determinado conjunto social"⁷⁷.

Lorenzetti —quién también ha realizado calificados aportes de esta temática

—afirma que, a diferencia de la responsabilidad individual, la colectiva, además de una tutela inhibitoria (o preventiva) reconoce una resarcitoria, porque en la medida en que se reconocen bienes colectivos hay también un daño de esa categoría derivada de la afectación de ese bien. La titularidad de la pretensión resarcitoria no es individual porque el bien afectado no lo es; es grupal en ese caso en que se haya concedido a un grupo la legitimación para obrar o bien difusa. Aludiendo a una especie del daño colectivo —el moral o extrapatrimonial— agrega que el "bien colectivo es un componente del funcionamiento social y grupal. Por ello, cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga. De modo tal que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva"⁷⁸. Calificada doctrina autoral se ha sumado a la admisibilidad de los daños colectivos⁷⁹.

⁷⁶ Zavala de González, Matilde "El daño colectivo" en "Derecho de Daños" cit. p. 447; "Los daños colectivos" Revista de Doctrina y Jurisprudencia Santafesina, N°. 36-37, Ed. Jurídica Panamericana p. 11; Dir. Jorge W. Peyrano: aut. cit. "Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario" LL Bs. As. 1997-283; "Los daños morales colectivos" Revista Voces Jurídicas T°. 5-1997-11; Zavala de Gonzalez Matilde - González Zavala, Rodolfo "Identidad grupal o colectiva" LL 1998-B-1122;

⁷⁷ Morello, Augusto M.-Stiglitz Gabriel A. ponencia presentada en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984 en Comisión VI, sobre "Daño Moral", despacho VI, B. En Revista Notarial n°. 877 año 91 p. 1642; auts. cit. "Daños colectivos, aseguración y tarificación resarcimiento por lesiones a la persona o pérdida de la vida humana", ED T°. 110-963; auts. cit. "Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos" JA 1985-IV-653; aut. cit. "Tutela procesal de los derechos personalísimos e intereses colectivos" Ed. Platense 1986 p. 117, 133, 149 y ss.

⁷⁸ Lorenzetti, Ricardo "Daño Moral Colectivo: su reconocimiento jurisprudencial" cit. JA 1997-III-237; "Las normas fundamentales de derecho privado" cit. p. 494; "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos" cit. LL 1996-D-1062.

⁷⁹ Bustamante Alsina, Jorge "El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible" cit. LL 1998-A-1033; Trigo Represas, Félix "Un caso de daño moral colectivo" cit. ED T°. 171 p. 373. Mosses Iturras-

IV. Proyecciones Sustanciales y Procesales de los Daños Colectivos

La temática ensambla –como se reiteró— aspectos bipolares –o multipolares— y, tal como destacamos en anteriores oportunidades ⁸⁰, las más sobresalientes repercusiones del proceso colectivo por daños sufridos grupalmente pueden ser, de una primera aproximación, insinuados del modo siguiente:

1) El afianzamiento de lo colectivo. De los derechos difusos a los derechos colectivos.

Se impone distinguir sucintamente los intereses difusos de los colectivos. Se ha propuesto la caracterización de los intereses difusos atendiendo a dos notas tipificantes: los sujetos, ya que no corresponden a una persona aislada ni a un grupo nitidamente delimitado de personas, sino a una serie indeter-

minada o de difícil determinación cuyos miembros no están ligados necesariamente por ningún vínculo jurídico definido; el bien, que es indivisible en el sentido de ser insusceptible de división en “cuotas” atribuibles individualmente a cada uno de los interesados”. Dentro de las tres categorías clásicas o tradicionales de intereses difusos se inscribe la ligada a los “valores culturales y espirituales como la protección de los monumentos históricos y artísticos” ⁸¹.

Siguiendo la doctrina brasileña y la italiana, es clásica en nuestro derecho la definición de Gabriel Stiglitz: “son intereses difusos los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que

///pe “Responsabilidad por daños” Tº. V “El daño moral” Ed. Rubinzal Culzoni 1999 p. 104; Cafferatta Néstor A. “Daño ambiental (Evolución de nuestra jurisprudencia)” JA 1999-III-1162; Goldenberg Isidoro H.-Cafferatta Néstor “Compromiso social de la empresa en la gestión ambiental” cit. LL 1999-C-807; Agoglia María M. “El daño jurídico. Enfoque actual” p. 104; Agoglia María M.-Boragina Juan C.-Meza Jorge A. “La lesión al medio ambiente y el acceso a la justicia” JA Aniversario (1918-1998) p. 15. Ver ob. cit. en notas 56 y 57. En contra: Saux, Edgardo Ignacio, “Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional” en Rev. de Dcho. Privado y Comunitario Nº. 7 p. 135 y ss, nº. 7; Pizarro Ramón D. “Daño moral” Ed. Hammurabi, Bs. As. 1996 p. 276.

⁸⁰ Estos temas nos inquietan desde hace tiempo. Recogemos aquí algunas de las reflexiones de otros trabajos: “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva” en anotación a fallo Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala III, 5/5/97 “M.L.N. c/ R.C.” La Ley 1997-F-482; “Pensando el proceso colectivo” cit. Revista del Colegio de Abogados de Azul, Año I Nº. 1, mayo de 1998 p. 15; “Derecho ambiental y daño moral colectivo. Algunas aproximaciones” cit. J.A. 1998-IV-982; “El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas” JA 1998-III-8, y en “Medidas autosatisfactivas” cit. Obra colectiva Dir. Jorge W. Peyrano, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1999 p. 55; “Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Aperturas procesales y sustanciales a propósito del caso Copetro” LL, 1999-C-1129; “Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras Aproximaciones”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Dir. A. Alterini, Año I, Nº. 5, Setiembre-Octubre 1999, Ed. La Ley, p. 23; “Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa” en Revista del Derecho de Daños Nº. 6 p. 113; “Proceso colectivo y daño ambiental” en JA 1999-IV-1148.

⁸¹ Barbosa Moreira, José C. “La Legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño”, Rev. Jus, La Plata, 1983, Nº. 34, p. 62.

la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente, a los integrantes del conjunto comunitario”⁸². En cambio “los intereses colectivos encuentran un punto subjetivo de contacto que radica en las llamadas formaciones sociales o cuerpos intermedios” porque “los intereses colectivos, tienen como portavoz al ente exponencial de un grupo no ocasional”, es decir, una estructura organizativa no limitada a una duración efímera o contingente, sino individualizable como componente sociológico concreto, dentro de la colectividad general. En este sentido, los intereses difusos se traducen en colectivos a través de un procedimiento de sectorialización y especificación; vgr., el interés difuso de los consumidores a la salubridad del mercado de consumo, se transforma en el interés colectivo de los miembros de una asociación de consumidores”⁸³. Los intereses colectivos son intereses de categoría que se imputan a grupos o asociaciones⁸⁴.

incluido en la jurisprudencia lo atinente a la protección del patrimonio histórico y cultural, entre los que se ha señalado a los edificios escolares como bienes públicos⁸⁵, o las obras arquitectónicas públicas⁸⁶ o libradas al uso público.

Analizando pormenorizadamente la cuestión dice Gozaíni que “el derecho difuso” o “fragmentado” admite más de un titular o ninguno. Aparece algo así como un bien indivisible que permite cuotas identificadas en cada afectado. Estos últimos se hallan en unión tal que la satisfacción de uno solo implica, en principio, la del grupo; así como la afectación a uno lo es también la de la clase. El interés difuso puede ser un interés jurídicamente protegido o un derecho subjetivo —público o privado—; el primero responde a un derecho cuya consagración depende de la satisfacción que se le otorgue; en cambio, el derecho subjetivo tiene además del correlato “obligaciones” (derecho subjetivo privado) el “poder-deber” público de ampararlo (derecho subjetivo público)”⁸⁷.

Dentro de la categoría de difusos se ha En general, y con variantes, ésta es la

⁸² Stiglitz Gabriel “La responsabilidad civil”, Ed. La Ley Bs. As. 1984 p. 24/25.

⁸³ Stiglitz Gabriel ob. y pág. cit. ver: Cám. Nac. Civ., sala I, 28/4/93, “Bosch Francisco c/ Inspección General de Justicia” JA 1994-I-523.

⁸⁴ Saux Edgardo I. “Acceso a la tutela de los “derechos de incidencia colectiva” dentro del nuevo texto constitucional”, cit. Rev. Derecho Privado y Comunitario, N° 7 p. 115.

⁸⁵ Corte Sup. Santa Fe, 19/9/91, “Federación de Cooperadoras Escolares c/ Prov. de Santa Fe”, J.A. 1991-IV-293.

⁸⁶ Fallo citado de Cám. Civ. y Com. Azul, sala 2°, 22/10/96 “Municipalidad de Tandil c/ La Estrella s/ daños y perjuicios” cit. ED T°. 171-373; JA 1997-III-237; (en el caso una estatua propiedad de una municipalidad, dañada por la acción de terceros).

⁸⁷ Gozaíni Osvaldo A. “La legitimación en el proceso civil”, p. 313/314, 299, 315, 323, 327, 329.

tendencia que registra el proficuo derecho autorial ⁸⁸.

2) Reformulación del concepto daño. La Prevención. Replanteo de la responsabilidad civil.

En ese sentido, especialmente, se verifica una doble vertiente: el daño como lesión a intereses merecedores de tutela, serios y lícitos, suficientemente estables y ciertos, que no sean ilegítimos (por oposición a conculcación de derechos subjetivos) que amplían los supuestos de dañosidad, especialmente cuando se trata de ejercer una pretensión "ex-ante" ⁸⁹. La restante faceta actúa en la prevención, esto es la evitación del hecho nocivo, el cese de sus efectos, la paralización de sus conse-

cuencias o, especialmente en lo que atañe al daño colectivo material, en retrotraer las cosas al estado anterior al acto lesivo. Así, y en ausencia de norma genérica expresa que la recoge aplicando analógicamente las acciones de los arts. 2499 y 2618 del Cód. Civil, o el art. 289 Código de Minería, se ve potenciado el aspecto anticipatorio de la tutela civil inhibitoria o mandato preventivo.

En ese sentido, desde la década del 80 la jurisprudencia, con verdadero compromiso social y humanístico ha reconfigurado, en distintas jurisdicciones de la Argentina, la prevención del daño en materia ambiental, al estar en juego la vida humana ⁹⁰.

⁸⁸ Ver: Juan C. Venini, "El daño y los intereses difusos" en "Derecho de daños" 2da. Parte, p. 53; Flach, Lily-Smayevsky, Miriam, "Legitimación de los titulares de intereses difusos", en "La responsabilidad. Homenaje al Profesor Dr. Goldenberg", cit. p. 397; Pellegrini, Grinover Ad. "Acciones colectivas en tutela del ambiente y de los consumidores (la ley brasileña del 24 de julio de 1985, n.º 7347), Revista Jus, n.º 38, 1986, pág. 63 y ss; Jiménez, Eduardo P.-Costantino, Juan A., "Intereses difusos: su protección. Efectos y alcances", E.D., 140-834; López Alfonsín, Marcelo-Dall Vía, Alberto, "Los llamados "intereses difusos" y la protección constitucional del medio ambiente", J.A., 1992-III-708 y E.D. T.º 147 p. 785; Tawil, Guido S., "La cláusula ambiental en la Constitución Nacional", L.L. 1995-B-1291; Taiyah, Jorge-Zentenn, Diego, "El acceso a la justicia en la problemática de los intereses difusos" L.L., 1991-E-1045.

⁸⁹ Ver: auts. y ob. cit. en nota 55.

⁹⁰ En nuestro trabajo "Derecho ambiental y daño moral colectivo. Algunas aproximaciones" JA 1998-IV-982 citamos, a modo de ejemplo, entre muchos otros: Sentencia de Primera Instancia del Dr. Héctor P. Iribarne, a cargo del Juzgado Civil y Comercial N.º 8 de Morón, con nota aprobatoria de Morello, Augusto M.-Stiglitz, Gabriel A., "Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia", L.L. T.º 1987-D-365; Cám. Fed., La Plata, sala 3ª., 8/8/88, "G., D Y otra c/ Gobierno Nacional", con nota aprobatoria de Morello, Augusto M.-Stiglitz, Gabriel A., "Función preventiva del derecho de daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la Justicia", J.A., 1988-III-107, y E.D. con nota elogiosa de Bidart Campos, Germán J., "Los intereses difusos en el realismo sociojurídico del poder judicial", T.º 131 p. 137 de Daniel E. Herrendorf, "El sitio que corresponde a los jueces", y en L.L., 1989-C-116 con nota igualmente aprobatoria de Ghersi, Carlos A., "Daños. Reparación individual. La obligación funcional de prevención social". Ver también reseña de fallos, de Cafferatta Néstor "Jurisprudencia ambiental" en JA 1996-IV-1093 y Marco A. Rufino "Intereses difusos" en J.A., 1994-III-1065; Corte Just. Salta, sala 1º, 5/6/90, "Barrancos, Horacio y otros c/ Hoyos, Simón A." con nota aprobatoria de Morello, Augusto Mario, "Los intereses difusos y el derecho procesal" (Del amparo individual al colectivo) J.A. 1990-IV-p. 46; Corte Sup. Just. Santa Fe, 19/9/91, "Federación de Cooperadoras Escolares (Dpto. Rosario) v. Pcia. De Santa Fe", con nota de Morello, Augusto M.-Stiglitz, Gabriel A., "Concientización de criterios definitivos en torno de la tutela de los intereses difusos", J.A., 1991-IV-325; Juzgado Federal N.º. Civil y Comercial, Mar del Plata, 14/5/91 "Municipalidad de General Pueyrredón" ED T.º 144-663 suscripto por el Dr. Eduardo J. Pettigiani; Ver: Galdós, Jorge M. "Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Aperturas procesales y sustanciales a propósito del caso Copetro" cit. LL 1999-C-1129.

De modo que también se reformulan las funciones de la responsabilidad civil que al rol reparador se añaden, con idéntica jerarquía, la prevención y la sanción o punición.

Desde la óptica procesal acuden en auxilio insoslayable no menos gravitantes herramientas instrumentales, nacidas —también— al abrigo del quehacer pretoriano, en el marco de los llamados “procesos urgentes”, que reconoce su sustento legal analógico en los arts. 232 C.P.C.Nac. y Bs. As.

Conviven en los procesos urgentes: a) las medidas cautelares clásicas, asegurativas, provisionales o interinales, que incluyen las medidas genéricas y la cautelar innovativa, con todo su fértil campo de aplicación; b) las medidas anticipatorias o cautela material, o autosatisfactivas, o satisfactivas que producen efectos sustantivos o definitivos, agotando y feneciendo la litis; c) la tutela anticipada. Estas dos

últimas delinean su propio ámbito, con autonomía científica, pese a la ausencia de texto legal expreso que las recepte.

En anterior oportunidad dijimos que “la procedencia de las medidas autosatisfactivas está supeditada a la concurrencia simultánea de circunstancias infrecuentes (o sea no cotidianas) derivadas de la urgencia impostergable en la que el factor tiempo y la prontitud aparecen como perentorios; de la fuerte verosimilitud sobre los hechos, con grado de certidumbre acreditada al inicio del requerimiento o, en su caso, de sumaria comprobación; la superposición o coincidencia entre el objeto de la pretensión cautelar, provisional o preventiva —en la terminología clásica— con la pretensión material o sustancial, de modo que el acogimiento de aquella torne generalmente abstracta la cuestión a resolver porque se consumió el interés jurídico (procesal y sustancial) del peticionante”⁹¹.

⁹¹ Ver “Medidas autosatisfactivas” Ed. Rubinzal-Culzoni 1999 obra colectiva-Dir. Jorge W. Peyrano con notable acopio de aportes doctrinales y jurisprudenciales; Peyrano, Jorge W: “Lo urgente y lo cautelar” JA 1995-I-899; “Vademécun de las medidas autosatisfactivas” JA 1996-II-709; “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva” ED 169 p. 1345 y “Derecho Procesal. En vísperas del siglo XXI” cit. p. 377 y ss; “Medida cautelar innovativa.-Balance de Situación. Ajustes. Nuevos horizontes”, J.A. 1995-IV-680; “Informe sobre las medidas autosatisfactivas”, LL 1996-A-999; “Las medidas autosatisfactivas en materia comercial” JA 1996-I-823; “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, JA 1997-II-296; Berizonce, Roberto “Tutela anticipada y definitiva” J.A. 1996-IV-764 y en “Derecho Procesal. En vísperas del siglo XXI” ob. cit. p g. 58 y ss; De Lazzari Eduardo N. “La cautela material” J.A. 1996-IV-651; De Los Santos, Mabel “La Medida Cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados “procesos urgentes” J.A. 1996-I-633; aut. cit. “La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados “procesos urgentes”, J.A. 1996-I-633; aut. cit. “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, JA 1997-IV-800; Maradiaga Rodolfo E. “La llamada “cautela material” ED 171 p g. 1062; Rivas Adolfo A., “La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional”, en La Ley Actualidad del 22/2/96 p. 2; Kemelmajer de Carlucci, Aida en “Algunos aspectos referidos a la eficacia del llamado “proceso familiar” cit. en “Derecho Procesal. En vísperas del siglo XXI” ob. cit. p. 84; Rojas Jorge A. “Pautas para la regulación del proceso urgente” (anotación a fallo) en Revista de Derecho Procesal N°. 2 p. 409; Vázquez Ferreyra, Roberto “Las medidas autosatisfactivas en el derecho de daños y en la tutela del consumidor”, LL 1997-E-1440.-

Los civilistas (Nicolau, Zavala de González, Andorno) analizan la cuestión especialmente al estudiar la prevención del daño. Lorenzetti enfatiza que en el derecho civil surge la tutela inhibitoria con una serie de instrumentos que permiten prevenir el daño antes de que se produzca, incursionando en el orden social al señalar conductas obligatorias. De ese modo la tutela inhibitoria (que siempre tiene una finalidad preventiva) admite, como género, dos especies: una acción cautelar (que es provisoria) y otra definitiva, las que se diferencian en su instrumentación procesal, unidas ambas en su finalidad preventiva de impedir la concreción de la amenaza del daño frente al interés —legítimo o simple— del titular requirente. En ese ámbito entroniza a la medida cautelar sustancial como instrumento de la tutela inhibitoria ⁹². Fruto de ese fecundo laboreo de la doctrina procesal y civilista siguieron, luego, los acogimientos legislativos (vgr., ley 4559/98 de la Provincia de Chaco de medidas autosatisfactivas).

A su lado la tutela anticipada permite, en ciertos y excepcionales supuestos, adelantar, total o parcialmente, el re-

sultado de la sentencia definitiva a favor del sujeto procesal impedido de aguardar el agotamiento de los estadios que conduzcan a su firmeza definitiva. En este sentido es auspicioso y muy promisorio el antecedente de la Corte Federal que recogió, bajo el ropaje de la medida cautelar innovativa, “el anticipo de jurisdicción” consistente en la provisión de una prótesis en reemplazo del antebrazo izquierdo de la víctima, que había sido amputado por una máquina de propiedad de los demandados, porque de las circunstancias de hecho y derecho probadas de la causa (ausencia de seguro de accidentes de trabajo, intentos de los demandados de disminuir su patrimonio) debía atenderse a la índole del agravio que recaía en la integridad física y psíquica, lo que condujo, excepcionalmente, a enfocar las proyecciones de las medidas cautelares (utilizadas en su acepción clásica) “sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo”⁹³.

A su lado va creciendo el instituto de la ejecución provisional de la sentencia civil no firme, atendiendo al “perjuicio irreparable”⁹⁴.

⁹² Lorenzetti, Ricardo L. “La tutela civil inhibitoria” LL 1995-C-1217; aut, cit. “Las normas fundamentales de derecho privado” ob. cit. pág. 294 N° 5 apart. A); Nicolau, Noemí Lidia “La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución nacional” LL 1996-A-1245; Andorno, Luis O. “El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano” cit. J.A. 1995-II-887.- Zavala de González, Matilde: “La tutela inhibitoria contra daños” en Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros Año I N° 1 p. 1.

⁹³ CS, 7/8/97 “Camacho Acosta, Máximo c/ Grafi Graf S.R.L. y ot.” en LL 1997-E-652; JA 1997-IV-620, DJ 1997-3-59, ED T° 176 p. 62 con nota de Augusto M. Morello “La tutela anticipada en la Corte Suprema” y con nota de Roland Arazi “Tutela anticipada” en “Revista de Derecho Procesal-Medidas cautelares” p. 385.-

⁹⁴ Gozaini, Osvaldo A. “La ejecución provisional en el proceso civil” LL 1997-D-897-913.

4) La operatividad de las garantías constitucionales

En lo tocante a las vías procesales de protección colectiva en un evento científico se resolvió que "se destacan por su importancia: a) la acción de amparo (art. 43, Constitución Nacional), b) la acción de daño temido (art. 2499, Cód. Civil); c) la acción negatoria (art. 2800 y ss. Cód. Civil); d) las derivadas del art. 2618, e) el proceso urgente no cautelar orientado a reclamar la cesación de una acción dañosa vías locales específicas (vgr., la ley 11.723, arts. 34, 35, 36, 37 y 38 y conchs.; arts. 22, 23, 24, 25, 26, ley 12008" ⁹⁵.

En ámbito jurisdiccional provincial se decidió que "los usuarios del servicio eléctrico se encuentran legitimados en su doble carácter de usuarios y de afectados (arts. 42 y 43, Constitución Nacional), para interponer acción de amparo respecto de la pretensión de la Municipalidad de Santa Fe y de la Empresa Provincial de Energía de implementar como adicional a la tarifa de consumo de energía domiciliaria, una denominada "tasa de alumbrado público" para sufragar los gastos que demanda el consumo de energía eléctrica por parte del municipio" ⁹⁶.

La Suprema Corte de Mendoza admitió dicha acción de amparo para proteger la vivienda de un particular que, por la ejecución de obras de magnitud de desmonte y nivelación en terrenos vecinos, hacía peligrar la estabilidad de la vivienda, con riesgo cierto para su solidez ante la existencia de meros hechos anormales en la provincia (intensas lluvias, movimientos sísmicos) ⁹⁷. Se ordenó a la Municipalidad y a la empresa constructora "a realizar en el plazo de veinte días los trabajos necesarios para proporcionar seguridad a la vivienda del actor", admitiéndose —en el caso— la idoneidad de la acción de amparo, sin dejar de señalar el voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci que la cuestión podía resolverse por conducto de las medidas autosatisfactivas. Doctrina y jurisprudencia se han ocupado por el diseño procesal de la tutela de prevención en general y particularmente de una de sus paradigmáticas expresiones —la tutela ambiental—, en el enclave de las señaladas medidas autosatisfactivas (o "medidas de efectividad inmediata" en el texto del proyectado art. 67 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires) ⁹⁸.

⁹⁵ Ver: Jornadas en conmemoración de la Reforma del Código Civil Argentino (1968-1998), Universidad Argentina John F. Kennedy, Buenos Aires, 25 al 27 de junio de 1998, JA 21/10/98 p. 30.

⁹⁶ Cám. Civ. y Com. Santa Fe, sala II, 19/2/97 "González Riaño, Eduardo y otro c/ Municipalidad de Santa Fe y otra", voto Dr. Enrique C. Muller, LL Litoral, 1998 p. 755.

⁹⁷ Suprema Corte de Mendoza, Sala 1º, 13/10/98, Causa 60139 "Costa Luis A. s/ Acción de Amparo", voto Dra. Kemelmajer de Carlucci (inédito).

⁹⁸ Camps, Carlos E., "La protección del medio ambiente a través de la cautela material", J.A. 1998-II-648; Acciardi Hugo A.-Castellano Andrea "Recursos Naturales, ambiente y externalidades" JA 1996-IV-866.

Esta problemática fue receptada por otros tribunales. "Es admisible la acción entablada por vecinos de la ciudad de Rosario con la finalidad de obtener de la Municipalidad local, la realización de gestiones tendientes a lograr la cesación del uso por una empresa de maquinarias utilizadas para la explotación industrial que —aparte de su potencialidad intrínseca para producir molestias y perjuicios— perjudican la calidad de vida de los actores"⁹⁹. También se ha aceptado, en base a una norma específica la ley N° 10.000 que legisla los intereses difusos en la Provincia de Santa Fe, la legitimación de la Federación de Cooperadoras para formular un reclamo vinculado a "los edificios escolares", que por ser medios "indispensables para el goce de un servicio esencial, son bienes públicos y como tales, forman parte del ambiente, cuya protección deriva implícitamente de diversas normas constitucionales locales". Añadiéndose en ese precedente que "si no se mantienen y, eventualmente, no se amplían las escuelas, tal comportamiento daña la salubridad del ambiente de vida, porque la presencia de tales establecimientos en buenas condiciones, al igual que las zonas verdes, los centros culturales, los monumentos, etc., representa la condición ineludible de un me-

jor nivel de vida de la sociedad. Tal daño es daño público, al alterar la posibilidad de su utilización en buenas condiciones por los componentes y puede configurárselo como daño ambiental porque, en definitiva, disminuye el goce del ambiente íntegro"¹⁰⁰.

En tal sentido se ha reconocido en el marco de la acción de amparo, aún ante la falta de norma expresa que admita la defensa jurisdiccional de los intereses difusos, la intervención de un particular para que se disponga la prohibición de la fabricación de ácido bórico, ante la evasiva de los órganos administrativos municipales de ejercer el control de la puesta en marcha y funcionamiento de la empresa autorizada y hasta tanto dichos órganos municipales y provinciales competentes extiendan un certificado de inocuidad de los residuos¹⁰¹.

Cabe recordar que la Corte Nacional ha reafirmado, en materia de "habeas data" (art. 43 Const. Nac.) su doctrina anterior que predica que "la ausencia de normas regulatorias de los aspectos instrumentales no es óbice para el ejercicio de esa acción (o la de amparo, agregamos) pues incumbe a los órganos jurisdiccionales determinar provisoriamente —hasta tanto el Congreso

⁹⁹ Cám. Civ. y Com. Rosario, sala 4°, 3/9/97 "D' Paul, Jorge y otros c/ Municipalidad de Rosario", voto Dr. Jorge W. Peyrano, JA 1998-I-482 y LL Litoral 1998-387.

¹⁰⁰ C.S. Justicia Santa Fe, 19/9/91, voto Dr. Ulla, "Federación de Cooperadoras Escolares (Dpto. Rosario) c/ Pcia. de Santa Fe", con nota de Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel A., "Concientización de criterios definitivos en torno de la tutela de los intereses difusos" J.A. 1991-IV-325 y ss; ver también Venini, Juan Carlos, "Responsabilidad por daños contractual y extracontractual", Tº. 3 pág. 41.

¹⁰¹ Corte Just. Salta, Sala 1ra. 5/6/90 "Barrancos, Horacio y otros c/ Hoyos, Simón A.", con nota aprobatoria de Morello, Augusto Mario, "Los intereses difusos y el derecho procesal (Del amparo individual al colectivo)", en J.A. 1990-IV-46.

Nacional proceda a su reglamentación— las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en los casos concretos”¹⁰².

Se reiteró así la doctrina sentada en el “leading case” que reconoció legitimación activa para el ejercicio del derecho de respuesta o rectificación, pese a la ausencia de norma expresa, “a todo habitante” que por una información periodística inexacta o agravian-te sufre un daño moral por la afectación a sus creencias y convicciones religiosas” entendiéndose que se trata de un derecho subjetivo ejercitado por un particular que “asumió una suerte de representación colectiva que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal”¹⁰³.

Las garantías del amparo y del habeas data —operativas “per se”— pese a la

ausencia de regulación legal posterior a la Reforma Constitucional de 1994, que modificó (amplió) y reguló, respectivamente, ambos institutos, se ha aplicado vgr., para tutelar los derechos personalísimos¹⁰⁴, atacan la constitucionalidad del revalúo inmobiliario en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁰⁵, el derecho a la salud¹⁰⁶; para la prohibición de medicamentos abortivos¹⁰⁷ y el habeas data para la obtención de datos en bancos públicos¹⁰⁸, para la tutela del usuario servicios públicos¹⁰⁹.

5) El Proceso civil colectivo (su problemática)

Es preciso diferenciar los daños sufridos colectivamente que admiten la vía procesal —no regulada expresamente— del proceso civil colectivo, con ese mismo marco adjetivo en el que también se acoge una multitud de daños

¹⁰² CS, 16/9/99 “Ganora, Mario F y otra” con nota de Néstor Pedro Sagües “El hábeas data contra organismos estatales de seguridad” LL 1º/3/2000 pág. 10; Slaibe María E. y Gabot Claudio “Habeas data: su alcance en la legislación comparada y en nuestra jurisprudencia” en Suplemento La Ley del 17/3/2000 de Derecho Constitucional a cargo del Dr. Germán Bidart Campos.

¹⁰³ C.S. 7/7/92 “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros JA 1992-III-199.

¹⁰⁴ Juzg. Crim. y Corr. Mar del Plata, N.º. 3, 5/9/97 “A., K” con nota de José A. Mainetti y de Eduardo L. Tinant JA 1998-IV-298.

¹⁰⁵ Cám. Nac. Civ., sala B, 9/8/98 “Arias, Alejandro J. c/ Gobierno de la ciudad de Buenos Aires” JA 1999-III-48.

¹⁰⁶ Cám. Fed. Bahía Blanca, sala II, 11/2/99 “Un jubilado c/ I.N.S.S.J.P. s/ acción de amparo” ED T.º. 181-735, con nota de Susana Albanese “El derecho a la salud. La obligación de la obra social de continuar suministrando un medicamento”; Cám. Nac. Fed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 2/6/98 “Viceconte, Mariela C. c/ Ministerio de Salud y Acción Social” con nota de Eduardo Mer-tehikian “La “protección de la salud” como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido” LL 1998-F-303.

¹⁰⁷ Hernández Héctor H. “Amparo contra paradójico “medicamento” mortífero” DJ 2000-1-525.

¹⁰⁸ Corte Sup. 24/11/98 “B.I.S.A. Banco de Informes Argentina S.A. c/ Dirección General Impositiva” JA 1990-II-640; Corte Sup. 15/10/98 “Urteaga, Facundo R. c/ Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas” con nota de Eduardo Zannoni “La acción de amparo y la tutela efectiva de los derechos humanos” JA 1999-I-22; S.C.Mendoza, 17/11/97 “Costa Esquivel, Oscar A. c/ CO. DE-ME p/ acc. Hábeas data” con nota de Jorge R. Vanosi “Un caso de hábeas data: entre el derecho procesal y el derecho constitucional” ED 176 p. 348.

¹⁰⁹ Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. sala I, 2/4/1999 “Cervera Ríos, Gladys S. c/ Telecom Argentina Stet France Telecom S.A.” DJ 2000-1- 637.

individuales, aglutinados por una representación común (vgr., Defensor del Pueblo).

En el proceso colectivo se acumulan pretensiones coparticipadas por una pluralidad de sujetos —lo que no obsta sumarle pretensiones individuales diferenciadas— y estructura un procedimiento administrativo y especialmente judicial que:

- contemple, a partir de la operatividad de los derechos consagrados en los arts.41, 42 y 43 Const. Nac. y en temática propia del derecho sustancial, cuál es el bien jurídico tutelado, general y preferentemente pluriindividual o metaindividual o colectivo;
- especifique cuáles son los sujetos legitimados para ejercitar las acciones pertinentes, y cuál el grado y alcance de su representación, sea que se la confiera a cualquier ciudadano, al ciudadano "afectado" por conculcación de su derecho subjetivo o interés legítimo; a órganos del Estado como el Ministerio Público u otros con funciones específicas, como el Defensor del Pueblo (art.86 Const. Nac.), a entidades reconocidas para promover reclamos en defensa de todos los que participan de los objetivos de ese nucleamiento;
- regule los efectos posibles del pronunciamiento, es decir los sujetos físicos plurales involucrados y que integren o conformen una clase, categoría o estamento, por encontrarse en equiparable situación fáctica o jurídica (vgr., los damnificados por la

degradación ambiental, o por el ataque al patrimonio urbanístico o la lesión al ambiente);

- se provea el sistema de divulgación (incluso periodístico) de inclusión o exclusión de las personas físicas y jurídicas que conformarán la clase o grupo por las que se acciona;
- se aseguren los arbitrios que —activismo judicial mediante— afiancen la adecuada aptitud representativa de quienes invocan una representación colectiva;
- se establezca pormenorizadamente la naturaleza de las acciones (administrativas y judiciales), de prevención, de resarcimiento o sancionatorias, y el destino y administración de los fondos (de garantía o específicos) que se obtengan del dañador o por otras vías (multas, donaciones, etc.);
- determine los estadios propios del proceso colectivo y sus caracteres (audiencia de conciliación, sumariedad del trámite, suspensión del formalismo inconducente; etc.)
- los efectos expansivos —o no— de la cosa juzgada;
- la caducidad (aún transitoria) del ejercicio de tales acciones;
- los modos de aseguramiento de la efectividad de la pretensión, sea mediante el cese o paralización de la conducta dañosa y la reparación del daño (en especie, en dinero, en obras a la comunidad, etc.);

- el régimen de imposición de costas que, salvo malicia o culpa grave, serán preferentemente impuestas por su orden y, en su caso, la solidaridad de su asunción con los sujetos (directores, presidentes, etc.) de las personas jurídicas cuya representación ostentan;
- el mecanismo de compulsión del cumplimiento del mandato de protección, de resarcimiento o de punición;
- el rol activista del Ministerio Público, acompañando el ya indiscutido dinamismo judicial¹¹⁰.

Recientemente la Sala I de la Cámara Nacional Civil y Comercial decidió que la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, en pronunciamiento elocuente y promisorio, está legitimada y reconoció el derecho resarcitorio a favor de 15.500 usuarios del servicio de luz, cuya cuantificación particularizada se decidirá en cada caso. Se decidió allí que no se configuró un caso de daño colectivo (derivado de la falta de provisión eléctrica ocasionada por un corte de energía que tuvo lugar el 15 de febrero de 1999) sino de un proceso colectivo en el que el órgano habilitado por la Constitu-

ción de Buenos Aires, ejercía la representación de los derechos de los afectados, de carácter subjetivo, individual y colectivo ¹¹¹.

Se recepta así una suerte de pretoriano proceso colectivo que se diferencia de la acción de clase del derecho anglosajón ¹¹²

6) Connotaciones sociológicas

Desde el enfoque que brindan la psicología y la sociología, Cafferatta, en destacado aporte interdisciplinario, señala que, a la postre, la legitimación activa para obrar en caso de comprometerse intereses de grupo es asumida por "el líder operativo del grupo". Dice este autor "que reviste especial relevancia la figura del líder operativo, que actúa, y se hace cargo de la problemática que angustia al grupo. Es decir de aquél que frente a la emergencia es el miembro dinámicamente más fuerte, desde que su estructura personal le permite hacerse cargo de la "enfermedad grupal". La emergencia en el ámbito colectivo, significa que un miembro del grupo asume un rol nuevo, se transforma en el emergente, portavoz o depositario de la ansiedad del grupo. Pero el emergente no habla

¹¹⁰ Reiteramos en el texto lo expuesto antes en Galdós Jorge "Proceso colectivo y daño ambiental" JA 1999-IV-1328 y reafirmamos que es insuperable, y fuente de legislación provincial el sustrato del proyecto de Morello, Augusto M.-Stiglitz, Gabriel A. "Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos JA 1985-IV-653.

¹¹¹ C. 539/99, 16/3/2000, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR S.A. s/ responsabilidad por daños" con nuestra nota "Auspiciosa recepción pretoriana del Proceso colectivo" JA 2000-II-242 y con comentario de Ricardo L. Lorenzetti "Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad".

¹¹² Cueto Rúa, Julio C. "La acción por clase de personas" T 1988-C-952; Pellegrini Grinover, Ada "La acción de clase brasileña" JA 1991-II-896; Acciardi, Hugo A. "Class Actions" en Enciclopedia de la Responsabilidad Civil II-C-, Dir. Alterini, Atilio-López Cabana, Roberto Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. p. 263. Stiglitz Gabriel-Acciardi Hugo "Legitimación procesal colectiva. Las acciones de clase. Reparación de Daños" Revista del Foro de Cuyo, 1993.

sólo por sí sino por todos: es un emisorio de una situación dada, no sólo de un acontecer individual, sino de un "acontecer grupal" y concluye que "en aquellos casos, en los que afloran intereses difusos, la representación que asume el accionante legitimado para obrar es sui generis, sin mandato expreso: actúa por la sociedad, clase, grupo, sector afectado/a o interesado/a en la problemática, aunque lo haga por sí, en su propio interés, o por derecho propio"¹¹³.

7) Legitimaciones ensanchadas y cosa juzgada colectiva

En un precedente más cercano la Corte Federal denegó la acción por la ausencia de "un caso" porque no se probó la afectación de un interés jurídico personal, particularizado, concreto y además susceptible de tratamiento jurisdiccional. Se revocó, así, la resolución que admitió legitimación de una diputada y presidente de una liga de consumidores para cuestionar el régimen tarifario telefónico y que, en ausencia de norma expresa, los tribunales inferiores habían circunscripto la inconstitucionalidad decretada de ese régimen, al ámbito de "actuación de la entidad y jurisdicción territorial del tribunal". Empero, allí se destacan y sobresalen las reflexiones del dictamen del Procurador General que afirmó: "es preciso diferenciar entre el interés individual del usuario derivado de la prestación directa del servicio, en virtud de un vínculo contractual o reglamentario; el interés colectivo sectorial,

del que participan un conjunto determinado de usuarios calificados por la concurrencia de un interés compartido, y el interés colectivo, que puede ser identificado con "los intereses generales de la sociedad", que radica indeterminado en los bienes de propiedad social o pública, común, de la naturaleza o de la cultura. Este último es un derecho concreto que se subjetiviza en el ambiente, en el patrimonio histórico y artístico, y en el inagotable desagregado de los bienes de Dios y del hombre. De tal forma, —añadió— a cada uno de estos intereses corresponde una legitimación y un efecto del reclamo de protección acorde con su naturaleza. Así, la protección de un interés individual sólo beneficia al reclamante directamente afectado. En cuanto a la defensa de los intereses colectivos sectoriales que pueda encarar una asociación de usuarios —como la amparista del "sub-examine"— en tanto se trata de una suma de intereses individuales, la protección que articule sólo podrá comprender a los afiliados o inscriptos en sus registros y dentro del ámbito territorial donde desenvuelve sus actividades. Ello así, para evitar que la protección de un sector pueda estar en pugna con otro sector de la sociedad. Concluyó expresamente que "los intereses propiamente colectivos son los que pertenecen a la comunidad toda, por tratarse de bienes de titularidad y goce colectivos, como son las dependencias del dominio público y el medio ambiente, respecto de los cuales la protección tiene alcances erga om-

¹¹³ Cafferatta, Néstor Alfredo "La legitimación para obrar y los intereses de grupo. El emergente como legitimado para obrar en causas ambientales" (inédito).

nes"¹¹⁴. Sin embargo, en otros precedentes, la Corte Nacional aceptó la legitimación colectiva impetrada por organismos aglutinantes de intereses comunes, públicos o privados¹¹⁵.

El derecho judicial y autoral ha puesto énfasis sobre todo en lo relativo a la legitimación de los particulares para reclamar la tutela preventiva a fines de impedir o evitar el hecho lesivo o la consumación del perjuicio que ya comenzó sus efectos dañosos¹¹⁶. En tal sentido, por ejemplo, se ha ordenado "ex officio" a la empresa demandada, bajo apercibimiento de hacerlo la Municipalidad a su costa, la ejecución de las tareas de restauración del cauce del arroyo y el drenaje de aguas acumuladas en una excavación, en la que fallecieron ahogados tres niños¹¹⁷. La construcción de un cerco que aisle las

excavaciones inundadas y la colocación de carteles bien visibles que indiquen el peligro, y el mantenimiento de un servicio permanente de vigilancia en un lugar, —similar al anteriormente citado—, en el que se acumulaban aguas de lluvias, todo bajo apercibimiento también de ser efectuado por la Municipalidad de Quilmes a costa de la demandada"¹¹⁸. Igualmente se reconoció habilitación legal al "ombudsman" de la Municipalidad de la Capital Federal para promover un amparo en defensa de intereses propios de los vecinos de la ciudad contra la mala actuación de la administración municipal¹¹⁹.

En esa orientación una Sala de la Cámara Civil capitalina reconoció legitimación a particulares para la protección del orden público contra la deci-

¹¹⁴ CS, 7/5/98 "Prodelco c/ Poder Ejecutivo Nacional" Fallos 321:1253 (del dictamen del procurador general).

¹¹⁵ CS "Roca, Magdalena c/ Provincia de Buenos Aires" (reconociendo legitimación a la actora para cuestionar la constitucionalidad de una obra pública por su impacto ambiental) LL 1996-B-136; CS, 22/4/97 "Asociación de Grandes usuarios de Energía de la República Argentina c/ Provincia de Buenos Aires" (admitiendo la representación de la entidad reclamante) LL 1997-C-323; en contra CS, 12/9/96 "Frias Molina, Nélida c/ Instituto Nac. de Prevs. Social-Caja Nac. de Prev. Para el personal del Estado y Servicios Públicos, LL 1997-A-67, con nota de Humberto Quiroga Lavié, "Luz del Día, Sancho panza y el Defensor del Pueblo en la Corte Suprema" DJ 1995-2-447. (denegando representación al Defensor del Pueblo para representar a los jubilados)

¹¹⁶ Ver supra texto y citas Cap. IV, punto 4.

¹¹⁷ Sentencia de Primera Instancia del juez Iribarne, Juzgado Civil y Comercial N° 8 de Morón, cit. L.L. T° 1987-D-365.

¹¹⁸ C. Fed., La Plata, sala 3°, 8/8/88, "G., D. y otra c/ Gobierno Nacional", voto Dr. Schiffrin, con nota aprobatoria de Morello Augusto M. y Stiglitz, Gabriel A. "Función preventiva del derecho de daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la Justicia", J.A.1988-III-107 y ss., y con nota elogiosa de Bidart Campos, Germán J., "Los intereses difusos en el realismo sociojurídico del poder judicial", E.D. 131 p. 137 de Daniel E. Herrendorf, "El sitio que corresponde a los jueces", y en LL 1989-C-116 con nota también aprobatoria de Ghersi, Carlos A., "Daños. Reparación individual. La obligación funcional de prevención social".

¹¹⁹ CNCiv., sala K, 28/2/91, "Cartañá, Antonio E. H. y otros c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", con nota aprobatoria de Bidart Campos, Germán J., "La legitimación procesal del ombudsman municipal y los intereses difusos" ED. T° 142 p. 666 y ss; CNCiv., y sala F, 17/10/94, "Contaduría General Comunal c/ Municipalidad de Buenos Aires", DJ 1994-2-298 y ss.

sión de la Inspección General de Justicia de la Nación, que autorizó a funcionar como persona jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina ¹²⁰.

Igualmente se debe recordar el voto en disidencia del Dr. Sosa del año 1997 disponiendo el cese de la conducta ilícita de la empresa que contaminaba con sus residuos industriales zanjas de su propiedad que desembocaban en el río de la Plata, sin previo tratamiento de depuración, pese a que en el pleito lo que se discutía era la declaración de inaplicabilidad de las tasas por desagües de líquidos industriales establecidas por la ordenanza impositiva de la Municipalidad demandada¹²¹. En tal sentido la ausencia del estudio de im-

pacto ambiental previo en caso en que resulta legalmente obligatorio, habilita la paralización de las obras ¹²², habiéndose incluso aceptado el amparo que prohibía el corte del suministro de agua por la imposibilidad absoluta de pagarlos ¹²³.

La omisión regulación actual nacional del proceso civil colectivo no ha sido óbice para que, en innumerables supuestos, ante la pretensión individual o sectorial, la repercusión favorable de la cosa juzgada alcance a la comunidad o a un conglomerado importante de vecinos, como en caso de contaminación del medio ambiente por liberación industrial de material tóxico¹²⁴, o cuando esa contaminación es de las

¹²⁰ CNCiv., sala I, 28/4/93 "Bosch, Francisco c/ Inspección General de Justicia" con nota crítica de Sagüés, Néstor, "Acción de amparo, intereses difusos y acción popular" J.A. 1994-I-523.

¹²¹ Cám. 2da. Civ. y Com. La Plata, sala 1ª, 11/10/77, "Celulosa Argentina S.A. c/ Municipalidad de Quilmes", con nota aprobatoria de Morello, Augusto Mario, en J.A. 1978-III-313 y ss.

¹²² Cám. Fed. Bahía Blanca, sala 2ª, 24.2.99, "Don Benjamín S.A. c/ Ente Nacional de Regulación de la Electricidad" ED Tº. 182-1330; Cám. Fed. Bahía Blanca, sala 2ª, 17.3.99, "Breti, Miguel A. y otros c/ Ente Nacional de Regulación de la Electricidad" con notas elogiosas de Morello, Augusto M., "La tutela de los intereses difusos en la Cámara federal de Bahía Blanca" J.A. 1999-III-242; de Bidart Campos, Germán, "Cautelar en un amparo ambiental y legitimación para accionar" Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley 15/7/99 p.4; Juzg. Civ. y Com. Ushuaia, 8/10/96, Finis Terrae y ot. v. Municipalidad de Ushuaia, J.A. 1997-I-274, con aprobación de Augusto M. Morello, "Los daños al ambiente y el derecho procesal"; C.Fed. Mar del Plata, 29.10.98, "Fundación Fauna Argentina c/ Ministerio de la Producción de la Provincia de Buenos Aires", con nota de Díaz Araujo, Mercedes, "El dictamen ambiental previo como parte de la razonabilidad del acto administrativo", L.L. 1999-D-623.

¹²³ S.T. Corrientes, 13/5/98 "E. de I. C. c/ A. de C.S.A. s/ Acción de Amparo" con nota de Vallejos, Juan Carlos, "En torno al corte del suministro de agua potable y efectivo acceso (novedosa jurisprudencia del Superior Tribunal Justicia de Corrientes. En orden a la protección de consumidores y usuarios)", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Corrientes" N° 7, p.83.

¹²⁴ C. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala II, 27.4.93, "Pinini de Pérez, María del Carmen c/ Copetro S.A." LL 1994-A-9 y JA 1993-III-368 con notas de Ghersi, Carlos A. "Responsabilidad por daño ecológico, la trascendencia de un poder judicial independiente de grupos económicos. El valor de la justicia social" y de Morello, Augusto Mario, "La valoración de la prueba y otras cuestiones en la tutela procesal del ambiente"; S.C.B.A., Ac.60094, 19.5.98, "Almada, Hugo, N. c/ Copetro S.A. y ot. y sus acumulados Ac. 60251 y 60254 en Galdós, Jorge M., "Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Aperturas procesales y sustanciales. A propósito del caso Copetro" LL 1999-L-1129 p.1; Stiglitz, Gabriel "Prevención de daños colectivos (En la jurisprudencia de la Corte de la Provincia de Buenos Aires)" LL Bs. As. 1998, p.940; Cayuso, Susana G., "La protección del ambiente: el diseño constitucional y la búsqueda de efectividad" L.L. Bs. As. 1998, p.1309; y con nota de Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez en J.A. 1999-I-259; Cám. Nac. Civ., Sala I, 30/6/94 "D., D. y otros c/ Fábrica de Opalinas Hurlingham S.A." con nota de Jorge Bustamante Alsina "Responsabilidad por daño ambiental" (Existen desechos industriales que no son los residuos peligrosos de la ley 24051) LL 1995-C-368 (para el caso de abandono de desechos contaminantes).-

napas freáticas de un barrio por filtración de hidrocarburos¹²⁵, en supuestos en que la materia litigiosa es colectiva¹²⁶, o —en definitiva— cuando se afecta la calidad de vida por el exceso de ruido que afecta los intereses de los vecinos, aún cuando medie autorización administrativa¹²⁷.

Un valioso pronunciamiento que destacan Rubén Stiglitz y Compiani denota la ausencia de una acción pública. El fallo en mención confirma la resolución administrativa de la autoridad de contralor, que impuso pena de multa y tuvo “por no convenida”, pero sólo con relación a las personas impugnantes, la cláusula contractual por la que una emisora de tarjeta de crédito se eximía de responsabilidad por incumplimientos de obligaciones de los establecimientos comerciales adheridos y que participaban de “promociones especiales”, publicitados en la revista editada por esa entidad¹²⁸. El pronunciamiento no alcanzó sus efectos a todos los que, aún sin haber intervenido,

participaban de la misma situación de hecho.

Con relación a los alcances de la cosa juzgada en el precedente “Ekmekdjian” ya referido se sostuvo que “el efecto alcanza al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio, en las condiciones que el juez, frente a la omisión del legislador, estime prudente considerar”. Son aplicables aquí las específicas referencias a la legitimación activa efectuadas por la Corte Federal: “la falta de legislación sobre la materia, el carácter de primer pronunciamiento sobre el asunto, y la trascendencia jurídica e institucional de la cuestión proporciona a los fundamentos de la legitimación del demandante carácter provisional, susceptible de sufrir mutaciones de acuerdo a la evolución del instituto” (en ese caso del derecho de respuesta o rectificación)¹²⁹.

Recordamos —por precursora, por su carácter de “leading case”— promovi-

¹²⁵ Cám. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 9.6.98, “Fundación Pro Tigre y Cuencia del Plata c/ Municipalidad de Tigre y otro” voto Dra. Graciela Medina, con notas de Néstor Caferratta, “De la legitimación para obrar de la O.N.G. ambientales y del derecho-Deber de información y difusión ambiental” J.A. 1999I-278 y Bustamante Alsina, Jorge, “Contaminación del agua y acción de amparo” E.D. 178-752.

¹²⁶ Ver “in extenso” Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº 2, “La defensa del usuario y del administrado”, pág.III-25 para el supuesto —entre otros— de tarifas públicas, derechos a la salud, seguridad vial; y “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la justicia” LL 1997-F-1315.

¹²⁷ Cám. 7º Civ. y Com. Córdoba, 2/6/99 “Roggero, Juan c/ Bravi, Humberto V.” con nota de Rodolfo M. González Zavala “Ruidos molestos: los vecinos y los bailes de cuarteto”, LL Córdoba 1999-1229

¹²⁸ Cám. Nac. Fed. Contencioso administrativo, sala V, 4/3/98 “Diners Club S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones” con nota de Rubén Stiglitz y M. Fabiana Compiani “Cláusulas abusivas y control jurisdiccional de la administración (Secretaría de Industria y Comercio)” Revista Responsabilidad Civil y Seguros Año I-Nº.4, Julio-Agosto de 1999, pág. 100.

¹²⁹ CS 7/7/92 “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros” JA 1992-III-199; Robles Estela “Los efectos de la cosa juzgada en las acciones de clase” LL 1999-B-999; Maraniello Patricio “Los efectos erga omnes en las sentencias de las asociaciones de consumidores y usuarios” LL 1999-C-190.

do por la Defensoría del Pueblo contra Edesur S.A.¹³⁰

8) Activismo judicial

Se trata no sólo de reconocer la operatividad constitucional de las cláusulas que se anclan en el proceso colectivo o plurindividual (arts. 41 y 43 Const. Nac.: arts. 20 inc. 2 y 28 Const. Bs. As.) sino la de potenciar las facultades oficiosas del órgano judicial —sin que ello suponga vulnerar el principio de congruencia— para evitar la reiteración del daño o la continuidad o consumación de los efectos nocivos. De ese modo, por ejemplo, se dispuso que “corresponde ordenar que los codeemandados, el dueño del terreno y la Municipalidad, en forma solidaria queden obligados a eliminar o paliar, de la manera más eficaz posible, los peligros que se ciernen sobre la población de los alrededores de la laguna en la que falleció ahogado un menor”¹³¹. Ya en otro precedente la Suprema Corte de Buenos Aires confirmó el decisorio de la Cámara Civil y Comercial I, Sala I de San Isidro, afirmando que no afectaba el principio de

congruencia el fallo que responsabilizó parcialmente al dueño del predio privado que carecía de cercos perimetrales y al que ingresó el menor que murió ahogado en una laguna allí existente y que además condenó oficiosamente a los accionados a suprimir la fuente del daño tomando las medidas de prevención necesarias para eliminar o paliar los peligros de esa laguna, y que el tribunal de grado sustentó en el art. 289 Cód. de Minería¹³².

9) Servicios Públicos

Sobre esta problemática diremos sólo que ella conforma el desafío tal vez mayor de esta hora, para armonizar la adecuada protección del consumidor, que tiene jerarquía constitucional federal (arts. 41, 42 y 43 Const. Nac.) con marcos regulatorios administrativos¹³³ y con la convergencia —por ahora conflictiva— de la competencia de órganos administrativos con facultades jurisdiccionales y los propios tribunales de justicia¹³⁴. Además se discute la naturaleza de la obligación del concesionario del servicio público, de-

¹³⁰ Ver fallo cit. supra nota 111 y la nota cit. de Ricardo L. Lorenzetti.

¹³¹ Cám. Apel. Civ. y Com., San Isidro, sala I, 17/2/94 “S., M.A. y otra c/ Municipalidad de Tigre” LL Bs. As. 1994-984 y ED 158-852.

¹³² SCBA Ac. 57200, 15/10/96 “Sperindi, Miguel Angel y otra c/ Municipalidad de Tigre. Daños y Perjuicios”, voto Dr. San Martín.

¹³³ Vgr. ley 24065 servicio público del transporte y distribución de electricidad; dec. 999/92 servicio de “provisión de agua potable”; ley 24075 regulatorio del servicio de gas natural e incluso del usuario de tarjetas de crédito (arts. 2 inc. c y 3 ley 25065).

¹³⁴ Cám. Nac. Cont. Adm. Fed. sala III, 17/4/97 “Cooperativa de Obra Serv. S. Ltda. de Tres A. y otro c/ Ente Nacional Regulador de Electricidad” con nota de Oscar Aguilar Valdez “Cuestiones que suscita el control judicial de los entes reguladores de servicios (A propósito de dos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal) ED Tº. 177-821; Cám. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala 1º, 16/3/99 “Edesa S.A. c/ Subsecretaría de Energía” con nota de Nidia K. Cicero “Los grandes usuarios en el marco regulatorio eléctrico” JA 1999-III-153; Guido Santiago Tawil “A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores” “Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff”, Ed. Abeledo-Perrot Bs. As. 1998 pág. 1348.

finida como de resultado y objetiva¹³⁵, y la introducción —¿en sede judicial directamente?— de la pretensión resarcitoria individual, plurindividual diferenciada y la colectiva.

El valioso precedente jurisdiccional “Edesur” así lo confirma¹³⁶.

V. Proposiciones finales

Los derechos de “cuarta generación” (al ambiente, al patrimonio natural y cultural, a la tutela de consumo, a la competencia y a los “derechos de incidencia colectiva”) ostentan “status” constitucional (arts. 41, 42 y 43 Const. Nac.) por lo que no cabe hesitación respecto de su admisión sustancial. Asimismo, una prolífica legislación nacional, con la ley de Defensa del Consumidor en primer lugar, y normativa provincial de avanzada, completan el reconocimiento normativo de lo “colectivo” y por consiguiente de su posible afectación o dañosidad¹³⁷. Precedentes jurisdiccionales de la Corte Nacional de justicia y de tribunales inferiores, van encauzando, por vía analógica, la legitimación y representación de los intereses globales, comunes o sorteando —con empeño de la magistratura— las dificultades de la inexistencia del proceso colectivo nacional¹³⁸.

Un desafío —¡otro más!— supone analizar la reparación o resarcimiento

que adoptarán otras manifestaciones, sea mediante la restitución en especie y la indemnización destinada a Fondos de Garantía o Sociales, a través de los cuales se resarce el daño infligido a la comunidad.

Se impone, pues, concretar la convergencia de lo sustancial con lo procesal, regulando específicamente el proceso colectivo, amalgando —así— los dos ejes vertebrales que, hoy, nos convocan con premura.

Jorge Mario Galdós

- Profesor de Derecho de las Obligaciones (Universidad Nacional del Centro-Azul; Argentina)
- Profesor de posgrado de la Universidad Católica de Rosario y Universidad Nacional del Litoral (Argentina)
- Profesor Honorario de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.
- Juez de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (Argentina).
- Director del Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Azul (Pcia Buenos Aires).
- Colaborador permanente de las revistas jurídicas *La Ley*, *Jurisprudencia Argentina*, *Derecho de Daños*, *La Ley Buenos Aires* —entre otras—.
- Autor del libro *Derecho de Daños en la Suprema Corte de Buenos Aires*.

¹³⁵ Cám. Nac. Fed. Contencioso-administrativo, sala II, 5/11/98 “Ciancio José M. c/ Enargas” con nota de Alejandro Pérez Hualde “Breve reflexión sobre la credibilidad de los marcos regulatorios y de los entes reguladores” LL 1999-D-348 y LL 1999-B-526.

¹³⁶ Confr. fallo cit. nota 111.

¹³⁷ Ver supra la legislación citada en nota 15, fallos citados notas 98 y 56 y 111.

¹³⁸ Ver las leyes provinciales aplicables por analogía de la nota 15.