

LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS (DIFUSOS)

Alberto Osvaldo VARELA WOLFF

“La deliberación se aplica especialmente a las cosas que, estando sometidas a reglas ordinarias son, sin embargo, oscuras en su desenlace particular, y respecto de las cuales nada se puede precisar de antemano. Estas son las cosas para las que, cuando son importantes, llamamos en nuestro auxilio consejeros más ilustrados que nosotros”.

Aristóteles, *Ética nicomaquea*.

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Antecedentes tuitivos del consumidor*; III. *Problemática procesal para la tutela de los intereses del consumidor*; IV. *Sobre los intereses difusos: daño ambiental o ecológico*; V. *Los institutos procesales y la tutela del medio ambiente*; VI. *Límites de la cosa juzgada*; VII. *Los instrumentos procesales para requerir al órgano jurisdiccional la tutela de los intereses difusos*; VIII. *Medidas cautelares*; IX. *El amparo colectivo*; X. *El juez*; XI. *Proyectos legislativos para la tutela del medio ambiente*; XII. *Hacia la elaboración de un código ambiental para Iberoamérica*; XIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Consideramos un *prius* la delimitación conceptual de los institutos de que nos ocupan, habida cuenta de los matices que distinguen a intereses colectivos o intereses difusos.

Así, tenemos que para el primer supuesto de hecho, la agresión o lesión se localiza frente a un específico y determinado grupo de sujetos organizados en clases o en una formación social distintiva, u organizada que se inserta en el espectro de una colectividad general o más amplia.

En cuanto a los intereses difusos, éstos son definidos por la Real Academia Española como “excesivamente dilatados”, insusceptibles de división en porciones individuales por su horizontalidad expansiva de fronteras indefinidas espacialmente, que con sus secuelas dañosas, no sólo lesionan a un individuo sino que se expanden a toda una comunidad.

Tomando en cuenta los caracteres distintivos de uno y otro instituto que convocan a estas jornadas, abordaremos como una primera aproximación a la tutela de los intereses colectivos, los *derechos del consumidor*. Estos últimos tienen como soporte a la reacción del orden jurídico frente a la permanente agresión desatada por el “consumerismo” (*sic*) como técnicas que despiertan nuevas apetencias de consumo, que se suceden sin solución de continuidad, en la era de la masificación y estandarización de la producción de bienes para el confort del individuo, circunstancias fácticas éstas que cabalgan en una agresiva publicidad y tienen la entidad de desatar una brutal competencia entre los productores de dichos bienes, en detrimento de la calidad y lealtad comercial debida por dichos productores a los consumidores.

Estos perfiles fueron marcados por De Man, quien sostenía que a partir del siglo XIX, comenzaron a observarse dos elementos esenciales, que son las características de la era de masa. Uno es la estandarización, es decir, este sistema productivo en serie de elementos considerados estándar. El otro es el mimetismo social generalizado que, en definitiva, es el que ha determinado la moda.

En este contexto se da otra particular circunstancia: la producción de los bienes apunta a que éstos sean de inferior calidad en cuanto a su durabilidad. La razón es, precisamente, que pueda haber no una sustitución de bienes porque están en desuso, deteriorados por un uso normal, sino que, justamente, duran poco para poder solventar este sistema productivo en serie.

Los empresarios, industriales, actuando con conductas desaprensivas, generan una serie de consecuencias disvaliosas, tanto de contenido patrimonial como en la órbita de la salud del consumidor, a través de la adulteración de productos alimenticios, como los de medicamentos que se tornan nocivos para la salud del individuo y de su grupo familiar.

Si entendemos que el consumidor es el personaje central que determina los precios a través del manejo de la demanda, por ese afán ilimitado de atesorar riquezas por los productores, transforman al consumidor en la parte débil de la relación obligacional entre la empresa y él. A éstos apuntan las normas de defensa del consumidor.

II. ANTECEDENTES TUITIVOS DEL CONSUMIDOR

En el continente americano y a través de una iniciativa del presidente Kennedy en 1960, nace la idea de establecer una carta con

los *derechos esenciales del consumidor*, en cuyo texto se distinguen los derechos a la protección y a la seguridad, derecho a ser informado, derecho a la elección y ser escuchado.

En la Europa occidental rescatamos en Alemania Federal (año 1953), la creación de asociaciones de consumidores, con once centrales de asociaciones en todo el país, actuando en el gobierno central en dos áreas: el comité de consumidores dentro del Ministerio de Nutrición y Agricultura y el consejo del consumo en el Ministerio de Economía.

En Bélgica existen desde 1957, a nivel privado, asociaciones de defensa desde 1959, que coexisten con el Instituto Central del Consumidor. Funciona, asimismo, en el Ministerio de Economía y Energía desde 1964 el Consejo de Consumo.

En Holanda existen asociaciones y fundaciones dentro de la órbita del Estado; funcionan el Comité del Consumidor, insertado en el Consejo Económico y Social, y en forma paralela un Comité Interministerial, como enlace para la atención de los problemas del consumidor, para la toma de las decisiones en las distintas áreas ministeriales.

De Francia rescatamos la existencia dimensionada de tres organizaciones, las uniones regionales y el Instituto Nacional del Consumo, y a partir del año 1976, con rango de secretaría de Estado.

En Gran Bretaña, coexisten la Asociación de consumidores con organizaciones locales de investigación; el Consejo Nacional de Protección del Consumidor y el Consejo Nacional de Consumo.

En Suiza se destaca una comunidad de asalariados y consumidores, con fuerte presencia representativa en la dinámica del mercado, y a nivel Estatal la Comisión Federal del Consumo y la Oficina Federal del Departamento de Economía.

España tiene en el orden privado la Organización de Consumidores, la Federación y la Asociación General; dentro de la administración en el área del Ministerio de Sanidad y Consumo, también está presente la defensa del consumidor, mereciendo especial referencia el artículo 51 de la Constitución española de 1978, que garantiza como un derecho esencial del hombre, el derecho a ser informado y a ser garantizado por el Estado, al que le delega una actividad fuertemente tuitiva del consumidor.

En Suecia, de las varias figuras de representantes del pueblo, rescatamos al *ombudsman antitrust*, que tiene sus funciones sobre la base regulatoria de prácticas comerciales restrictivas, y que tienden

a la limitación de la competencia, que a veces se traducen con efectos nocivos, en punto a la formación de los precios o impide la actividad de otros competidores.

El *ombudsman* del consumidor, que tiene como inicio de actividades el año 1971, con funciones tuitivas del consumidor, a través de normas legales que regulan la práctica de la mercadotecnia y la ley contra términos contractuales impropios. Para el primer supuesto, alerta al consumidor y al comerciante sobre la publicidad engañosa; y en punto a las últimas funciones, tutela al consumidor en contra de las cláusulas predisuestas de los contratos estandarizados.

Por último, destacamos las directivas para la protección del consumidor dadas en 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que se aplican tanto a los bienes como a los servicios producidos en los países o importados, en especial los que se refieren a la seguridad física, a los programas de educación, información y organización de consumidores, con intervención en los procesos de adopción de decisiones.

De dichas directivas emanan claras preceptivas, en punto, a que los gobiernos prioricen, a través de normas jurídicas y reglamentaciones, que los productos sean inocuos para su uso, y la novedosa implementación de símbolos que se utilicen en la manipulación o almacenamiento, además de que sean comprensibles tanto para los analfabetos como para los que no lo son.

Asimismo, dichas directivas declaran de *interés esencial* para las Naciones Unidas, a los alimentos, el agua y los productos farmacéuticos.

Disponen también que los gobiernos deben velar por la calidad de los productos y por la información relativa a ellos, y que dicha calidad debe ser uniforme en todos los países, evitando efectos perjudiciales para los consumidores, y tienen como expresión de anhelo la necesidad de una cooperación internacional, que aborden programas de educación, información y el establecimiento de gabinetes de ensayos.

De México, destacamos la tutela del consumidor, a través de la ley específica de 1975, con especial mención de su ordinal 59: “La Procuraduría General del Consumidor tiene las siguientes atribuciones: representar los intereses de la población consumidora ante toda clase de autoridades administrativas”.

Por último destacamos al “novísimo” código de Protección del Consumidor del Brasil, en vigencia desde fines del año 1990, con

un prolija regulación tuitiva de los derechos del consumidor, a través de su economía normativa.

En nuestra legislación patria, no existe una regulación específica tuitiva de los derechos del consumidor, rescatando el proyecto de Ley de Protección del Consumidor de 1987, cuya autoría pertenece a Roberto López Cabana, Atilio A. Alterini y Stiglits, actualmente en estado parlamentario, con regulaciones de fondo y de forma.

III. PROBLEMÁTICA PROCESAL PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES DEL CONSUMIDOR

Es menester reflexionar como un *prius*, sobre la identidad del sujeto colectivo, destacando la elaboración del jurista peruano Fernández Sesarego al respecto, quien sostiene en punto a la tutela de la identidad del grupo, que uno de los temas que ha suscitado la inquietud de los juristas es la que concierne a la posibilidad de extender al grupo a una determinada colectividad, la misma protección que se otorga a la persona individual en el área de los derechos de la personalidad. Se trata, en este caso, de grupos tales como la nación, la etnia, la familia, la asociación, la sociedad, el partido político, entre otros. . . En lo que atañe específicamente al derecho y a la identidad personal, los juristas se preguntan si es posible tutelar también la identidad de dichas colectividades operantes en la vida social. El problema fundamental es el de precisar si tal protección corresponde, toda, a la persona individual que integra el grupo, o si también se puede reconocer a este último una determinada identidad colectiva. Es decir, si debe jurídicamente tutelarse la paternidad de lo que constituye las acciones que lo define y los principios que lo inspira. El problema que se propone es si el grupo, tratándose de una exigencia de verdad, puede actuar legítimamente en defensa de la legitimidad de sus miembros, la misma que se confunde con la del grupo. Es decir, si se extiende al individuo, como un reflejo, la identidad de la colectividad, ya sea ella la familia, un partido político o una asociación cualesquiera. Se entiende que en esta hipótesis, los sujetos interesados no actúan o están ausentes. . . Los autores en Italia aceptan que la identidad del grupo constituye un *interés jurídico tutelable*, fundamentan tal protección en lo dispuesto en los artículos 2 y 18 de la Constitución de su país. El primero de dichos numerales prescribe la tutela de la persona no sólo en su individualidad, sino también en su despliegue existencial dentro de las formaciones sociales a las que pertenece. Es decir, se garantiza el desarrollo

de la personalidad del individuo en el seno de una organización social. Este precepto constitucional encuentra su razón de ser en la estructura coexistencial de la persona a la cual nos hemos referido en otro lugar. Esta norma, como al superar una concepción puramente individualista de la persona, propicia que la dimensión de solidaridad presida la convivencia social. El artículo 18, de la mencionada Constitución, prescribe la libertad de asociación; la cual, según Jacobbe, si de una parte significa un límite a la intervención del Estado, de la otra contiene una precisa dirección legislativa, en el sentido de que debe brindarse al grupo social o político una adecuada tutela en lo que a su identidad se refiere.

Cabe destacar la enjundiosa elaboración de la doctrina italiana en punto a la identidad de los grupos sociales orientada teleológicamente a la tutela de los intereses supra individuales, teniendo como soporte a los numerales 2º y 18 de la Constitución de ese país.

La regulación sistemática de las asociaciones intermedias, que ha hecho camino en el derecho comparado, legitiman a las mismas para la tutela de los derechos supra individuales, por caso, los derechos del consumidor, desbordando la recurrente figura del *litis consorcio*, de rancia estirpe procesal que acunaron los códigos de procedimientos decimonónicos, adecuando las exigencias del tráfico jurídico a la realidad económica y sociopolítica imperantes, por la que transita nuestra actual sociedad.

Así es que como consecuencia de que el interés directamente lesionado se proyecta en forma supra individual, exige como correlato la flexibilización de los moldes clásicos de la legitimación, tal por caso, la figura del *ombudsman* sueco, el comisionado parlamentario inglés, el *mediateur* francés, el defensor del pueblo español, la *consumer protection agency* en los Estados Unidos, la procuraduría general de la nación, etcétera.

Que en punto a los límites de la cosa juzgada, reducido en su virtualidad jurídica a quienes han sido parte en el proceso o a sus sucesores, en la temática que nos ocupa, debe proyectarse hacia todos los individuos de la clase o asociación, en cuya representación las mentadas asociaciones o colegiaciones, han sido partes en la relación jurídico-procesal.

En lo que respecta a los detrimentos patrimoniales o en la salud del individuo o de su grupo familiar, la legitimación procesal del mismo encuentra la solución adecuada a través de las clásicas normas adjetivas, a los efectos de obtener la reparación de los daños experimentados como consecuencia de las conductas disvaliosas de

los empresarios —productores—, que con la elaboración pretoriana de casi una centuria, plasmada hoy en los códigos sustantivos, han rescatado como el correlato del deber de garantía de las empresas, la responsabilidad objetiva por los productos elaborados por el riesgo o vicio de la cosa, recalando en la ponderación jurídica de la *actividad riesgosa* enmarcada en el deber de garantía. La axiomática afirmación de que “todo individuo garantiza sus hechos”, ha habilitado a la doctrina publicista para la elaboración del *derecho de daños* del “novísimo” reglamento en el espectro del contexto jurídico-negocial, en lo que encuentra adecuada inserción *los daños al consumidor*.

Liminarmente, la tutela de los derechos del consumidor debe ser asumida por el Estado, a través del ejercicio del poder de policía de reigambre constitucional, controlando sanidad, higiene, calidad, manipuleo y conservación de cosas destinadas al consumo, involucrando el deber de información a través de una publicidad veraz y preventiva sobre cosas, alimentos o medicamentos nocivos para la salud y el control de calidad de los servicios públicos.

La tendencia actual, en punto a la representación de los individuos integrantes de una clase, asociación o grupo social, es la de reglamentar las inscripciones de las mismas en los registros pertinentes, que informarán sobre la existencia de estas asociaciones civiles sin propósito de lucro, que asumen la representación —legitimación adecuada— de cada uno de los individuos de la especie, para recurrir al órgano jurisdiccional a través de las acciones que habilitan el resarcimiento de los daños experimentados por los mismos, habida cuenta que las figuras creadas en el derecho comparado, por caso, el *ombudsman*, el comisionado parlamentario inglés, el *mediateur* francés, son desbordados en la praxis por el número y complejidad de las cuestiones traídas para la intervención de los mismos, así como a la carencia de aptitudes, de especialización, sobre las complejas situaciones que se desencadenan sin solución de continuidad en el tráfico jurídico.

Estimamos que la legitimación activa para estar en juicio, debe ser asignada a las aludidas instituciones por su alta especialización dentro de la incumbencia que aglutina a un determinado segmento de la comunidad.

La *class action*, regulada en el derecho norteamericano, tiene la entidad vinculante respecto de todos los pertenecientes a la clase, a través de la ficción de que los sujetos que integran la misma participen potencialmente en el proceso, y que la eficacia de la sentencia

comprende a todos los sujetos de la clase —potencia expansiva de la cosa juzgada.

En los países iberoamericanos, el Brasil, ha colocado el hito señero a través de la puesta en vigencia del Código de Protección del Consumidor, de fines de 1990, que informará a legisladores y juristas sobre la sistematización autónoma de los derechos del consumidor, que por imperativo de las circunstancias, constituye un *prius* en la reformulación de los derechos fundados y adjetivos, de nuestras comunidades.

IV. SOBRE LOS INTERESES DIFUSOS: DAÑO AMBIENTAL O ECOLÓGICO

Del catálogo elaborado por la doctrina y el derecho pretoriano que conforma el instituto de los intereses difusos, consideramos como temática a desarrollar el supuesto de hecho: la protección del medio ambiente.

La irrupción del maquinismo incorporado como instrumento de producción masiva, el alto tecnicismo y la estandarización de los productos han generado una serie de consecuencias que no sólo han incidido en los aspectos económicos, políticos y sociales, sino que también han producido sus efectos negativos en los recursos naturales, conformadores del medio ambiente, hábitat insustituible para la conservación de la especie humana, la flora, la fauna, etcétera.

El alienante ritmo impuesto por el capitalismo para la obtención o acrecentamiento de las riquezas ha llevado a una irracional explotación de los recursos naturales en actividades verdaderamente depredadoras, a punto tal que preocupa en los días actuales la supervivencia de la humanidad.

El bien jurídico tutelable, el derecho natural a la vida, impone a todos los estamentos de la comunidad la impostergable carga de garantizar una calidad de vida, tales como la protección de la salud, la preservación del medio ambiente, la conservación de los valores culturales y espirituales, la tutela de los derechos del consumidor, entre otros.

En cuanto a la preservación del medio ambiente conformado por recursos naturales vitales para la humanidad y que no se agotan en un individuo o una comunidad nacional, sino que tienen una incidencia existencial supra nacional, los esfuerzos de los gobernantes y legisladores, juristas y jueces, deben arbitrar los recursos legales idóneos, que tengan como fundamento medidas preventivas para

evitar el impacto ambiental negativo de las actividades humanas nocivas para el medio ambiente, habida cuenta que la irracionalidad apuntada de los recursos naturales devastados son de imposible restauración en su mayoría.

Asistimos, en la época existencial que transitamos, a un cambio estructural de la sociedad, marcada a partir de julio de 1789, por obra de la Revolución francesa, con los postulados del liberalismo económico, para ocuparnos en estas últimas décadas del hombre en su individualidad existencial, soporte de los derechos personalísimos que originados en el derecho natural, se plasman en las normativas constitucionales vigentes en los distintos estados del orbe, que a través de cláusulas como las de la seguridad social o los derechos implícitos emergentes de dichas normas fundamentales garantizan la calidad de vida de los individuos.

V. LOS INSTITUTOS PROCESALES Y LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE

En el derecho comparado destacamos a la acción popular, que regula la legitimación concurrente y disyuntiva a través del ordinal 153, parágrafo 31: “Cualquier ciudadano será parte legítima para proponer acción popular destinada a anular actos lesivos al patrimonio de entidades públicas”. La ley 4717 del 29-06-1965, en su ordinal primero, dice: “Patrimonio público a los fines de tornar admisible a la acción popular son los bienes y derechos de valores económicos, artísticos, estéticos, históricos o turísticos, es decir, un catálogo de los bienes dignos de tutela”. Cabe concluir que estas preceptivas legitiman a todo individuo en uso de sus prerrogativas políticas para recurrir al órgano jurisdiccional en tutela de los derechos de la comunidad.

En el derecho norteamericano, a través de la *class action*, se legitima a todos los pertenecientes a la clase para recurrir al órgano jurisdiccional en defensa de los intereses de los mismos.

En los países nórdicos, rescatamos la legitimidad de un órgano especial denominado *ombudsman*, que entre sus múltiples funciones ejercita la defensa y tutela los intereses difusos, proyectándose a otros países escandinavos como Finlandia, Dinamarca y Noruega.

En nuestro derecho patrio, la tutela del medio ambiente se incorpora al derecho fondal a partir de la reforma de 1968, a través del numeral 2618, que preceptúa: “Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por

el ejercicio de actividades con inmuebles vecinos no deben exceder la *normal tolerancia* teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativas para aquéllas. Según las circunstancias del caso los jueces pueden disponer la indemnización de los daños por la cesación de tales molestias”, norma ésta enmarcada dentro de las restricciones y límites del dominio, infiriéndose la legitimación activa de los vecinos o del grupo comunitario afectado por dichos elementos. Debemos destacar la insuficiencia de esta normativa para la solución de la problemática ambiental.

El Estado, como sujeto activo: siendo éste el encargado de otorgar las habilitaciones y/o concesiones a los particulares o administrados para la instalación de industrias o la explotación de servicios, puede a través del Ministerio Fiscal, recurrir al órgano jurisdiccional para atacar la nulidad de un acto administrativo irrevocable, a través de la acción de lesividad, a fin de hacer cesar los efectos nocivos al medio ambiente.

Es menester como operatividad de la prevención del impacto ambiental la conformación de organismos asesores especializados que se expidan, sobre los riesgos de daño ecológico, que pueden operarse con la incorporación de actividades contaminantes a través de efluentes no tratados o depoluentes como un *prius* del otorgamiento de habilitaciones o concesiones a los peticionantes.

En cuanto a la legitimación, destacamos el tránsito entre la tradicional legitimación cerrada a la legitimación mixta o colectiva, corporativa, ejercitadas por las asociaciones profesionales y cuerpos intermedios y la coexistencia con la legitimación abierta *extrictu sensu* que surge de la acción popular, sosteniendo con José Roberto Dromi, en su obra *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, que: “Lo que interesa en la realidad vital del derecho, es la protección de los individuos (frente a una administración cada vez más activa y beligerante), porque, si queremos sobrevivir, debemos defender las máximas garantías individuales, dentro de una máxima eficacia administrativa”.

VI. LÍMITES DE LA COSA JUZGADA

Por las características del bien jurídico tutelado, a través de la acción deducida por los representantes de los individuos de la clase, corporación, comunidad, etcétera, a través de la legitimación abierta, la sentencia recaída hace cosa juzgada *erga omnes* —fuerza expansiva de la misma—, rescatando lo preceptuado por la legislación

brasileña, que para el supuesto del rechazo de la pretensión por insuficiencia de prueba, cualquier ciudadano podrá demandar la anulación o nulidad del acto, ofreciendo nuevas pruebas y mediante los mismos fundamentos obtener éxitos. El artículo 21 de la ley de marras fija un plazo de caducidad de cinco años, dentro del cual se debe plantear nueva acción.

VII. LOS INSTRUMENTOS PROCESALES PARA REQUERIR AL ÓRGANO JURISDICCIONAL LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS

Frente al vacío normativo imperante en nuestro derecho patrio es menester recurrir a los institutos previstos tanto en el derecho fon- dal como adjetivo, de propio cuño, obviando en lo posible la recu- rrencia a los instrumentos vigentes en el derecho comparado por la falta de adecuación de los mismos a la conformación socioeco- nómica, política y a la idiosincracia de nuestro pueblo.

El Estado, en su función rectora de las prerrogativas del ciudadano en la búsqueda del bien común de la comunidad, en una política preventiva del impacto ambiental, sugerimos debe conformar los organismos técnicos científicos adecuados a los efectos de un severo análisis sobre el enclave de nuevas industrias que puedan aportar elementos nocivos al medio ambiente, debiendo dicho dictamen tener carácter vinculante, y en los países democráticos recurrir a través del referéndum o consultas públicas a la aprobación o no por parte de la comunidad, que pudiera verse afectada por la incorporación de afluentes no tratados y poluentes, que tienen la entidad de producir el desequilibrio ecológico en los recursos naturales, con inci- dencia directa en la salud de la especie humana y con graves riesgos para la supervivencia de las mismas frente a potenciales catástrofes que pueden ser la consecuencia del manipuleo de elementos alta- mente nocivos, como la energía nuclear y productos químicos que afectan la atmósfera o el agua, elementos vitales para el individuo y la humanidad, bástenos por caso recordar las tragedias de Cher- nobil en Rusia y el accidente a través de gases venenosos de Evezo en Italia, y la preocupante presencia del bromuro de metileno detec- tada en la biosfera por las ondas espaciales, cuya nocividad es alta para la salud de los individuos.

También en su función preventiva, el Estado debe poner énfasis en permanentes campañas de información pública, cumpliendo así las prerrogativas de todos los individuos de ser debidamente infor- mados sobre las políticas preventivas implementadas por las distintas

naciones del mundo, tendentes a neutralizar el impacto ambiental. Debe asimismo implementar como asignaturas básicas en los tres niveles de educación las referentes a la conservación del medio ambiente.

Como legitimado activo, el Estado puede requerir del órgano jurisdiccional ante el supuesto de haber otorgado licencias habilitantes para la explotación industrial, altamente contaminante del medio ambiente, la anulación del acto administrativo permisivo a través de la acción de lesividad, regulada por nuestra ley de procedimiento administrativo.

VIII. MEDIDAS CAUTELARES

Consideramos adecuada la aplicación tutelar de la cautela innovativa, habilitada por la estimativa jurídica para que a través del despacho favorable del juzgador, se haga cesar la actividad nociva al medio ambiente desarrollada por una industria o parque industrial. Habida cuenta que la excepcionalidad de esta medida cautelar tiene la virtualidad jurídica de hacer cesar toda actividad contraria a derecho, no mediando sentencia firme.

IX. EL AMPARO COLECTIVO

El amparo, como instrumento tutelar de los derechos subjetivos del individuo, a través de una enriquecedora flexibilización pretoriana, mediante medulosos fallos a *aggiornado* este instituto, receptando la legitimación plural de los afectados por actividades contrarias a los derechos subjetivos de los mismos en procesos que trasuntan el acomodamiento a los nuevos aires de humanización de los rígidos principios procesales, tomando distancia de las esclerosadas normativas del derecho adjetivo, ampliando la horizontalidad legitimante del individuo, en su proyección a las dimensiones comunitarias nacionales e internacionales, habida cuenta del interés jurídico tutelable que tiene como soporte al derecho natural a la vida y el acceso a calidades superiores de la misma, cabalgando sobre el alto tecnicismo de nuestras épocas, que como actividad humana debe incardinarse al logro del fin último de la humanidad, el bien común, y no degradar el medio ambiente con la fractura del equilibrio ecológico, que trae como consecuencia penosas luchas existenciales.

El amparo colectivo se adecua a liminares principios procedimentales, posibilitando un fluido acceso a la justicia, celeridad en el

proceso, evitando la multiplicidad de causas por articulaciones masivas de acciones tutelares de los derechos subjetivos individuales, como la onerosidad de los procesos y restringidos límites de la cosa juzgada.

En consecuencia coincidimos con doctos maestros de las ciencias del derecho en cuanto a la idoneidad jurídica del amparo colectivo para la tutela de los intereses difusos, pues tiene la aptitud o virtualidad jurídica del ensanchamiento de la legitimación activa y la proyección expansiva de la cosa juzgada, *erga omnes*.

X. EL JUEZ

En petición ascendente de la doctrina, el juez no sólo debe ser valiente para dar la adecuada solución al caso *subexamine*, sino que, para la toma de decisiones frente a las acciones deducidas por los justiciables en procura de la tutela de los derechos subjetivos, enmarcados en prerrogativas como los de la seguridad social y los derechos implícitos de la personalidad, cuando está en juego la agresión del medio ambiente, que modifican críticamente el hábitat del individuo, el juez debe ser protagonista —primer luchador— actuando *ex officio* a fin de hacer cesar los efectos nocivos al medio ambiente, pues con tal actitud de avanzada procesal, no tan sólo ampara los derechos de los individuos sino incluso los suyos propios y los de sus hijos.

XI. PROYECTOS LEGISLATIVOS PARA LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE

Frente a la existencia de un verdadero conjunto normativo que regula sólo segmentos de la tutela del medio ambiente —leyes sobre la fauna silvestre— sobre los recursos hídricos, productos químicos, pesticidas, herbicidas, y la insuficiencia de las normas de nuestro derecho sustantivo para abarcar el rico plexo de los elementos que conforman naturalmente el medio ambiente, como así también la ausencia de los tipos penales que castiguen conductas desaprensivas de los individuos, destacamos el proyecto de código ambiental, con actual estado parlamentario, propuesto por los diputados nacionales Blanco, Ortiz Maldonado, Moure y Pesce, cuyos rasgos legisferantes más novedosos son: declarar al ambiente como patrimonio común de todas las generaciones, regular la conducta de los habitantes a fin de proteger el medio ambiente; prevenir daños al ambiente y minimizar impactos de las actividades humanas; promover la recu-

peración de los ambientes degradados; propiciar que los costos y beneficios de la protección ambiental sean distribuidos con justicia social y que los mismos deben ser soportados en primer término y en su mayor medida por los contaminantes; establecer bases para el ordenamiento territorial y la planificación en el manejo y la fiscalización del uso de los recursos naturales; propiciar la educación ambiental y el establecimiento de un sistema nacional de información ambiental; determinar que el código será de aplicación a toda persona física o jurídica, pública o privada y a todos los actos de gestión ambiental que pudieran afectar o afectaren a las personas, a los bienes o al ambiente, más allá de la jurisdicción de la provincia en la que se hubiese visto afectado o se pudiera afectar el mismo en el territorio nacional, espacio aéreo y su plataforma marina y submarina. Con respecto al recurso *agua*, destaca que tanto las superficiales como las subterráneas son de interés general y que su protección es obligación de todos los habitantes, estableciendo obligatoriedad para la flora, la fauna y el suelo.

Con respecto al uso de la energía nuclear, el proyecto introduce la necesidad de un estudio de factibilidad ambiental en el caso de nuevas instalaciones, regula todo lo relativo a emisiones de ruidos, energía térmica, olores y radiaciones electromagnéticas. Establece el daño ambiental ecológico ampliando el estrecho contenido del clásico concepto de daño, que resulta insuficiente para aplicar a las disfunciones ambientales; daño ambiental o ecológico generador de la responsabilidad civil por las lesiones provocadas a este nuevo derecho.

En cuanto a la ausencia legislativa sobre tipificación de los delitos ambientales, el código establece una categorización de los delitos contra el ambiente que culmina con la sanción punitiva de mayor rigor frente a los daños gravísimos al ambiente y a la salud de las personas.

Frente a las dispersas normas vigentes y que tan sólo cubre un mínimo segmento de la regulación jurídica del medio ambiente, no dudamos de que la sanción de este código llenará una sentida necesidad en nuestro derecho positivo.

XII. HACIA LA ELABORACIÓN DE UN CÓDIGO AMBIENTAL PARA IBEROAMÉRICA

Ante las corrientes integradoras en lo económico y jurídico en que transitan los países del mundo, es imperativo de los tiempos que vivimos la elaboración de un código internacional ambiental, habida cuenta que los derechos tutelables desbordan las demarcaciones te-

ritoriales de los países por constituir el medio ambiente patrimonio de la humanidad toda, ya que la agresión al mismo focalizado en un país se proyectan tanto a la biosfera como a los recursos hídricos, con sus secuelas nocivas para el resto de las comunidades, existiendo numerosos precedentes de verdaderas catástrofes ecológicas que han puesto en serios peligros la vida de las especies que habitan el mundo.

Este proyecto de código debe regular las conductas de vida de los habitantes de los distintos países, a fin de proteger el ambiente como patrimonio común de la humanidad. Debe establecer los recursos naturales dignos de una mayor tutela. Crear los organismos internacionales que intervendrán en forma exclusiva y excluyente, tanto en el otorgamiento de habilitaciones para la explotación de los recursos naturales, renovables o no, así como la creación de un órgano jurisdiccional internacional que entenderá en todas las cuestiones litigiosas que se generen como consecuencia de la agresión al medio ambiente, dotado de instrumentos procesales adecuados en cuanto a la celeridad del proceso, el despacho de medidas cautelares para cesar toda actividad dañosa al equilibrio ecológico, debiéndose prever sanciones económicas al país o instituciones contaminantes.

También consideramos manester la tipificación de los delitos penales al medio ambiente, tomando en cuenta la entidad del impacto ambiental a los efectos de la graduación de la pena, que ejemplarmente sea de cumplimiento efectivo.

Teniendo en cuenta la proyección dañosa que las actividades desaprensivas desarrolladas mediante el manipuleo de elementos altamente contaminantes, y la irracional explotación de los recursos naturales que pueden afectar a comunidades enteras del orbe, los tipos penales deben incluir figuras agravadas que sirvan de escarmiento a los fines de evitar la repetición de estas criminales agresiones al medio ambiente.

Como un intento de establecer organismos internacionales para la protección del medio ambiente, destacamos a la convención para la reglamentación de las actividades sobre recursos minerales antárticos, celebrada en Wellington, Nueva Zelanda el 2 de junio de 1988, a fin de permitir la explotación minera en el Continente Antártico y, cuyo preámbulo reconoce que las actividades sobre los recursos mineros antárticos podrían afectar el medio ambiente siendo la protección del mismo y de los ecosistemas dependientes y asociados, una decisión básica para las determinaciones que se adopten al respecto. La convención se inserta en el tratado antártico a los fines de la preservación de fines pacíficos y contralor permanente del impacto

que la actividad minera pueda producir. Para evitarla, la convención realiza una cuidada definición del daño ambiental, tanto del ambiente como de los ecosistemas, fijándose el principio de responsabilidad objetiva, la que traduce que si la actividad causa o amenaza causar un daño ambiental, el operador debe tomar medidas asumiendo el pago de indemnizaciones para el supuesto de una imposibilidad restauradora de los recursos afectados.

También se asigna responsabilidad a las partes consultivas del tratado antártico para la preservación y seguridad del ambiente global.

Cada Estado responde por las actividades desarrolladas por sus ciudadanos que puedan producir un impacto ambiental, previendo la constitución de un tribunal de reparaciones y otros foros semejantes, liberándose únicamente ante un desastre natural de carácter excepcional, conflicto armado o acto de terrorismo no previsible —caso fortuito o fuerza mayor.

La Comisión de Recursos Minerales Antárticos, como órgano creado dentro de la convención, está legitimada para presentarse en los tribunales nacionales para requerir el pago de indemnizaciones por daños, en los casos que no haya posibilidad de restauración del ambiente a su estado anterior, teniendo personalidad jurídica en el territorio de cada parte que suscriba la convención. Tiene a su cargo liminarmente la preservación ambiental, pues le compete preventivamente evaluar el impacto ambiental adoptando en todo caso medidas de protección ambiental obligatorias.

La precitada comisión, legitimada como parte ante los tribunales nacionales, integra de por sí un tribunal de justicia, estableciendo los procedimientos de solución de controversias, está asistida por un comité asesor, cuyos técnicos producen dictámenes científicos de carácter vinculante, por lo que la comisión en su resolución de acoger o no el pedido de explotación ejerce una auténtica jurisdicción del ambiente.

Para la solución de las controversias surgidas en razón de la convención puede recurrirse a tribunal arbitral o a la corte internacional de justicia en todo lo atinente a aspectos ambientales o técnicos.

Debemos destacar las peticiones de varios de los estados signatarios del tratado antártico, de declaración de la Antártida como *res communis* de la humanidad.

Dicha expresión de anhelos reafirma el *slogan*: la tierra que heredamos de nuestros padres no nos pertenece, se la debemos a nuestros hijos.

XIII. CONCLUSIONES

De leges data

Derechos del consumidor

a) Nuestro amparo colectivo es instrumento idóneo para la tutela de los derechos del consumidor.

b) La acción de lesividad articulada por el poder administrador como legitimado activo, es adecuada para obtener del órgano jurisdiccional la prohibición de productos nocivos para la salud del consumidor, que fueron autorizados a través de un acto administrativo.

De leges ferenda

a) Es menester la instrumentación de un código de protección del consumidor que regule el ensanchamiento de la legitimación activa, la legitimación mixta y la proyección *erga omnes* de la cosa juzgada.

b) Que prevea la articulación de una nueva acción por cualesquier individuo de la clase, cuando la misma ha sido desechada en la deducida por la representación colectiva por falta de pruebas.

c) Se establezca un plazo de caducidad razonable para el supuesto del punto b).

Protección de los intereses difusos

De leges data

a) La medida cautelar innovativa puede articularse para cesar los efectos nocivos de actividades agresoras al medio ambiente.

b) En nuestro derecho patrio, la acción de amparo colectivo viabiliza el acceso a la jurisdicción para tutelar los intereses subjetivos afectado por el daño ecológico, a través del alongamiento de la legitimación y los efectos *erga omnes* de la sentencia, atento el bien jurídico tutelado la defensa del medio ambiente.

c) Prioritaria necesidad de la elaboración de un código internacional del ambiente, que regule sobre los recursos naturales tutelables, declarando a la biosfera y recursos hídricos como *res communis* de la humanidad, que establezca la responsabilidad objetiva por el daño ecológico, la legitimación abierta y la ampliación *erga omnes* de la cosa juzgada. Que la responsabilidad objetiva impuesta a quie-

nes ocasionaren un daño ecológico, haga solidario al Estado a través de una acción directa por los hechos de sus ciudadanos.

d) Se tipifiquen figuras agravadas del delito ambiental o ecológico, a los efectos de la punibilidad ejemplificadora de las conductas disvaliosas que produjeran daños al medio ambiente.

e) Que se prevean mecanismos adecuados para la prevención del daño ecológico, como presupuesto liminar del *derecho ambiental* a través de organismos altamente especializados, cuyos dictámenes tendrán entidad vinculante.