

**EL DESARROLLO DE HERRAMIENTAS DE PARTICIPACIÓN
CIUDADANA: ACCESO EFECTIVO A LOS PROCEDIMIENTOS
JUDICIALES. El amparo colectivo.**

Autor: María Marta Cerro

Comisión de trabajo: 6

Datos Autor: María Marta Cerro

**Pertenencia institucional: Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales de la UNT**

Mail: mariamcerro @hotmail.com

I.- Introducción

La participación ciudadana relacionada con la teoría de los tres accesos: la información pública, la participación ciudadana y el acceso a la justicia, es el eje conductor del trabajo, girando el mismo entorno a los cambios legales, jurisdiccionales que permitieron problematizar y debatir la cuestión.

Las crecientes demandas de la ciudadanía obligaron a construir un nuevo escenario para el diseño y la aplicación de las políticas sociales y urbanas. El objetivo buscado con estos cambios fue el de profundizar la democracia mediante la apertura de nuevos canales de participación política. Los gobiernos locales ganaron autonomía y, en este contexto se crearon nuevos espacios de participación popular¹

Las propuestas de estos nuevos procesos tienden a lograr modos eficientes en la definición de los ambientes deseados y posibles.

El acceso a la justicia se presenta como un ejercicio sumamente importante de participación pública en el control de las acciones de autoridades públicas o particulares. Hasta la reforma constitucional de 1994, la legislación nacional tuvo un notable vacío en lo relativo a la protección jurisdiccional de los llamados intereses difusos o colectivos; el acceso a la justicia se justificaba en la protección de derechos subjetivos o intereses legítimos del reclamante.

Será esencial abordar los nuevos instrumentos cautelares desde la nueva manda del legislador que nos obliga a instrumentar en el ámbito de la justicia el pleno e irrestricto acceso a la jurisdicción.

Sólo incluiremos dentro de ésta definición a los que protejan de manera *rápida y eficaz* los derechos fundamentales. Allí es donde aparece el proceso de amparo como medio de protección inmediato y eficaz del derecho de naturaleza constitucional (artículo 43 primer y segundo párrafo de la Constitución)

Ella misma contiene en su repertorio el derecho a la justicia, que no significa derecho a un trato justo en un escenario universalista, del hombre como ciudadano del mundo, sino que "se trata del derecho a defender y hacer valer el conjunto de los derechos de una persona en igualdad con los demás, mediante los debidos procedimientos legales".

El empleo de la metodología analítica-descriptiva nos servirá para la comprensión del concepto de ciudadanía, focalizado en su aspecto político-jurídico, ya que la participación ciudadana- girando en torno a los cambios legales, jurisdiccionales- ha permitido problematizar y debatir estas cuestiones ante los estrados judiciales.

II.- La ciudadanía como ideal político

La idea de la ciudadanía como ideal político, de fuerte arraigo liberal se debió a las influyentes tesis de T.H. Marshall,² que definen una idea de ciudadanía como repertorio de derechos que ponen la igualdad formal suficiente sin cuestionar la desigualdad real, que corrigen ciertas perversiones del mercado sin afectar su esencia y para garantizar su existencia. Distinguió en la misma tres elementos, que en conjunto constituyen su contenido: el *elemento civil*, compuesto por "los derechos necesarios para la libertad individual: libertad de la persona, de expresión, de pensamiento y religión, derecho a la propiedad y a establecer contratos válidos y derecho a la justicia"; el *elemento político*, cuyo contenido es "el derecho a participar en el ejercicio del poder político como miembro de un cuerpo investido de autoridad política o como elector de sus miembros" y el *elemento social*, que abarca un amplio espectro de derechos, desde "el derecho a la seguridad y a un mínimo de bienestar económico al de compartir plenamente Este pensador liberal defendía que la igualdad que aportaba la ciudadanía, la pertenencia plena a una comunidad, era suficiente para legitimar ésta, justificando así otro tipo de desigualdades, como las de clase. La ciudadanía plena es puesta como el ideal político liberal, realizable en el tiempo, a medida que los individuos vayan ganando competencias, a medida que conquisten la "pertenencia plena". Se supone, por tanto, un escenario nacional, en el que todos gozan de la ciudadanía, de la pertenencia.; la ciudadanía plena, máxima generalización de los derechos, significa la máxima igualdad contemplada en el ideal, compatible con otras muchas formas de desigualdad ante las que dicho ideal es insensible. Por tanto, en la concepción de T.H. Marshall de la ciudadanía o plena pertenencia a una comunidad queda como un ideal a conquistar.

El discurso político que inaugura el Estado moderno presenta a éste como resultado de un pacto entre sus miembros. En ese imaginario de legitimación en que consiste el pacto social, pertenecen al estado quienes suscriben el mismo, es decir, quienes deciden jugar

con las reglas de juego que en el mismo se instauran. En la medida en que el pacto queda siempre imaginariamente abierto, al mismo pueden sumarse cuantos opten por aceptar el juego político. En rigor, desde el "individualismo" liberal, desde esa idea del hombre desencarnada, descontextualizada, desculturizada, desdivinizada, desencantada, es imposible negar con coherencia la pertenencia, y por tanto la ciudadanía, a cuantos aspiren a ello. Sólo sería legítimo, con el argumento de la racionalización del proceso, algunas exigencias protocolarias orientadas al orden y estabilidad del proceso, es decir, a evitar disfunciones contrarias al sentido del pacto.

Este discurso liberal fue ampliamente respetado, en esencia, durante siglos; en sus figuras más marginales. Sin menospreciar el debate sobre la cualidad de la ciudadanía, que en el pensamiento de Marshall está orientada a la construcción del ideal político, la situación ha cambiado y el orden de los problemas se ha invertido.

De la lectura de Marshall se desprende la ausencia de componente político en su modelo, cuando sabemos, que es necesario partir de la idea conflicto- consenso para arribar al establecimiento de una dimensión desde la cual poder conceptualizar a la ciudadanía.

De la infinitud de cuestiones aparecidas como conflictivas en la lucha política, encontramos a la ciudadanía, fruto de pensar a la política como un juego ineludible entre un plano institucional y no institucional, como un juego entre identidades políticas en un nivel de abstracción, a través de un proceso doble: identidad de un nosotros que me hace actuar con los otros, estableciendo una diferencia con respecto a otro, lo cual significa que cuando hablamos de ciudadanía nos estamos refiriendo a una identidad política y fundamental porque construye un espacio de homogeneidad y diferencia. Este proceso es una tensión dinámica entre la desigualdad y la igualdad presente en las demandas igualitarias de la sociedad que las recoge el Estado.

Pero para que ese reconocimiento, esa aceptación, no se quede en una proclama carente de contenido, hay que determinar los rasgos de dicha igualdad, o sea los derechos y deberes que constituyen a ese individuo en tanto que ciudadano. Efectivamente, hay que reconocer que los hombres son iguales para que permanezcan diferentes.

Siguiendo a Antonio Bolívar³, creemos que la ciudadanía es una conquista, una lucha, una acción que se lleva a cabo a través de una comunidad determinada. En el fondo de todo hay conflicto, luchas emancipatorias. Se trata de pensar la ciudadanía como resultado de un conflicto y de un proceso de conquista colectiva de derechos.

Con la llegada del constitucionalismo social, después de la Primera Gran Guerra, se produce una superación del liberalismo original, marcada por la incorporación de los derechos sociales y económicos. No solo es suficiente la mera declamación de los derechos en la Ley Fundamental para garantizar su efectivo goce y por ende, el pleno desarrollo de la persona humana, sino que es necesario que el Estado tenga un papel activo en la promoción global de los derechos del hombre (Estado de bienestar), a través de las condiciones necesarias⁴ frente a los condicionamientos económicos y sociales -y también educativos y culturales- que los tornan de difícil concreción para muchos.

Y, en esta perspectiva, la ciudadanía aparece en el presente por primera vez como problema o, al menos, como problema con características peculiares.

Las constituciones más modernas de los países democráticos contienen herramientas institucionales y jurídicas cuyo objetivo es la inclusión de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones y el control de las políticas públicas, más allá del voto. Esto es un corolario del tránsito del estado decimonónico al estado social de derecho. El resultado fue el cambio dado en las relaciones entre los gobernados y los gobernantes.

II. a Evolución histórica en Argentina

En Argentina, dice Sabsay⁵, hubo una evolución en los procesos participativos, debiéndose destacar que fueron las provincias las que se adelantaron en esta evolución. La primera etapa, va desde 1853 a 1950, Una segunda etapa, comienza a partir de los años cincuenta, luego de que se provincializaron los territorios nacionales. La tercera etapa está marcada por el retorno de la democracia en 1983.

La Reforma constitucional de 1994 materializo estos avances en algunos de sus artículos y aportó trascendentes innovaciones para el marco jurídico de la República Argentina, entre las que pueden destacarse:

- La jerarquización constitucional de instrumentos internacionales de derechos humanos que amplían notablemente el espectro de derechos enumerados. Los derechos humanos, producto de injusticias y de luchas de los pueblos en la creación de instrumentos para que se respete su dignidad, se internacionalizan, y son recibidos por distintas legislaciones nacionales (y provinciales).
- **El reconocimiento de nuevos derechos y garantías como los derechos de incidencia colectiva en general, (medio ambiente, discriminación, consumidores y usuarios, defensa del patrimonio urbanístico, arquitectónico, histórico, entre otros).**
- **La explicitación de nuevas garantías junto a la ampliación de la legitimación para hacerlas valer y el reconocimiento del amparo colectivo.**
- La figura del Defensor del Pueblo nacional con plena autonomía funcional para defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.
- El derecho de los pueblos indígenas argentinos, el reconocimiento de su preexistencia étnica y cultural.
- La Constitución Nacional, avanzó también con el reconocimiento de formas democracia semidirecta, los tratados internacionales de integración y la posibilidad de las provincias de regionalizarse para el desarrollo económico y social junto a la facultad de establecer órganos para esos fines, y el necesario reconocimiento de la autonomía municipal, entre otros importantes temas.

Por lo expuesto, en el texto original reformado, si bien no hay un principio genérico que apunte hacia la participación ciudadana, ella puede inferirse de distintas disposiciones concordantes:

Por ejemplo en materia de consumidores y usuarios de bienes y servicios, la constitución garantiza asociaciones de ese carácter y se dispone que la legislación establecerá procedimientos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, *"previando la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control"*⁶.

Otras menciones hacia la participación se encuentran entre las atribuciones del Congreso: allí se señala respecto a los Pueblos indígenas asegurar "*su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten*"⁷ y en relación a la sanción de leyes de organización y base de la educación del país que las mismas deberán asegurar entre otras consideraciones "*la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna...*"⁸.

La evolución señalada detalla lo sucedido en lo referido a la participación política en un sistema democrático. Sin embargo, la participación, que se incrementa cada día mas en distintos ámbitos de actuación de las autoridades públicas, requiere, además de la legitimación de formas de participación política, de la "participación administrativa", por medio de la cual, los ciudadanos tienen una manera de intervención directa, lo que implica "nuevas formas en la relación gobierno-ciudadano"⁹.

Los ciudadanos interesados en la expansión de las instituciones participativas deben trabajar con las administraciones para asegurarse de que las reglas sean seguidas, y los proyectos de políticas públicas implementados. Esto nos habla del "compromiso de su actuación en tal sentido y requiere de su parte una conducta tan ética como la que debe observar el funcionario"¹⁰

El énfasis por tanto, en la cuestión de la "participación de la ciudadanía apunta a la importancia que tiene el asegurar una de las condiciones propias de la existencia de la sociedad civil: la vigencia de un conjunto de derechos, tomados como parámetros básicos de convivencia en sociedad"¹¹.

Como punto de partida, es importante tener en cuenta las fuerzas de las ideas que asocian la preexistencia de una herencia política a las mayores o menores posibilidades de construcción de la participación ciudadana. En este sentido, Putnam¹² propone la existencia de un vínculo estrecho entre la historia de la participación de los individuos- en

asociaciones que establecen relaciones de confianza y hábitos cívicos- y la consolidación de valores democráticos a partir de la inducción a la construcción de capital social y el desempeño institucional. Según esto, la cultura cívica es un impulso decisivo para el estímulo participativo de la sociedad y explicaría las diferencias en la calidad de acción de los gobiernos. Si bien es un factor importante a la hora del análisis de participación ciudadana, el desafío es superar este determinismo histórico-cultural, por un desafío de diseño institucional que, contemple, por un lado, los incentivos creados por las instancias gubernamentales para el desarrollo de los mecanismos participativos, y por otro, el compromiso serio y responsable de la sociedad civil.

III-La teoría de los tres accesos

Son los modos o formas que los ciudadanos pueden tener a su alcance para hacer efectivos los contenidos propuestos. Los principios rectores son: la información, la participación ciudadana y el acceso a la justicia. Estas nuevas herramientas institucionales tienen dos características principales. Por un lado permiten una mayor transparencia y difusión de los actos públicos y, por otro, posibilitan a los ciudadanos involucrarse, en mayor o menor medida (desde lo consultivo a lo participativo), en el diseño, la elaboración y la ejecución de las políticas públicas.

Es importante dejar sentado que la participación ciudadana, desde la óptica encarada por este trabajo, son mecanismos de participación activa y de carácter consultivo. Esto implica una administración subalterna, porque su fuente de legitimación es la ley, lo cual significa que no se puede legitimar una decisión ciudadana, aunque se adoptase unánimemente, como prevalente a la ley, porque se podría privilegiar a determinados grupos en perjuicio de otros, siendo contrario a lo buscado en la participación ciudadana.

Una de las características más importantes de una participación eficaz es que forme parte de un proceso integral de toma de decisiones, esto es, que haya una relación clara entre las actividades de participación y toma de decisiones. Por ello, planificar la estrategia de participación resulta de gran utilidad.

El principio democrático y la participación ciudadana exigen la apertura al diálogo multisectorial¹³ entre los distintos operadores jurídicos de un sistema normativo, resultando por un lado, la legitimación del régimen, y, en segundo lugar, la eficacia del

mismo. El diálogo interinstitucional, generado muchas veces por el mecanismo de control recíproco, al que se suma la canalización de la opinión pública y otros grupos de presión, no sólo permiten una limitación del ejercicio del poder, sino que también posibilitan el acercarse a respuestas más eficientes por parte del ordenamiento jurídico, ya que los distintos grupos de presión o factores de poder se han visto representados en las tomas de decisiones.

IV.- Acceso a la justicia

El acceso a la justicia y la gestión de la conflictividad en el ámbito del poder judicial constituyen un tema de radical importancia en el marco de lo reglado en la Constitución Nacional. Los artículos 41 y 42 contemplan los derechos de incidencia colectiva a un ambiente sano, el del usuario, consumidor y a la defensa de la competencia. Por su parte, la norma del artículo 43 prevé la tutela del amparo colectivo para los referidos derechos, para el derecho a la no discriminación y para todos los "derechos de incidencia colectiva en general". Queda abierta la posibilidad de que se reconozcan en el futuro otros derechos de la misma categoría.

En este sentido, cumplen un rol preponderante las diferentes acciones que sirven para la satisfacción y resguardo de estos nuevos derechos, y las máximas garantías procesales que aseguren el cumplimiento de las normas por parte del Estado y particulares; vías o procedimientos procesales (administrativos o judiciales) por medio de los cuales se pueda reclamar o demandar, tanto la defensa como la conservación de los derechos. Esto significa, un sistema de justicia que sea capaz de brindar igualdad en el acceso y resultados individual y socialmente justos.

El acceso a la justicia, ya sea individualmente u organizados en asociaciones, se presenta como un ejercicio sumamente importante de participación pública en el control de las acciones de autoridades públicas o particulares.

Ante el reconocimiento constitucional de un derecho, su titularidad es inmediata. Sin embargo, se necesita de las garantías que le proporcionan seguridad, las que a veces están en la propia Constitución, otras, en leyes procesales, e incluso puede ocurrir que no estén normativamente previstas, sin que tal circunstancia sea capaz de enervar su vigencia, toda vez que la previsión constitucional de un derecho lo torna directamente operativo. Así ocurrió con el amparo, cuando la Corte Suprema señaló en el sonado caso

"Siri"¹⁴ que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias.

En cuanto al acceso a la justicia existen variadas instituciones que han sido remozadas y otras que han sido creadas. Este es el ámbito donde se vinculan con el derecho procesal como disciplina que estudia los mecanismos de protección en el ámbito judicial. En este marco tendremos un nuevo factor a tomar en consideración: *el tiempo*, elemento fundamental de interpretación de los procedimientos en ésta nueva época del derecho procesal, y sobre todo cuando ésta disciplina debe estar al servicio de un bien jurídico que imperiosamente necesita de la interacción de éste componente.

Estamos hoy ante una sociedad que en muchos casos debe solucionar sus conflictos a través de la administración de justicia, de manera de llegar a poder pensar en un derecho como instrumento para la paz social. En este aspecto el derecho procesal entonces deberá tomar con mayor determinación la asunción de “nuevas formas” para lograr que las conflictividades no se aplacen en el tiempo, produciendo el fenecimiento de los derechos en el plano fáctico, todo por la tardanza burocrática de la administración de justicia. Al ritmo de nuevos principios como el de *oportunidad*, o el de *jurisdicción oportuna* se da nacimiento a nuevas figuras procesales, nuevos esquemas que en este sentido nos proporcionan soluciones rápidas para problemas evidentes.

Será esencial dar una nueva visión a los institutos, y encontrarnos con jueces que cumplan un rol activo, pero no por ello excedido de su rol de controlador de la Constitución.

Hasta la reforma constitucional de 1994, la legislación nacional tuvo un notable vacío en lo relativo a la protección jurisdiccional de los llamados intereses difusos o colectivos; el acceso a la justicia se justificaba en la protección de derechos subjetivos o intereses legítimos del reclamante. Esta concepción no resultaba suficiente para abarcar aquellos intereses que salían del círculo de los puramente individuales del sujeto. La protección del ambiente, de la salud pública, de la estética urbanística, del patrimonio histórico, de los consumidores, son ejemplos de situaciones que van más allá de la dimensión subjetiva y encuadran en una escala propia de la colectividad toda.

La Constitución reformada reconoció la existencia de “derechos de incidencia colectiva”. Estos derechos de incidencia colectiva comprenden una variedad de

intereses difusos, que no están en la cabeza de un sujeto particular, sino difundidos entre todos los miembros de una comunidad.

Las características propias de los temas mencionados, la necesidad de prevenir las consecuencias antes de que se produzcan los daños y el interés público comprometido, exigen respuestas nuevas desde el ámbito de la justicia. En este sentido, la tarea de los jueces en la última década ha cubierto carencias o en algunos casos ausencias del poder administrador.

IV- 1. El amparo colectivo. Los presupuestos constitucionales y legales.

El reconocimiento del amparo colectivo ha sido un paso importante en la protección de estos derechos, y el desarrollo jurisprudencial nos señalan la importancia que tiene el sistema judicial como instancia de control y de aplicación de la normativa.

Cuando se encuentra lesionado o amenazado de lesión un derecho de incidencia colectiva, su protección no puede implementarse con un proceso individual. Es necesario pensar en otro modelo de proceso que facilite el acceso a la justicia de quienes pretenden la tutela de esos derechos.

El art. 43 de la CN incorporó el amparo colectivo. Sus particularidades, originadas en el objeto de la tutela: derechos colectivos sobre bienes colectivos y derechos colectivos referente a intereses individuales homogéneos, sustancialmente conciernen a la ampliación de los legitimados para promover el proceso y, consecuentemente, a los alcances subjetivos de la cosa juzgada de la sentencia. Los presupuestos que la Constitución Nacional establece para la procedencia del amparo individual -arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo, actualidad o inminencia de la lesión y certeza del derecho comprometido- deben verificarse en el amparo colectivo, pero su observancia habrá de juzgarse desde una perspectiva compatible con la peculiar naturaleza de la tutela colectiva, la que se origina en la expansión propia del daño.¹⁵

La acción de amparo es una acción rápida expedita, que surge como una herramienta fundamental para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, que puede ser interpuesta contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo (Art. 43 de la CN), y que permite obtener un

inmediato pronunciamiento judicial, destinado al cese de los actos u omisiones.¹⁶ Tiene por objeto la protección expedita de un derecho humano fundamental particularizado, y deben ser protegidos de manera rápida y eficaz.¹⁷

IV. 1- a) El Proceso: Análisis de los diferentes institutos procesales

Los derechos individuales son ejercidos por su titular, y ello no cambia por la circunstancia de que estén involucradas numerosas personas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el párr. 1 del art. 43, CN, en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos, y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

En los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43, CN) existen elementos que resultan prevalentes. La petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determina el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible, ni tampoco hay una comunidad en sentido técnico, puesto que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen por cotitularidad. No pertenecen a la esfera individual sino social, y no son divisibles en modo alguno. Además, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una

¹⁷ Morello, Augusto *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, editora Platense, La Plata, 1999, pp. 105.

decisión, cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa *petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos la prueba de la causa o controversia está relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo, y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Una tercera categoría, conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, es también admitida en el párr. 2 del art. 43. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como así también de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos, y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Este dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Para el Máximo Tribunal la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección (entendido como el de la sociedad en su conjunto), sea por su trascendencia social (como el ambiente, el consumo o la salud) o en virtud de las particulares características de los sectores afectados (tradicionalmente postergados o débilmente protegidos). La legitimación extraordinaria respecto de este tipo de derechos ha sido expresamente reconocida por la Corte Suprema en "Halabi". Sostuvo que es perfectamente aceptable, dentro del esquema de nuestro ordenamiento, que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado párr. 2 del art. 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano.

IV-1. B Sujetos legitimados.

La legitimación activa es la posición en que se halla la persona que demanda en relación al bien jurídico protegido por la norma que se pretende actuar.¹⁸ La defensa de todos los derechos de tercera generación se caracteriza, entre otros aspectos, por su naturaleza colectiva, ya que las personas no poseen un interés individual, inmediato y exclusivo sobre el objeto, sino que la relación de las personas respecto al bien que se desea proteger es una relación de pertenencia colectiva.¹⁹

Esta legitimación es dada por la necesidad de la ampliación de la legitimación activa, es decir extender la capacidad de la persona perjudicada para iniciar y proseguir un proceso lo que implica que al extender o ampliar la legitimación activa, además del afectado también la tengan ciertos funcionarios públicos cuyas funciones son precisamente la defensa de los derechos de la comunidad, o ciertas asociaciones civiles que tienen por objeto defender tales derechos.

Los legitimados para interponer las acciones en defensa de los derechos colectivos son:

- El afectado:

En la actualidad, las decisiones judiciales y la doctrina tienden cada vez más a considerar que los términos “afectado” y “derechos de incidencia colectiva” deben ser interpretados conjuntamente, o sea que no es necesario que la afectación recaiga en una única persona de manera directa, sino que puede abarcar a más de una persona y hasta de un modo indirecto.

- El Defensor del Pueblo

El artículo 86 de la Constitución, a partir de la reforma de 1994, creó la figura del Defensor del Pueblo como un órgano independiente en el ámbito del Congreso de la Nación, cuya misión es la defensa de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución, ante hechos, actos u omisiones de la Administración y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. Cuenta con legitimación procesal para actuar frente a cualquier forma de discriminación y en general a los derechos de incidencia colectiva²⁰.

- Las Asociaciones.

Las asociaciones han obtenido un amplio y progresivo reconocimiento para accionar en defensa y representación de intereses colectivos como consecuencia del Art. 43 CN.

Los nuevos mecanismos de acceso a la justicia, consagrados en la reforma constitucional son instrumentos que han fortalecido el accionar de la sociedad civil. Esta proyección se transformó en realidad a fines de los noventa, cuando un grupo importante de organizaciones no gubernamentales, fueron incorporando la práctica del litigio colectivo como una herramienta válida para alcanzar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.²¹

IV-1.C La sentencia sobre derechos colectivos e individuales homogéneos. Su eficacia

En el proceso colectivo la sentencia produce efectos respecto no sólo de las partes sino también de todos los que tienen interés en el conflicto. Cuando la sentencia es dictada en un proceso que tiene por objeto un bien colectivo, y, por ende, indivisible, como la calidad del agua o la pureza del aire de una ciudad, la legitimación es extraordinaria y la sentencia tiene efecto general. A ello cabe añadir, apunta Lorenzetti, aquellos casos en que el objeto es individual pero la decisión que se adopta afecta a una pluralidad de personas, como, por ejemplo, el reclamo que hace una persona por su derecho a la movilidad jubilatoria (que es individual) y que termina con una sentencia que contiene un mandato al Congreso para que regule de modo general el sistema de prestaciones jubilatorias, o cuando un individuo reclama por su privacidad pero la sentencia declara la inconstitucionalidad de una ley de modo general para todos los casos. En estos supuestos el bien objeto del proceso es divisible, pero la solución es indivisible²².

Tal efecto colectivo se puede verificar en la sentencia definitiva de la causa "Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios - daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo" , sent. del 8/7/2008 (11), dictada en un proceso colectivo que tiene por objeto un bien colectivo: el ambiente. También en el fallo "Halabi" ya mencionado, pronunciado en un amparo contra las disposiciones de la ley 25873 y de su decreto reglamentario 1563/2004 , promovido por el actor para proteger su derecho a la privacidad y a la intimidad, en el que la sentencia declara la inconstitucionalidad de los instrumentos legales cuestionados y produce efectos generales sobre los mencionados derechos, tanto de todos los usuarios

de los servicios de telecomunicaciones como de todos los abogados, por interpretar comprometido el deber de guardar el secreto profesional.

Si la sentencia de un proceso colectivo solo tuviera sus efectos a los sujetos que participaron del mismo, se ha perdido el sentido mismo de su implementación. Las distintas modalidades sobre los alcances subjetivos de la cosa juzgada de las sentencias dictadas en un proceso colectivo son determinadas por la pertinente reglamentación procesal. Si bien no contamos con una legislación general en esta materia, existen concretas disposiciones en la Ley General del Ambiente (LGA) y en la Ley de Defensa de los Consumidores.

Eficacia de la sentencia colectiva: la sentencia estimatoria en un proceso colectivo declara la existencia del derecho y que debe modificarse la situación existente, y condena a ello en términos generales. en ese sentido se pronunció la corte sup. en la ya mencionada causa "Mendoza" , y además diseñó un plan para su ejecución, el que delegó, en concreta relación con la prevención y recomposición del ambiente -aquello que se orienta hacia el futuro-, al juez federal de Quilmes, y se reservó lo vinculado a la reparación del daño, derivada de conductas adoptadas en el pasado. la primera sentencia, la declarativa, produce cosa juzgada; en cambio, las posteriores, que implementan la ejecución, son temporales y pueden ser modificadas por otra posterior. aquí el mandato está orientado a un resultado pero no avanza en la determinación de los procedimientos: el modo en que se concreta queda en el ámbito de discrecionalidad de la Administración.

Para asegurar el cumplimiento del programa la sentencia diseñó un sistema de control de base administrativa y judicial. A tal efecto encomienda al Defensor del Pueblo de la Nación la coordinación de dicha participación mediante la conformación de un cuerpo colegiado. Por otra parte, establece que la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el plan de saneamiento integral estará a cargo de la Auditoría General de la Nación. Asimismo, establece un régimen de multas diarias derivadas del incumplimiento de los plazos en cabeza del presidente de la ACuMaR. Finalmente, se debe reiterar que la competencia para la ejecución de la sentencia, en los términos del art. 499 y ss., CPCCN, ha sido atribuida a un juzgado federal de primera instancia.

Con relación a este tipo de sentencias, como a todas aquellas que tienen efectos regulatorios generales, surge el interrogante acerca de si la misma no avanza sobre el ámbito competencial de los otros dos poderes del Estado.

No se debe perder de vista que las políticas públicas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo tendientes a desarrollar un derecho constitucionalmente reconocido no constituyen materia sujeta a revisión del Poder Judicial, porque, precisamente, hace al juego de la democracia que las decisiones de los poderes elegidos por la voluntad popular sean respetadas, salvo cuando las mismas afecten derechos constitucionales, supuesto que habilita la revisión judicial. Desde esa perspectiva, un mandato de implementación dirigido a la Administración o un mandato para legislar dirigido al Congreso sobre un tema específico en ningún caso puede reemplazar la voluntad de las mayorías; se trata sólo de la intervención judicial en aquellos casos en que se encuentre comprometido un derecho constitucionalmente reconocido a los fines de que los poderes políticos concreten el desarrollo adecuado de ese derecho. A tal fin pueden los jueces establecer plazos y disponer un mecanismo de control de la implementación.²³

Antes de finalizar es necesario abordar la vinculación con algunos instrumentos de tutela específicos, que nos brindan el derecho procesal y sobre todo una rama específica de este: el *derecho procesal cautelar*. Y aquí es dable observar un elemento: *la urgencia* entre el bien jurídico y la tutela. Esto es evidente si se piensa que en las medidas de plena satisfacción la urgencia en su despacho es requisito para su procedencia. Sus casos son siempre supuestos que no admiten dilaciones ni son susceptibles de ser sometidos a los avatares del largo y lento proceso judicial. Si tomamos como ejemplo el medio ambiente, su protección, no admite dilaciones. La sensibilidad del bien y su posibilidad de agotamiento ante el mínimo estímulo negativo nos presentan un objeto de protección que de por sí, y como regla general debe prever instrumentos de tutela urgentes, de rápida actuación. Será esencial dar una nueva visión a los institutos, y encontrar instrumentos idóneos y oportunos.²⁴ Como ejemplo de lo dicho, la Causa “Comunidad Indígena del pueblo Wichi Hoktek Toi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”²⁵. Existen otras sentencias interesantes en aplicación de este principio de prevención y de gestión de la conflictividad de modo cautelar.

²³

²⁴ Peyrano, Jorge La tutela del medio ambiente a través de la medida autosatisfactiva, JA nro.6121 del 23.12.1998, p.6/7.

²⁵ La mencionada “Almada c/Coopetro” fue quizá la primera de las que dispuso este tipo de medidas de gestión de conflictividad ambiental.

En estos supuestos que “de ser evidente (manifiesta) la atendibilidad de la cautela por la reforzada verosimilitud de los derechos a tutelar deberá debilitarse el peso de la garantía a fin de no frustrar el amparo jurisdiccional”²⁶

V – CONCLUSIONES

El acceso a la justicia se presenta como un ejercicio sumamente importante de participación pública en el control de las acciones de autoridades públicas o particulares. Hasta la reforma constitucional de 1994, la legislación nacional tuvo un notable vacío en lo relativo a la protección jurisdiccional de los llamados intereses difusos o colectivos; el acceso a la justicia se justificaba en la protección de derechos subjetivos o intereses legítimos del reclamante.

De allí que existen variadas instituciones que han sido remozadas y otras que han sido creadas. Este es el ámbito donde se vinculan la rama ambiental con la procesal como disciplina que estudia los mecanismos de protección en el ámbito judicial. En este marco tendremos un nuevo factor a tomar en consideración: *el tiempo*, elemento fundamental de interpretación de los procedimientos en ésta nueva época del derecho procesal, y sobre todo cuando ésta disciplina debe estar al servicio de un bien jurídico que imperiosamente necesita de la interacción de éste componente.

Estamos hoy ante una sociedad que en muchos casos debe solucionar sus conflictos a través de la administración de justicia, de manera de llegar a poder pensar en un derecho como instrumento para la paz social. En este aspecto el derecho procesal entonces deberá tomar con mayor determinación la asunción de “nuevas formas” para lograr que las conflictividades no se aplacen en el tiempo, produciendo el fenecimiento de los derechos en el plano fáctico, todo por la tardanza burocrática de la administración de justicia. Al ritmo de nuevos principios como el de *oportunidad*, o el de *jurisdicción oportuna* se da nacimiento a nuevas figuras procesales, nuevos esquemas que en este sentido nos proporcionan soluciones rápidas para problemas evidentes.

Hemos encontrado dentro de los casos jurisprudenciales mencionados jueces comprometidos con esta temática. Pedimos también que se aumenten muchos más, para que el mandato constitucional resulte no un mero enunciado, sino una práctica efectiva de tutela.

Nos inclinamos por no renunciar a la posibilidad de mejora y de consolidación de estas prácticas. El compromiso efectivo con la democracia, es precisamente el de consolidar la institucionalidad, la cual se logra como construcción y aprendizaje social, a través del flujo de ideas, de debates públicos, de información veraz, para que las grandes cuestiones tiendan a consensos y proyectos. Será auspicioso, entonces, que la ciudadanía y el gobierno conciban así este proceso, y su proyección al futuro, bajo la mirada de la superación que capitaliza, y no de la aniquilación, que funda.

BIBLIOGRAFIA

- 1 Corrigió, Juan “La promoción del desarrollo económico en las ciudades: El rol de los gobiernos municipales” en *Reunión Anual de Trabajo Red Nor. 5 “Políticas Sociales Urbanas”, del Programa URB-AL*, organizada por la Intendencia Municipal de Montevideo, 2002, p.7.
- 2 Marshall, T. H. “Las discusiones contemporáneas sobre ciudadanía, cohesión social y democracia” http://www.academia.edu/3642345/T._H._Marshall_y_las_discusiones_contempor%C3%A1neas_sobre_ciudadan%C3%ADa_cohesi%C3%B3n_social_y_democracia
- 3 Bolívar, Antonio. *Educación para la Ciudadanía. Algo más que una asignatura*. Barcelona: Graó., 2007, p. 10 y sigtes.
- 4 Sánchez Viamonte, Carlos. *La libertad y sus problemas*, Buenos Aires, Omeba, 1961, p. 299, citado por Vanossi, cit., p. 41. 15 Lorenzetti, Ricardo L. “Análisis crítico de la autonomía privada contractual”, JA, 14/09/94.
- 5 Sabsay, Daniel. “La participación ciudadana en la toma de decisiones en el Derecho Público Argentino”, en *Conferencia Internacional Democracia Directa en América Latina 14/15 de Marzo de 2007, Buenos Aires, Argentina*, p. 3. ver en <http://www.cooformar.org/medioambiente/documentos/Participacion%20>.
- 6 Art. 42 de la Constitución Nacional (CN).
- 7 Art. 75 inc, 17 CN
- 8 Art. 75, inc 23 CN
- 9 Bezzi, Ana María. “Participación ciudadana y derecho a la información en materia ambiental”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública. Año XXXI-361*, 2008, Buenos Aires, p.266
- 10 Bezzi, Ana M, ob. Cit, p.266
- 11 Dagnino, Evelina. *Sociedades Civil e Espacos Públicos no Brasil*. Paz e Terra , Sao Paulo, Brasil, 2000, p.10
- 12 Putnam, Robert. *Making Democracy Work*. University Press, Princeton, Usa, 1993, p.13
- 13 Bezzi, Ana María. “Participación ciudadana y derecho a la información en materia ambiental”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública. Año XXXI-361*, 2008, Buenos Aires, ,1999, p.266.
- 14 Caso Siri, sobre acción de amparo. Actos de poder publico de diciembre de 1957
- 15 Morello, Augusto M. y Sbdar, Claudia B., *Acción popular y procesos colectivos. Hacia una tutela eficiente del ambiente*, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2007, p. 31
- 16 FARN. *Manual de ciudadanía ambiental* en www.farn.org.ar
- 17 Jiménez, Eduardo “Garantías constitucionales”, Ed. Suárez, Mar del Plata, 1997, pp. 29.

- 18 Morello, Augusto *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, editora Platense, La Plata, 1999, pp. 105.
- 21 El caso “Fundación Poder Ciudadano contra GCGBA s/ Amparo Expediente N° 9221/0”, El caso “Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de s/Amparo”, el caso “Asociación Oikos. Red Ambiental c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/Acción de Amparo”
- 20 Causa Mendoza, resolución 24/08/2006. Acepta al Defensor del Pueblo como legitimado.
- 22 Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 177.
- 23 Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, cit., p. 243 y ss
- 24 Peyrano, Jorge. “La tutela del medio ambiente a través de la medida autosatisfactiva”, JA nro.6121 del 23.12.1998, p.6/7.
- 25 Comunidad Indígena del pueblo Wichi Hoktek Toi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”.
- Morello, A. *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*,ed.Platense, La Plata,1999, p. 123.