

*El proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente nº 25.675.
En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la
República Argentina.*

Francisco Verbic

Sumario: 1. El proyecto de reformas a la Ley nº 25.675 y el objetivo de estas líneas. 2. Nuevos conflictos exigen nuevos procesos. 3. Los dispositivos procesales de la L.G.A. y sus limitaciones. 4. El objetivo de la reforma. 5. Modificaciones al art. 30 de la L.G.A. 5.1. Inclusión expresa de los derechos individuales homogéneos como objeto de tutela. 5.2. El control de la representatividad adecuada del legitimado colectivo. 6. El nuevo art. 30 bis de la L.G.A. 6.1. Requisitos de admisibilidad de la pretensión colectiva en reclamo de daños individuales homogéneos. 6.2. La condena genérica de responsabilidad. 6.3. El destino de la indemnización. 7. Nuevos contornos de la expansividad cosa juzgada. 7.1. Las modificaciones al 2do. párrafo del art. 33 L.G.A. 7.2. La relación de la cosa juzgada colectiva con las pretensiones individuales. 8. Facultad del juez para establecer Fondos de Compensación *ad hoc*. 9. Por el buen camino.

1) *El proyecto de reformas a la Ley nº 25.675 y el objetivo de estas líneas.*

En fecha 13 de Marzo de 2007 los senadores nacionales Ricardo Gómez Díez y Pedro Salvatori presentaron en la cámara alta un proyecto de reformas (en adelante “el Proyecto”) a los aspectos procesales de la Ley General del Ambiente nº 25.675 (en adelante “L.G.A.”). Dicha iniciativa recoge la sugerencia de la Asociación Argentina de Derecho Procesal que, a su turno, tuvo origen en una propuesta elaborada por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP¹.

El Proyecto consta de cuatro artículos que introducen modificaciones a los arts. 30, 33 y 34 e incorporan un nuevo art. 30 bis al texto actual de la L.G.A. A grandes rasgos puede observarse que tales modificaciones habilitan a los legitimados colectivos para demandar la reparación de los daños individuales sufridos por los integrantes del grupo afectado por el hecho dañoso, establecen la exigencia de controlar la representatividad adecuada del legitimado y los límites dentro de los cuales resulta viable la tutela colectiva de los derechos individuales, incorporan la posibilidad del dictado de una condena genérica dejando para una segunda fase del proceso la liquidación de los daños individuales, aclaran y redefinen los actuales alcances de la expansividad de la cosa juzgada de los efectos de la sentencia y, finalmente, habilitan al juez a crear fondos de compensación *ad hoc* hasta tanto el legislador confiera operatividad al art. 34 L.G.A. por medio de la ley especial pertinente

El objetivo de este trabajo es presentar concreta y objetivamente los alcances y el significado de tales modificaciones. La exposición se dividirá en dos bloques, para terminar con algunas conclusiones orientadas a corroborar la necesidad de continuar trabajando en búsqueda de un sistema colectivo que responda con solvencia a los nuevos desafíos planteados por el fenómeno de los conflictos de masa. En tal orden de ideas, primeramente realizaremos una breve presentación del tema y de los objetivos de la reforma, argumentando principalmente sobre la insuficiencia de la actual legislación procesal nacional para brindar respuestas eficientes al conflicto colectivo ambiental (puntos 2 a 4). Cumplido ello, en el segundo bloque abordaremos una a una las innovaciones del Proyecto, analizando su contenido dentro del objetivo principalmente expositivo que persiguen estas líneas (puntos 5 a 8).

2) *Nuevos conflictos exigen nuevos procesos.*

¹ Conf. exposición de motivos. El mérito por la redacción del anteproyecto en este último escenario –donde tuvimos la posibilidad de participar activamente con distintas críticas y sugerencias- corresponde a los Dres. Leandro J. Giannini y Leandro K. Saffi.

La imperiosa necesidad de adecuar el instrumental procesal vigente en nuestro país se presenta con particular evidencia a la hora de enfrentar conflictos colectivos que, compartiendo ciertas características comunes, involucran derechos sustanciales de la más diversa índole.

La discusión sobre las condiciones de detención en el marco del sistema penitenciario bonaerense² y la resolución de conflictos generados por aplicación de tarifas inconstitucionales³, solo por dar un par de ejemplos, son buena muestra de la inadecuación del proceso civil tradicional para dar respuestas eficientes a problemas que abarcan grandes números de personas situadas en una posición similar frente al demandado.

El campo del derecho ambiental se presenta como el escenario paradigmático para la producción de dicho fenómeno conflictivo, principalmente por la indivisibilidad del bien jurídico tutelado y la gran cantidad de personas que coparticipan en su uso y goce⁴. Quizás sea por esta razón que tal rama del derecho sustancial es la única que ha logrado, en el orden federal argentino, el reconocimiento de normas positivas que regulan con cierta coherencia determinados aspectos del proceso colectivo.

En efecto, el veto presidencial del art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor n° 24.240⁵, sumado a la ausencia de alguna ley específica que regule mecanismos procesales diferenciados para la protección de derechos civiles de grupos o sectores, convierten al mecanismo establecido por los arts. 30, 32 y 33 de la L.G.A. en el único bastión de tutela colectiva con vigencia en todo el territorio del país.

3) Los dispositivos procesales de la L.G.A. y sus limitaciones.

La L.G.A. reconoce la legitimación colectiva para promover un proceso ambiental en amplios términos, tanto cuando el objeto de la pretensión es obtener el cese de la actividad generadora de daño como cuando se trata de lograr la reparación de éste. En tal sentido, el art. 30 de dicho cuerpo legal establece que *“Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”*.

Asimismo, la norma prevé en su art. 32 disposiciones relativas a la competencia para entender en estos casos y la posibilidad de trabar medidas cautelares aún de oficio por parte del juez. En otro orden, dicho precepto acuerda al magistrado amplios poderes ordenatorios e instructorios para asegurar la buena marcha del proceso. Ello en los siguientes términos: *“La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria,*

² C.S. “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus” Sentencia del 03/05/05, causa V. 856. XXXVIII

³ C.S. “Prodelco c/ Poder Ejecutivo Nacional” Sentencia del 07/05/98, L.L. 1998-C-574.

⁴ Sobre la noción de *bien colectivo* ver LORENZETTI, Ricardo L. “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, L.L. 1996-D-1058, BIDART CAMPOS, Germán J. “Los bienes colectivos tienen existencia constitucional”, L.L. 2002-A-1337, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. “Bienes colectivos, TV y selección: una ineludible aclaración, una realidad normativa”, L.L. 2001-A-850, y MARMOR, Andrei “Do we have a right to common goods?”, 14 Can. J.L. & Juris.213.

⁵ Decreto n° 2089/93. A través de su dictado se desarticuló cualquier aspiración sistemática de la norma, dejando sin respuesta el interrogante de los límites de la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia cuando la acción resulta promovida por algún legitimado colectivo.

prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte." (el texto resaltado fue vetado por el Poder Ejecutivo)⁶.

Finalmente, la L.G.A. establece cuáles son los alcances de la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia colectiva ambiental. Las previsiones al respecto se encuentran en el 2do. párrafo del art. 33, en cuanto dispone que *"La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias"*.

No obstante todo ello, debe advertirse que la importancia de tales disposiciones y la solvencia del mecanismo procesal por ellas establecido se han visto socavadas en gran parte por las fallas sistémicas demostradas en su funcionamiento concreto. Estos problemas prácticos encuentran causa, a nuestro modo de ver, en la falta de previsión de diversos aspectos relevantes para el funcionamiento de un *sistema* procesal colectivo. Entre otros, la necesaria adaptación del mecanismo de debate a la complejidad del conflicto, las cuestiones de competencia, la litispendencia (tanto entre procesos colectivos como entre procesos individuales y colectivos), la flexibilización de las reglas sobre intervención de terceros, el derecho de autoexclusión de quienes no desean involucrarse en el resultado del pleito, la posibilidad de ampliar la discusión a través de audiencias públicas y de la intervención de *amicus curiae*, los dispositivos de control y las condiciones de validez de los eventuales acuerdos transaccionales, la publicidad del proceso y los mecanismos de implementación de la sentencia ambiental. Ninguna de estas cuestiones es materia de regulación en la L.G.A.

Llegados hasta aquí, como parte del análisis resulta de suma importancia tener en consideración que la L.G.A. reviste la calificación de Ley de Presupuestos Mínimos, dictada por el Congreso de la Nación en los términos del art. 41 C.N. En cuanto tal, su contenido comprende disposiciones de orden público orientadas a regir en todo el territorio de la Nación (art. 3 L.G.A.), las cuales regulan aquellas cuestiones que se consideran *"...necesarias para asegurar la protección ambiental."* (art. 6 L.G.A.). Advirtiendo la relevancia de la legislación adjetiva para garantizar la efectiva vigencia de los derechos ambientales, en dicho marco se optó por incluir las normas procesales apuntadas⁷. Sin embargo, en esta tarea el legislador se quedó a mitad de camino ya que tales disposiciones no comprenden ciertos aspectos esenciales para el correcto funcionamiento de un sistema colectivo de resolución de conflictos.

En este orden de ideas, cabe señalar que las disposiciones del art. 30 y siguientes de la L.G.A. se presentan como preceptos aislados para ser utilizados en el marco de mecanismos procesales que a lo largo del país continúan siendo, en esencia y salvo algunas excepciones, de carácter puramente individual. En la época de su sanción la L.G.A. sin duda significó un importante avance en la materia. No obstante, y aún cuando puede elogiarse su coherencia en la regulación de la entrada y salida del proceso⁸, actualmente lejos se encuentra de conformar un sistema de debate adecuado para resolver conflictos colectivos ambientales.

Los casos *"Asociación de Superficiales de la Patagonia"*⁹, *"Mendoza I"*¹⁰ y *"Mendoza II"*¹¹ corroboraron a su manera esta realidad, generando serias incertidumbres y obligando a la Corte

⁶ Sobre los alcances de la noción de "congruencia" y los límites que deben respetarse a la hora de su flexibilización en este campo, remitimos a nuestro trabajo *"Flexibilización de la congruencia en la sentencia colectiva"*, Revista de Derecho Ambiental Abeledo-Perrot, septiembre 2008 (en prensa).

⁷ Al respecto se ha destacado recientemente que *"...desde antiguo, la Corte Federal tiene dicho que el Congreso Nacional puede regular normas de procedimiento si sirven para asegurar mejor los derechos sustanciales regulados por la ley nacional."*⁷ (conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída *"Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)"*, Comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 22 de junio de 2006). Sobre el particular puede ampliarse en MERCADER, Amílcar A. *"Poderes de la Nación y de las provincias para instituir normas de procedimiento"*, Ed. Jurídica Argentina, Bs. As., 1939 (donde se señala como punto de partida de esta doctrina la causa *"Correa c/ Barros"*, Fallos 136:154).

⁸ Insistimos, coherencia que no presenta la Ley n° 24.240 ni tampoco la Ley n° 23.551, que en su articulado comprenden normas relativas a la legitimación colectiva de cierto tipo específico de asociaciones, pero nada regulan sobre los alcances de la cosa juzgada (arts. 55 y 56 Ley n° 24.240 y arts. 23 y 31 inc. "a" Ley n° 23.551).

⁹ C.S. *"Asociación de Superficiales de la Patagonia c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y ots. s/ Amparo"*, Sentencia del 13/07/04, L.L. 13/10/04.

¹⁰ C.S. *"Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios"*, Sentencia del 20/06/06, L.L. diario del 29/06/06 (juzgando sobre la admisibilidad).

¹¹ C.S. *"Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios"*, Sentencia del 24/08/06, D.J. 13/09/06, 107 (juzgando sobre la solicitud de intervención como tercero y de ampliación de demandada planteada por el defensor del Pueblo de la Nación).

Suprema a utilizar sus poderes ordenatorios e instructorios para determinar el camino a seguir. Un camino que entendemos, en aras de respetar el derecho de igualdad de las partes y la garantía de debido proceso legal, debería encontrarse demarcado de antemano.

4. El objetivo de la reforma

De acuerdo a lo dicho hasta aquí, podemos sostener que el fenómeno de los procesos colectivos involucra mucho más que el simple reconocimiento de quiénes son los sujetos legitimados para promover la acción y cuál es el alcance que adquiere la cosa juzgada de la sentencia a dictarse. Asumiendo tal premisa, la idea de la reforma parece haber surgido luego de identificar y reconocer que gran parte de las deficiencias que la L.G.A. presenta en sus aspectos procesales derivan, justamente, del hecho que éstos se limitan a regular únicamente aquellas dos cuestiones.

Tomando como punto de partida algunos problemas concretos con que se enfrentan los operadores jurídicos en este campo (fruto de tan escueta reglamentación), así como la importancia que reviste el proceso colectivo en su rol de tutela para garantizar el equilibrio medioambiental¹², el Proyecto que analizaremos persigue como objetivo contribuir a mejorar la regulación de este tipo de dispositivo procesal, introduciendo modificaciones claves para lograr tal finalidad a partir de la experiencia comparada y de un estudio profundo sobre el tema.

5. Modificaciones al art. 30 de la L.G.A.

5.1. Inclusión expresa de los derechos individuales homogéneos como objeto de tutela.

Según el art. 27 de la L.G.A., las normas establecidas en el capítulo intitulado *Daño Ambiental* se aplican a “...los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión causen daño ambiental de incidencia colectiva.” Si tomamos en consideración que todas las disposiciones procesales de naturaleza colectiva se encuentran comprendidas en este capítulo de la norma, sin duda alguna resulta de suma importancia para el operador del derecho determinar qué se entiende por *daño ambiental de incidencia colectiva*. Ello así en la medida que, según la estructura de la ley, la legitimación colectiva amplia y el efecto *erga omnes* de la cualidad de cosa juzgada de la sentencia solo operan cuando la pretensión tiene por causa hechos que generan daños de este tipo¹³.

Al respecto, según apunta KEMELMAJER DE CARLUCCI en un enjundioso trabajo sobre la materia¹⁴, existiría en la República Argentina un cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial en distinguir dos tipos de daño ambiental “...aunque sean causados por un único acontecimiento: a) Daño de incidencia colectiva, o ambiental propiamente dicho. b) Daño individual (tradicionalmente regulado por el código civil)...”. La autora destaca que solo “...el daño de incidencia colectiva o daño ambiental propiamente dicho se rige por la ley general del ambiente 25.675” de conformidad con lo dispuesto por la primera parte del art. 27 de la L.G.A., y señala que para que exista daño ambiental la alteración debe ser negativa, relevante y producirse en el ambiente, los recursos naturales o en bienes o valores colectivos. Asimismo, distingue el daño previsto en el art. 27 de la L.G.A. de aquel contenido en la definición del art. 1.068 del Cód. Civil, destacando que no se trata de textos paralelos ya que este último no contiene mención expresa sobre la gravedad del daño y se refiere a un ataque a la persona, sus derechos o facultades, o a cualquier bien de su patrimonio (mientras que el daño ambiental “...afecta al ambiente, a los recursos naturales o a bienes o valores colectivos...”).

La primer modificación prevista por el art. 1 del Proyecto tiene por objeto evitar que una interpretación restrictiva de la L.G.A., como aquella propiciada por el sector de la doctrina y la jurisprudencia a que se refiere KEMELMAJER DE CARLUCCI en el trabajo citado, deje fuera del ámbito de la tutela colectiva los conflictos individuales ocasionados a todos los sujetos que coparticipan en el uso y goce del bien colectivo dañado¹⁵. En este orden, se prevé insertar como segundo párrafo

¹² Conf. Exposición de motivos del Anteproyecto de Reformas a la Ley nº 25.675.

¹³ Sobre los hechos como causa de la pretensión procesal ver DIAZ, Clemente “La exposición de los hechos en la demanda”, en la obra colectiva “Los hechos en el proceso civil”, MORELLO, Augusto M. (Director), Ed. La Ley, 2003.

¹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)”, Comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 22 de junio de 2006.

¹⁵ Sosteniendo que las disposiciones de la L.G.A. también se aplican al caso de daño individual en la medida que el art. 30 reconoce la legitimación del *afectado* para promover el proceso colectivo, ver CAFFERATTA, Néstor “Derecho a la salud y derecho ambiental”, L.L.C. 2006-411.

del art. 30 de la L.G.A. el siguiente texto: *“Los legitimados enunciados en el párrafo anterior podrán asimismo demandar colectivamente la reparación de los perjuicios individuales homogéneos sufridos a consecuencia del daño ambiental”*.

El precepto recepta una de las especies que conforman la tipología de derechos incluida como objeto de tutela en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (en adelante “Código Modelo”)¹⁶. De este modo, la modificación permitiría a los legitimados colectivos accionar en pos de la defensa de los derechos individuales de los miembros de un grupo, provenientes de origen común (en este caso, provenientes de la producción del daño ambiental caracterizado por el art. 27 L.G.A.)¹⁷.

5.2. El control de la representatividad adecuada del legitimado colectivo.

El art. 1 del Proyecto también incorpora al art. 30 de la Ley nº 25.675 dos nuevos párrafos finales en los siguientes términos: *“Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se tutelen derechos de incidencia colectiva, se exigirá que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de dichos intereses. Entre otros parámetros, el juez podrá tener en cuenta: a) la capacidad, competencia, prestigio y experiencia del legitimado; b) sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda.*

La decisión en materia de representatividad adecuada no causará estado. En caso de que el juez verifique la inexistencia de este requisito notificará de oficio al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso, a fin de que asuman voluntariamente la titularidad de la acción”.

El sistema colectivo descansa sobre la ficción de considerar presentes en el proceso a todos los miembros del grupo a través de un legitimado extraordinario (asociación intermedia, defensor del pueblo, ministerio público o afectado). Esto implica una redefinición de los alcances de la garantía de debido proceso legal, toda vez que el legitimado colectivo se autonoma como tal aún en desconocimiento de los miembros del grupo afectado y, en ocasiones, incluso contra su voluntad. El derecho a ser oído en juicio se limita de tal modo al derecho a ser oído a través de un representante un tanto anómalo¹⁸.

Las razones que justifican tal fenómeno son de diversa índole y merecen un análisis profundo que no puede realizarse aquí. No obstante, podemos señalar que la implementación de procesos representativos encuentra fundamento en consideraciones relativas al reforzamiento del derecho de acceso a la justicia y de igualdad de las partes, junto con motivos de eficiencia y economía procesal¹⁹. Asumiendo que tales razones permiten sostener la validez y conveniencia del sistema²⁰, y teniendo presente que según el art. 33 L.G.A. la cosa juzgada de los efectos de la sentencia adquiere en principio cualidad *erga omnes*, parece por demás razonable que el mecanismo de debate permita al juez de la causa controlar que el legitimado colectivo proteja adecuadamente los intereses de las personas en nombre de quienes acciona.

¹⁶ Art. 1, II.

¹⁷ Ver también art. 20 del Código Modelo.

¹⁸ Anómalo en correspondencia con el carácter también anómalo del tipo de conflictos que tiende a resolver el proceso colectivo. Con relación al fenómeno de la autonominación en carácter de representante, FISS encuentra sus principales precedentes en el mundo de la política y en otros dominios sociales, fundamentalmente en épocas también extraordinarias como cambios de regímenes (ver FISS, Owen *“A teoria política das acoes coletivas”* en *“Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdicao, constituicao e sociedade”*, Traducción al Portugués de Daniel Porto Godinho da Silva y Melina de Medeiros Ros, Ed. Revista dos Tribunais, Brasil, 2004, p. 240).

¹⁹ Sobre los objetivos perseguidos por este tipo de mecanismos procesales, que valen como argumentos en sostén de su implementación, ver entre otros TARUFFO, Michele *“Some remarks on group litigation in comparative perspective”*, 11 Duke J. of Comp. & Int'l L. 405; ABRAMOVICH, Victor *“Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”*, LexisNexis 0003/012631; GIUSSANI, Andrea *“Studi sulle class actions”*, CEDAM, Padova, 1996, pp. 99-238; VERBIC, Francisco *“Procesos Colectivos”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, capítulo I.

²⁰ Desde la introducción del art. 43 C.N. a través de la reforma de 1994 entendemos que ambos puntos se encuentran fuera de discusión. La elección del constituyente no ha dejado opción al legislador, limitando el espacio de discusión a las características del método de debate que debe establecerse para hacer efectivo el derecho a una tutela colectiva eficiente.

La garantía de debido proceso legal de los miembros ausentes se apoya fundamentalmente sobre este control, que encuentra sus raíces en el sistema norteamericano de las *class actions*²¹. En dicho marco legal se presenta como uno de los 4 prerequisites expresos que deben encontrarse reunidos para que el proceso colectivo pueda ser tratado como tal, exigiendo al representante que pretende accionar en beneficio de la clase (*named representative*) demostrar que protegerá justa y adecuadamente los intereses de los miembros ausentes (*fairly and adequately protect the interests of the absents class members*)²².

La importancia de tener presente el origen de la disposición reside en la gran utilidad que puede brindar como fuente interpretativa la profusa producción doctrinaria y jurisprudencial estadounidense en torno a la materia²³. Parte de esta influencia es recogida por el Proyecto, el cual enumera -con carácter meramente enunciativo y haciendo eco de la jurisprudencia norteamericana- una serie de factores a tomar en consideración por el juez a la hora de evaluar la presencia del requisito exigido. Si seguimos la orientación norteamericana sobre el punto, tales factores deberían ser analizados tanto con relación al legitimado como a sus abogados.

El cumplimiento de este recaudo fundamental del proceso colectivo debe ser controlado celosamente por el juez, ya que las deficiencias en el mismo pueden resultar en la violación de la garantía de debido proceso legal de los miembros ausentes y, como consecuencia, en la inoponibilidad de la sentencia a quienes demuestren que no fueron adecuadamente representados. Tal resultado indeseado socavaría la legitimidad del sistema y una de sus propias razones de ser: evitar la multiplicación de pleitos para discutir sobre las mismas cuestiones.

La extrema importancia de cuidar la calidad del representante se refleja particularmente en dos previsiones del Proyecto en análisis. La primera de ellas es que la resolución sobre la cuestión no causa estado, debiendo ser controlada -aún de oficio- por el juez a lo largo de todo el trámite de la causa. La segunda es la posibilidad de suplantar la representación defectuosa con otros legitimados colectivos, brindando una alternativa razonable al rechazo de la acción (siempre tomando en consideración la magnitud de los intereses en disputa).

6. El nuevo art. 30 bis de la L.G.A.

6.1. Requisitos de admisibilidad de la pretensión colectiva en reclamo de daños individuales homogéneos.

El art. 2 del Proyecto prevé incorporar un nuevo *art. 30 bis* a la Ley nº 25.675 para regular algunas cuestiones del proceso colectivo que lleve por objeto obtener el resarcimiento de daños individuales homogéneos. El primer párrafo del texto propuesto es el siguiente: "*ARTÍCULO 30 bis. — Para la admisibilidad de los procesos iniciados en los términos del 2º párrafo del artículo anterior será requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez tendrá en consideración elementos como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares, o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados.*

En atención al carácter excepcional de la legitimación colectiva, la complejidad que puede adquirir un proceso de este tipo y el sacrificio de la esfera de autonomía individual que exige de parte de los miembros del grupo, el primer párrafo del nuevo artículo proyectado establece que la tutela colectiva de

²¹ Cabe señalar que la ausencia de previsión expresa de este recaudo es una de las principales críticas que la doctrina brasileña formula a su propio sistema colectivo. Haciendo eco de ello, los redactores del Código Modelo (3 juristas brasileños expertos en la materia: Ada PELLEGRINI GRINOVER, Antonio GIDI y Kazuo WATANABE) incluyeron expresamente el control del requisito en su art. 2, I.- y parágrafos 2º y 3º. La importancia de tal previsión también puede verse en su inclusión en el art. 20 del Anteproyecto de Código Brasileño de Procesos Colectivos, presentado al Ministerio de Justicia por el Instituto Brasileño de Derecho Procesal en el mes de Enero de 2007 (si bien con otros alcances).

²² *Federal Rules of Civil Procedures* n° 23(a)(4).

²³ Ver entre otros FRIEDHENTAL, Jack H. – KANE, Mary Kay – MILLER, Arthur R. "*Civil Procedure*", Ed. West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1985, pp. 730-732; MARCUS, Richard L. – SHERMAN, Edward F. "*Complex litigation. Cases and materials on advanced civil procedure*", West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1985, pp. 299-318; TIDMARSH, Jay – TRANGSRUD, Roger H. "*Complex litigation and the adversary system*", Ed. Foundation Press, New York, 1998, pp. 564-583; KLONOFF, Robert H. – BILICH, Edward K.M. "*Class actions and other multy-party litigation*", Ed. West Group. St. Paul, Minn, 2000, pp. 108-155.

los derechos individuales resultará procedente solo cuando el tratamiento del conflicto a través de ella se muestre como una alternativa *más eficiente y funcional* que la vía tradicional²⁴.

A fin de evaluar esta premisa, la norma señala como factores de juicio –nuevamente a título enunciativo- el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares y la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados. Podemos ver sin dificultad que en esta parte de la norma se refleja el principal objetivo del proceso colectivo: evitar el llamado “contradictorio superfluo”. De tal modo se permite el tratamiento unitario de las cuestiones comunes a todo el grupo por medio de un mecanismo que brinda una alternativa a la solución tradicional que se acordó a este tipo de casos.

Más aún, puede advertirse que en esta parte de la norma proyectada se encuentra la principal razón práctica que permite pensar en la viabilidad de un proceso colectivo. En efecto, si las cuestiones particulares tuvieran primacía sobre las comunes al grupo, la tutela unitaria resultaría ya no solo inconveniente sino imposible; mientras que si fuera viable configurar un litisconsorcio entre los afectados sin mayores dificultades, el conflicto podría atenderse a través de la aplicación del proceso ordinario, evitando las concesiones que la autonomía individual del individuo debe realizar en el marco del proceso colectivo en beneficio de la eficiencia del sistema.

La norma intenta poner en el centro del análisis la necesidad de contrabalancear las ventajas y desventajas que presentan las alternativas posibles para enfrentar el conflicto (esto es, proceso individual o proceso colectivo), resolviendo que la discusión en clave colectiva solo resultará viable cuando las particulares características del conflicto generado así lo exijan.

Como lógicamente no es posible determinar a priori cuál es el alcance de los conflictos ambientales que involucran la lesión de derechos individuales homogéneos, la norma se limita a brindar al intérprete algunas guías de relevancia para facilitar el análisis que –necesariamente- debe realizarse en cada caso concreto²⁵.

6.2. La condena genérica de responsabilidad

El segundo párrafo del nuevo art. 30 bis de la L.G.A. prevé lo siguiente: “*ARTÍCULO 30 bis. — (...) La sentencia que haga lugar a la demanda podrá ser genérica, pudiendo en tal caso cada uno de los damnificados promover liquidación y ejecución individual en la medida de su afectación.*”.

El instituto de la condena genérica encuentra un desarrollo histórico sumamente interesante en el derecho procesal italiano, donde a pesar de la falta de regulación legal la jurisprudencia había admitido sin discusión la posibilidad de escindir el proceso de daños en dos fases. La primera de ellas orientada a juzgar el *an debeatur*, esto es, la responsabilidad del demandado; y la segunda destinada a determinar el *quantum debeatur*, o sea, el alcance de los daños efectivamente sufridos por el actor²⁶.

Para la procedencia de esta división en etapas la Corte Suprema italiana exigía que en la primera de ellas se acreditara la existencia del daño, dejando para la segunda exclusivamente la determinación de su magnitud. Esta postura -que suscitó en su momento la crítica de CALAMANDREI²⁷, compartida

²⁴ Se trata de la incorporación del requisito exigido por la *Federal Rule of Civil Procedure n° 23 (b)(3)* para la procedencia de la acción conocida como *class actions for damages*. Este tipo de acciones solo procede en el sistema norteamericano cuando las cuestiones comunes predominan sobre las individuales (*predominance*) y la tutela colectiva resulta superior a otras alternativas de juzgamiento del conflicto (*superiority*).

²⁵ Guías que responden en gran parte a otros dos prerequisites de admisibilidad de las *class actions* (denominados por la doctrina como *commonality* y *numerosity*) incluidos en la *Federal Rule of Civil Procedure n° 23(a)(1)* y *(a)(2)*. Para un análisis de éstos puede consultarse, entre otros, KLONOFF, Robert H. – BILICH, Edward K.M. “*Class actions and other multy-party litigation*”, Ed. West Group. St. Paul, Minn, 2000, en especial pp. 62-89.

²⁶ Ver en general CALAMANDREI, Piero “*La condena “genérica” a los daños*”, apéndice primero de la obra “*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*”, traducción de Marino Ayerra Merin, Ed. El Foro, Buenos Aires, 1996. Para ampliar, ROGNONI, Virginio “*Carattere della pronuncia di condanna generica*”, Riv. Dir. Proc., 1952, pp. 105 y ss.; SATTÀ, Salvatore “*La condanna generica*”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1959, pp. 1402 y ss.; MONTESANO, Luigi “*Sulla condanna generica*”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1962, pp. 553 y ss.; PIGARI, Maria “*Condanna generica e preclusione di questioni*”, Riv. Dir. Proc., 1979, pp. 141 y ss.; CAVALLINI, Cesare “*L’oggetto della sentenza di condanna generica*”, Riv. Dir. Proc., 2002, pp. 524 y ss.).

²⁷ El autor considera ilógico e inviable deslindar existencia de cantidad. Al respecto sostiene que “...no son dos atributos independientes de los cuales con referencia al mismo sujeto el uno pueda ser afirmado y el otro negado. Cantidad es medida de existencia y de la misma manera que al negar la existencia se niega implícitamente la cantidad, así la existencia no puede ser afirmada sino dentro de ciertos límites al reconocimiento de los cuales implica un juicio de cantidad.” (Conf. CALAMANDREI, Piero “*La condena “genérica” a los daños*”, apéndice primero de la obra “*Introducción al estudio*”).

recientemente por autorizada doctrina argentina²⁸-, encontró en el año 1.950 recepción positiva en el art. 278 del *Codice di Procedura Civile* italiano (actualmente vigente), el cual establece que cuando está comprobada la existencia de un derecho pero resulta controvertida la cantidad de la prestación debida, el juez, a instancia de parte, puede limitarse a pronunciar sentencia de condena genérica y disponer que el proceso prosiga para la liquidación²⁹.

Las ventajas de este tipo de instituto en el marco del proceso colectivo de daños son evidentes. Al dejar en manos de los miembros del grupo para una segunda etapa la carga de promover la liquidación y ejecución individual en la medida de su afectación (cuestiones individuales), se favorece y simplifica el trámite de la primera, restringiéndolo exclusivamente al tratamiento de aquellas cuestiones comunes. En otras palabras, la división en etapas evita la postulación de cualquier planteo de naturaleza individual que, durante la primera fase, pudiera desviar, desnaturalizar o entorpecer el juzgamiento colectivo y centralizado de la cuestión común³⁰.

En cada uno de los procesos individuales que son postergados para la segunda fase, claro está, el afectado en su esfera personal deberá: (i) demostrar haber sido dañado por la conducta ya juzgada en el proceso colectivo (relación de causalidad), esto es, demostrar que efectivamente es un *miembro ausente* del grupo representado por el legitimado colectivo y que, por tanto, se encuentra habilitado para invocar la sentencia allí recaída; y (ii) acreditar la existencia y alcance de los daños efectivamente sufridos³¹. El demandado, por su parte, no podrá relitigar en los procesos individuales las cuestiones debatidas en la primera etapa, donde solo resultará habilitado para oponer todas aquellas defensas particulares que pudiera tener contra cada uno de los individuos, así como para alegar y probar en relación a los daños individuales que eventualmente éstos pudieran invocar.

De tal modo, por medio de este instituto se respeta la garantía del contradictorio de todas las partes involucradas en el conflicto y se economizan importantes recursos al tratar en una sola discusión aquellos asuntos comunes al grupo. Quedaría para un futuro pensar también en la posibilidad de derogar en este tipo de casos las reglas de competencia por conexidad, habilitando el planteo de la segunda etapa ante cualquier juez con competencia en el domicilio del demandado o, mejor aún, del ejecutante³². Seguramente esta vuelta de tuerca permitiría perfeccionar el sistema, mejorando las posibilidades de acceso a la justicia de los afectados y evitando sobrecargar al juez que resolvió la primera etapa del proceso.

6.3. El destino de la indemnización

Finalmente, el texto de los últimos dos párrafo del nuevo art. 30 bis L.G.A. dispone: "**ARTÍCULO 30 bis.** — (...) Si en la sentencia se hubieran podido determinar los sujetos afectados las indemnizaciones respectivas quedarán a disposición de cada uno ellos por un plazo de 2 años desde que el cumplimiento de la sentencia sea comunicado por el o los medios más idóneos que determine el juez, de acuerdo a las circunstancias del caso. Transcurrido dicho plazo sin que los afectados se hayan

sistemático de las providencias cautelares", traducción de Marino Ayerra Merín, Ed. El Foro, Buenos Aires, 1996, pp. 149 y ss.).

²⁸ Ver BERIZONCE, Roberto O. - GIANINNI, Leandro J. "*La acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos en el anteproyecto iberoamericano de procesos colectivos*", en la obra colectiva "*La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para iberoamérica*" GIDI-Mac GREGOR (Coordinadores), Ed. Porrúa, México, 2003, p. 63 y siguientes. Los autores señalan que "...en la fase inicial bastaría con declarar la certeza de la ilegitimidad objetiva del acto y la responsabilidad subjetiva del agente, sin necesidad de indagar sobre la existencia del daño."

²⁹ Ver una clara y concisa explicación de los alcances del instituto en COMOGLIO, Luigi P. - FERRI, Corrado - TARUFFO, Michele "*Lezioni sul processo civile*", 4ª edición, Ed. Il Mulino, Bologna, 2006, Tomo I, pp. 583-584.

³⁰ Como ejemplo de innovación en la materia, resolviendo el problema colectivo y dejando para otra etapa el juzgamiento de los aspectos individuales del conflicto aún a falta de previsión legal expresa que así lo dispusiera, no podemos dejar de recordar (aún cuando se trataba de derechos de usuarios de un servicio público) el fallo "*Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur S.A. s/ responsabilidad por daños*"; Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 16 de Marzo de 2000, publicado en L.L. 2000-C-399, con nota de PALACIO, Lino E. "*El 'apagón' de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del defensor del pueblo*".

³¹ En este orden, el párrafo único contenido en el art. 23 del Código Modelo establece que en el proceso de liquidación de la sentencia corresponderá al ejecutante "...probar, tan sólo, el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización".

³² Esta última opción es la establecida en el párrafo único contenido en el art. 23 del Código Modelo.

presentado a reclamar su indemnización, los montos respectivos serán depositados en el fondo previsto en el artículo 34.

*Si en la sentencia no se hubieran podido determinar los sujetos afectados y transcurrido el plazo del párrafo precedente no se hubiera presentado una cantidad de damnificados compatible con la magnitud del daño, el juez liquidará colectivamente los perjuicios ocasionados y ordenará el depósito de las sumas pertinentes en el fondo previsto en el artículo 34”.*³³

Esta parte del precepto deslinda dos situaciones que pueden presentarse a la hora de dictar la sentencia cuando ésta no resulte genérica, determinando consecuencias diversas en torno al destino que debe darse a los fondos que en concepto de indemnización puedan resultar de aquella.

La primera situación posible es que el juez se encuentre en condiciones, a través de la información incorporada al proceso, de determinar quiénes son los sujetos individuales afectados por la conducta del demandado. En este caso, sus indemnizaciones quedarán a disposición por el término de dos años, transcurridos los cuales sin que se promueva la segunda fase del proceso, serán depositados en el Fondo del art. 34 L.G.A. Todo hace parecer que esta posibilidad, en principio, solo resultará viable en conflictos ambientales de relativamente pequeña magnitud, donde el daño producido pueda ser “localizado” en un lugar determinado.

Teniendo ello presente, y en atención a la naturaleza eminentemente expansiva del daño ambiental, puede augurarse que la situación prevista en el último párrafo del art. 30 bis es la que se presentará con mayor frecuencia. Esto es, la imposibilidad del juez de determinar individualmente los sujetos afectados por el hecho dañoso. En tal caso, la indemnización también queda a disposición por dos años a la espera del planteo de procesos individuales de liquidación en una cantidad compatible con la magnitud del daño. Si transcurrido ese plazo no se presentaran acciones individuales suficientes, el juez liquidará colectivamente el daño y ordenará su depósito en el Fondo del art. 34 de la L.G.A.

Llegados a este punto cabe formular una aclaración. Teniendo presente que el Proyecto pretende mejorar el sistema procesal colectivo precariamente establecido en la L.G.A., el alcance de sus disposiciones es en ciertos aspectos limitado y exige una importante complementación por parte de la magistratura en su tarea interpretativa y por parte de la eventual reglamentación de algunos aspectos de la ley. En efecto, puede advertirse la importancia de determinar algunas pautas que rijan el destino de la indemnización global, a fin de circunscribir el campo de la discreción judicial en este aspecto. Sin embargo, gran parte de las ventajas de estos últimos dos párrafos del proyectado art. 30 bis L.G.A. solo podrán ser alcanzadas si van de la mano de una reglamentación razonable del Fondo previsto por el art. 34.

7. Nuevos contornos de la expansividad cosa juzgada.

7.1. Las modificaciones al 2do. párrafo del art. 33 L.G.A.

El art. 3 del Proyecto prevé algunas modificaciones del segundo párrafo del art. 33 de la L.G.A., el cual quedaría establecido de la siguiente manera: ***“ARTÍCULO 33. — (...) [Alcances de la sentencia – cosa juzgada] En los procesos colectivos previstos en esta ley, la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por insuficiencia probatoria”*** (el resaltado indica las innovaciones).

A través del primer agregado indudablemente se busca aclarar el campo de aplicación de la expansividad de la cosa juzgada. Recordemos que en la estructura de la L.G.A. este aspecto fundamental del sistema colectivo se encuentra ubicado confusamente luego de un primer párrafo que se refiere a la validez que cabe acordar a cierto medio de prueba específico (los dictámenes emitidos por organismos del Estado). Además, en ese primer párrafo del art. 33 el legislador se refiere a la noción de *daño ambiental*, lo cual nos remonta a la definición legal incluida en el art. 27 y, por tanto,

³³ Recordemos que el art. 34 de la L.G.A. dispone lo siguiente: *“Créase el Fondo de Compensación Ambiental que será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente. Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado. La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial.”* Hasta el día de la fecha, la legislación reglamentaria a que alude el artículo no ha sido sancionada.

nuevamente a la posibilidad de que una interpretación restrictiva del punto deje fuera de aplicación la expansividad de la cosa juzgada en aquellos procesos donde la pretensión lleve por objeto la defensa de derechos individuales homogéneos.

En lo que hace a la segunda modificación, entendemos que lleva por finalidad precisar el alcance de la excepción a la configuración de la cosa juzgada *erga omnes*. En este orden de ideas, aún cuando a primera vista pueda parecer una mera cuestión terminológica, creemos que la modificación encierra un significado de extrema relevancia. En efecto, una cosa es decir que la cualidad *erga omnes* de los efectos de la sentencia no se configura cuando la demanda es rechazada por “*cuestiones probatorias*” (texto actual); y otra muy distinta sostener que no se configura cuando el rechazo tiene por causa “*insuficiencia probatoria*” (texto proyectado).

Sucede que, de seguirse la formulación actual de la norma, la cosa juzgada de los efectos de la sentencia no tendría cualidad *erga omnes* incluso cuando la demanda fuera rechazada porque las pruebas efectivamente rendidas en juicio demuestran que el demandado no es responsable del daño, o que éste último no existe. Nótese que en este supuesto podría entenderse que la demanda resulta rechazada por *cuestiones probatorias*, relativas a elementos de juicio en base a los cuales el juez determina que -aún cuando el actor probó todo lo que podía probar- no tenía razón en su planteo. En definitiva, y dada la importancia de las cuestiones de hecho en un caso ambiental, una previsión como la actual, interpretada en el modo indicado, dejaría sin aplicación real la expansividad *erga omnes* de la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia. Ello así en tanto prácticamente la totalidad de las pretensiones ambientales son acogidas o rechazadas por cuestiones probatorias. Huelga subrayar que no parece haber sido ésta la voluntad del legislador.

Frente al señalado eventual problema interpretativo, el Proyecto corrige los términos de la norma permitiendo llevar la excepción a su justo límite: la expansión *erga omnes* no se produce en aquellos casos en los cuales la pretensión es rechazada por defectos en el ofrecimiento y/o la producción de la prueba por parte del legitimado colectivo. Siempre pensando en respetar la garantía de debido proceso legal de los miembros ausentes, lo que intenta esta opción de política legislativa es evitar que tales sujetos se vean afectados en su esfera individual por una defectuosa actividad de su representante³⁴.

7.2. La relación de la cosa juzgada colectiva con las pretensiones individuales

El Proyecto también prevé agregar dos nuevos párrafos al art. 33 L.G.A. en los siguientes términos: “**ARTÍCULO 33. — (...) Si la pretensión colectiva fuera acogida, los damnificados podrán solicitar la liquidación y ejecución de la sentencia a título personal.**

En ningún caso, la sentencia que rechaza la acción colectiva perjudicará la posibilidad de promover las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado.”.

El primero de estos dos párrafos se integra con las modificaciones ya analizadas que, como vimos, permiten la promoción de una pretensión colectiva tendiente a juzgar las cuestiones comunes del conflicto dejando para una etapa posterior la liquidación y la eventual ejecución de la sentencia. La particular novedad se encuentra en el último párrafo, en tanto prevé -siguiendo las aguas del Código Modelo³⁵- que la sentencia adversa a los intereses del grupo en ningún modo puede perjudicar los intereses individuales de sus miembros, a quienes se deja abierta la posibilidad de promover la pertinente acción tradicional por daños y perjuicios.

En conclusión, de acuerdo a cómo quedaría establecido el sistema de adoptarse las previsiones del Proyecto, si la demanda colectiva por daño ambiental resulta rechazada por razones ajenas a una deficiente instrucción probatoria, la cualidad de cosa juzgada de la sentencia tendrá efectos *erga omnes* solo con respecto al resto de los legitimados colectivos y precluirá de tal modo la posibilidad de

³⁴ Más allá de la previsión expresa de esta excepción, puede arribarse al mismo resultado a través de otro camino argumental. Ello así en la medida que las *deficiencias probatorias* previstas por la norma son una clara demostración de que la representatividad del legitimado no era adecuada, haciendo que una sentencia dictada en tales condiciones resulte inoponible a los miembros ausentes del grupo. Claro que este último razonamiento actualmente resulta posible únicamente de *lege ferenda*, en tanto ninguna norma prevé la obligación de controlar el requisito de la adecuada representatividad cuando se plantea una pretensión colectiva.

³⁵ El art. 33, Par. 2º, establece que “*Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir acción de indemnización a título individual*”.

plantear otros procesos colectivos con causa en los mismos hechos. No obstante, ello no impedirá que los sujetos individuales promuevan sus propias demandas de acuerdo a las reglas tradicionales³⁶.

A primera vista, esta solución puede parecer en cierto punto injusta para el demandado. Podría argumentarse en tal sentido que si este último pierde, pierde a lo grande ya que todos los miembros del grupo pueden aprovechar del resultado del pleito; mientras que si gana, gana muy poco ya que todavía deberá enfrentar los planteos individuales de los sujetos afectados en su esfera individual. No obstante la atención que merece una crítica de este tipo, sobre todo porque pone en tela de juicio nada menos que la garantía de igualdad de las partes, consideramos que la eventualidad de enfrentar nuevas demandas incoadas por los sujetos individualmente damnificados resulta, si bien posible, poco probable. Ello así por tres razones fundamentales.

La primera de ellas es que el representante en el proceso colectivo fue calificado como *adecuado* por el juez de la causa, quien además controló durante el desarrollo del trámite que tal cualidad se mantuviera incólume. Ello implica, siempre según la modificación que prevé el Proyecto para el art. 30 L.G.A., que la parte que llevó adelante el pleito era capaz y competente, tenía experiencia en el ejercicio de la profesión y reunía antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los derechos de grupo, a lo cual se suma que era titular de un interés común con los miembros del colectivo afectado. Claramente esta situación puede, por sí sola, desalentar planteos posteriores.

Sin embargo existe otra razón, en parte complementaria de la ya señalada, que se asienta en el hecho de que la hipotética demanda colectiva fue rechazada luego de que el juez analizó todas las pruebas que el legitimado colectivo podía ofrecer y producir en el caso (ya que de otro modo se aplicaría la excepción prevista expresamente al principio de expansión *erga omnes*). Llegados hasta aquí, nos enfrentamos con un representante sumamente cualificado que argumentó, ofreció y produjo toda la prueba disponible sobre el caso, no obstante lo cual se decidió que no le asistía razón. Luego de comprobar esto ¿quién promovería una acción a título individual?

Pero aún resta una tercera razón que atenta contra los hipotéticos planteos individuales: la influencia del precedente sobre casos futuros. Si bien esta influencia no reviste entre nosotros la misma fuerza que tiene en otros sistemas jurídicos como el Inglés o el norteamericano, no resulta por ello nada despreciable.

De este modo, analizada la situación con mayor profundidad, consideramos que el argumento de la desigualdad -fundado en la posibilidad que el demandado deba enfrentar eventuales procesos individuales a pesar de haber resultado vencedor en el proceso colectivo- resulta más formal que real³⁷.

8. Facultad del juez para establecer Fondos de Compensación ad hoc.

La última modificación prevista por el Proyecto se encuentra en su art. 4, que introduce un último párrafo al art. 34 L.G.A. en los siguientes términos: *"ARTICULO 34. — (...) Hasta tanto se concrete la reglamentación y puesta en funcionamiento del Fondo creado por este artículo, los jueces competentes podrán disponer en las hipótesis previstas por los arts. 28 y 30 bis de la presente ley, la creación de un fondo especial ad hoc destinado a cumplir con las finalidades aludidas en el párrafo primero, respecto de cada caso concreto. De acuerdo a las circunstancias del caso, el juez podrá designar como administrador del fondo ad hoc a quien se encuentre en mejores condiciones de cumplir con las finalidades del presente artículo, entre ellos: la Autoridad de Aplicación de la jurisdicción respectiva o un auxiliar técnico de la justicia."*

La modificación proyectada, en el mejor de los casos, se encuentra predispuesta a perder aplicación rápidamente a manos de la ley especial que debe reglamentar el funcionamiento del Fondo de Compensación Ambiental, tal como lo manda el tercer párrafo del art. 34 de la L.G.A.

³⁶ El sistema *secundum eventum litis* también es receptado por el sistema colectivo brasileño. Ver GIDI, Antonio *"Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países del derecho civil"*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pp. 107-111.

³⁷ Vale aclarar que el presente análisis sobre los alcances de las modificaciones proyectadas al régimen de la cosa juzgada del proceso colectivo ambiental no implica una toma de posición sobre la supremacía de un sistema *secundum eventum litis* como este con respecto a uno *pro et contra* o "de doble vía" (*rule of mutuality*) como el establecido en el sistema norteamericano de las *class actions*. El instituto de la cosa juzgada es uno de los aspectos más complejos del proceso colectivo y las ventajas entre uno u otro sistema no pueden evaluarse en abstracto dada la estrecha relación que presentan con factores de índole política, social y cultural propios de cada país y, en algunos casos, de cada región. Para un análisis del tema remitimos a VERBIC, Francisco *"Procesos Colectivos"*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, Capítulo III.

Este tipo de instrumento de administración de los fondos resultantes de la sentencia colectiva adquiere gran relevancia en el marco del sistema de reparación del daño ambiental. Si esto resulta evidente cuando la indemnización obtenida en el proceso tiene por causa un daño colectivo (vigente art. 28 L.G.A.), tanto más lo será en caso de que se permita la posibilidad que los sujetos damnificados accionen para liquidar la indemnización por los perjuicios individualmente sufridos (proyectado art. 30 bis L.G.A.). Es por ello que, en aras de cubrir temporalmente el vacío que existe sobre el punto y con la finalidad de proveer de mayores herramientas sistémicas al proceso colectivo ambiental, esta parte del Proyecto prevé la posibilidad de que los jueces establezcan fondos *ad hoc* y determinen la forma de su administración. Ello, claro está, hasta tanto el legislador nacional cumpla con su deber.

9. Por el buen camino.

Por cuestiones de espacio hemos limitado el análisis a una rápida exposición de las innovaciones que el Proyecto trae aparejadas, aprovechando para subrayar algunas de las razones por las cuales consideramos que su implementación resultaría en un importante avance para enfrentar al conflicto colectivo ambiental.

A la hora de las conclusiones podemos sostener que la reforma proyectada mejora radicalmente el limitado instrumental procesal previsto por la L.G.A. en su diagramación actual; resultado que -bueno es destacarlo- no se obtiene con incorporaciones improvisadas sino por medio de soluciones que fueron objeto de discusión y revisión a lo largo de un tiempo prudencial³⁸.

Asimismo, puede advertirse que el Proyecto respeta una lógica sistémica a la cual, hasta ahora, ningún cuerpo normativo nacional ha logrado siquiera aproximarse para brindar respuestas adecuadas a los problemas colectivos llevados a discusión en sede judicial.

No resulta honesto plantear que la sanción de la reforma conllevaría una solución definitiva al asunto, toda vez que existen ciertos aspectos relevantes del proceso colectivo que no son contemplados en el Proyecto. Sin embargo, insistimos en esto, el hecho de pensar en términos de *sistema* resulta clave ya que permite avanzar a paso firme en el camino hacia la búsqueda de una tutela diferenciada eficiente para los conflictos de masa.

Siguiendo por esta senda tal vez podamos comenzar a construir un mecanismo procesal autosuficiente que, respetando las garantías de todos los sujetos involucrados en el asunto, permita a los operadores del derecho responder frente a las demandas cada vez más urgentes de los consumidores del servicio de justicia.

³⁸ El fenómeno de los procesos colectivos ha sido objeto de análisis permanente en nuestro país durante los últimos años. Entre los escenarios donde se llevaron a cabo importantes discusiones al respecto puede destacarse la Comisión de Derecho Procesal Civil de las *"X Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal, Laboral, Constitucional y Administrativo"*, celebradas en la ciudad de Junín en el mes de Noviembre de 2003 (el debate se centró principalmente en el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, antecedente directo del actual Código Modelo aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal); las *"I Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho Procesal"*, celebradas en la ciudad de Córdoba en el mes de Noviembre de 2004 (los trabajos presentados por los ponentes, mejorados luego de la discusión, pueden consultarse en OTEIZA, Eduardo (coordinador) *"Procesos Colectivos"*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2006); y finalmente la Subcomisión n° 1 de la Comisión de Derecho Procesal Civil del *"XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal"*, celebrado en la ciudad de Mendoza en el mes de Septiembre del año 2005, donde se presentaron casi un centenar de ponencias sobre la materia (ver los trabajos seleccionados en *"Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados. XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal"*, Ed. La Ley, 2005) y cuyas conclusiones finales se encuentran en gran parte reflejadas en el Proyecto que analizamos.