

**Nº 238**  
**Año LXXXIII**  
**Julio-Diciembre 2015**  
**Fundada en 1933**  
ISSN 0303-9986



# REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE  
CONCEPCIÓN<sup>MR</sup>

Facultad de  
Ciencias Jurídicas  
y Sociales

*LOS OBSTÁCULOS PARA CONSAGRAR ACCIONES  
POPULARES EN ARGENTINA PARA LA DEFENSA DE LAS  
RES IN USO PUBLICO, EL AMBIENTE O LOS DERECHOS  
DE INCIDENCIA COLECTIVA. LECCIONES PARA  
LA FUTURA REFORMA CONSTITUCIONAL CHILENA*

*OBSTACLES FOR CONSECRATE POPULAR ACTIONS  
IN ARGENTINA FOR THE DEFENSE OF RES IN USO  
PUBLICO, THE ENVIRONMENT OR COLLECTIVE  
INFLUENCE RIGHTS. LESSONS FOR THE FUTURE  
CHILEAN CONSTITUTIONAL REFORM*

VERÓNICA DELGADO SCHNEIDER\*

Profesora de Derecho Ambiental y Económico

Universidad de Concepción

Concepción - Chile

*RESUMEN*

La protección de los intereses o derechos difusos o colectivos reclama una legitimación activa amplia para demandar medidas de prevención o reparación, considerando generalmente *sistemas mixtos de tutela* entre el Estado y los privados, actuando éstos a través de acciones populares o las llamadas acciones colectivas. Este trabajo tiene por objeto revisar por qué no se consideraron estos instrumentos en el proceso de codificación civil argentino y describir el fatigoso

\* Doctora en Derecho de la Universidad de Roma Tor Vergata (Italia). Profesora Asociada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción en las asignaturas de derecho ambiental y derecho económico especial. Su correo electrónico es vedelgado@udec.cl. Artículo recibido el 10 de mayo de 2015 y aceptado para su publicación el 5 de agosto de 2015.

La autora agradece al Centro de Recursos Hídricos para la Agricultura y la Minería (CRHIAM) por el aporte a este trabajo.

proceso que en los últimos 40 años ha enfrentado la doctrina y la jurisprudencia en torno a la legitimación activa popular. Si bien la reforma constitucional de 1994 consagra el “amparo colectivo” para los “derechos de incidencia colectiva”, las expresiones “afectado” (de la Constitución Argentina) y “toda persona” (usada en la ley del ambiente del año 2002) han sido interpretadas por muchos como una legitimación activa popular (conferida a “cualquier habitante” o “simple interesado”).

*Palabras clave:* Acción popular, codificación, ambiental, derechos de incidencia colectiva.

### ABSTRACT

The protection of collective rights and interests claims for a broad standing to sue preventive or remedial measures, generally considered *mixed systems of protection* between the state and privates, acting through popular actions or collective actions. This paper aims to review why the legislators not consider these instruments in the Argentinian civil encoding process, and describe the process that in the last 40 years has faced the doctrine and jurisprudence regarding the popular legal standing. While the constitutional reform of 1994 consecrates the “collective protection” for the “collective rights”, the expressions “affected” (in the Argentinian Constitution) and “any person” (of the 2002’s Environment Act) has been interpreted by many as a popular standing (granted to “any inhabitant” or “simple interested”).

*Keywords:* Popular actions, encoding process, environment, collective influence rights.

### I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad la protección del ambiente (o más en general a los intereses o derechos difusos o colectivos) reclama una legitimación activa amplia para demandar medidas de prevención o reparación, considerando generalmente sistemas mixtos de tutela entre el Estado y los privados, actuando éstos a través de acciones populares o las llamadas acciones colectivas.

Si bien desde la Roma republicana, el modelo de tutela de las *res publicae*, específicamente, las de uso común del pueblo (*res in uso publico*), como las aguas, calles y espacios públicos, consideraba la acción popular como el instrumento por excelencia, fundando la popularidad en el concepto de

“lo público” en el sentido de “que interesa al pueblo” y no como “estatal”,<sup>1</sup> se ha demostrado cómo en Europa, los códigos civiles no consideraron estos instrumentos populares para las hipótesis romanas, principalmente por la concepción moderna del Estado y la influencia de la pandectística.<sup>2</sup>

Para Bruns, la fundamentación manifiesta en Ulpiano Dig. 43, 8, 2, 2 explica que cada ciudadano pueda actuar *sin sufrir directamente un obstáculo en el uso de las cosas públicas*. Sus derechos de hacer las reparaciones necesarias, de defenderlas contra las turbaciones, etc., están implícitos en un *derecho propio* a usarlas. En la popularidad, nos decía Paulo,<sup>3</sup> hay un “derecho propio” del pueblo y como éste no es un ente abstracto sino el pueblo efectivo, son todos

<sup>1</sup> En el derecho romano la disciplina jurídica de las *res publicae* estaba centrada sobre quién es el propietario de las cosas, de tal manera que *res publicae* era sinónimo de *res populi*, expresión que a su vez estaba ligada a la noción de *populus* entendido como todos los ciudadanos. La cosa pública resultaba ser entonces ‘la que pertenece al pueblo’, esto es, la cosa de ‘todos los ciudadanos’. (En la doctrina romanista existen dos interpretaciones del sentido de la expresión ‘pueblo’: a) una historiográfica sustentada por Jhering, Scialoja, y Catalano, según la cual el pueblo se concibe como la pluralidad de ciudadanos (“todos los ciudadanos”); b) una segunda postura sostiene que el *populus romanus* desde el inicio de la época republicana tuvo una personalidad netamente separada de aquella de los singulares *cives*. Se identifica a la pluralidad de los ciudadanos como una entidad abstracta independiente de sus miembros, esto es, como una persona jurídica. La concepción romana de *populus* entra en la primera línea historiográfica: *populus* como pluralidad, nunca como persona jurídica. Si ésta es la noción de *populus* la noción de las *res populi* o *publicae* corresponde a la de las cosas que pertenecen al pueblo: a los ciudadanos. Para todo, DI PORTO, Andrea, “Interdetti popolari e tutela delle res in uso publico”, en AA.VV., *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese in onore di G. Provera* (Torino, 4-5 dic. 1991), Univ. di Torino. Miscellanea dell'Istituto Giuridico I, Editrice Jovene, Nápoles, 1994, 481 p., y FADDA, Carlo, *L'azione popolare. Studio di Diritto Romano ed Attuale*, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1894, p. 296.

Analizando principalmente el Libro 43 del Digesto, Andrea Di Porto (DI PORTO, Andrea, *La tutela della “salubritas” fra editto e giurisprudenza. I, Il Ruolo di Labeone*, Milán, Giuffrè Editore, 1990, 159 p.) comprueba que las fuentes presentan un cuadro orgánico y rico de instrumentos eficaces para la protección de ‘algunas’ *res publicae* donde destaca el ‘interdicto popular’, es decir, aquel que puede ejercitarse por cualquiera del pueblo. Estas *res publicae* resultan ser los lugares, calles, ríos y cloacas públicos, esto es, las cosas que constituyen la categoría de las *res in uso publico* o cosas de goce colectivo, incluidas las llamadas por Marciano “cosas comunes a todos los hombres”, es decir, el aire, el agua corriente y el mar con sus costas. Aunque Guzmán Brito explica que “Marciano habla de las “cosas comunes a todos” y agrega que ello es por derecho natural. Tales son: el aire, el agua corriente y el mar con sus costas. D. 1, 8, 2, pr-1 e I. 2, 1, pr-1. Pero ésta es una noción personal del citado jurista, influenciada por ideas estoicas, según las cuales el mar y el litoral marino son bienes que a todos pertenecen y que nadie puede apropiárselos en particular como de hecho ocurre con el aire.” V. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, I, p. 434.

<sup>2</sup> V. DI PORTO, “Interdetti popolari ...”, cit. (n. 1).

<sup>3</sup> Dig. 47, 23, 1: “Paulo; Comentarios al Edicto, libro VIII.- Llamamos acción popular la que ampara el derecho propio del pueblo.”

los ciudadanos los que tienen el derecho a usar de las *res publicae* y, con los instrumentos populares, no hacen más que defender este “universal” derecho.<sup>4</sup>

Se trata –explica hace ya más de un siglo Vittorio Scialoja– de “derechos públicos difusos”: públicos, pues corresponden al ciudadano como miembro del pueblo y difusos, porque no le corresponden al pueblo como un ente distinto del ciudadano, sino a cualquiera de sus miembros.<sup>5</sup> El actor popular, en consecuencia, ejerce un derecho propio, que le pertenece, como a todos los ciudadanos y que puede ser ejercitado singularmente por cualquiera de ellos. Y como indemnización a este derecho lesionado, el actor popular recibirá parte de la condena. No se trata de una recompensa por el servicio público prestado.<sup>6</sup>

Como se adelantó, en la mayoría de los Estados nacionales europeos los códigos civiles no consideraron la tutela popular de las *res in uso publico* ni siquiera en forma complementaria a la defensa estatal. El Estado se erige como el propietario de ellas y, con ello, en su protector exclusivo. Para explicar estos cambios conceptuales y el abandono legislativo e inclusive doctrinario por las acciones e interdictos populares, Di Porto aduce dos razones: la noción abstracta del Estado y la influencia de la pandectística.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> BRUNS, Carl G., “Le azione popolari romane” (prefacio y traducción de Vittorio Scialoja), en SCIALOJA, Vittorio (Director), *Studi Giuridici*, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1933, Vol. I., pp. 164 y 165.

<sup>5</sup> SCIALOJA, Vittorio, Prefacio a BRUNS, cit. (n. 4), p. 117.

<sup>6</sup> Para Savigny las acciones populares eran “*azioni di polizia, con rappresentanza popolare dello Stato*” donde cada ciudadano podía proponer acciones populares como representante de la seguridad general, como procurador del Estado (*gleichsam als ein Procurator des Staats*), sin la obligación de caución impuesta clásicamente al procurador privado. El actor popular era un *Staatsanwalt* (procurador a la *litis* del Estado) que ejercitaba un deber cívico general para tutelar un interés público, político, de policía, moral; y como premio a toda esta actividad realizada en el público interés se le atribuía la mitad de la pena. Es FADDA quien explica el pensamiento de Savigny (FADDA, cit. (n. 1), p. 301). Por el contrario para aquellos que, como Scialoja sostienen que el actor popular ejerce un derecho propio, recibiría una compensación por su derecho lesionado. Ver en el Prefacio a BRUNS, cit. (n. 4).

<sup>7</sup> Así pues, explica el profesor de la Universidad de Roma La Sapienza y director de mi tesis de doctorado, Andrea Di Porto (DI PORTO, “Interdetti popolari...”, cit. (n. 1), p. 499): En el abandono que se hace a las acciones populares en los códigos civiles europeos, habría sido determinante la construcción de una noción abstracta del Estado como una persona jurídica, como una entidad separada de los ciudadanos que la constituyen, en la que el concepto de *res publicae* pierde definitivamente el nexo con el pueblo y pasa a ser aquella ‘estatal’, en la cual los ciudadanos tendrán un uso común, porque la autoridad lo ‘concede’ y, por ende, sólo el Estado puede proceder por vía administrativa como representante de cada público interés en contra de actos que perturben tal uso común. La acción de un ‘privado’ no puede tener lugar, sino cuando su también ‘privado’ interés (su propiedad, su integridad personal) haya sido lesionado en cualquier modo. El Estado absoluto –dirá Bonfante– basado en un “ordenamiento burocrático, centralístico y en la inercia de los ciudadanos” los excluirá



Y así fue como entonces en el derecho moderno europeo los interdictos populares para la tutela de los bienes de uso común no se mantuvieron. Los códigos civiles, por ejemplo, excluirán tratar todo lo relacionado con este tipo de bienes (dejando la regulación al derecho administrativo donde sólo el Estado tutela y el particular, a lo más, tiene derecho a denunciar); en materia de daños o de relaciones de vecindad se exigirá siempre al actor la lesión directa de sus bienes o integridad (y con ello desaparece la popularidad) o bien, por ejemplo, respecto a las acciones populares propias de los cuasidelitos (*actio de positis vel suspensis y dictis vel effusis*), ellas serán reducidas en los códigos civiles a meras denuncias a la autoridad o simplemente no serán consideradas en el proceso de codificación.<sup>8</sup>

de toda participación. (BONFANTE, Pietro, *Storia del Diritto Romano*, Istituto di Diritto Romano, R. Università, Roma, 1934, 4ª Edición, p. 463. (La traducción es mía). Un Estado así concebido – coincide Jhering– “no puede sino monopolizar todo aquello que sea considerado público.” (JHERING, Rudolph v., *Lo Scopo nel diritto*, Einaudi Editore, Torino, 1972, traducida al italiano por Mario G. Losano; citado por DI PORTO, “Interdetti popolari...”, cit. (n. 1), p. 499. La traducción es mía. En segundo lugar, la doctrina romanista dominante de los siglos XIX y XX, bajo la influencia de las categorías de la pandectística y especialmente de Mommsen, habrían “desmantelado” a los instrumentos populares “forzando las fuentes romanas del *Corpus Iuris* para servir a las exigencias alemanas de la época”. (DI PORTO, “Interdetti popolari...”, cit. (n. 1), p. 503 ss. La traducción es mía.) Así, por ejemplo, el análisis de las obras de Glück, Dernburg y Windscheid demuestra cómo algunos interdictos o acciones que eran populares en el derecho romano se transformaron en el derecho germánico en meras ‘denuncias’; que se negaba la existencia de los ‘anticuados’ interdictos populares recalando que las nuevas leyes (especialmente penales o administrativas) dejaban la protección de las cosas de uso público sólo a las autoridades; y que un particular podía actuar sólo mientras tuviera un interés personal comprometido. (Nos referimos a la obra de GLÜCK, C. Friedrich v., *Commentario alle Pandette* (trad. it. de G. Fadda y P. Cogliolo), Società Editrice-Libraria, Milano, 1905, XLIII, parte IV, pp. 337 ss.; de DERNBURG, Heinrich, *Pandette*, trad. italiana de la 6ª ed. Por F. Cicala [*Pandekten*], Fratelli Bocca, Torino, 1906, Vol. I, Nº 1, p. 391 y de WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle Pandette* [Traducción italiana de C. Fadda y P. E. Bensa], Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1904, p. 367 y nota 4, citadas por DI PORTO, “Interdetti popolari...”, cit. (n. 1), p. 504). Se destacaba además que en Alemania si bien el uso era común, las cosas públicas eran de propiedad del Estado (y no del pueblo, como en Roma) y el uso (que ‘concede’ la autoridad a los ciudadanos) está regulado por normas de policía que no pertenecen al derecho privado. (Para esta última afirmación ver, por ejemplo, WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle pandette* [Traducción italiana de C. Fadda y P. E. Bensa y continuadas por Bonfante, ayudado por Maroi], Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1925, Vol. I, Parte II, pp. 25-27).

<sup>8</sup> Así puede comprobarse, tanto para el derecho europeo y latinoamericano en SCHIPANI, Sandro, “Actio de positis aut suspensis”, en Schipani, S. (Director), *Derecho Romano y Unificación del Derecho, Experiencia europea y latinoamericana (con especial atención a la responsabilidad extracontractual)*, Materiali II, U. Tor Vergata, Roma, 1999, pp. 145-150; asimismo, en SCHIPANI, Sandro, “Actionis de dictis vel effusis”, en SCHIPANI (Director), *Derecho Romano y Unificación del Derecho*, cit., pp. 151-176, extraídos de las voces respectivas en la *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, I, Buenos Aires, 1996.

Los códigos latinoamericanos no escaparon a esta influencia, aunque, entre ellos, el Código de Bello será una preciosa excepción. El artículo 948 del Código Civil, manteniendo el modelo de protección romano republicano, consagra diversas acciones populares (y/o municipales) para el caso en que existan amenazas o perturbaciones al uso común de las *res in uso publico*.<sup>9</sup> Y si bien el texto de la norma es bastante restrictivo (en las hipótesis consideradas y los bienes bajo protección), reciente jurisprudencia chilena de la Excm. Corte Suprema la ha aplicado, como un caso de denuncia de obra nueva popular, para la amenaza de contaminación y el daño ya existente a las aguas de un valle, producto del funcionamiento de un tranque gigante de relaves mineros, ordenando su demolición o la adopción de cualquier otra medida que restablezca el escurrimiento natural de las aguas del estero, que sirve para el abastecimiento de las personas del pueblo de Caimanes.<sup>10</sup>

A diferencia de lo ocurrido en Chile con el Código de Andrés Bello, Dalmacio Vélez Sársfield no consagró en su código civil instrumentos populares que puedan ser útiles hoy a la defensa del medio ambiente.<sup>11</sup> Sus normas, especialmente aquellas de las relaciones de vecindad y de la responsabilidad civil extracontractual, consideran como legitimados siempre al “vecino”, al “propietario”, al “perjudicado” o, en general, a quien haya “sufrido” un daño (en su integridad, patrimonio, etc.).

En esta línea de investigación, este trabajo tiene por objeto revisar por qué no se consideraron estos instrumentos en el proceso de codificación civil argentino y describir el fatigoso proceso que en los últimos cuarenta años ha enfrentado la doctrina y la jurisprudencia en torno a la legitimación activa popular.

Tampoco el tema se resolvió cuando se dictaron normas especiales en la materia, sea en la Constitución Nacional con su reforma de 1994, sea en la Ley del Ambiente del año 2002. Y es que, en realidad, las normas son algo confusas. En la Constitución el recurso de amparo general se concede a “toda persona” y el ambiental, en cambio, reconociendo que se trata de “derechos

<sup>9</sup> DELGADO SCHNEIDER, Verónica, “La Protección del Medio Ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: Un estudio histórico-comparativo”, en Martinic, M. Dora; Tapia, Mauricio (Editores), *Sesquicentenario del Código de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 907-937.

<sup>10</sup> Sentencia de la Excm. Corte Suprema, del día 21 de noviembre de 2014, Rol Nº 12.938/2013, redactado por el Ministro Ricardo Blanco.

<sup>11</sup> Pero sí, como en Chile, “cualquiera del pueblo”, puede pedir la declaración de demencia cuando el demente sea furioso o incomode a sus vecinos (artículo 144 inciso 5 del Código Civil Argentino de 1871).

de incidencia colectiva” corresponde al “afectado”, al Defensor del Pueblo y “las asociaciones que propendan a dichos fines”. En la Ley del Ambiente, por otra parte, la reparación del daño ambiental colectivo corresponde también al “afectado”, al Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental; pero también “toda persona” podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de este daño.

Si bien se puede estimar zanjada en doctrina la cuestión de dar legitimación en esta materia a las asociaciones ambientales y al Defensor del Pueblo, no pasa lo mismo todavía con el significado que se deba dar a las expresiones “afectado” y “toda persona” que utilizan las normas citadas. Frente a aquellos que exigen la existencia de un derecho subjetivo, un interés legítimo o un daño personal, etc., otros entienden que por la naturaleza misma del objeto a tutelar (un bien que se califica en esas mismas normas “de todos”, que se traduce en un “derecho de incidencia colectiva” y que podrá ser dañado, caso en el cual habrá un “daño colectivo”, etc.) estas clásicas categorías han quedado superadas y se debe entender la legitimación conferida a “cualquier habitante” o “simple interesado”, etc.

Los argumentos dados, en uno y otro caso, han tenido momentos dignos de analizar en relación a las acciones populares y, por ello, les dedicaremos las próximas páginas de este trabajo, siguiendo un orden cronológico.

Para Chile este análisis es especialmente interesante pues en materia de daño ambiental, la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente y la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales en Chile, consideran como legitimados activos del daño ambiental sólo al Estado, las Municipalidades y las personas “que hayan sufrido” el daño; y el recurso de protección ambiental contemplado en el art. 20 inciso 2º de la Constitución para la defensa del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación corresponde –como en Argentina– al “afectado”. De la lectura de este trabajo resulta evidente que esta expresión debiera ser reemplazada en el proceso de reforma constitucional que Chile está iniciando, por una más acorde a la naturaleza colectiva de los intereses en juego.

## 2. VÉLEZ SÁRSFIELD Y SU CONCEPCIÓN ‘PRIVADA’ DEL CÓDIGO CIVIL

Para la historia de la codificación latinoamericana el “sobresaliente” Código Civil Argentino, de 1869 y obra del doctor Dalmacio Vélez Sársfield “vino a agregar un momento de madurez”. Sus fuentes fueron, a más del derecho romano, los códigos civiles publicados a la época, el proyecto de García Goyena, y especialmente el *Esboço* de Texeira de Freitas, cuidando siempre de verificar que lo tomado prestado de estas obras concordase con el derecho vernáculo. En



literatura Vélez confiesa seguir principalmente a Savigny y Zachariae.<sup>12</sup>

En este código no fueron consagrados (al menos expresamente) interdictos y acciones populares para la defensa de las *res in uso publico*, de tal manera que Vélez tampoco habría escapado a la tendencia europea de hacerlas desaparecer o considerarlas simples denuncias del ciudadano, para que sea el Estado y sólo el Estado –concebido como una entidad abstracta distinta de los individuos que lo componen– el encargado exclusivo y monopolizador de la defensa de los intereses colectivos comprometidos en las cosas de uso común.<sup>13</sup>

En el artículo 2339 Vélez dispondrá que las *res in uso publico* son “bienes públicos” y éstos, a su vez, “bienes del Estado general que forma la Nación o de los estados particulares de que ella se compone”.<sup>14</sup> Y en la nota tercera al artículo 2344 justificará el porqué, aunque –adelantemos– se trataba aquí mas bien de justificar por qué para él eran públicos todos los ríos, y no sólo los navegables,

<sup>12</sup> Para lo dicho y la codificación en Argentina en general véase a GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 441 y ss.

<sup>13</sup> Pero sí, como en Chile, “cualquiera del pueblo” puede pedir la declaración de demencia cuando el demente sea furioso o incomode a sus vecinos (artículo 144 inciso 5 del Código Civil Argentino de 1869). Véanse los artículos 459 y 466 del Código Civil de Chile que se refiere a los “habitantes” y no “vecinos”.

<sup>14</sup> En relación al concepto de las *res publicae*, el Código Civil, en el Libro III *De los derechos reales*, Capítulo único *De las cosas consideradas con relación a las personas* distingue, en el art. 2339, los *bienes públicos del Estado* (del Estado general que forma la Nación o de los estados particulares de que ella se compone), los bienes privados del Estado (Estado General y Estados particulares), los bienes susceptibles de apropiación privada y, en el art. 2344, los bienes municipales. Respecto a los primeros, el art. 2341 dispone que “*Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este Código y a las ordenanzas generales o locales*”. El art. 2340 original señalaba: “Son bienes públicos del Estado General o de los Estados particulares: 1.- Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua; 2.- Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros; 3.- Los ríos y sus cauces y todas las aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación; 4.- Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias; 5.- Los lagos navegables y sus lechos; 6.- Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares; 7.- Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; 8.- Los documentos oficiales de los poderes del Estado; 9.- Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico.” Hoy el artículo comienza, en cambio, de la siguiente forma: “Quedan comprendidos entre los bienes públicos...”.

como ocurría en otros códigos de la época:

“Véase L. 6, Tí. 28, Part. 3. La L. 5, Tít. 17, Lib 4, Rec. de Indias, declara que los montes, pastos y aguas en América que no están concedidos a particulares, son cosas comunes a todos. SOLORZANO en el libro 6, Cap. 11, dice que el Rey de España se reservó siempre en América el dominio de los ríos como el dominio de las tierras. La ley romana decía: *Flumina pene omnia pública sunt*. La palabra *pene* es la que ha traído las diversas cuestiones entre los comentadores. MERLIN, *Repert. verb., Rivièrè*, § 2, PROUDHON, Dominio Público, T.3, n° 933 y FOUCART, Derecho Administrativo, nos dicen que antes del Cód. francés los ríos no pertenecían a los ribereños, como en él se declaró. En la mayor parte de los reinos de España, los ríos siempre han sido del dominio público. GOYENA, art. 386. Podemos decir que todos los ríos, navegables o no, son de la mayor importancia por la multitud de usos necesarios a la vida, a la industria y a la agricultura, que puede hacerse de sus aguas, y que es conveniente a la paz, a los interesados, que el Estado sea el único propietario y regulador del uso de ellos”.

Como vemos, Vélez Sársfield cita fuentes romanas e hispánicas y anota que dada la “mayor importancia” que tenían las aguas (por la multitud de usos a la vida, industria y agricultura) “...convenía a la paz y a los interesados” que “el Estado” fuera el “propietario”<sup>15</sup> y el “regulador” del uso de las cosas públicas.

Y sobre el uso de estas cosas agregará entonces, en el artículo 2341, que: “Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este Código y a las ordenanzas generales o locales”.

¿Este Estado propietario y regulador del uso común de ciertas cosas es el *populus*?

Para Alfredo Di Pietro en el código “... no hay una identificación total entre las *res publicae* y ‘nuestras’ cosas públicas” pues “...Una cosa es venir a considerar que los bienes públicos son de todos los que componemos el *populus*. Y otra bastante distinta, el venir a atribuir el dominio de estos bienes directamente al Estado nacional o a los estados particulares”.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> También justifica la propiedad de los otros bienes públicos, distintos del mar: En el n. 1 cita al art. 593 CC.Ch. y a Kents, *Commentaries*, Lec. 2, N° 29 y 30. Escribe: “La Inglaterra, según este autor, ha sostenido siempre su dominio en los mares territoriales, hasta la distancia de 4 leguas marinas.”. Para las playas de mar y sus riberas anota «L.L. 96 y 112. Dig. *De verb. signific.* DEMOLOMBE, T. 9, n. 457 letra c. MERLIN. *Quoest. verb. Rivage de la mer*. Cód. francés, art. 540. Para las islas cita el art. 560 CC.Fr. y para el n. 7 los arts. 538 y 540 CC.Fr.; art. 427 CC. It. y DEMOLOMBE, T. 9, N° 457.

<sup>16</sup> DI PIETRO, Alfredo, “Res publicae”, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, 1996, N° 18, pp. 64 y ss.

Aunque todo indica que predomina también aquí una concepción abstracta del Estado, sería interesante profundizar en el significado que Vélez habría dado a las cosas comunes a todos. En efecto, en la misma nota donde justifica el porqué el Estado debe ser propietario y regulador de las aguas, Vélez indicará fuentes que nos podrían hacer pensar otra cosa: La fuente romana citada decía “Pero casi todos los ríos y los puertos son públicos”.<sup>17</sup> Por su parte, como hemos visto, las Siete Partidas declaraban a los ríos bienes comunes a todos; para Solorzano el dominio de ellos correspondía al Rey de España; y finalmente, la Recopilación declaraba que los montes, pastos y aguas de América que no estuviesen concedidos a particulares, eran “cosas comunes a todos”. Esto, en oposición a otros códigos (como el francés) en que algunos ríos pertenecían a los ribereños. También más adelante, en la nota al artículo 2644 (que trata de las alteraciones que se puedan causar a los ríos) Vélez repetirá la misma idea. O sea, así como ha declarado que los ríos son ‘públicos’ (y los públicos son del ‘Estado’) anotará que: “... en este código los reconocemos del dominio común”.<sup>18</sup> El código nos dice que los ríos son públicos del Estado y que los particulares tienen un derecho a uso regulado por el Estado. Las notas, en cambio, parecen aludir a un dominio común de todos los hombres.

Como sea, no encontramos instrumentos populares para la defensa de estas cosas en el código; y este hecho, para Alfredo Di Pietro resulta fundamental a la hora de determinar la concepción que Vélez tenía del Estado argentino y los bienes públicos: “...lo más útil para poder sacar conclusiones válidas es la manera rápida, segura y eficiente que otorga el *ius* a aquel que de algún modo se ve perjudicado por la actividad de otro, a propósito del uso de estas *res publicae*.” Comparando los interdictos populares con el derecho vigente concluye que “Nada que ver con los reclamos previos que un ciudadano debe realizar ante la burocracia administrativa del Estado”.<sup>19</sup>

Si bien no hay tutela popular, es aquel que quizá conservó más fielmente las hipótesis romanas que, según la tesis de Di Porto, fueron creados o adaptados por la jurisprudencia para servir directamente a la tutela de la *salubritas*.

<sup>17</sup> Para la influencia del derecho romano en esta parte ver GOLDENBERG Isidoro; ZANNONI, Eduardo, “Dalmacio Vélez Sársfield y la Teoría General del Derecho”, en Schipani, S. (Director), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano* (Roma e America, collana di studi giuridici latinoamericani, 5), Cedam, Padova, 1991, pp. 42 y 43.

<sup>18</sup> Para el apego en la materia de Vélez a la tradición hispánica (que lo llevará a declarar públicas aguas que en otros códigos eran privadas) véase CHIBÁN, Nora A.; GONZÁLEZ, Felipe, “El Dominio público fluvial en el Código de Vélez Sársfield”, en Schipani, S. (Director), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano* cit. (n. 17), pp. 503 a 506. [514].

<sup>19</sup> DI PIETRO, cit. (n. 16), pp. 64 y ss.

Para todos estos casos, sin embargo, Vélez dará una clara norma de interpretación que limitará considerablemente su ámbito de aplicación: la limpieza de ríos, cloacas, canales; los humos, el aire pestilente por aguas estancadas, etc., serán todas hipótesis que mirarán ‘exclusivamente’ a evitar o reparar molestias, perturbaciones o daños sufridos por particulares en su integridad o bienes. No se podrá entonces ni siquiera hipotetizar que si hay un daño o amenaza a todos, uno cualquiera de esos todos podrá ejercer las acciones correspondientes.

Esta clara norma de interpretación emana de algunas notas<sup>20</sup> en las que el insigne legislador argentino se dedica a exponer sobre la naturaleza de los intereses que él ha pretendido tutelar en su Código Civil y que, adelantemos, será un código de “derecho privado” que no corresponde aplicar a casos en los que estén en juego la seguridad o salubridad del pueblo.

En efecto, en el artículo 261 que inicia el título VI “De las restricciones y límites del dominio” (donde se contienen algunas normas alusivas a las *res publicae* romanas como los ríos y cloacas) Vélez fija claramente los límites del código: “Las restricciones impuestas al dominio privado *sólo en el interés público*, son regidas por el derecho administrativo”.

Y en la nota a este artículo Vélez será aún más claro:

“Las restricciones impuestas al dominio por sólo en el interés público, *por la salubridad o seguridad del pueblo...* son extrañas al Derecho civil... Las leyes u ordenanzas sobre... establecimientos de fábricas, bosques propios para la marina... no crean relaciones de derecho entre los particulares, y no pueden por lo tanto, entrar en un Código Civil... El objeto del título son las restricciones al dominio privado en mira de salvar otros derechos de las propiedades contiguas... En casi todos los códigos y libros de derecho, esas restricciones se cuentan en el número de las servidumbres, lo que es equivocar los antecedentes indispensables y todas las condiciones de las servidumbres. Las restricciones y límites que en este título imponemos al dominio, son recíprocamente impuestos a los propietarios vecinos por su interés respectivo... Estas disposiciones no tienen en realidad otro objeto que el de determinar los límites en los cuales debe restringirse el ejercicio normal del derecho de propiedad, o

<sup>20</sup> Sobre las notas de Vélez recomendamos COBAS, Manuel O.; ZAGO, Jorge A., “La influencia de las ‘notas’ del código civil en la ciencia del derecho argentino y latinoamericano”, en Schipani, S. (Director), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano* cit. (n. 17), pp. 141 y ss.; RESCIGNO, Pietro, “Dalmacio Vélez Sársfield codificatore”, en Schipani, S. (Director), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano* cit. (n. 17), pp. 30 y 32; y DÍAZ B., Agustín, “El espíritu de la legislación en la concepción del derecho en Dalmacio Vélez Sársfield”, en Schipani, S. (Director), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano* cit. (n. 17), p. 11 (para quien las notas son el “primer tratado de Derecho Civil para el Derecho Latinoamericano”).

de conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos.”

Y siempre en el tema de la seguridad y salubridad, Vélez anotará respecto del derogado artículo 2619:

“La autorización para establecer manufacturas, máquinas o una empresa cualquiera, incómoda o insalubre, no se concede sino bajo la condición implícita de no atacar los derechos de un tercero, y de reparar el perjuicio a los edificios vecinos o a las personas que los habitan”.<sup>21</sup>

Vélez claramente explica que su código no velará por cuestiones de interés general (como la “salubridad y seguridad del pueblo”) que son justamente, como hemos visto, ambos objetivos directos de varios de los interdictos populares analizados. Su código, por el contrario, se limitará sólo a regular las restricciones al derecho de dominio respecto a los propietarios “vecinos” y al “interés respectivo” a dichas relaciones. Se trata, por ejemplo, de “perjuicios a los edificios o personas que habitan” esos edificios “vecinos”. Es un código más “liberal e individualista”, de aquellos de la época.<sup>22</sup>

En otras palabras, recapitulando, cuando nos enfrentemos a un caso en el cual el derecho romano tutelaba la salubridad o la seguridad del pueblo, el intérprete deberá tener en cuenta que el espíritu del legislador entiende que sean utilizadas respecto a los intereses particulares de sujetos determinados y personalmente afectados.

El interés general o colectivo que pueda estar comprometido en el caso en cuestión será objeto de tutela del “derecho administrativo”; y en éste, como veremos, tampoco se aceptó la colaboración del actor popular. El Estado, aquí como en Europa, monopolizará todo lo ‘público’, donde ‘público’, por cierto, no es usado en el sentido romano de la expresión.

### *3. LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DE 1968 EN MATERIA DE INMISIONES*

Tal como sucedió en Italia en 1942, en 1968 Argentina reformó el régimen de las inmisiones en el Código Civil para adaptarlo a los nuevos tiempos y así hacerlo útil especialmente en materia ambiental; fenómeno que se repetiría en Bolivia en 1976 y en Paraguay en 1985.

<sup>21</sup> Para la interpretación de esta nota como manifestación del principio de ejercicio regular de los derechos y manifestación de la preocupación del jurista por “intereses generales”, véase GOLDENBERG, I., y ZANNONI, E., cit. (n. 17), pp. 53 y 54.

<sup>22</sup> MASNATTA, Héctor, “La ideología del Código Civil Argentino”, en Schipani, S. (Director), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano* cit. (n. 17), p. 185.



La reforma se tradujo en el artículo 2618 del Código argentino vigente:

“Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediere autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso. El juicio tramitará sumariamente.”

El texto, en lo fundamental, se ha considerado un avance<sup>23</sup> pues si bien el juez podía decretar el pago de indemnizaciones a los perjudicados, la nueva norma consagra el principio preventivo al facultarlo además para que pueda poner fin al cese de la actividad y amplía las hipótesis consideradas.<sup>24</sup>

Se mantiene del código original que la tutela operará “aunque mediere

<sup>23</sup> Para la interpretación de estas normas ver en Argentina: CALEGARI DE GROSSO, Lydia, “Las restricciones y límites al dominio en sus relaciones con el medio ambiente: en busca de un enfoque multidisciplinario a partir de una nueva lectura del derecho civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, 6120, 1998, pp. 18-31; LÓPEZ CABANA, Roberto, “Derecho de propiedad y medio ambiente”, en AA.VV., *5 años após a ECO-92* (Anais do Congresso internacional de Direito Ambiental), Instituto O Direito por um Planeta Verde, Sao Paulo, 1997, pp. 143-150; ANDORNO, Luis, “Las molestias de vecindad (art. 2618 del Código Civil)”, en *Jurisprudencia Argentina* 1999-IV-1074, pp. 1-15; CAMPS, Carlos, “El daño ambiental en el proyecto de Código Civil de 1998”, en *Jurisprudencia Argentina*, 6173, 1999, 28 - 45; BUSTAMANTE ALSINA J., “Responsabilidad civil por daño ambiental”, en *La Ley*, 1994-C, pp. 1052-1062 y ZAVALA DE G., Matilde, “La tutela inhibitoria contra daños”, en *Revista de responsabilidad civil y seguros* (a cargo de ALTERINI), 1999, vol. 1, Nº 1, pp. 1-9. El art. 2619, derogado, establecía: “Aunque la obra, o el establecimiento que cause perjuicio al vecino, hubiese sido autorizada por la administración, los jueces pueden acordar indemnizaciones a los vecinos mientras existan esos establecimientos. La indemnización se determina según el perjuicio material causado a las propiedades vecinas, y según la disminución del valor locativo o venal que ellas sufran”.

<sup>24</sup> La frase “según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias” fue establecida en el Código de Paraguay y, en cambio, omitida en Bolivia e Italia. Aunque en Argentina se ha criticado que debería el juez poder aplicar una ‘u’ otra medida, como en Paraguay. En efecto, la única diferencia entre ambas normas está en que en Paraguay el juez podrá disponer una ‘y’ la obra, y en Argentina será una ‘o’ la obra. Esta redacción ha provocado arduas discusiones en Argentina. Borda ve una alternativa pues “sólo si hay dolo o culpa podrá el juez condenar a reparar el daño”. Alterini admite su uso sucesivo. Para Mariani, indemnizando los daños materiales, podría además el juez fijar una suma a abonarse hasta la realización de las obras tendientes a la supresión de la molestia porque la subsistencia de la misma acarrea un perjuicio que debe indemnizarse en el interín. Por su parte Andorno es partidario de poder reclamar el cese ‘y’ los daños, ya que “...el hecho de que hayan cesado las molestias no puede impedir reclamar los daños que se hubieren producido con motivo de tales molestias, con arreglo a los principios generales”. Para todos los autores, ANDORNO, cit. (n. 23), p. 9.

autorización administrativa”.<sup>25</sup> De ahí que la doctrina estime que “...cuando las molestias (humos, ruidos, emanaciones, vibraciones) excedan la tolerancia normal y no se puedan evitar, la ley permitirá la realización de esas explotaciones perjudiciales o molestas para terceros pero impondrá a los agentes la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados según ‘las circunstancias del caso’”. En otras palabras, “...a pesar de la licitud y aun la conveniencia social de dichas actividades, habrá responsabilidad objetiva por riesgo creado. Es una hipótesis de responsabilidad sin antijuridicidad, por actividad lícita lesiva. El acto es excesivo, creador del riesgo, pero no doloso, ni abusivo”.<sup>26</sup> Se trata de una actividad “lícita” y además, útil,<sup>27</sup> cuestión que hace a la acción de responsabilidad civil derivada de las relaciones de vecindad un régimen especial.

El “respeto debido al uso regular de la propiedad” es una pauta de “gran significación” para el juez, que debe relacionarse a los artículos 1071, 2513 y 2514, en virtud de los cuales, habiendo la Ley 17.711 incorporado la idea de uso regular o uso normal de la propiedad “queda vedado por tanto el ejercicio anti-funcional del derecho de propiedad que ocurrirá cuando se contraríen los fines que el legislador tuvo en cuenta al reconocer tal derecho real y básico, o bien cuando se excedieren los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Y, a su vez, la “prioridad de un determinado uso” es “un criterio dependiente y complementario del anterior”.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Este requisito existía en el original art. 2619 del código de Vélez Sársfield, reemplazado posteriormente por el art. 2618. Se trata de actividades autorizadas, pero que no por ello autorizan a excederse en su ejercicio. De hecho la nota al art. 2619 recordando la opinión de Demolombe resulta ilustrativa: “La autorización administrativa en virtud de la cual la obra o el establecimiento se hubiese hecho, no priva ni puede privar al vecino del derecho de ocurrir a la autoridad judicial con una demanda de indemnización. *La autorización para establecer manufacturas, máquinas o una empresa cualquiera, incómodo o insalubre, no se concede sino bajo la condición implícita de no atacar los derechos de un tercero, y de reparar el perjuicio a los edificios vecinos o a las personas que los habitan*”.

<sup>26</sup> ANDORNO, cit. (n. 23), p. 3 y 6.

<sup>27</sup> CALEGARI, cit. (n. 23), p. 28.

<sup>28</sup> Andorno explica que “el ruido producido por una *boite*, molesto a los vecinos, debe suprimirse por más que el vecino haya adquirido o arrendado el lugar cuando ya existían los ruidos. Distinto es si una persona se va a vivir vecina a una fábrica en funcionamiento”. También informa que el proyecto de reforma argentino de 1998 en el art. 1913 propuso: “Para disponer el cese de la inmisión el tribunal debe ponderar especialmente a quien tuvo prioridad en el uso y exigencias del interés general”. Esta fórmula satisface a la doctrina nacional ambiental pues en ella se recogen “las más modernas tendencias en materia de molestias de vecindad y del denominado daño ambiental”. Señala que “las exigencias de ‘interés general’ es un criterio superior a las exigencias de “la producción” ya que le da un margen más amplio al juez para decidir en el caso concreto”. Para todo, ANDORNO, cit. (n. 23), pp. 3-9.

Sin embargo, el texto presenta también limitaciones. Por ejemplo, a diferencia de las posteriores reformas de Bolivia y Paraguay, que siguiendo al brasileño explicitan que se trata de evitar o finalmente reparar los perjuicios a “la seguridad, el sosiego y la salud de los que habitan”, Argentina (como el artículo correspondiente italiano) no hará tal referencia. Por otro lado tampoco se consagró (como en Italia) una obligación para el propietario o de quien ejerce una actividad de evitar daños o abstenerse de todo exceso (como en Bolivia, Paraguay) sino que se limitó a recalcar que las inmisiones “no deben exceder la normal tolerancia”. El régimen indemnizatorio será especial pues no se reparará ‘todo’ daño causado sino aquellos que correspondan a las inmisiones ‘intolerables’.

Pasados treinta y cinco años desde su redacción y con miras a su utilización en materia de daño ambiental, sin duda, su más grande limitación fue haber mantenido como legitimado activo al “vecino”, pues bien sabemos que la expresión se utilizó por Vélez, no en aquel sentido amplio de las Partidas, sino en aquél restringido relacionado al dominio de las propiedades contiguas, cuyos dueños deberán sufrir ciertas restricciones.

Por lo mismo, el proyecto de reforma argentino de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación, finalmente vetado por el Ejecutivo, postulaba agregar el siguiente inciso final al art. 2618 (considerado “un acierto”<sup>29</sup> a la tutela ambiental): “Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a toda persona que pueda ser perjudicada por tales actividades, *aunque no se trate de vecinos*”.

El proyecto de reforma de 1998, en cambio, no innova en materia de legitimación activa<sup>30</sup> ni tampoco lo hizo el actual Código Civil de 2015, que si bien reconoce expresamente los derechos de incidencia colectiva, no innovó respecto al texto constitucional vigente (arts. 14, 240, 1712 y 1737).

<sup>29</sup> ANDORNO, cit. (n. 23), pp. 9.

<sup>30</sup> Art. 1913. Inmisiones. Los actos realizados en ejercicio regular del dominio, que no excedan la normal tolerancia, no dan lugar a ninguna acción. Para disponer el cese de la inmisión el tribunal debe ponderar especialmente a quien tuvo prioridad en el uso y exigencias del interés general. Si la obra o actividad realizada produce daño actual o potencial para otra cosa o para algún vecino, el afectado puede solicitar la paralización de la obra o de la actividad, la remoción de la causa del daño y, en su caso, el resarcimiento del daño.

#### *4. EL CASO DE LAS TONINAS EN 1984 ABRE UNA FUERTE POLÉMICA SOBRE LA ACCIÓN POPULAR: APLICARLA SIN LEY QUE LA CONSAGRE SERÍA INCONSTITUCIONAL*

Sin perjuicio del estudio casi histórico que los administrativistas hacían de las acciones populares en Argentina (pues existió en materia electoral por expresa disposición de una ley<sup>31</sup>) lo cierto es que fueron algunos puntuales casos judiciales de la década de los años 80 asociados a la protección del medio ambiente, los que pusieron a esta institución en el centro de una ardua discusión doctrinaria y jurisprudencial que, hasta ahora y pese a la dictación de normas constitucionales y legales especiales, parece no concluir. El debate se centró principalmente en la naturaleza (o pertenencia) de los bienes públicos comprometidos y en la aplicación ‘inconstitucional’ que de ella habrían hecho los tribunales por no existir una norma expresa que la consagrara respecto a los llamados ‘intereses difusos o colectivos’; expresiones que a su vez también motivaron una serie de aprensiones.<sup>32</sup>

En esta discusión, como veremos, fueron protagonistas inmiscuidos algunos profesores argentinos como Mario Augusto Morello, Guillermo Cano, Miguel Marienhoff, Grecco, etc., y otros extranjeros que, recordados a través de copiosas citas —especialmente el profesor Mauro Cappelletti<sup>33</sup>—, influyeron significativamente en las decisiones que más tarde adoptarían la doctrina, jurisprudencia, legislador y constituyente argentinos, especialmente en relación a conceder legitimación activa a las asociaciones.

En efecto, cuando en 1977 la justicia resuelve un caso en el que se acreditó la descarga de contaminantes al Río de la Plata y no se autorizó el examen de

<sup>31</sup> MARIENHOFF, Miguel, “Delfines o Toninas y acción popular”, en *Revista El Derecho*, 1984, T. 105, p. 244, informa que la acción popular fue consagrada expresamente en el artículo 90 de la antigua Ley Electoral 8871, “pero las leyes posteriores electorales no la mencionan”. Y en la página 246 destaca que no debe confundirse con la simple denuncia que sí admiten algunas leyes.

<sup>32</sup> En cuanto al uso que se ha dado a estas expresiones, la doctrina, en general, usa ambos como sinónimos. La reforma a la Constitución prefirió utilizar la expresión “daños de incidencia colectiva” en su artículo 43 pero esto no ha cambiado el vocabulario de la doctrina. Por su parte, la Corte Suprema, aplicando este artículo 43 asimiló tales derechos a los “intereses difusos”.

<sup>33</sup> Nos referimos a las constantes citas que Morello hace de Cappelletti a partir de su primer trabajo: CAPPELLETTI, Mauro, “La tutela dei interessi diffusi nel diritto comparato”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1978-III (cuyo primer trabajo conoció a través de las citas que de él hizo, a su vez, el profesor uruguayo Vescovi según se lee en la p. 322, nota 5) y que se repetirán en todos sus artículos posteriores. Además será citado directamente (o sus trabajos conocidos a través de las notas de Morello, Barbosa Moreira, Pellegrini y Vescovi) en Hitters, Berizonce, Cano, Grecco, Stiglitz, Acciarri, Gherzi, Lopez, Dalla, Lucas Sosa, etc. Además fueron citados, pero menos, Denti, Proto Pisani, Vigoriti y Trocker.

este asunto por contradecir la *causa petendi* de la acción propuesta, el profesor Mario Augusto Morello, en su artículo *La defensa de los "intereses difusos" y el derecho procesal*, advirtió las deficiencias que presentaba el sistema argentino para enfrentar la protección eficaz de los intereses ambientales, que incluyó dentro de los llamados "intereses difusos de la colectividad" o "de la sociedad", etc. (citando a Cappelletti) y a los que definió como "aquellos que no son ya sólo de uno o de varios sino mejor, de todos los que conviven en un medio determinado y cuya suerte en lo que concierne al enriquecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento o consumo sin reposición, angustia al conjunto en lo inmediato y en el porvenir vital de cada uno, sobremanera el de las próximas generaciones". Dentro de las deficiencias que denunció reconocía que el juez argentino "no tiene a manos verdaderas acciones sociales o equiparables a la acción popular".<sup>34</sup>

A poco andar, sin embargo, la jurisprudencia sorprendería con una sentencia que sería la "piedra basal"<sup>35</sup> para la superación que más tarde se lograría de la clásica regla de limitar el juicio en torno al interés individual o singular que pueden controvertir Ticio y Cayo, frente a los 'intereses difusos'. El fallo en cuestión –dictado por el juez federal Oscar Garzón el 10 de mayo de 1983– dio lugar a una acción de amparo promovida contra el Estado Nacional por dos personas particulares, que solicitaron la declaración de nulidad de las resoluciones del Poder Ejecutivo que autorizaban a dos firmas japonesas para capturar, en la zona marítima argentina y luego exportar, catorce ejemplares de delfines o toninas overas.<sup>36</sup> El juez dio primero lugar a una medida preventiva (orden de no innovar) y más tarde a la acción de amparo<sup>37</sup> interpuesta como

<sup>34</sup> Se trató de la acción que interpuso la Celulosa Argentina S.A. contra la Municipalidad de Buenos Aires a fin que se declarase a su respecto la no aplicabilidad de las tasas que una ordenanza imponía por el desagüe de residuos industriales líquidos, ya que éstos eran devueltos al Río de la Plata por una zanja abierta en terreno de la misma empresa. El fallo de segunda instancia estableció que no obstante que en la causa se había probado la contaminación del río "la pretensión de la actora...no autoriza el examen de si tales aguas son portadoras de contaminación por cuanto este aspecto no concierne a la *causa petendi* de la acción propuesta". El fallo está publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 1978, 311-320 con los comentarios aquí citados de MORELLO, Augusto, "La defensa de los "intereses difusos" y el derecho procesal", en *Jurisprudencia Argentina*, 1978 - III, pp. 321-322.

<sup>35</sup> MORELLO, Augusto, "Los intereses difusos y el derecho procesal (del amparo individual al colectivo)", en *Jurisprudencia Argentina*, 1990 - IV, p. 46.

<sup>36</sup> El fallo está publicado en *Revista El Derecho*, 1985, Nº 105, pp. 240-245, de donde extraemos las citas.

<sup>37</sup> En Argentina, siguiendo el modelo mexicano, el recurso de amparo se aplicó primero por la vía jurisprudencial (v. LUCAS SOSA, Gualberto, "La defensa jurisdiccional de los intereses superindividuales y difusos. La defensa de los intereses del consumidor y del medio ambiente (análisis jurisprudencial desde Argentina)", en AA.VV., *Estudios en Homenaje al profesor Enrique*



una “acción popular o difusa” y sentó como doctrina que “todo habitante de la Nación tiene derecho para accionar en justicia impetrando medidas de protección en juicio, en defensa del interés ambiental general” y además que “el juez puede decretar la nulidad de un acto administrativo aunque no haya sido solicitada”.<sup>38</sup>

No obstante que el juez reconocía en su fallo que la doctrina y la jurisprudencia siempre habían negado la procedencia de la acción popular en el país, dio lugar a ella, en atención principalmente a la naturaleza de los intereses en juego, como se desprende de algunos de los fundamentos del fallo: primero, el artículo 18 de la Constitución incluye el derecho de toda persona a accionar los derechos que la ley consagre. Y si la Ley 22.421 establece una obligación de todos los habitantes de la Nación de proteger la fauna silvestre, cada habitante debe tener el medio judicial para ejercitar ese deber.<sup>39</sup> Hay “un interés simple del actor, compartido por todos los habitantes del país que se preocupan en proteger la fauna silvestre”; segundo, era hora de “romper” las “arraigadas convicciones o axiomas” del derecho subjetivo e interés legítimo, pues –como dijo Morello siguiendo a Cappelletti– frente a los intereses difusos no es posible o adecuado exigir una legitimación individual; y tercero, la fauna es una *res nullius* respecto a la cual nadie podrá tener un interés subjetivo o mensurable económicamente que hacer valer. Concluía señalando que “no creo que pueda dudarse en otorgar, a entidades y personas que defienden el derecho de todos, legitimación para actuar en juicio promoviendo acciones en beneficio de los intereses de la comunidad que se relacionan con el medio ambiente”.

Duras críticas recibirá este fallo del profesor de derecho administrativo Miguel Marienhoff. En efecto, no duda en calificarlo de “contrario a derecho” por haber aceptado el ejercicio de una acción judicial como popular “inexistente

---

Véscovi, Fund. de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, pp. 218-241) y más tarde por la legal (Ley Nacional Nº 16.986 de 1966; y los códigos de procedimiento) y constitucional. Originalmente procedía sólo contra la administración. Con la reforma constitucional procede también contra actos u omisiones de particulares.

<sup>38</sup> En todo caso, hubo más sentencias en este sentido, incluso una anterior a ésta, que comentaremos más adelante.

<sup>39</sup> Dijo: “La Ley 22.421 establece una obligación de todos los habitantes de la Nación de proteger la fauna silvestre ¿Cómo se ejercita y se pone en movimiento esa manera de actuar que estatuye el precepto?” y agrega en el considerando IV: “Considero que en el párrafo 4 del mismo texto se incluye la posibilidad de aplicar la ‘acción difusa o popular’, que la doctrina ha rechazado siempre, lo mismo que la jurisprudencia; en efecto, en dicha norma se establece que, en la jurisdicción nacional, en caso de desestimarse total o parcialmente los reclamos formulados, los interesados podrán recurrir ante un juez federal competente...” pero “si la fauna es *res nullius* ¿quién puede tener un interés subjetivo, mensurable económicamente, en algo que no le pertenece?”. Por otro lado citando a Jhering señala que así como costó incluir junto a la noción de derecho subjetivo a la de interés legítimo, llegaba la hora de permitir la defensa judicial de los intereses simples.

en el derecho argentino” y sin tener ley habilitante para ello. Explicará que “Nuestro ordenamiento jurídico actual no menciona la acción popular...” y “no existiendo entre nosotros dicha acción ninguna persona del pueblo puede en nuestro país (en el orden nacional, al menos) impugnar u objetar judicialmente actos administrativos si éstos no afectan un derecho subjetivo o un interés legítimo del accionante. El interés simple –como dije– si bien es suficiente para peticionar a las autoridades administrativas, no lo es para impugnar judicialmente un acto administrativo, salvo el supuesto de agravio a una garantía constitucional”. Por ello “los jueces deben limitarse a aplicar la ley, no a crearla, ni a intentar crearla. Esto último es función del legislador...”.<sup>40</sup>

Su argumento central era que si la acción popular no está establecida expresamente en la ley regía el artículo 22 de la Ley Suprema en cuyo mérito el pueblo no gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución, autoridad que, en este caso, es el Poder Ejecutivo Nacional. Argumentaba además que la fauna es un bien público y que “la tutela o protección de los bienes integrantes del dominio público, no está a cargo de los administrados o particulares, sino que pertenece exclusivamente al Estado”.<sup>41</sup>

Sólo meses más tarde, el mismo fallo (“reproducido hasta el cansancio por las fotocopadoras de todas las facultades de Derecho del país, lo que generó la fantasía de que hubiera producido un vuelco en la jurisprudencia en materia de legitimación”<sup>42</sup>) será elogiado por Guillermo Cano, en su artículo *Un hito en la historia del derecho ambiental argentino*. El conocido ambientalista sostendrá, a favor de la acción popular, que la fauna es una *res nullius* y no una *res publica*, que es la que queda bajo el dominio y tutela exclusiva del Estado; que la conservación de la fauna fue declarada por ley especial de interés pero no de dominio público y, finalmente, que el derecho de todo habitante a defender su medio ambiente es un derecho natural humano protegido por la garantía constitucional del artículo 14 bis de la Constitución relativa a la seguridad social integral de cada individuo, de tal manera que al defender tal derecho, actúa como titular de un “derecho humano natural”. Sostiene que “no se trata de la ausencia de una lesión directa e inmediata al derecho o interés de particular accionante” pues “el derecho a la vida y a la salud humana, amenazado, es un derecho subjetivo tan digno de protección jurídica como los bienes patrimoniales”. Se

<sup>40</sup> En MARIENHOFF, cit. (n. 31), p. 247.

<sup>41</sup> MARIENHOFF, cit. (n. 31), pp. 244-247; y en MARIENHOFF, Miguel, “La legitimación en las acciones contra el Estado (Acción popular. Interés simple. Interés difuso. Acto administrativo discrecional)” en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1986-C, pp. 899- 908.

<sup>42</sup> VALLS, Mario, “Legitimación ambiental (la jurisprudencia ante la reforma constitucional de 1994)”, en *Jurisprudencia Argentina*, 6121, 1998-IV-1080, pp. 66-75.

trata sí de que esa lesión “no es mensurable económicamente, pero que sí lo es ecológicamente”. Y coincidirá con el juez Garzón en que la Ley 22.421 impone a todos los habitantes de la nación el deber de proteger la fauna silvestre, lo que lleva implícito el correlativo derecho a defenderlo judicialmente.<sup>43</sup>

Entre estas dos tesis, tardará poco la jurisprudencia en cambiar el criterio adoptado para negar la existencia de la acción popular, siguiendo de cerca la doctrina de Marienhoff quien, entonces, comentando este segundo fallo que “restablece la buena doctrina”, vuelve a reiterar que la categoría de los llamados ‘intereses difusos’ no es una existente en el derecho argentino y que la única posibilidad para dar lugar a la acción popular (judicial) frente a un interés simple sería el agravio a una garantía constitucional inexistente hasta el momento y que sólo la ley podría permitir el ejercicio de una acción popular a quien sólo detenta un interés simple. Explicaba que en el derecho argentino las prerrogativas individuales eran sólo tres (derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple) y que “últimamente”, con ocasión de la protección ambiental, “se ha querido considerar también al interés difuso como una prerrogativa jurídica del individuo, entendiendo por tal al interés que no pertenece a persona determinada, ni a grupos determinados de personas, sino a toda la sociedad, vale decir, perteneciente al *pueblo* todo”. Sin embargo el llamado ‘interés difuso’ no es una categoría existente o reconocida en la ley como tal; se trata sólo de un ‘interés simple’, que “perteneciendo a cualquiera del pueblo” sólo faculta hacer peticiones a la autoridad administrativa pero no a la judicial (salvo, por ejemplo, en Brasil donde la propia Constitución la consagra). Instituir la entonces sólo por vía judicial “en nuestro país... sería inconstitucional”.<sup>44</sup>

##### 5. SI LA REFORMA CONSAGRA UNA ACCIÓN POPULAR, GRECCO RECOMIENDA ESTABLECER CONTROLES

Otro administrativista, el profesor Carlos Grecco, coincidirá con la tesis de Marienhoff en que la única manera de ampliar la legitimación activa en el sistema procesal argentino era una reforma legal<sup>45</sup>, pero –y aquí está su mayor

<sup>43</sup> CANO, Guillermo, “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino”, en *La Ley* 1983-D, pp. 568- 572.

<sup>44</sup> MARIENHOFF, Miguel, “Nuevamente acerca de la acción popular, Prerrogativas jurídicas. El ‘interés difuso’”, en *El Derecho*, 1984, N° 106, pp. 922-924; y MARIENHOFF, cit. (n. 41), pp. 899-908.

<sup>45</sup> GRECCO, Carlos, “Ensayo Preliminar sobre los denominados intereses “difusos” o “colectivos” y su protección judicial”, en *La Ley*, 1984-B, pp. 865-879. En la p. 873 aclara que del “deber genérico” que la Ley 22.421 impone a todos los habitantes de la nación el deber de proteger la fauna silvestre... “no puede deducirse correlativamente el surgimiento de un derecho subjetivo a favor de cualquier habitante”.

aporte a la discusión— estimulaba su consagración al explicar que ella “constituye el remedio judicial clásico para tutelar situaciones en las que el administrado no puede exhibir sino un interés simple”, exponiendo, con la obligada cita a Scialoja, Bruns, Fadda, Bruno, Crisafulli, Mayns, Chiovenda, etc., la relación existente ya desde el derecho romano entre estos “derechos públicos difusos” y su ejercicio a través de las acciones populares. Para él entonces “la idea del interés difuso o colectivo no parece que sea novedosa e inclusive, cuando se observan los ejemplos suministrados por las fuentes romanas, puede verificarse cierta simetría con los criterios que animan la prédica de hoy”.<sup>46</sup>

En el caso que se consagrara expresamente recomendó no hacerlo mediante una simple previsión general pues la única manera de evitar las dificultades provenientes de su “difícil implementación” sería el “diseño de una organización legal compleja que claramente defina los derechos de los sujetos portadores y las obligaciones de la Administración”.

Se refería a los problemas denunciados de tiempo por la doctrina española tales como el “facilitar el abuso del derecho y más allá aún, lo que desgraciadamente no es infrecuente, utilizarse como medio de coacción forzando a pactos y compensaciones delictuosas lo que podría evitarse con una peculiar condena en costas”.<sup>47</sup>

#### 6. LA REFORMA SE CONCENTRA EN TORNO AL RECURSO DE AMPARO.

*El profesor Morello propone transformar el amparo tradicional a uno “colectivo” y descarta las acciones populares*

Como hemos dicho, a la luz del estudio que en 1975 Cappelletti expuso en el Congreso de Pavia en 1975 (y los posteriores, todos de amplia difusión en Brasil, Uruguay y Argentina), a fines de la década de los 70, la doctrina comenzará a estudiar los instrumentos que el derecho procesal (administrativo, constitucional o civil) podía ofrecer para la tutela de los que también llamaron ‘intereses difusos o colectivos’.

Los modelos que se habían presentado en el derecho comparado al efecto eran los siguientes, a los ojos de Morello: un primer modelo representado por el Fiscal del Ministerio Público especializado (*ombudsman*); un segundo llamado “del denunciante”, variación del fiscal privado constituida por “individuos u

<sup>46</sup> GRECCO, cit. (n. 45), p. 873, y agrega en la p. 869: “Aquello que ha cambiado naturalmente – agrega– son los factores de incidencia en la esfera vital de los ciudadanos, renovados por imperio de la vertiginosa transformación tecnológica, que plantean la necesidad de obtener una tutela eficaz para aquellos intereses que desbordan notoriamente la perspectiva individual”.

<sup>47</sup> GRECCO, cit. (n. 45), pp. 873 y 876.

organizaciones no públicas o litigantes altruistas” que sólo pueden presentar acciones previa autorización y bajo el control del Fiscal (*Attorney*). El tercer modelo corresponde a asociaciones preestablecidas, “representantes de la colectividad”. El cuarto se identifica con las *class action* americanas (el “método más llamativo”) y el quinto, “un modelo más cercano a Hispanoamérica”, el de las acciones populares, representado por las acciones populares de Brasil o el amparo mexicano, en los que cualquier ciudadano puede accionar.<sup>48</sup>

Las negativas conclusiones de la situación procesal argentina presentadas en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Alemania federal en 1983 fueron las siguientes: Primero, la administración debe actuar de oficio o a petición de ‘parte interesada’, lo que equivale a ser portador de un derecho subjetivo o un interés legítimo, sin perjuicio del derecho de toda persona a presentar denuncias por violación de normas jurídicas. Segundo, excepcionalmente el Ministerio Público tiene expreso encargo legal de la defensa de intereses comunitarios en materia penal en relación a los delitos de salud pública y, por lo mismo, por regla general, ‘no se le considera parte’ como para tomar la iniciativa en la defensa civil de los intereses colectivos. Tercero, si bien se han creado asociaciones en defensa del medio ambiente no existe un régimen legal que organice su existencia y funcionamiento y su acción hasta la fecha “inorgánica” se limita sólo ante autoridades administrativas “sin que les esté reconocida legitimación activa para estar en juicio en defensa de los intereses respectivos”. Cuarto y finalmente, tanto en el ámbito civil y administrativo “está excluida la acción popular”.

Así, todo el sistema se hallaba construido sobre el clásico proceso entre Ticio y Cayo y, por ende, sobre la existencia de un derecho subjetivo y se reconocía lo que ya tanto hemos comprobado: Las soluciones para esta temática “no encajan en los esquemas ortodoxos ni fueron contemplados en los códigos y leyes individualistas del siglo XIX”. Se reclamó entonces la necesidad de reforma.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Las frases sacadas de MORELLO, Augusto, “El VII Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Würzburg en 1983”, en Morello, Augusto (Editor), *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas, nuevas respuestas*, Librería Editora Platense, La Plata, 1998, pp. 948 nota 13. Los modelos tratados con detalle en MORELLO, Augusto, “Amparo Colectivo”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1985-II, pp. 723-729, y MORELLO, Augusto, HITTERS, Juan, y BERIZONDE, Roberto, “La defensa de los intereses difusos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1982-IV, pp. 700-712.

<sup>49</sup> La ponencia véase en MORELLO, HITTERS y BERIZONDE, cit. (n. 48), pp. 700-712. Por otra parte, en MORELLO, “El VII Congreso Internacional...” cit. (n. 48), pp. 940-948, se informa que en el tema *La protección de los intereses difusos y colectivos en el proceso civil*, Mauro Cappelletti y Bryant Garth expusieron un informe sustentado en 30 relatorios nacionales, analizando las ventajas y desventajas de las 5 posibles soluciones y que Morello rotuló como “modelos” de legitimación activa para la



Cuando se trató de precisar cuál de los modelos aparecían más adecuados considerando el derecho y la idiosincrasia argentina, las conclusiones del XI Congreso de Derecho Nacional de Derecho Procesal en la ciudad de La Plata en octubre de 1981 –donde expusieron el profesor italiano Mauro Cappeletti, el brasileño José Carlos Barbosa Moreira y los argentinos Augusto Mario Morello, Adolfo Gelsi Bidart y Roberto Berizonce, entre otros– fueron las siguientes: en primer lugar, para la defensa de intereses difusos debían acogerse sistemas mixtos adecuados y flexibles, pues la experiencia demostraba que no bastaba dar acción sólo al interesado o al Estado exclusivamente. Y se aconsejaba dar legitimación activa al interesado, al *Ombudsman* o Fiscal y a las asociaciones.

En segundo lugar, si bien se consideraban “dignos de estudio” ciertas acciones administrativas (no civiles) del derecho comparado, como la acción popular y el mandato de seguridad brasileños y especialmente la acción (o recurso) de amparo mexicano (ya aplicado en el país, por vía jurisprudencial y más tarde legal, contra los actos del Estado), considerando la eficacia que había tenido la acción de amparo en un caso puntual en el país (el caso de los pingüinos en el sur), se recomendó “desarrollar esta institución” para la defensa de los intereses difusos con los “ajustes” necesarios: ampliar la legitimación y los poderes del juez, dar una regla especial para los efectos de la cosa juzgada, estimular la previsión sobre gratuidad y costo diferido (todas materias en las que se podía utilizar el modelo brasileño de la acción civil pública, que sabemos, se basó en el modelo de la acción popular constitucional del mismo país) y establecer que la acción operase también contra actos de particulares.

Y finalmente se proclama establecer soluciones acordes con la región para tener así “una visión americana y universal que pueda acumularse en bases uniformes”.<sup>50</sup>

Posteriormente, en mayo de 1982, el tema se volvió a discutir en el II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal y en el XII Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Rosario en 1983. También este año se analizó el tema desde la óptica civil (responsabilidad por daño ecológico y el derecho a la conservación del medio ambiente) en las IX Jornadas de Derecho Civil de la ciudad de Mar del Plata. De las conclusiones vertidas se puede advertir que si bien existían ciertas divergencias en relación al rol del Ministerio Público,<sup>51</sup>

defensa de los intereses difusos donde la mayoría priorizaba una tutela mixta que considerase siempre la legitimación de las asociaciones.

<sup>50</sup> MORELLO, HITTERS y BERIZONDE, cit. (n. 48), p. 712.

<sup>51</sup> PEYRANO, Guillermo, “Daño ecológico, protección del medio ambiente e intereses difusos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III, p. 840, aconsejaba no otorgar facultades al Ministerio Público, “pues todo reducirá a una ampliación de facultades que no serán ejercidas eficazmente, no sólo por la

existía, en general, un cierto consenso en relación a que la legitimación activa se ampliara a las asociaciones u organizaciones. Pero no nos queda claro si esta legitimación excluyese o no la popularidad.

Morello nos da una clara advertencia de lo que podía estar sucediendo cuando, en 1985 (es decir, cuando la polémica por la acción popular estaba viva y enérgica), junto al profesor Stiglitz, preparará un proyecto de ley<sup>52</sup> que consagrará al amparo (llamada “acción de protección”) como el instrumento especial, de fines preventivos y reparatorios, para la defensa de los intereses colectivos. Pues bien, en este proyecto el profesor justamente hará los “ajustes” necesarios que había advertido antes se debían hacer al amparo tradicional. Las soluciones las tomará principalmente del proyecto de ley brasileño de la época para la acción civil pública (que, como vimos, siguió principalmente las normas y la experiencia que por años ofrecía la acción popular brasileña para la defensa del patrimonio público, en cuanto a incentivos, controles y efectos *erga omnes* de la sentencia); y tal como se estableció en dicho proyecto concederá legitimación activa sólo a la autoridad y a las asociaciones. No considerará la popularidad. Las acciones preventivas y reparatorias correspondían, según el artículo 7, al Ministerio Público y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, “con exclusión de cualquier otro sujeto...”.

Y el mismo Morello justificará por qué excluyó de su proyecto a las *class action*<sup>53</sup> americanas y, en lo que nos interesa, a las acciones populares. De ambas dice son “figuras de fronteras no claras ni rigurosas” frente a “nuestro amparo que goza de gran predicamento y es fácilmente convertible para los nuevos fines”.<sup>54</sup>

Se mostrará reticente Morello a la acción popular (cuyo modelo conocido más cercano era la acción popular brasileña para la defensa del patrimonio público y los recursos de amparo en México y en Argentina, todos contra los actos de autoridad y no contra particulares) y que define como aquella en la

---

falta de medios sino también por falta de acostumbramiento del órgano de la función”.

<sup>52</sup> El proyecto completo en MORELLO, Augusto, y STIGLITZ, Gabriel, “Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1985-IV, pp. 651-657 y sus fundamentos 657 a 663. Las acciones preventivas y reparatorias correspondían, según el artículo 7, al Ministerio Público y “las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, con exclusión de cualquier otro sujeto...”.

<sup>53</sup> MORELLO, “Amparo Colectivo”, cit. (n. 48), p.725. Sin descartar el análisis que en el futuro se pueda hacer de las ventajas que presenta el modelo de las *class action* americanas (especialmente en relación a los efectos de la cosa juzgada) y cuyas desventajas considera superables, recalcará que ellas “no están en nuestra idiosincrasia y debería mediar, en su caso, un intenso periodo de experimentación”. Advierte que se debe tener “cuidado con transplantes forzados de instituciones ajenas a nuestros hábitos”.

<sup>54</sup> MORELLO, “Los intereses difusos y el derecho procesal...”, cit. (n. 35), p. 48.

que “cualquier ciudadano, podría accionar en nombre de todos. Representa a la institucionalización del interés de grupo; cada ciudadano se convierte de hecho en un Procurador Fiscal”.<sup>55</sup>

Su reticencia la manifiesta claramente a la hora de comentar la Constitución de San Juan de 1986 que consagró “a todos los habitantes el derecho a un ambiente humano de vida salubre” y estableció que “toda persona podrá pedir por el amparo la cesación de las causas de la violación de estos derechos...”. En efecto, si bien se muestra conforme en que el texto constitucional haya proclamado al amparo como el medio idóneo en esta defensa, criticará la legitimación activa de “toda persona” (y no de las asociaciones) pues la expresión le parece “próxima a las fronteras de la acción popular en la que cualquier ciudadano puede accionar en nombre de todos” y agregará en la nota 5: “La circunstancia de que todo ciudadano se convierta en agente del público puede tornar dudosa la adecuada representatividad del demandante popular, ya que es apto para actuar tras un interés grupal, hasta el menos afectado y conocedor de la materia, pudiendo llevar a sentencias perjudiciales para la comunidad”.<sup>56</sup>

Reputa, en definitiva, más apropiado “... hacer avanzar las fronteras con que hasta ahora viene operando normalmente una institución cara a los justiciables y a los Tribunales argentinos como es la *acción o procedimiento de amparo* que, en manos de jueces abiertos, se ha mostrado intrínsecamente útil” para así tutelar la variada gama de los derechos implícita y explícitamente garantizados en la Constitución y con ello “cubrir funcionalmente la ‘nueva’ categoría de bienes a tutelar: los derechos personalísimos y los intereses difusos”, derechos incluidos en las expresión “derecho a la dignidad de la persona humana”. También Peyrano escribirá que la acción popular no es “adaptable a nuestra idiosincrasia, caracterizada por cierto escepticismo y prescindencia”.<sup>57</sup>

Y si el discurso versaba en ese plano, esto es, el de la defensa de los “derechos fundamentales” que sobre el ambiente tenían las personas, resultaba lógico utilizar el amparo que hasta la fecha era el medio tradicional para hacerlo respecto a las otras garantías constitucionales. Si el punto era ahora ampliar la legitimación activa el discurso sólo se limitaba a concederla a la autoridad y a

<sup>55</sup> MORELLO, “Amparo Colectivo”, cit. (n. 48), p. 724.

<sup>56</sup> MORELLO, Augusto, y STIGLITZ, Gabriel, “Las nuevas constituciones de San Juan y Salta y los intereses difusos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III, pp. 907-910. Pero agregará “No obstante, cabe aclarar que la ley brasileña 4717 de 1965 al regular esta institución establece –entre otros límites y controles– la legitimación del Ministerio Público para que en ciertas circunstancias asuma la posición de parte activa en el curso del pleito” y cita a Barbosa, a su vez, traducido por Morello.

<sup>57</sup> PEYRANO, cit. (n. 51), p. 840. Se refiere al modelo brasileño que conoce a través de los escritos del profesor Barbosa Moreira.

las asociaciones, justificando la exclusión del actor popular, no en cuestiones de fondo, sino más bien en aprehensiones respecto a su falta de preparación técnica y en que podía entonces perjudicar a la colectividad.

Lo cierto es que las publicaciones reflejan que sobre la acción popular por unos años se dejará de escribir para ahondar en la colectivización de la materia, a través de las acciones que podrán ejercer las asociaciones y algunos órganos públicos. Puede hipotetizarse que hayan influido en este fenómeno las aprehensiones de Grecco (que la acción popular puede prestarse a abusos), de Peyrano (que ella no es acorde con la idiosincrasia nacional) o las fuertes declaraciones de Marienhoff respecto a la naturaleza pública de los bienes comprometidos (y de exclusiva defensa del Estado) y especialmente por exigir que sólo una ley podía validar su aplicación. El amparo, en cambio, nacido en tribunales, podía ser adaptado sin ella a los nuevos requerimientos, como de hecho lo confirman varias sentencias.

Las declaraciones de Marienhoff bastaron también para ahogar el análisis de la naturaleza del derecho que cada ciudadano tiene respecto a los bienes de uso público. No se cuestionó que el Estado monopolizara esta defensa ni tampoco en el significado de lo ‘público’. La doctrina se trasladará en torno a los “derechos fundamentales”. Sólo una voz disidente, la del profesor Mario Valls se alzaré en el sentido indicado y por ello le dedicaremos, más adelante, un párrafo especial. Pero es posible quizás hipotetizar que esta disidencia exista, aunque en forma más nebulosa, también en quienes sustenten como legitimado al simple “habitante”.

Antes, sin embargo, conviene conocer el estado de la cuestión en algunas constituciones provinciales y en la posterior reforma constitucional nacional.

#### *7. DISTINTO CAMINO SEGUIRÍAN ALGUNAS PROVINCIAS AL REFORMAR SUS CONSTITUCIONES. UNO DE ELLOS, “POPULAR”*

Mientras los proyectos de reforma constitucional a nivel nacional no prosperaban, varias provincias avanzaron en la consagración de un derecho al ambiente sano, respecto al cual se establecieron acciones o recursos que la mayoría de la doctrina estima popular (o casi popular) por el uso de las expresiones “toda” o “cualquier persona” o “habitante”.

La Constitución de San Juan de 1986 consagra “a todos los habitantes el derecho a un ambiente humano de vida salubre” y –como dijo Morello,<sup>58</sup> establecerá una acción cercana a la popularidad– al disponer que “toda persona

<sup>58</sup> MORELLO y STIGLITZ, cit. (n. 56), pp. 907-910.

podrá pedir por el amparo la cesación de las causas de la violación de estos derechos...” (art. 58). Y la misma expresión utilizará también la Constitución de Córdoba de 1987: “La ley garantiza a toda persona, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, la legitimación para obtener de las autoridades la protección de los intereses difusos, ecológicos o de cualquier índole, reconocidos en esta Constitución”. (art. 53).

Por su parte, también se proclama como legitimado el simple “habitante”, como en la Constitución de La Rioja de 1986 que dispone: “Los habitantes tienen derecho a un ambiente de vida salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de conservarlo...” “Cualquier persona puede pedir por acción de amparo la cesación de las causas de la violación de estos derechos” (art. 66); y en la Constitución de Río Negro de 1988: “Los habitantes están legitimados para accionar ante las autoridades en defensa de los intereses ecológicos reconocidos en esta Constitución” (art. 85).

Por su parte, la Ley 10.000 de Santa Fe, de 1992, “consagra el ejercicio de una acción popular en tutela de los intereses difusos a través de una figura similar al amparo colectivo”.<sup>59</sup>

*8. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 NO ZANJA LA CUESTIÓN SOBRE SI EL AMPARO ES O NO POPULAR. Pues si bien se garantiza expresamente el derecho a un ambiente sano como un “derecho de incidencia colectiva” se concede el recurso al defensor del pueblo, a ciertas asociaciones y al “afectado”*

La tan esperada reforma constitucional tuvo lugar en 1994 y la inclusión en ella de la temática ambiental, en general, se estima satisfactoria<sup>60</sup> aunque ella

<sup>59</sup> LÓPEZ, Marcelo y DALLA, Alberto, “Los llamados “intereses difusos” y la protección constitucional del medio ambiente”, en *El Derecho*, 1992, N° 147, pp. 784-788.

<sup>60</sup> Para el régimen constitucional de protección al medio ambiente véase ANDORNO, Luis, “Aspectos Constitucionales de la protección del medio ambiente”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV, N° 6120, pp. 930 ss.; BULAT, Sergio, “El defensor del pueblo de la nación y la defensa del medio ambiente”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1998, IV, 939 ss.; CAPELLA, José L., “El interés ambiental, legítimo y autónomo, en el nuevo texto de la Constitución nacional”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV, pp. 41-45; FRANZA, Jorge, “El derecho humano al ambiente como derecho de participación”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1999-IV, pp. 45-63; PEYRANO, Guillermo, “La acción de amparo como medio de tutela de los intereses colectivos o difusos en el nuevo esquema constitucional argentino”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV, pp. 58-63; PEYRANO, Jorge, y CAPELLA, José L., “Teoría del interés ambiental legítimo y autónomo”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV, pp. 64-67; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Contaminación del agua y acción de amparo”, en *El Derecho, Diario*



en realidad vino a reconocer mucho de lo que operaba en el sistema y, en lo que dice relación con el amparo, a ampliar la legitimación activa pero con una norma bastante confusa.

Se consagra (aunque resultaba pacífico en la doctrina y jurisprudencia argentina considerarla una garantía implícita<sup>61</sup>) el derecho de todos los habitantes a un medio ambiente en los siguientes términos:

Art. 41 de la Constitución Nacional Argentina (reformada en 1994)  
“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.”

La tutela ambiental se consagra en los siguientes términos:

1. El derecho al ambiente se consagra como un “derecho” de “todos” incluyendo las generaciones presentes y futuras; que pasa a enrolarse como uno de “tercera generación”.<sup>62</sup>

---

*de Jurisprudencia y doctrina*, 9569, 1998, pp. 1-7; CASTELLI, Luis, “La obligación de recomponer el daño ambiental en la Constitución nacional”, en *La Ley*, T-1995-B, 980-985; GIGENA, César A., “El derecho ambiental en la perspectiva de los derechos humanos”, en *Conceptos [Revista de la Universidad del Museo Social Argentino]* 72, 2, 1997, pp. 42-48; LOPRESTI, Roberto, *Constitución Argentina comentada*, UNILAT, Buenos Aires, 1996, 354 p.; GAMBIER, Beltrán, y LAGO, Daniel, “El medio ambiente y su reciente recepción constitucional”, en Cassagne, Juan C. (Director), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1995, pp. 1-19; NATALE, Alberto, “Protección del medio ambiente en la reforma constitucional”, en *La Ley*, T-1994-E, pp. 1385-1389; CAMPS, cit. (n. 23).

<sup>61</sup> TAWIL, Guido S., “La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”, en *La Ley* 1995-B, pp. 1296 indicando las normas precisas de las leyes y tratados.

<sup>62</sup> CAMPS, cit. (n. 23), p. 29; GAMBIER y LAGO, cit. (n. 60), p. 3; y TAWIL, cit. (n. 61), p. 1309.

2. Se tiene un derecho “a un ambiente sano y equilibrado”.<sup>63</sup>

3. Se consagra el principio del desarrollo sustentable pues el ambiente debe ser “apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”.

4. Se consagra al mismo tiempo el deber de tutela para “todos”. Una especie de “servicio ambiental obligatorio”.<sup>64</sup>

5. El deber de tutela alcanza también a la autoridad. De hecho especialmente se enumeran sus tareas que importarán su responsabilidad directa en la implementación de políticas conducentes a la efectiva vigencia del derecho ambiental consagrado.

6. Por “su trascendencia”<sup>65</sup> el daño ambiental es el único daño que se consagra explícitamente en la Constitución como una categoría independiente.

7. Consagra la obligación prioritaria de recomponer el daño ambiental, actualmente regulada en la Ley General del Ambiente 26.675 de 2002. Con ello se consagran los principios de la responsabilidad civil por daño ambiental y el de su prioritaria reparación material.

8. Se consagra el principio de la prevención.<sup>66</sup>

Y para la protección de este derecho se consagró el recurso de amparo, que ya existía en el ordenamiento jurídico argentino, introduciéndole importantes reformas<sup>67</sup> como la que nos ocupa, es decir, incorporándole la protección de

<sup>63</sup> Para ambas expresiones ver TAWIL, cit. (n. 61), pp. 1309 y 1310.

<sup>64</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Prevención del daño ambiental (Auditoría del Medio Ambiente-Evaluación de Impacto Ambiental)”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV, p. 822 [1-7].

<sup>65</sup> CAMPS, cit. (n. 23), p. 29.

<sup>66</sup> Ídem, p. 30, señala que se deduce “del espíritu de la reforma, un imperativo previo al de la reparación que es la prevención.” Sus argumentos son: 1) se consagra el deber genérico de preservación que implica cuidar el ambiente de manera que no se degrade; 2) se incluye el interés de las generaciones futuras; 3) se consagran el deber de educación e información; 4) se consagra el recurso de amparo para la prevención del daño ambiental, con una amplia legitimación activa (afectado, defensor del pueblo y asociaciones), ante cualquier forma de discriminación, cuando se restrinja, altere o amenace el derecho.

<sup>67</sup> Para un completo análisis del amparo, antes y después de la reforma, SAGÜÉS, Néstor P., “Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional”, en *La Ley [Argentina]*, 1994-D, pp. 1151-1160, donde considera “significativas transformaciones” la creación del Defensor del pueblo, la consagración expresa del amparo como derecho constitucional (como una ‘acción’ y no un recurso), para la protección del medio ambiente, con una legitimación colectiva. También BARRA, Rodolfo, “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar”, en *La Ley*, 1994-D, 1987-1097, especialmente la página 1087 donde considera “importantes novedades” la consagración del amparo en relación a los actos u omisiones de particulares y para la protección de derechos no solo

los *derechos de incidencia colectiva*, expresión que en 1998 fue declarada por la Corte Suprema omnicompreensiva de los “intereses difusos, colectivos o de pertenencia difusa”.<sup>68</sup>

Art. 43 incs. 1 y 2 de la Constitución Nacional (reformada en 1994).  
“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.”

Como vemos, se trata de una acción expedita y rápida, excepcional (pues ella procederá “siempre que no exista otro medio ‘judicial’ más idóneo”) que se interpone contra cualquier tipo de actos u omisiones, de autoridades públicas o de particulares. Se exige que en forma actual o inminente estos actos u omisiones lesionen, restrinjan, alteren o amenacen el derecho a un ambiente sano y equilibrado; y debe existir arbitrariedad e ilegalidad manifiesta. El juez podrá tomar las medidas que correspondan, inclusive la inconstitucionalidad de una norma en determinados casos.

Como hemos adelantado, las mayores críticas que se hacen a esta norma se refieren a su legitimidad activa, no por cierto al haber considerado al Defensor Público<sup>69</sup> y a las asociaciones,<sup>70</sup> sino por haber utilizado una expresión poco clara

---

protegidos en la Constitución sino también en tratados y leyes.

<sup>68</sup> Informa en detalle LUCAS SOSA, cit. (n. 37), p. 225.

<sup>69</sup> Aunque como informa BULAT, cit. (n. 60), p. 14, hasta 1998, el 5 % de sus actuaciones fueron de índole ambiental, donde el 90 % corresponde a quejas de particulares, la mitad de la capital federal y de la provincia de Buenos Aires. Y dentro de esas actuaciones sólo interpuso un amparo ambiental, aunque ha sido citado como tercero interesado en varios otros. También trata de los orígenes de la institución y sus competencias.

<sup>70</sup> Antes de la ley, PEYRANO, G., cit. (n. 60), p. 61 señalaba que “...debe entenderse, a favor de la tutela

como la de “afectado” cuando “la mayoría de la doctrina nacional miraba con buenos ojos el otorgamiento de la legitimación a los habitantes para proteger, por vía del amparo, a los intereses difusos”.<sup>71</sup>

Y más aún si se considera que consagró el derecho-deber de tutela del ambiente respecto de *todos los habitantes* y concede el amparo general a *toda persona*.

¿Cómo interpreta la doctrina esta expresión?

García,<sup>72</sup> Barra<sup>73</sup> y Tawil,<sup>74</sup> basados principalmente en las propias dis-

efectiva del ambiente y de la aplicación efectiva de la norma que se incluya a todas aquellas que, con personalidad jurídica, tengan como fin institucional la tutela de intereses colectivos o ambientales”. La Ley nacional Nº 25.675, Ley General del Ambiente, publicada en el Boletín Oficial el 26 de noviembre de 2002 se refiere a las “asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental” en el artículo 30, como legitimadas para obtener la recomposición del ambiente dañado.

<sup>71</sup> LÓPEZ Y DALLA, cit. (n. 59), p. 784. En el mismo sentido SAGUÉS, Néstor P., “Acción de Amparo, intereses difusos y acción popular”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1994-I, p. 523 y agrega: “El mismo texto del artículo 5 de la ley 16.986, cuando permite articular el amparo a ‘toda persona individual o jurídica, por sí o por apoderados, que se considere afectada...’ da pie, por cierto, a una amplitud de criterio en el tema”.

<sup>72</sup> GARCÍA P., Fernando, “Vías procesales en la protección de los derechos al ambiente”, en *La Ley*, 1995-A, pp. 851-867, considera que una aplicación popular del amparo sería inconstitucional por la doctrina de Marienhoff y dos nuevos argumentos. Además detalla los distintos proyectos revisados con ocasión de la reforma, varios de los cuales proponían legitimación a “todo habitante” y que, en las discusiones definitivas, se rechazó expresamente una acción popular, con excepción del Convencional Estévez Boero que era partidario de “posibilitar que el recurso de amparo en ambiental sea para cualquier habitante y no sólo los damnificados”. y la Convencional Cullen quien reclamó en el Plenario que se agregara una previsión que permitiera la posibilidad de legitimación procesal “sin excluir a ningún habitante.”

<sup>73</sup> BARRA, cit. (n. 67), p. 1888 y ss. donde señala que la expresión es sinónimo “de agraviado o perjudicado en un derecho o garantía personal, propio, directo, es decir, lo que habitualmente se denomina derecho subjetivo”. La limitación no nacería de la acción de amparo sino del sistema constitucional que entrega al poder judicial el deber de juzgar conflictos donde se enfrenten partes adversarias, con intereses en juego que son directamente propios. O sea, “afectado” es sinónimo del “toda persona” que inicia la norma. En los derechos de incidencia colectiva el amparo corresponderá al afectado (como siempre, es decir, toda persona agraviada) y además al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que efectivamente no son agraviados. Pero que se encuentran igualmente legitimados por la especial naturaleza del derecho en juego (un derecho de incidencia colectiva), pues la Constitución ha reconocido que hay situaciones en las que los agravios tienen un efecto generalizado, aunque afecten a una sola persona en concreto, ya que potencialmente incidirán sobre todos los que se encuentren en la misma categoría. Y el derecho que protege el ambiente –donde lo realmente protegido es el ser humano y no el ambiente– el agravio puede fácilmente tener un efecto generalizante. Agrega que ya no podemos sostener –como bien dijo Marienhoff– que la categoría del interés difuso no ha sido reconocida en nuestra legislación pero a su favor no se consagró una acción popular. Darle ese sentido sería inconstitucional.

<sup>74</sup> TAWIL, cit. (n. 61), p. 1316 y ss. afirma que “bien podría pensarse que si tienen un derecho subjetivo

usiones constitucionales (en las que se habría rechazado una propuesta que dejaba como legitimado al “habitante”) o por razones de inconstitucionalidad, “afectado” sería aquella persona agraviada en un derecho.

En cambio, considerando la naturaleza colectiva del derecho y que tanto derecho como deber se han conferido a todos los “habitantes”, para Rivas,<sup>75</sup> Camps,<sup>76</sup> Peyrano<sup>77</sup> y De Santis<sup>78</sup> se tratará de cualquier persona o habitante; y

---

todos los habitantes, cualquiera de ellos puede accionar judicialmente a favor de ese derecho e incluso que no hacerlo era un incumplimiento del deber general...” pero “la cuestión no es sencilla” pues a) no existe una norma como en España que diga que la legitimación activa del amparo será regulada en la ley que pueda aclarar el término; b) ‘afectado’ es una categoría extraña a la clásica división de los intereses; c) ‘afectado’ no resulta una categoría “suficiente” si se identifica a un derecho subjetivo; d) ella difiere sustancialmente de otras expresiones usadas en provincia, que permiten deducir una legitimación mucho más amplia; e) sus redactores rechazaron expresamente una iniciativa que entregaba la legitimación a “todos los ciudadanos”. Todo lo anterior lo lleva a concluir que, al menos, no es popular pues se rechazó la acción para todo habitante.

<sup>75</sup> RIVAS, Adolfo, “El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina”, en *La Ley*, 1994-E, pp. 1331-1337: “Enfrentadas las disposiciones del art. 43, parte 2ª, de carácter funcional con las del art. 41 de naturaleza sustancial, será necesario armonizarlas dando prioridad a la legitimación que resulta de esta última y otorgar al término ‘afectado’ un sentido global omnicompreensivo de la idea de ‘todo habitante’.”

<sup>76</sup> La Constitución “...habilita a todos los habitantes para hacer efectiva la preservación con todos los medios jurídicos y materiales que sean necesarios” y en consecuencia “todo habitante estará legitimado para accionar en defensa del ambiente propio y ajeno y tendrá derecho a que la comunidad le resarza los gastos incurridos en el cumplimiento de su deber a preservar el ambiente”, afirma CAMPS, cit. (n. 23), p. 29.

<sup>77</sup> PEYRANO, G., cit. (n. 60), p. 61, con los siguientes argumentos: a) la expresión ‘afectado’ niega el carácter de difuso que el mismo artículo en su primera parte le otorga al interés ambiental; y b) el derecho al ambiente se otorga a todos y a todos corresponde el deber de tutelarlos. Además en PEYRANO, Guillermo, “Medios procesales para la tutela ambiental”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2001-I, p. 1175, siguiendo a Mosset, la legitimación activa corresponde a “cualquier persona”.

<sup>78</sup> DE SANTIS, Gustavo J., “La protección constitucional del ambiente. La legitimación del artículo 43 de la Constitución Nacional después de la reforma”, en *La Ley*, 1995-D, p. 1125 señala que se trata de “cualquier persona” o “habitante” pues si fuese el agraviado, no “tendría sentido alguno su reiteración en esta segunda parte del precepto”. El constituyente consecuente con establecer un derecho de incidencia colectiva amplía la legitimación: “la oportunidad que ofrece la constitución en su nueva versión es propicia para impulsar la definitiva superación de categorías y denominaciones que se erigen en cortapisas para el libre y pleno acceso a la jurisdicción, tal y como viene sucediendo con el derecho subjetivo, el interés legítimo y el interés simple. Poco ha de importar de ahora en más si la norma constitucional que integra el derecho procesal de ese rango consagra o no la acción popular, pues, en todo caso, esta como máxima respuesta del derecho comparado y de alguna legislación local del orden provincial ha de quedar comprendida dentro del amplio marco referencial que hoy exhibe el texto del artículo 43...”.



para Capella,<sup>79</sup> Bustamante Alsina y Andorno,<sup>80</sup> “afectado” es aquel “interesado” o “vecino” que acredite un mínimo interés razonable y suficiente. Bustamante Alsina precisa que, en todo caso, “debe interpretarse que los interesados al menos tienen una proximidad física con la presunta fuente contaminante”, esto es, “una vinculación derivada de la localización espacial y no de la pertenencia a una jurisdicción política”.<sup>81</sup>

Para Sagués la expresión “afectado” admite el interés simple<sup>82</sup> y para Morello “no es todavía popular”.<sup>83</sup>

Si bien las primeras sentencias legitimaron al “vecino”, las sentencias posteriores revelarán que se exige un interés personal y no basta ser un “ciudadano”.<sup>84</sup>

Esta situación deberá ser ahora analizada a la luz de la reciente Ley 25.675, Ley General del Ambiente, publicada en el Boletín Oficial el 26 de noviembre del año 2002, que cuando se trata de un ‘daño’ ambiental colectivo señala que tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado “el afectado”, el defensor del Pueblo y las asociaciones... (tal como dice la Constitución); pero agregará: “Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

O sea, junto con disponer expresamente lo que será un objetivo más del recurso de amparo (cesar la actividad generadora del daño) la norma aludirá al legitimado activo como *toda persona*, expresión que, como sabemos, en otras

<sup>79</sup> CAPELLA, cit. (n. 60), p. 45, la entenderá como simple ‘interesado’ pues “obviamente no se está refiriendo al titular de un derecho subjetivo sino al portador de un interés difuso”. Argumenta que las instituciones jurídicas son lo que son por su naturaleza jurídica y no por las expresiones que se usan para nombrarlas. “Así, cuando dos personas contratan, por más que una diga que está vendiendo y la otra comprando, habrá permuta y no compraventa si lo que están haciendo es cambiar cosa por cosa. Aquí claramente se trata de un interés difuso.”

<sup>80</sup> ANDORNO, Luis, “Vías legales para la defensa del medio ambiente y para la reparación del daño ecológico”, en *La Ley*, 2001-I, p. 1071.

<sup>81</sup> BUSTAMANTE ALSINA, cit. (n. 64), pp. 13 y 14.

<sup>82</sup> SAGUÉS, cit. (n. 71), p. 621 señala que “ésta es una palabra indulgente, que puede abarcar tanto a quienes tengan derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple”.

<sup>83</sup> MORELLO, Augusto, “Los procesos acumulativos en el ámbito de las acciones colectivas y de clase”, en Teitelbaum, Jaime (Coord.), *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal (15 al 17 de mayo de 1999, Colonia, Uruguay)*, Editorial Surcos, Montevideo, 1999, p. 103 señala que el amparo es colectivo pero “todavía no popular”.

<sup>84</sup> Se trata de los casos *Dromi* y *Polino*, que se pueden conocer en QUIROGA, Humberto, “El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional”, en *La Ley*, 1996-D, pp. 959 y 960; y LUCAS SOSA, cit. (n. 37), pp. 218-241.

constituciones se ha interpretado como una acción popular.

### 9. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO AMBIENTAL

El 26 de noviembre de 2002 se dicta la Ley 25.675, *Ley General del Ambiente*, que dedica un título especial al Daño ambiental (arts. 27 a 34 que “regirá los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva”) de tal manera que la responsabilidad civil de este daño<sup>85</sup> se rige por estas reglas, las generales establecidas en el

<sup>85</sup> No contamos con doctrina posterior a la Ley. Para la responsabilidad civil por daño ambiental antes de ella ver MOSSET ITURRASPE, Jorge (Director), *Responsabilidad Civil (Teoría General)*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pp. 411-417; y MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El seguro de responsabilidad por daños al medio ambiente”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario (Seguros II)*, 1999, N° 20, p. 9 ss.; CALEGARI, cit. (n. 23), pp. 18-31; GALDÓS, Jorge M., “Derecho ambiental y daño moral colectivo: algunas aproximaciones”, en *Jurisprudencia Argentina*, 6120, 1998-IV-982, pp. 51-58; ANDORNO, Luis, “La responsabilidad por daño al medio ambiente”, en *Jurisprudencia Argentina*, 6006, 1996-IV, 877, pp. 10-18; y ANDORNO, cit. (n. 23), pp. 1-15; BESALÚ PARKINSON, Aurora, “La responsabilidad civil por daño ambiental y el análisis económico del derecho (law and economics)”, en *Jurisprudencia Argentina*, [1999-IV-1090] 6173, 1999, 16-23; CAMPS, cit. (n. 23), pp. 28-45; MESSINA DE ESTRELLA G., Graciela, “Daño ambiental”, en *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 2ª Edición, Cap. VII; STIGLITZ, Gabriel, “Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente”, en *La Ley*, 1983-A, pp. 782-790; BUSTAMANTE ALSINA, cit. (n. 24), pp. 1052-1062; PIZARRO, Ramón Daniel, “Actividades riesgosas”, en ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, I, 1-b, pp. 222-231; ANDRADA, Alejandro, “Responsabilidad civil ambiental”, en BREBBIA, Roberto H. (Director), *Estudios de derecho privado. Homenaje a Angel Chávarri*, Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc, 1998, pp. 125-143; ZAVALA DE G., Matilde, cit. (n. 23), pp. 1-9; ALTERINI, Atilio A., “Argentina”, en ALTERINI, y LÓPEZ CABANA, *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, cit., pp. 474-483; BORDA, Guillermo, “Argentina (reforma de 1968 en la)”, en ALTERINI y LÓPEZ CABANA, *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil I*, cit., pp. 485-495; ALTERINI, Atilio A., “Informe sobre la responsabilidad civil en el proyecto argentino de Código Civil de 1998”, material entregado en el ILLA por el autor el 12 de abril de 1999 [en *La Ley*, 1999-C, pp. 860 ss.]; SEOANE, Paula, “Daños al medio ambiente”, en *Conceptos [Revista de la Universidad del Museo Social Argentino]* 73, 5, 1998, pp. 55-61; GIGENA, César A., “Sobre el concepto de daño en el derecho ambiental”, en *Conceptos [Revista de la Universidad del Museo Social Argentino]* 72, 3, 1997, pp. 38-43; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Cesación del daño”, en *ANALES, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 1998, pp. 173-192; STIGLITZ, Gabriel, “Daño moral individual y colectivo. Medioambiente, consumidor y dañosidad colectiva”, en *Revista de Direito do Consumidor*, 19, 1996, pp. 68-76; ALTERINI, Atilio, AMEAL, Óscar, y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de las obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996; HIGHTON, Elena, “Reparación y prevención del daño al medio ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?”, en Kemelmajer de C., Aída (Coord.), *Derecho de daños*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, 2, pp. 795-835; VENINI, JUAN C., “El daño y los intereses difusos”, en Kemelmajer, A. (Dir.), *Derecho de daños*, cit., pp. 53-105; MOSSET ITURRASPE, “Daño ambiental”, en AA.VV., *5 años após a ECO-92*, cit. (n. 23) pp. 129-142; LÓPEZ

Código Civil y las escasas reglas contenidas en leyes especiales.<sup>86</sup> Informa todo el sistema la Constitución Nacional que en 1994 consagra para todos el derecho a un ambiente salubre y el deber de tutela. Si resulta un daño al ambiente, la Constitución Nacional obliga a su recomposición prioritaria (art. 41).

En cuanto a la legitimación activa, hasta antes de la dictación de la Ley General del Ambiente, a nivel nacional (salvo algunas provincias) operaba el régimen clásico en materia de legitimación activa, es decir, se exigía a quien solicitaba la reparación de un daño que lo haya sufrido personalmente, como cuando una persona se enferma producto de la emisión de ciertos gases industriales, o si aguas contaminadas por residuos industriales infectan las tierras que bordea. Para proteger intereses ajenos se necesitaría una ley y a falta de ella, el demandante sólo podía invocar la pequeña cuota del interés ambiental que le corresponde.

La doctrina intentaba superar estos obstáculos afirmando que la legitimación que la Constitución dio al amparo era también aplicable al régimen de la responsabilidad civil, para que así el afectado, el Defensor del Pueblo o las asociaciones pudiesen solicitar la reparación del daño ambiental propiamente tal, esperando sobre todo el ejercicio de acciones por parte de “los sujetos públicos y las asociaciones ecologistas”.<sup>87</sup>

Otros proponían que, como en San Juan y la provincia de Buenos Aires se admitiese la legitimación popular en la reparación material,<sup>88</sup> o si la reparación era en dinero sólo si con ella “se retribuye de alguna manera a la comunidad dañada por el perjuicio sufrido” y que, si esto no es posible, para que “se remita a un fondo de garantía que serviría a su vez de resguardo ante demandados insolventes”.<sup>89</sup>

La reciente Ley 25.675, Ley General del Ambiente, dio una regla que, como ya señalamos, no termina de zanjar la cuestión: hemos dicho las distintas

CABANA, “Derecho de propiedad y medio ambiente”, cit. (n. 23), pp. 143-150.

<sup>86</sup> Para el análisis de la legislación especial FALBO, Anibal, “Los residuos especiales en la ley 11.720 de residuos especiales de la Provincia de Buenos Aires y su decreto reglamentario”, en *Jurisprudencia Argentina*, 6120, 1998-IV-976, pp. 46-51; BIBILONI, Homero, “Problemática de la gestión ambiental en los municipios de la Provincia de Buenos Aires”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV, pp. 18-22; BOTASSI, Carlos, “La nueva legislación ambiental bonaerense”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV, pp. 22-25; y para los delitos ambientales LUGONES, Narciso, “Programa para el estudio del delito ambiental: la esquematización de sus lugares comunes”, en *Jurisprudencia Argentina*, 6120, 1998-V-991, pp. 58-66; y CAMPS, Carlos, y NOLFI, Luis, “Importancia del Ministerio Público en el derecho penal ambiental”, en *Jurisprudencia Argentina*, 6006, 1996-IV-902, pp. 30-42.

<sup>87</sup> ANDRADA, cit. (n. 85), p. 130.

<sup>88</sup> MESSINA DE ESTRELLA, cit. (n. 85), p. 141.

<sup>89</sup> Ídem.

interpretaciones que esta infeliz expresión ha tenido, considerando además el agregado de la misma norma sobre permitir a cualquier persona hacer cesar la alteración respectiva mediante la acción de amparo.

La nueva ley regula la prevención y la recomposición del “daño ambiental de incidencia colectiva” y define daño ambiental como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos” (art. 27). Y el artículo 30 se refiere a todas las acciones que de este daño ambiental pueden derivar:

En primer lugar, “producido el daño ambiental colectivo” tendrán legitimación para “obtener la recomposición del ambiente dañado...” las mismas personas legitimadas en la Constitución Nacional para el amparo, esto es, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones (que la ley precisa serán aquellas “no gubernamentales de defensa ambiental”).

En segundo lugar, para la “cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo” se señala que “toda persona” podrá recurrir de acción de amparo.

Finalmente la persona “directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción” también quedará legitimada para la “acción de recomposición o de indemnización pertinente”.<sup>90</sup>

<sup>90</sup> Del mismo artículo 30 se desprende que, tratándose del daño ambiental colectivo, la acción se ejerce para la “recomposición” del ambiente dañado pero, a su vez, el artículo 28 se refiere al “restablecimiento al estado anterior a su producción” y si ésta “no es técnicamente posible”, existirá una “indemnización sustitutiva” que determinará la justicia y que se depositará en el “Fondo de Compensación Ambiental” que la misma ley crea (art. 34) y que deberá ser regulado por ley especial. En pocas palabras la ley recogió lo que ya había establecido la Constitución y lo que sustentaba la doctrina, apoyada en el Código Civil y la naturaleza del bien tutelado.

En efecto, el art. 1083 del código obliga a que el resarcimiento de los daños consista en la reposición de las cosas a su estado anterior y, sólo si ésta no fuera posible, la indemnización se fijará en dinero. Esta regla resulta ideal para el derecho ambiental que proclama el principio de la reparación material prioritaria. La reforma constitucional de 1994 consagró que “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley” (art. 41) y la doctrina afirmaba entonces que el juez, aunque las partes no lo pidan, “podrá incorporar en la condena un plan de recuperación o recomposición de los elementos naturales al demandado”. Ver en detalle en CAMPS, Carlos, “Particularidades del proceso civil por daño ambiental”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV- p. 959 ss., partidario del “movimiento judicial activista”, en virtud del cual los jueces deben comprometerse con el “contexto social” debiendo dar “respuestas útiles a la comunidad en que se encuentra inserto”.

Y estaba claro también que cuando ésta no fuere posible, la indemnización se fijaría en dinero. Ver en Scotti, citado por ANDORNO, cit. (n. 85), p. 17.

Si fuere posible esta reparación material pero excesivamente gravosa para el responsable, resulta aplicable la norma de equidad que determina el art. 1069 del código, atenuando los efectos económicos de la recomposición si el daño no fuere imputable a dolo del responsable (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “El daño ambiental y las vías procesales de acceso a la jurisdicción”, en *Jurisprudencia Argentina*,

## 10. VALLS ADVIERTE “VOLVER AL CÓDIGO CIVIL”

### 1. Introducción

Acabamos de decir que la discusión en torno a una mejor defensa del ambiente se daba principalmente en el plano de la defensa de los “derechos fundamentales” que sobre el ambiente tenían las personas y que, por ello, los esfuerzos se dirigían a consagrar en la constitución un recurso de amparo que como mínimo ampliara la legitimación activa a las asociaciones y órganos especializados, como era la tendencia dominante en la doctrina y derecho comparado, europeo, brasileño y uruguayo.

Si el punto era ahora ampliar la legitimación activa el discurso sólo se limitaba a concederla a la autoridad y a las asociaciones, justificando la exclusión del actor popular, no en cuestiones de fondo, sino más bien en aprehensiones respecto a su falta de preparación técnica y en que podía entonces ‘perjudicar a la colectividad’.

Lo cierto es que las publicaciones reflejan que sobre la acción popular por unos años se dejará de escribir para ahondar en la colectivización de la materia, a través de las acciones que podrán ejercer las asociaciones y algunos órganos públicos. Puede pensarse que hayan influido en este fenómeno las aprehensiones de Grecco (que la acción popular puede prestarse a abusos), de Peyrano (que ella no es acorde con la idiosincrasia nacional) o las fuertes declaraciones de Marienhoff respecto a la naturaleza pública de los bienes comprometidos (y de exclusiva defensa del Estado) y especialmente la de exigir que sólo una ley podía validar su aplicación. El amparo, en cambio, nacido en tribunales, podía ser adaptado sin ella frente a los urgentes nuevos requerimientos, como de hecho lo confirman varias sentencias.

Las declaraciones de Marienhoff bastaron también para ahogar el análisis de la naturaleza del derecho que cada ciudadano tiene respecto a los bienes de uso público. No se cuestionó que el Estado monopolizara esta defensa ni tampoco en el significado de lo ‘público’. La doctrina se trasladará en torno a los “derechos fundamentales”. Sólo una voz disidente, la del profesor Mario Valls, se alzaría en el sentido indicado y por ello le dedicaremos un párrafo especial. Pero es posible también hipotizar que esta disidencia exista, aunque

---

1996-IV, 896, p. 29.)

El juez tendrá además amplias facultades ya que “en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”. Art. 31 de la Ley.



en forma más nebulosa, también en quienes sustenten como legitimado al simple “habitante”.

Aunque también quizás para evitar estas objeciones se comenzó a sustentar la popularidad, ahora aludiendo al simple “habitante”.

Sin embargo, encontramos también algunos trabajos destinados al estudio de las acciones populares y que, considerando la reforma constitucional de 1994, pudieron ser a ella útiles. Los queremos recordar aquí pues ellos reflejan que sus autores, al proponerlas como medios adecuados a la defensa de la defensa ambiental (y, en realidad, para todos los intereses difusos) se preocuparon de proponer las normas que la regulación debiese considerar.

## 2. Algunos estudios sobre la acción popular

Así, en 1987, Hugo Acciari<sup>91</sup> planteaba a la acción popular como una de las alternativas posibles a la hora de dar “un adecuado acceso a la justicia de los ‘afectados’, entendiendo por tales, tanto a los individuos como a los grupos intermedios, e inclusive a la sociedad misma”. Recomendaba consagrarla de manera tal de evitar primero, que se transformase en la práctica en solo una denuncia y que la carga de impulsar el procedimiento quedase sólo a cargo del Ministerio Público, al que no consideraba un órgano idóneo. Por otro lado “dadas las molestias, erogaciones y tensiones que origina una controversia judicial, es esperable que sean escasos los ciudadanos que comprometan su tiempo, comodidad y fortuna en la protección de los derechos pertenecientes a una comunidad que permanezca indiferente a sus esfuerzos”, proponía establecer mecanismos para estimular su ejercicio. También se debía dar reglas especiales sobre los efectos de la sentencia (que deberían ser *erga omnes*, salvo cuando la sentencia de rechazo fuese por falta de pruebas) y no considerarla para la reparación del daño ambiental mediante una indemnización. Proponía además “hibridizarla con fuertes ingredientes publicísticos” [sic], como el control público de la actividad procesal, la ampliación de las facultades del juez, una jurisdicción especializada, publicidad del litigio a través de medios de difusión realmente masivos.

Por otro lado, el trabajo que Lily Flah y Miriam Smayevsky publicaron en 1992 (*La regulación procesal en el derecho ambiental americano*)<sup>92</sup> es el único que conocemos en Argentina sobre el estudio (aunque breve) de la

<sup>91</sup> ACCIARI, Hugo A., “Acerca del tratamiento jurídico de los daños al medio ambiente (La Función Tuitiva de la Fiscalía de Estado de Buenos Aires)”, en *La Ley*, 1987-E, 1105-1113.

<sup>92</sup> FLAH, Lily; SMAYEVSKY, Miriam, “La regulación procesal en el derecho ambiental americano”, en *La Ley*, 1993-E, 935-945.

acción popular en otros países latinoamericanos y que ofreció la oportunidad de conocer cómo se estaba recepcionando (o no) la institución, específicamente en Colombia, Bolivia, Chile, Venezuela, Jamaica, Costa Rica, Panamá, Ecuador, Uruguay, Perú y Estados Unidos.

Partidarias de una amplia legitimación activa respecto a los intereses difusos –que por la naturaleza de los mismos estaría consagrada cada vez que se aludiera al simple “interesado”–, proponen la acción popular como una solución adecuada siempre que se fijara una norma apropiada en relación a los efectos de cosa juzgada –considerando cómo la definen– y se estimulara económicamente al actor.<sup>93</sup> Destacan que ella debiera ser una acción judicial y no una simple denuncia (administrativa para el control de la legalidad) donde el actor defiende el interés público y a la vez un derecho propio.

Por otro lado destacan que el fundamento de la popularidad en algunos países que la consagran en el Código Civil –como Colombia y Chile– estaría justamente en que el uso y la propiedad del ambiente corresponden a todos.

Y pasemos a analizar ahora la doctrina que más se condice con la línea de nuestra investigación y que, por lo mismo, profundizaremos: la doctrina del profesor Mario Valls.<sup>94</sup>

*3. La tesis de Valls: la doctrina de Marienhoff fue equivocada pues toda persona tiene legitimación judicial para proteger el ambiente cuando se trata de bienes de uso común del pueblo, sin ser necesaria otra norma que no sea los artículos 2340 y 2341 del Código Civil que “reconocen el uso libre de ciertos bienes por todos.”*

Hemos visto que, cuando un tribunal aplicó un amparo como popular, Marienhoff lo consideró “contrario a derecho” por aplicar una acción “inexistente en el ordenamiento argentino”; que la defensa del patrimonio público correspondía exclusivamente al Estado y que, si se pretendía que cualquier persona del pueblo pudiese ejercer acciones judiciales para la defensa de estos bienes (ambientales) debía dictarse una ley expresa al respecto para no vulnerar la propia Constitución, dado que en ella se establece que el pueblo no gobierna sino a través de sus representantes (y no a través de sus ciudadanos).

<sup>93</sup> La definen –siguiendo a Morcillo– como “aquella en la que cualquier persona, perteneciente a un grupo de la comunidad, está legitimada procesalmente para defender al grupo afectado, por unos hechos comunes, con lo cual, simultáneamente, protege su propio interés, obteniendo, en ciertos casos, un beneficio económico adicional en su favor constituido por la recompensa que la ley otorga en algunas ocasiones”. FLAHERTY y SMAYEVSKY, cit. (n. 92), p. 939.

<sup>94</sup> VALLS, cit. (n. 42), pp. 1080-1091.

Guillermo Cano contestó a estas ideas fundando la popularidad en que, en el caso en cuestión, se trataba de *res nullius* (toninas) y que, en realidad, toda persona podía defender el ambiente basado en un derecho fundamental implícito en la Constitución y en el deber general de protección que imponía a todos una ley particular para la defensa de la fauna. También aquí el profesor Grecco –otro administrativista– aclaró que ningún deber general faculta para actuar judicialmente.

Pero, en realidad, el enfoque adecuado es aquel que atiende a la naturaleza pública que tienen en general los bienes o elementos que componen el ambiente en sí mismo y en relación a las personas (el agua, aire, los espacios públicos, etc.). Ellos son de uso común o público, donde recordemos *público* es “del pueblo”.

Sabemos también que el Código Civil de Vélez declaró que lo público es estatal, aunque también el jurista anotó que lo que es público es “común de todos” pero que, en definitiva, al menos expresamente, no consideró acciones populares para la defensa de los bienes públicos de uso común de todos los habitantes.

Pues bien, el profesor Valls sostendrá que “también debería considerarse claramente legitimado quien acciona en defensa de derechos o prerrogativas” como “el derecho al uso y goce del dominio público que las personas particulares detentan sobre un río o una playa (arts. 2340 inc. 3 y 7 y 2341<sup>95</sup> del CC)”, pese a “una doctrina muy antigua con respecto al agua pública, que se remonta por lo menos a la tesis doctoral de Miguel Marienhoff que niega esa legitimación”, en virtud de la cual “se trata de derechos naturales del individuo, de atributos inherentes a la personalidad humana... es un derecho preexistente al Estado, innato en el individuo a quien le pertenece en su calidad de miembro de la colectividad. Cada uno tiene ese derecho como consecuencia de su condición de hombre” y “consecuentemente, el derecho de uso común –no individualizado, perteneciente a cualquiera– no constituye un derecho subjetivo, sea público o privado”.

Este enfoque –advierte Valls– otorga al individuo meros recursos administrativos o acciones judiciales para perseguir sólo el daño particular sufrido, pero lo priva de “cualquier acción posesoria para defender su derecho al uso y goce de cosas de dominio público”.

La idea de que la autoridad “debe administrar el dominio público ambiental con exclusión del público sólo es una creación doctrinaria”, pues

<sup>95</sup> Art. 2341: “Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este Código y a las ordenanzas generales o locales”.

los artículos 2340 y 2341 del Código reconocen el derecho al uso libre de estos elementos y negar la legitimación a las ‘personas particulares’ es negar la aplicación de estas normas; derecho que “debe prevalecer por sobre cualquier restricción del derecho administrativo porque es un derecho protegido por un código de la Nación sancionado en ejercicio del mandato constitucional”. Y ejemplifica: “Si se otorgase al Estado el monopolio de la defensa de la libertad y de la propiedad ambos derechos desaparecerían”.

Con esta argumentación Valls alienta a buscar también en el Código Civil el derecho del individuo al ambiente “y no meramente en las garantías constitucionales de la Constitución que enmarcan al Código Civil, pero no lo sustituyen”. El derecho del individuo al uso y goce de las cosas de dominio público “no ha sido confiscado por el Estado” y el artículo 2341 sólo le ha otorgado un poder de reglamentación.

Si el “único titular del dominio público es el público, que se integra por todos los individuos”, el derecho moderno “debe devolver al individuo el protagonismo ambiental”.

Estos mismos predicados fueron sustentados en el caso *Quesada* en 1980:<sup>96</sup> un fallo de la Cámara Civil de 1980 advertía que la legitimación de quien había cuestionado la tala de árboles de la Plaza Grand Bourg se fundaba en su derecho a vivir en una ciudad habitable, oxigenada, donde se respetase la obra de la naturaleza y la belleza que rodea a esos lugares y no en la defensa de los lugares conmemorativos en sí mismos. El juez nacional de primera instancia Juan Smith dio lugar al amparo, argumentando que “*tratándose de un bien del dominio público, todos los habitantes tienen un interés legítimo en su condición de usuarios para impedir el daño ambiental*”. La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia por considerar que lo que se estaba discutiendo era una cuestión política no justiciable.

<sup>96</sup> *Caso Quesada* (Quesada, Ricardo con MCBA s/amparo, Cámara Nacional Civil, sala D, 22/80, 22/8/80, en *La Ley* 1980-D, 129). Recomendamos comentarios en VALLS, cit. (n. 42), pp. 1084 y ss. Por otro lado, debe tenerse en consideración el conocido como *Caso Kattan* (Kattan Alberto v. Estadio Nacional s/venta de agroquímico, citado en *Ambiente y Recursos Naturales*, I, 1985, 57; se puede ver en *La Ley*, 1983-D, 567 y su sentencia definitiva en *La Ley*, 1983-D, 575). Y lo mismo se argumentó en el caso Kattan, respecto al cual Valls comenta: el mismo año que el caso de las toninas “otro fallo de un juzgado del mismo fuero y jurisdicción, tuvo por parte al mismo actor, con el argumento de que ‘el solo peligro o posibilidad de que se desencadenen procesos de adquisición de enfermedades que disminuyan la plenitud de la salud habilita la *legitimatío ad causam* activa a favor de cualquier habitante del entorno ambiental alcanzado por los efectos depredadores de un producto que circula libremente en el comercio’ hizo lugar a las medidas peticionadas para impedir la circulación de un agroquímico. El fallo no fue apelado”.

Finalizo este trabajo esperando que estas reflexiones contribuyan a una interpretación de las normas vigentes en Chile en relación al recurso de protección en materia ambiental y de daño ambiental más acorde con la naturaleza de los intereses en juego, permitiendo de una manera más adecuada el acceso a la justicia; y especialmente para contribuir al proceso de reforma constitucional que esperamos Chile concrete lo más pronto posible.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., 5 años após. a ECO-92 (Anais do Congresso internacional de Direito Ambiental). Instituto O Direito por um Planeta Verde, Sao Paulo, 1997.
- ACCIARI, Hugo A., "Acerca del tratamiento jurídico de los daños al medio ambiente (La Función Tuitiva de la Fiscalía de Estado de Buenos Aires)", en *La Ley*, 1987-E, 1105-1113.
- ALTERINI, Atilio A., "Argentina", en ALTERINI, y LÓPEZ CABANA, *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, I, pp. 474-483.
- ALTERINI, Atilio A., "Informe sobre la responsabilidad civil en el proyecto argentino de Código Civil de 1998", material entregado en el ILLA por el autor el 12 de abril de 1999 [en *La Ley*, 1999-C, pp. 860 ss.]
- ALTERINI, Atilio, AMEAL, Óscar, y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de las obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- ANDORNO, Luis, "La responsabilidad por daño al medio ambiente", en *Jurisprudencia Argentina*, 6006, 1996-IV, 877, pp. 10-18.
- ANDORNO, Luis, "Aspectos Constitucionales de la protección del medio ambiente", en *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV, Nº 6120, pp. 930 ss.
- ANDORNO, Luis, "Las molestias de vecindad (art. 2618 del Código Civil)", en *Jurisprudencia Argentina* 1999-IV-1074, pp. 1-15.
- ANDORNO, Luis, "Vías legales para la defensa del medio ambiente y para la reparación del daño ecológico", en *La Ley*, 2001-I, p. 1071 ss.
- ANDRADA, Alejandro, "Responsabilidad civil ambiental", en BREBBIA, Roberto H. (Director). *Estudios de derecho privado, Homenaje a Ángel Chávarri*, Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc, 1998, pp. 125-143.
- BARRA, Rodolfo, "La acción de amparo en la Constitución reformada; la legitimación para accionar", en *La Ley*, 1994-D, 1987-1097.
- BESALÚ PARKINSON, Aurora, "La responsabilidad civil por daño ambiental y el análisis económico del derecho (law and economics)", en *Jurisprudencia Argentina*, 1999-IV, pp. 16-23.
- BIBILONI, Homero, "Problemática de la gestión ambiental en los



municipios de la Provincia de Buenos Aires”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV, pp.18-22.

- BONFANTE, Pietro, *Storia del Diritto Romano*, Istituto di Diritto Romano, R. Università, Roma, 1934, 4ª Edición.

- BORDA, Guillermo, “Argentina (reforma de 1968 en la)”, en ALTERINI y LÓPEZ CABANA, *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, I, pp. 485-495.

- BOTASSI, Carlos, “La nueva legislación ambiental bonaerense”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV, pp. 22-25.

- BRUNS, Carl G., “Le azione popolari romane” (prefacio y traducción de Vittorio Scialoja), en SCIALOJA, Vittorio (Director), *Studi Giuridici*, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1933, Vol. I.

- BULAT, Sergio, “El defensor del pueblo de la nación y la defensa del medio ambiente”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1998, IV, pp. 939 ss.

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad civil por daño ambiental”, en *La Ley*, 1994-C, pp. 1052-1062.

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “El daño ambiental y las vías procesales de acceso a la jurisdicción”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV, 896.

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Contaminación del agua y acción de amparo”, en *El Derecho, Diario de Jurisprudencia y doctrina*, 9569, 1998, pp. 1-7.

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Prevención del daño ambiental (Auditoría del Medio Ambiente- Evaluación de Impacto Ambiental)”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV, p. 822 [1-7].

- CALEGARI DE GROSSO, Lydia, “Las restricciones y límites al dominio en sus relaciones con el medio ambiente: en busca de un enfoque multidisciplinario a partir de una nueva lectura del derecho civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, 6120, 1998, pp. 18-31.

- CAMPS, Carlos, “Particularidades del proceso civil por daño ambiental”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV-959 ss.

- CAMPS, Carlos, “El daño ambiental en el proyecto de Código Civil de 1998”, en *Jurisprudencia Argentina*, 6173, 1999, pp. 28-45.

- CAMPS, Carlos; NOLFI, Luis, “Importancia del Ministerio Público en el derecho penal ambiental”, en *Jurisprudencia Argentina*, 6006, 1996-IV-902, pp. 30-42.

- CANO, Guillermo, “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino”, en *La Ley* 1983-D. pp. 568-572.

- CAPELLA, José L., “El interés ambiental, legítimo y autónomo, en el nuevo texto de la Constitución nacional”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV, pp. 41- 45.

- CAPPELLETTI, Mauro, "La tutela dei interessi diffusi nel diritto comparato", en *Jurisprudencia Argentina*, 1978-III.
- CASTELLI, Luis, "La obligación de recomponer el daño ambiental en la Constitución nacional", en *La Ley*, T-1995-B, pp. 980-985.
- CHIBÁN, Nora A., y GONZÁLEZ, Felipe, "El Dominio público fluvial en el Código de Vélez Sársfield", en Schipani, S. (Director), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, Cedam, Padova, 1991, pp. 503 a 506. [514].
- COBAS, Manuel O., y ZAGO, Jorge A., "La influencia de las 'notas' del código civil en la ciencia del derecho argentino y latinoamericano", en Schipani, S. (Director), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, Cedam, Padova, 1991, pp. 141 y ss.
- DE SANTIS, Gustavo J., "La protección constitucional del ambiente. La legitimación del artículo 43 de la Constitución Nacional después de la reforma", en *La Ley*, 1995-D, pp. 1125 ss.
- DELGADO SCHNEIDER, Verónica, "La Protección del Medio Ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: Un estudio histórico-comparativo", en Martinic, M. Dora; Tapia, Mauricio (Editores), *Sesquicentenario del Código de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 907-937.
- DERNBURG, Heinrich, *Pandette*, trad. italiana de la 6ª ed. Por F. Cicala [*Pandekten*], Fratelli Bocca, Torino, 1906, Vol. I, Nº 1, p. 391.
- DI PIETRO, Alfredo, "Res publicae", en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, 1996, Nº 18, pp. 64 y ss.
- DI PORTO, Andrea, "Interdetti popolari e tutela delle res in uso publico", en AA.VV., *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese in onore di G. Provera* (Torino, 4-5 dic. 1991), Univ. di Torino. Miscellanea dell'Istituto Giuridico I, Editrice Jovene, Nápoles, 1994, 481 p.
- DI PORTO, Andrea, *La tutela della "salubritas" fra editto e giurisprudenza. I, Il Ruolo di Labeone*, Milán, Giuffrè Editore, 1990, 159 p.
- DÍAZ B., Agustín, "El espíritu de la legislación en la concepción del derecho en Dalmacio Vélez Sársfield", en Schipani, S. (Director), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, Cedam, Padova, 1991, p. 11.
- FADDA, Carlo, *L'azione popolare. Studio di Diritto Romano ed Attuale*, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1894, p. 296.
- FALBO, Aníbal, "Los residuos especiales en la ley 11.720 de residuos especiales de la Provincia de Buenos Aires y su decreto reglamentario", en *Jurisprudencia Argentina*, 6120, 1998-IV-976, pp. 46-51.
- FLAH, Lily, y SMAYEVSKY, Miriam, "La regulación procesal en el derecho ambiental americano", en *La Ley*, 1993-E, 935-945.

- FRANZA, Jorge, "El derecho humano al ambiente como derecho de participación", en *Jurisprudencia Argentina*, 1999-IV, pp. 45-63.
- GALDÓS, Jorge M., "Derecho ambiental y daño moral colectivo: algunas aproximaciones", en *Jurisprudencia Argentina*, 6120, 1998-IV-982, pp. 51-58.
- GAMBIER, Beltrán, y LAGO, Daniel, "El medio ambiente y su reciente recepción constitucional", en Cassagne, Juan C. (Director), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1995, pp. 1-19.
- GARCÍA P., Fernando, "Vías procesales en la protección de los derechos al ambiente", en *La Ley*, 1995-A, pp. 851-867.
- GIGENA César A., "El derecho ambiental en la perspectiva de los derechos humanos", en *Conceptos [Revista de la Universidad del Museo Social Argentino]* 72, 2, 1997, pp. 42-48.
- GIGENA César A., "Sobre el concepto de daño en el derecho ambiental", en *Conceptos [Revista de la Universidad del Museo Social Argentino]* 72, 3, 1997, pp. 38-43.
- GLÜCK, C. Friedrich v., *Commentario alle Pandette* (trad. it. de G. Fadda y P. Cogliolo), Società Editrice-Libraria, Milano, 1905, XLIII, parte IV, pp. 337 ss.
- GOLDENBERG, Isidoro, y ZANNONI, Eduardo, "Dalmácio Vélez Sársfield y la Teoría General del Derecho", en Schipani, S. (Director), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano* (Roma e America, collana di studi giuridici latinoamericani, 5), Cedam, Padova, 1991, pp. 42 ss.
- GRECCO, Carlos, "Ensayo Preliminar sobre los denominados intereses "difusos" o "colectivos" y su protección judicial", en *La Ley*, 1984-B, pp. 865-879.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, I.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- HIGHTON, Elena, "Reparación y prevención del daño al medio ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?", en Kemelmajer de C., Aída (Coord.), *Derecho de daños*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, 2, pp. 795-835.
- JHERING, Rudolph v., *Lo Scopo nel diritto*, traducida al italiano por Mario G. Losano. Einaudi Editore, Torino, 1972, 419 p.
- LÓPEZ CABANA, Roberto, "Derecho de propiedad y medio ambiente", en AA.VV., *5 anos após a ECO-92* (Anais do Congresso internacional de Direito Ambiental), Instituto O Direito por um Planeta Verde, Sao Paulo, 1997, pp. 143-150.
- LÓPEZ, Marcelo y DALLA, Alberto, "Los llamados "intereses difusos" y la protección constitucional del medio ambiente", en *El Derecho*, 1992, Nº

147, pp. 784-788.

- LOPRESTI, Roberto, *Constitución Argentina comentada*, Unilat, Buenos Aires, 1996, 354 p.

- LUCAS SOSA, Gualberto, "La defensa jurisdiccional de los intereses superindividuales y difusos. La defensa de los intereses del consumidor y del medio ambiente (análisis jurisprudencial desde Argentina)", en AA.VV., *Estudios en Homenaje al profesor Enrique Vescovi*, Fund. de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, pp. 218-241.

- LUGONES, Narciso, "Programa para el estudio del delito ambiental: la esquematización de sus lugares comunes", en *Jurisprudencia Argentina*, 6120, 1998-V-991, pp. 58-66.

- MASNATTA, Héctor, "La ideología del Código Civil Argentino", en Schipani, S. (Director), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, Cedam, Padova, 1991, pp. 181-194.

- MARIENHOFF, Miguel, "Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El 'interés difuso'", en *El Derecho*, 1984, Nº 106, pp. 922-924.

- MARIENHOFF, Miguel, "Delfines o Toninas y acción popular", en *Revista El Derecho*, 1984, T. 105, p. 244 ss.

- MARIENHOFF, Miguel, "La legitimación en las acciones contra el Estado (Acción popular. Interés simple. Interés difuso. Acto administrativo discrecional)" en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1986-C, pp. 899- 908.

- MESSINA DE ESTRELLA G., Graciela, "Daño ambiental", en *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 2ª Edición, 350 p.

- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Cesación del daño", en *ANALES, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 1998, pp. 173-192.

- MORELLO, Augusto, "La defensa de los "intereses difusos" y el derecho procesal", en *Jurisprudencia Argentina*, 1978 - III.

- MORELLO, Augusto, "Amparo Colectivo", en *Jurisprudencia Argentina*, 1985-II, pp. 723-729.

- MORELLO, Augusto, "Los intereses difusos y el derecho procesal (del amparo individual al colectivo)", en *Jurisprudencia Argentina*, 1990 - IV, p. 46.

- MORELLO, Augusto, "El VII Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Würzburg en 1983", en Morello, Augusto (Editor), *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas, nuevas respuestas*, Librería Editora Platense, La Plata, 1998.

- MORELLO, Augusto, "Los procesos acumulativos en el ámbito de las acciones colectivas y de clase", en Teitelbaum, Jaime (Coord.), *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal (15 al 17 de mayo de 1999, Colonia,*

Uruguay), Editorial Surcos, Montevideo, 1999, p. 103.

- MORELLO, Augusto, y STIGLITZ, Gabriel, "Las nuevas constituciones de San Juan y Salta y los intereses difusos", en *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III, pp. 907 ss.

- MORELLO, Augusto, y STIGLITZ, Gabriel, "Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos", en *Jurisprudencia Argentina*, 1985-IV, pp. 651- 663.

- MORELLO, Augusto, HITTERS, Juan, y BERIZONDE, Roberto, "La defensa de los intereses difusos", en *Jurisprudencia Argentina*, 1982-IV, pp. 700-712.

- MOSSET ITURRASPE, Jorge (Director), *Responsabilidad Civil (Teoría General)*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

- MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El seguro de responsabilidad por daños al medio ambiente", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario (Seguros II)*, 1999, Nº 20, p. 9 ss.

- NATALE, Alberto, "Protección del medio ambiente en la reforma constitucional", en *La Ley*, T-1994-E, pp. 1385-1389.

- PEYRANO, Guillermo, "Daño ecológico, protección del medio ambiente e intereses difusos", en *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III, p. 835 ss.

- PEYRANO, Guillermo, "La acción de amparo como medio de tutela de los intereses colectivos o difusos en el nuevo esquema constitucional argentino", en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV, pp. 58- 63.

- PEYRANO, Guillermo, "Medios procesales para la tutela ambiental", en *Jurisprudencia Argentina*, 2001-I, p. 1175 ss.

- PEYRANO, Jorge, y CAPELLA, José, "Teoría del interés ambiental legítimo y autónomo", en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV, pp. 64-67.

- PIZARRO, Ramón Daniel, "Actividades riesgosas", en ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, I, 1-b, pp. 222-231.

- QUIROGA, Humberto, "El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional", en *La Ley*, 1996-D, pp. 959 ss.

- RESCIGNO, Pietro, "Dalmacio Vélez Sársfield codificatore", en Schipani, S. (Director), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, Cedam, Padova, 1991, pp. 30 ss.

- RIVAS, Adolfo, "El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina", en *La Ley*, 1994-E, pp. 1331-1337.

- SAGUÉS, Néstor P., "Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional", en *La Ley [Argentina]*, 1994-D, pp. 1151-1160.

- SAGUÉS, Néstor P., "Acción de Amparo, intereses difusos y acción popular", en *Jurisprudencia Argentina*, 1994-I, p. 523 ss.

- SCHIPANI, Sandro, "Actio de positis aut suspensis", en Schipani, S.



(Director), *Derecho Romano y Unificación del Derecho, Experiencia europea y latinoamericana (con especial atención a la responsabilidad extracontractual)*, Materiali II, U. Tor Vergata, Roma, 1999, pp. 145-150.

- SCHIPANI, Sandro, "Actionis de diectis vel efussis", en Schipani, S. (Director), *Derecho Romano y Unificación del Derecho, Experiencia europea y latinoamericana (con especial atención a la responsabilidad extracontractual)*, Materiali II, U. Tor Vergata, Roma, 1999, pp. 151-176.

- SEOANE, Paula, "Daños al medio ambiente", en *Conceptos [Revista de la Universidad del Museo Social Argentino]* 73, 5, 1998, pp. 55-61.

- STIGLITZ, Gabriel, "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente", en *La Ley*, 1983-A, pp. 782-790.

- STIGLITZ, Gabriel, "Daño moral individual y colectivo. Medioambiente, consumidor y dañosidad colectiva", en *Revista de Direito do Consumidor*, 19, 1996, pp. 68-76.

- TAWIL, Guido S., "La cláusula ambiental en la Constitución Nacional", en *La Ley* 1995-B, pp. 1296 ss.

- VALLS, Mario, "Legitimación Ambiental (La jurisprudencia ante la reforma constitucional de 1994)", en *Jurisprudencia Argentina*, 6121, 1998-IV-1080, pp. 66-75.

- VENINI, Juan C., "El daño y los intereses difusos", en Kemelmajer, A. (Dir.), *Derecho de daños*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, 2, pp. 53-105.

- WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle Pandette* [Traducción italiana de C. Fadda y P. E. Bensa], Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1904, p. 367.

- WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle pandette* [Traducción italiana de C. Fadda y P. E. Bensa y continuadas por Bonfante, ayudado por Maroi], Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1925, Vol. I, Parte II, pp. 25-27).

- ZAVALA DE G., Matilde, "La tutela inhibitoria contra daños", en *Revista de responsabilidad civil y seguros* (Dirigida por ALTERINI, A.), 1999, vol. 1, Nº 1, pp. 1-9.