

**EL IMPACTO DE LOS LEGITIMADOS COLECTIVOS:
DEFENSOR DEL PUEBLO, ASOCIACIONES Y MINISTERIO
PÚBLICO, EN EL PROCESO JUDICIAL.**

MASTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

DIRECTOR DE TESIS: HERNAN GULLCO

ALUMNA: MARIA ANDREA PIESCO

AÑO: 2007.

RESUMEN

El presente trabajo aborda la temática vinculada a la actuación de los sujetos procesales: Defensor del Pueblo, las asociaciones y Ministerio Público, consagrados en la normativa constitucional argentina, para demostrar de qué manera su intervención, en la tutela de los derechos de incidencia colectiva, ha generado sustanciales modificaciones en el proceso judicial, desde la conformación de los presupuestos procesales, modalidades en el control constitucional, extensión y alcance de las decisiones arribadas. La metodología implementada ha sido el análisis de la norma constitucional- desde la interpretación doctrinaria, fuentes, debates de la constituyente- , y la casuística jurisprudencial, a los fines de marcar criterios evolutivos. Se ha acudido al estudio de legislación y doctrina comparada, para señalar su ascendencia en algunos casos, y viabilidad de aplicación. Se concluye que la intervención de estos sujetos colectivos introdujo modificaciones procesales, y desde lo sustantivo, fortaleció el acceso a la justicia, generando decisiones que por su alcance, exigen armonizar con adecuados mecanismos de tutela.

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2007.

Al Sr. Director Académico
Departamento de Posgrado
de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Palermo.
ROBERTO P. SABA

En mi carácter de Director de tesis de María Andrea Piesco, alumna del Master en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, me dirijo a Ud. a los fines de poner en su conocimiento que la tesis ha sido supervisada por el suscripto y que reúne las condiciones para ser presentada para su defensa ante el jurado correspondiente.

Se ha abordado a través de este trabajo titulado “El impacto de los legitimados colectivos: Defensor del Pueblo, asociaciones y Ministerio Público, en el proceso judicial”, la temática vinculada a las modificaciones operadas en la sustanciación de los derechos de incidencia colectiva, los criterios evolutivos experimentados en los presupuestos procesales y la conformación de nuevos mecanismos de tutela.

El trabajo reconoce un exhaustivo análisis jurisprudencial, y de material bibliográfico nacional y de derecho comparado, utilizado como metodología de estudio que revela la seriedad y profundidad de su contenido.

Se destaca el espíritu crítico a la aplicación realizada por los operadores judiciales respecto de los criterios imperantes en materia de legitimación, aportando soluciones para lograr adecuados instrumentos de protección jurisdiccional, tendentes a demostrar las modalidades bajo las cuales la legitimación colectiva incide en la apertura de canales de acceso a la justicia.

Ante la ausencia de una regulación sistemática e integral en el funcionamiento de los sujetos procesales en la protección de los derechos de incidencia colectiva, el presente trabajo configura un aporte que permite profundizar en propuestas normativas.

Saluda a Ud. atte.

HERNAN GULLCO



TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.....	6
1. La denominación. La terminología utilizada en la doctrina: sus orígenes.....	6
2. Criterios para una diferenciación entre intereses difusos y colectivos.	10
2.1. La diferenciación a través de la doctrina comparada.....	10
2.2. La diferenciación en ordenamientos normativos de derecho comparado: intereses o derechos difusos, colectivos e intereses o derechos individuales homogéneos.	13
3. La consagración de los derechos de incidencia colectiva en el ordenamiento normativo argentino: constitucional e infraconstitucional.	15
3.1. En el ordenamiento infraconstitucional federal.....	15
3.2. En el ordenamiento infraconstitucional local.	16
3.3. En los ordenamientos constitucionales locales.....	18
3.4. La fórmula prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional.	18
3.5. El Debate en la Convención Constituyente.	21
4. Los criterios doctrinarios para una caracterización de los derechos comprendidos en la norma constitucional del art. 43.	24
4.1. Los criterios doctrinarios.	25
4.2. Algunos criterios jurisprudenciales de interpretación.	27
4.2.1. La naturaleza del bien jurídico tutelado.....	27
4.2.2. El mecanismo de tutela colectiva. Los “intereses individuales homogéneos”.	27
CAPITULO II	
LOS LEGITIMADOS COLECTIVOS	34
1. La legitimación.	34
1.1. Concepto	34
1.2. La vinculación entre “causa “y “legitimación”.....	35
1.3. La vinculación entre “causa “y “perjuicio concreto”.....	37
2. Hacia el reconocimiento de una legitimación colectiva.	38
3. Los antecedentes jurisprudenciales argentinos en el reconocimiento de la	

Legitimación en materia de derechos de incidencia colectiva previos a la Reforma de 1994.....	40
4. Los legitimados colectivos consagrados en la Constitución Nacional.	42
4. 1. El Defensor del Pueblo.	45
4.1.1. Los alcances de la legitimación asignada: el debate en la Convención Constituyente.	45
4.1.2. La legitimación en el desarrollo jurisprudencial.....	47
4.1.2.a) Criterios de restricción: la exclusión de su actuación ante el Poder Judicial.	47
4.1.2.b) La falta de configuración de “causa” o “controversia”.	48
4.1.2.c) El carácter subsidiario de su intervención.	50
4.1.2.d) Un criterio más proclive en el reconocimiento de legitimación en pronunciamientos provenientes de tribunales inferiores	51
4.1.2.e) Su actuación en la tutela de derechos individuales homogéneos.	53
4.1.2.f) Un precedente que coloca una luz en el camino.	54
4.1.2.g) La legitimación en material ambiental.	56
4.1.2.h) La categorización de la legitimación de acuerdo a la naturaleza de los derechos en juego: nuevamente hacia la restricción.	58
4.2. Las asociaciones: surgimiento y evolución.....	60
4.2.1. Su reconocimiento en el derecho comparado.	61
4.2.2. Los alcances de la legitimación en la previsión constitucional del art. 43 CN.....	64
4.2.3. Clasificación de los distintos tipos de asociaciones.	67
4.2.3.a) Asociaciones organizadas bajo un interés estipulado en sus estatutos.	67
4.2.3.b) Asociaciones creadas con fines de tutelar derechos de incidencia colectiva con criterio sectorial.	68
4.2.3.c) Organizaciones no gubernamentales creadas con fines de tutelar los derechos humanos en forma genérica, el control ciudadano del poder, la transparencia en la gestión pública.	69
4. 2.4. Un análisis jurisprudencial de los diversos supuestos planteados.	70
4.2.4.1. Los criterios en el caso de las asociaciones o agrupaciones previstas en el punto 4.2.3.a).	70
4.2.4.2. Los criterios jurisprudenciales en los casos de la categoría	

mencionada en el punto 4.2.3.b).....	74
4.2.4.2. a) Los criterios de tribunales inferiores.	74
4.2.4.2.b) Los criterios de la Corte Suprema.	78
4.2.4.3. Los criterios en los casos de asociaciones previstas en el punto 4.2.3.c).	81
4.2.4.4 Algunas observaciones a raíz de la clasificación formulada.	83
4. 3. El Ministerio Público.....	84
4.3.1. El encuadre normativo constitucional de su actuación.....	84
4.3.2. Su actuación en ordenamientos de derecho comparado.	87
4.3.3. La intervención como legitimado colectivo.....	89
4.3.4. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales en ámbitos jurisdiccionales locales y federales.	90
CAPITULO III	
LOS EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN COLECTIVA	
EN EL MARCO DEL PROCESO.....	94
1. La flexibilidad en el concepto de “causa”.	94
2. La conformación de una “causa colectiva”.....	96
3. Acerca de la conformación de una “acción de clase”.	99
3.1. Su origen en el modelo americano.....	99
3.2. Su aplicación para la resolución de conflictos colectivos con sustento en el art. 43 de la Constitución Nacional.....	101
3.2.1. La aplicación a las acciones previstas en la ley 25.675.	103
4. La ampliación de los criterios de legitimación: hacia una concepción <i>in</i> <i>dubio pro actione</i>	105
5. El fortalecimiento de la tutela judicial efectiva.	106
6. Los procesos en los cuales se plantea la inconstitucionalidad de las normas.....	111
6.1. La intervención del Defensor del Pueblo.....	113
6.2. La intervención de las asociaciones.....	119
6.3. La intervención del Ministerio Público.	121
7. Las sentencias en los procesos entablados por legitimados colectivos, con pretensiones tendientes a hacer cesar o a contrarrestar la omisión frente a un acto lesivo.	121
7.1. Los efectos de las sentencias.	123
7.1.1. La naturaleza del bien objeto de tutela.	124

7.1.2. El legitimado activo: los niveles de representatividad exigibles.	127
7.1.2.a) La representatividad en las acciones de clase norteamericanas.	127
7.1.2.b) En la legislación brasileña.	129
7.1.2.c) En la normativa del Código Modelo para Iberoamérica.	131
7.1.3. Aplicación de los criterios de representatividad de los legitimados colectivos en el sistema normativo argentino.	132
7.2. Hacia la conformación de una acción doblemente colectiva.	137
7.3. La salvaguarda de los derechos de los ausentes.	139
IV. CONCLUSIONES	
1. Conclusiones generales.	144
2. Conclusiones particulares.	146

INTRODUCCION

El advenimiento de fenómenos que han originado lesiones a gran escala, trascendiendo el perjuicio o daño concreto individual, ha originado la necesidad de conformar nuevos mecanismos de protección judicial.

Este trabajo abordará la aparición de la legitimación colectiva en los procesos de tutela de los derechos de incidencia colectiva.

Si bien el objetivo es demostrar la incidencia que la misma ha generado en el marco de los procesos judiciales, para su tratamiento, será de ineludible estudio, para lograr una más cabal comprensión del tema, un liminar debate sobre la noción de “derechos o intereses colectivos” o “derechos o intereses difusos” o “derechos de incidencia colectiva”- denominaciones varias que la doctrina ha adoptado-.

El acento de este trabajo está colocado en las modificaciones y en el impacto que la aparición de los legitimados colectivos ha suscitado en los procesos, desde la conformación de una nueva idea de “causa”, la aparición de la “causa colectiva”, de la mayor flexibilización en los presupuestos que tornan viable la función jurisdiccional, en los efectos generados en los procesos en los cuales el objeto de la pretensión es la declaración de la inconstitucionalidad de las normas, en la instauración de mecanismos que tienden a satisfacer la tutela judicial efectiva, bajo la aparición acentuada del principio “*in dubio pro actione*”.

La irrupción de estos legitimados colectivos no deja de generar una problemática en los efectos de las decisiones arribadas, y en los alcances de las mismas, es por ello que este punto será abordado como una modificación operada en el marco de los procesos; toda vez que en estos casos se produce una expansión hacia los titulares de las relaciones jurídicas que se ventilan en la litis, y cuya representatividad inviste el legitimado colectivo.

En el abordaje de esta temática voy a circunscribirme en la figura de los legitimados colectivos que consagra la Constitución Nacional, es decir en el Defensor del Pueblo y en las asociaciones, consagrados en el art. 43 segundo párrafo del ordenamiento constitucional, y también en el Ministerio Público, que si bien no se encuentra previsto en forma expresa en la norma constitucional, su actuación como legitimado colectivo se desprende del art. 120 de la Constitución.

La norma del art. 43 prevé como otra forma de legitimación colectiva la del afectado, y en este caso, su participación en el proceso como legitimado colectivo se encontrará supeditada al encabezamiento de una pretensión colectiva. Tal como se señalará, las primeras manifestaciones de tutela colectiva han tenido lugar jurisprudencialmente, a partir de casos iniciados por litigantes individuales.

En lo que respecta a la metodología de trabajo, se ha indagado la voluntad del constituyente- debates de la Convención Reformadora de 1994- a los fines de extraer pautas interpretativas que sirvan como parámetros para una caracterización tanto de los derechos de incidencia colectiva, denominación que le ha asignado el constituyente reformador, como así también para analizar la figura de los legitimados colectivos.

Desde allí se ha profundizado en la aplicación que los operadores judiciales han hecho de esta nueva categoría tanto de derechos, como de sujetos.

El análisis desde la casuística jurisprudencial se impone como ineludible, ante la falta de una regulación normativa sistemática a nivel federal que resulte comprensiva de la actuación de estos sujetos en el marco de los procesos colectivos.

Desde el enfoque jurisprudencial, se va a efectuar un estudio particularizado para desentrañar cuál es el contenido que los operadores judiciales le han ido asignando a este tipo de derechos, para poder comprender cabalmente la actuación de los legitimados colectivos. Respecto de estos últimos, el estudio de la jurisprudencia abarcará tanto la proveniente del Alto Tribunal como de tribunales inferiores, marcándose desarrollos evolutivos de trascendencia. Estos desarrollos van a ir señalando el impacto que los legitimados colectivos han ido generando en el marco del proceso.

El presente trabajo se divide en tres capítulos, cada uno de los cuales contiene temas principales y subtemas, a través de los cuales se ira desarrollando su contenido.

El objetivo de demostrar que la consagración de los legitimados colectivos, ha generado transformaciones en las concepciones hasta el momento vigentes respecto de la naturaleza del conflicto jurídico generado, presupone como ya lo expuse anteriormente un análisis del contenido de los derechos que tales legitimados tutelan.

Es por ello que a través del primer capítulo se ahondará en la compleja denominación que la doctrina le ha ido dando a esta naturaleza de derechos, acudiendo para ello a la doctrina comparada italiana, española, y brasileña.

Se ha colocado especial atención en la fórmula adoptada por el constituyente bajo la denominación consagrada en la norma del art. 43 como “derechos de incidencia colectiva”. Para ello, ha resultado necesario la búsqueda en los antecedentes y debates de la constituyente, la motivación de consagrar este tipo de derechos, y poder comprender así los criterios de legitimación instaurados para su tutela.

En dicho capítulo también serán abordados los criterios esbozados tanto desde la doctrina constitucional, como desde la doctrina jurisprudencial, invocándose los criterios más actuales expuestos por el Alto Tribunal, que ha interpretado la norma constitucional, estableciendo diversas categorías de derechos, de acuerdo a mecanismos de tutela diferenciadas.

En el capítulo segundo se analiza la actuación de los legitimados colectivos, para cuyo tratamiento resulta imprescindible un abordaje liminar del concepto de legitimación procesal. En este análisis, se ahondará en la influencia de la jurisprudencia americana en el concepto de legitimación, enlazado a la concepción de “causa” y de perjuicio concreto. Se hará una breve referencia a los supuestos en que la jurisprudencia ha reconocido legitimación para la tutela de estos derechos, antes de la reforma constitucional de 1994, en materia ambiental y en la tutela del patrimonio histórico.

El análisis pormenorizado de estos sujetos procesales: Defensor del Pueblo, asociaciones, y Ministerio Público, se realizará desde las fuentes que han tomado los constituyentes, es decir desde los antecedentes constitucionales, con remisión a la legislación de derecho comparado, y desde la perspectiva del desarrollo jurisprudencial.

En cada caso se señalarán los avances y retrocesos en la jurisprudencia, pretendiendo explicitar los motivos por los cuales en algunos casos los criterios de restricción actuaron en contradicción a la manda constitucional.

El capítulo tercero tratará el impacto generado por parte de los legitimados colectivos en el marco de los procesos judiciales.

Se partirá de la concepción de “causa”, como presupuesto habilitante de la función jurisdiccional, y de las modificaciones suscitadas a partir del reconocimiento de las acciones declarativas de certeza, como procesos constitucionales.

La irrupción de la “causa colectiva”, como una manifestación del advenimiento de los legitimados colectivos, será analizada teniendo en cuenta el objeto de la pretensión, que en el caso de los legitimados colectivos su incidencia será sobre una colectividad de sujetos. Es en este aspecto en que se plantea la diferencia entre la acción instaurada por el afectado en los términos de lo previsto por el art. 43, que puede plantear una pretensión a título individual o colectiva; en este último caso, lo será en la medida en que asuma una suerte de representación respecto del resto de los individuos afectados.

Se puntualiza como otra modificación sustancial, la viabilidad de instaurar en el proceso una “acción de clase”. Para ello, se invocará la regulación en la legislación americana, donde se encuentran previstas los distintos tipos de acciones de clase. Se parte de ese esquema a los fines de indagar cuál de los procesos constitucionales previstos en nuestro ordenamiento resulta el más conciliable con alguno de los tipos de las acciones reguladas en la legislación mencionada, a los fines de compatibilizar por esa vía un idóneo mecanismo de tutela jurisdiccional cuando actúan los legitimados colectivos.

Se indagará sobre la aplicación de principios como el de “*in dubio pro actione*”, como consecuencia del advenimiento de la legitimación colectiva, y con ello su incidencia en el fortalecimiento de la tutela judicial.

En el tratamiento de los procesos en los cuales la pretensión planteada sea la inconstitucionalidad de una norma, la legitimación encabezada por los sujetos colectivos en estudio, incidirá en la mecánica del control, y desde esta perspectiva, se indagará sobre el tipo de contralor generado. Al analizar este punto, se tratará por separado la actuación de cada legitimado colectivo, confrontando en algunos casos, con legislación comparada, y de derecho público local.

En este abordaje, se intentará demostrar la cercanía existente con el contralor abstracto.

El análisis de los efectos alcanzados por procesos en los cuales intervenga como actor un legitimado colectivo, resulta un aspecto de notable transformación en el marco de los procesos.

Para ese estudio se tomarán como ejes: la naturaleza del bien, objeto de protección, y los niveles de representatividad que reviste el legitimado colectivo.

Se tratarán algunas soluciones normativas que de manera parcializada regulan algunos procesos de naturaleza colectiva, en los cuales se encuentran en juego o bien el medio ambiente, o los derechos de consumidores.

La tutela de los derechos de los ausentes, será abordada de tal manera que no colisione con la tutela colectiva.

A tales fines a través de este trabajo, se perfilarán algunos presupuestos tendientes a regular adecuadamente la participación de los legitimados colectivos, para que a través de su actuación, se fortalezca la tutela judicial, y no se generen lesiones en los derechos de quienes no hayan tenido oportunidad de tomar intervención en el proceso.

CAPITULO I

LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.

1. La denominación. La terminología utilizada en la doctrina: sus orígenes.

La primera dificultad generada al analizar la noción de los derechos de incidencia colectiva es de tipo nominal, toda vez que la denominación con la que aparece en nuestro ordenamiento constitucional- art. 43 Constitución Nacional-: “derechos de incidencia colectiva”, difiere de la utilizada por la doctrina en el derecho comparado.

Diversas son las denominaciones empleadas, ya que se menciona la existencia de “intereses de grupo”, “intereses colectivos”, “intereses sociales”, “intereses de serie”, “intereses de sector”, “intereses de categoría”, “intereses anónimos”, “intereses supraindividuales”, “intereses de clase”, “intereses metaindividuales”, no lográndose establecer un criterio diferenciador entre todas ellas, invocándolas en la mayoría de los casos como categorías similares sin estipular diferencias de contenido.

Tal como lo sostiene Genaro Carrió, resulta de vital importancia definir las palabras que utilizamos, ya que así se denota el conjunto de objetos que presentan las características o propiedades en base a las cuales se les aplica la misma palabra, y se connotan dichas propiedades¹.

Sin embargo, en esta materia, el empleo de los términos utilizados no ha respondido a un criterio clasificatorio o diferenciador, ya que su uso indistinto es el que predomina, no pudiéndose establecer, salvo para una parte de la doctrina, como a continuación lo señalaré, una denotación concreta.

El término “difuso” aparece en el derecho romano para aludir a los derechos públicos, que eran los derechos que no se concentraban en el pueblo

¹ *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1979, pág. 27.

considerado como entidad, sino que tenían por propio titular a cada uno de los participantes de la comunidad, y por los cuales cada uno se presentaba como verdadero sujeto de derecho, aunque el derecho correspondiera por igual a todos los integrantes de la comunidad².

Los derechos considerados como difusos eran el culto a la divinidad, el derecho a la libertad, el derecho al medio ambiente, que se protegían a través de las acciones populares³ en virtud de las cuales el particular accionaba en interés del pueblo, pero a su vez, en interés propio, en tanto ciudadano, encontrándose presente un aspecto de solidaridad, ya que los hechos que se perseguían involucraban el interés general de todos, es decir de la comunidad y de cada ciudadano en particular. Estas acciones revelaban una conjunción de lo individual y de lo colectivo, dentro del marco constituido por los deberes cívicos, litigando por sí, y para sí, y también para el "populus."⁴

Siguiendo con una perspectiva histórica, a partir del siglo XX, esta terminología ha logrado su mayor evolución; así señala Bujosa Vadell⁵ que en 1911 aparecen en la doctrina italiana las primeras monografías referidas a la tutela de los intereses colectivos con referencia a los regímenes jurídicos belga y francés, y que apuntan esencialmente al estudio de las consecuencias generadas en el proceso administrativo. Estaba ya presente en estas primeras obras de la doctrina italiana la

² El romanista italiano Vittorio Scialoja se refería a estos derechos, y de esta manera explicaba la viabilidad de las acciones populares en el procedimiento romano, destinadas a la protección de los intereses de la sociedad. *Procedimiento civil romano (trad. Español)*, Buenos Aires, 1954, pág. 472 y sig. citado en Grecco, Carlos "Ensayo preliminar sobre los denominados "intereses difusos" o "colectivos" y su protección judicial", *LL*, 1984-B, 865.

³ Junior, Nelson Nery, "Acciones colectivas en el derecho procesal civil brasileño" en Gidi, Antonio coord. y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, coord., *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: Hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2da. Edición, Méjico, Ed. Porrúa, 2004, pág.423.

⁴ Zamora, Fernando "Interdictos y Acciones Populares en Roma", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 1990, volumen XXIII, págs. 147 y sig. Este autor señala haber reseñado la concepción de acción popular de la tesis doctoral del profesor español Enrique Lozano y Corbí titulada "La legitimación popular en el proceso romano clásico" (Universidad de Zaragoza, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1982).

⁵ ob. citada, pág. 63.

necesidad de que determinados intereses, que eran propios de un conjunto de personas, recibieran tutela adecuada cuando la protección dada a través de los poderes públicos no resultara satisfactoria. Esta preocupación por formas jurídicas de satisfacción no individual impregnaba los trabajos doctrinarios de esa época. Así en 1912, conforme señala el autor mencionado desde la doctrina italiana se sustentaba que la tutela de los intereses colectivos podía ser ejercida tanto por el individuo en forma directa o indirecta como por los entes constituidos en defensa de sus fines asociativos⁶.

Los intereses colectivos, aparecen en la doctrina italiana íntimamente unidos a la transformación sociopolítica operada en el Estado, al nacimiento y desarrollo del movimiento obrero y su aplicación se concreta en las relaciones sindicales de los trabajadores, surgiendo como intereses de una categoría particular, que no se identifica ni con el Estado como persona jurídica ni con los individuos.

Aunque luego volveré sobre las distinciones formuladas en la doctrina italiana, anticipo que esta primera conceptualización de intereses colectivos, permite establecer diferencias con los intereses difusos.

En la doctrina española Bujosa Vadell⁷ se refiere a los “intereses de grupo” como categoría genérica que engloba a los intereses difusos y colectivos y señala el origen de éstos en la Constitución española de 1978. Así, al consagrar el constituyente los principios rectores de la política social y económica, éstos pueden tener una trascendencia como intereses de grupo; en este contexto a criterio del autor, cabría invocar las normas correspondientes a la protección de la salud (art. 43 CE), el acceso a la cultura (art. 44 CE), el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45 CE), la defensa de los usuarios y consumidores (art. 51 CE). En el análisis del articulado de la constitución, aparece como representativa la norma que establece como deber de los poderes públicos, la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiéndolos los obstáculos que dificulten su plenitud,

⁶ Ob. citada, pág. 64. El autor se refería a la obra publicada por Ferrone acerca del proceso civil moderno, dedicando parte de un capítulo a la acción de interés general y a la tutela de los intereses colectivos.

⁷ ob. citada, pág. 57.

facilitando “la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 CE).

En Iberoamérica, los aportes más representativos aparecen configurados por la legislación brasileña, cuyo origen data de 1985, se trata de la ley 7347 conocida como Ley de la Acción Civil Pública, diseñada para la protección del medio ambiente, los derechos del consumidor, los derechos de valor artístico, estético, turístico. A ésta le sucede la sanción de la Constitución brasileña de 1988, que ha contemplado numerosos derechos de grupo, el art. 5 LXXIII consagra la acción popular para la protección del patrimonio público, el medio ambiente, el patrimonio histórico y cultural. En 1990, se sancionó el Código del Consumidor – ley 8078- que establece reglas de acción procesal colectivas, si bien previstas para el accionar de los consumidores ante la jurisdicción, éstas también se aplican para la resolución de controversias sobre el medio ambiente, el combate al monopolio, entre otros⁸. Sobre este ordenamiento volveré al tratar la diferenciación existente en esta categoría de derechos, ya que a través de su texto normativo aparece consagrada una definición de intereses difusos (art. 81. I) y de intereses colectivos (art. 81.II).

En Colombia, la constitución de 1991, le otorgó rango constitucional a las acciones populares y de grupo y se autorizó al legislador a definir los casos de responsabilidad objetiva por el daño causado a intereses y derechos colectivos (art. 88); a nivel infraconstitucional, la ley 472/98- que entró en vigencia en 1999- reglamentó la norma constitucional al dictar el estatuto sobre las acciones populares y de grupo⁹.

La irrupción de esta categoría de derechos aparece vinculada con el advenimiento de las complejidades de la sociedad moderna, con el intrincado desarrollo de las relaciones económicas, que ha dado lugar a situaciones en las cuales determinadas actividades pueden acarrear perjuicios a los intereses de un gran número de personas. Se aprecia asimismo una búsqueda en torno a niveles de mayor

⁸ Gidi, Antonio *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 20/22.

⁹ Parra Quijano, Jairo “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”, *Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Inst. Iberoamericano de Derecho Procesal, 2002/ Vol. II, pág. 55.

solidaridad, por cuanto se advierte que la propia sociedad contemporánea impone necesidades de alta complejidad, y bienes a los cuales la persona individualmente no podría acceder debido a las propias limitaciones de su individualidad.

Señala Mauro Cappelletti: *“Actividades monopólicas o de concurrencia desleal por parte de grandes sociedades comerciales, pueden dañar los intereses de todos los empresarios competidores; un patrón que no observa la cláusula de un contrato colectivo, puede violar los derechos de todos sus dependientes; detritos contaminantes arrojados a un río dañan a los ribereños y a todos aquellos que quieren gozar de las aguas no contaminadas de aquél río; el embalaje defectuoso y no higiénico de un artículo de amplio consumo perjudica a todos los consumidores de aquel bien. El riesgo de tales lesiones, que afecta simultáneamente a numerosos individuos o categorías enteras de personas, constituye un fenómeno cada vez más vasto y frecuente en las sociedades industriales....”*¹⁰

De este modo, las lesiones provocadas como fruto de la evolución de la sociedad contemporánea, cuya reparación o tutela requiere de soluciones operadas en el ámbito colectivo, hacen que lo individual no pueda a veces concretarse sin una correcta concepción y realización de lo colectivo.¹¹

2. Criterios para una diferenciación entre intereses difusos y colectivos.

2.1. La diferenciación a través de la doctrina comparada.

Una diferenciación entre este tipo de intereses aparece consagrada en la doctrina italiana, española y brasileña, poniéndose el acento en el aspecto organizacional, o en el carácter corporativo, o en las relaciones que unen a los miembros de determinado grupo. El mayor rasgo caracterizante se introduce en el aspecto subjetivo, así, si el detentador aparece organizado estaríamos en presencia de un interés colectivo, y si éste se muestra indeterminado o carente de organización, estaríamos ante un interés difuso.

¹⁰ “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Méjico, año 11, Nro. 31/32, 1978, Universidad Nacional Autónoma, 1978, pág. 4.

¹¹ López Calero, Nicolás *¿Hay derechos colectivos?*, España, Ariel, 2000, pág. 21 citado en Gil Domínguez, Andrés *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2005, pág. 112.

Dentro de la doctrina italiana, para Vigoriti los intereses difusos se ubican en un estadio todavía fluido del proceso de agregación de los intereses, sin organización. En tanto que, cuando se advierte una relación organizada entre los intereses individuales, de contenido uniforme, se estaría en presencia de un interés colectivo, radicando la organización en la voluntad de quienes aparecen formando el grupo, integrando ya sea colectividades o grupos más reducidos y circunscriptos.¹²

En la doctrina española, Gómez de Liaño se refiere a los intereses difusos como una categoría genérica que comprende a la más específica de intereses colectivos. Estos últimos se manifiestan como los propios de una comunidad de personas genéricamente organizada e identificable, que poseen intereses comunes, una organización básica y con fuertes vínculos de solidaridad e indivisibilidad.¹³ Lozano Higuero sostiene que la diferenciación entre intereses difusos y colectivos es susceptible de ser hallada en las relaciones que median entre los portadores de los mismos. En cuanto a los intereses difusos, sustenta que son aquellos que poseen “*un sujeto jurídico en cuanto compartidos, expandidos, o compartibles, expansibles, por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos, cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolecen de falta de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva...*”¹⁴

A nivel normativo, esta diferenciación aparece plasmada en los criterios de legitimación. Así para la tutela de los intereses colectivos, se reconoce legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas “que tengan por objeto la defensa o protección de éstos”, y también a los grupos de afectados (art. 11.2 Ley de Enjuiciamiento Civil). En la tutela de los intereses difusos, es decir, conforme a lo expuesto, cuando la pluralidad de consumidores afectados es indeterminada, la legitimación se atribuye a las asociaciones de consumidores y usuarios que resulten “representativas” (art. 11.3, Ley Enjuiciamiento Civil)¹⁵.

¹² Bujosa Vadell, ob. citada, pág. 99.

¹³ Bujosa Vadell, ob. citada, pág. 79.

¹⁴ “Legitimación e intereses difusos: últimas tendencias del derecho español. En especial el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil- febrero 1998- y la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación- abril 1998-, J.A. 1998-III, 745.

¹⁵ Bachmaier Winter, Lorena “Intereses colectivos en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/2000”, *Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2002, Vol. 2, pág. 287.

Bujosa Vadell ha esgrimido un criterio objetivo, subjetivo y uno normativo para caracterizar a los intereses difusos y colectivos.

Así, de acuerdo al criterio objetivo, el punto de atención se concentra en el carácter del bien- su indivisibilidad- y su idoneidad para ser objeto del interés de grupo. El criterio subjetivo pone el acento en el carácter plural y colectivo del sujeto portador, siendo éste “un ente exponencial de un grupo no ocasional”, siguiendo la terminología de la doctrina italiana conforme señala Giannini.¹⁶ De acuerdo a este criterio, se da preponderancia al aspecto organizativo.

El criterio normativo que hace a su reconocimiento a través de los textos legales, resulta a criterio del autor citado, de poca utilidad ya que los problemas que acarrea este tipo de intereses trasciende el marco legislativo, con la única ventaja que dicho reconocimiento facilita su protección.

Es por ello que, para acuñar una conceptualización de estos intereses, a lo cuales Bujosa Vadell califica como “intereses de grupo”, resulta importante una combinación del elemento subjetivo y objetivo, a tales fines arriba a la siguiente concepción: “...podemos intentar una definición aproximativa del concepto de interés de grupo, entendiendo que tal interés se refiere a la relación por la que un grupo más o menos determinado de personas pretende la evitación de un perjuicio o la consecución de un beneficio en relación con un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva pero cualitativamente idénticos.”¹⁷

Esta combinación de criterios permite concebir al sujeto no como individuo sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, determinada o determinable, que en algunos casos puede aparecer como unificada, y cuyos objetos resultan susceptibles de goce general.

La doctrina brasileña, ha colocado la diferenciación en lo que Vadell llama el aspecto subjetivo. Ada Pellegrini Grinover¹⁸ sostiene que tanto los intereses difusos como los colectivos pertenecen a la categoría de intereses “meta-

¹⁶ Bujosa Vadell, ob. citada, pág. 99.

¹⁷ ob. citada, pág. 81.

¹⁸ “Acción de Amparo Colectivo- “Mandato de Seguranca”-: Legitimación, objeto y cosa juzgada”, *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, volumen 4.

individuales”, radicando la diferencia entre ellos en la existencia de un vínculo jurídico o relación jurídica base que une a las personas del grupo. Así, dentro de los intereses difusos se ubican las personas que defienden los mismos bienes jurídicos, y se identifican entre sí por circunstancias de hecho que resultan variables y contingentes, como la de pertenecer a la misma categoría o al mismo barrio, resultar consumidores de los mismos productos, quedando comprendidos dentro de éstos la protección del medio ambiente, los intereses de los consumidores, los usuarios de servicios públicos.

En tanto que en los llamados intereses colectivos existe un vínculo jurídico o una relación jurídica que vincula a las personas integrantes del grupo, como ejemplo de ello cabe citar a los miembros de una entidad corporativa, o de un sindicato.

En sentido coincidente se manifiesta Barbosa Moreira¹⁹, indicando como ejemplos de intereses difusos los relacionados con el medio ambiente, la preservación del equilibrio ecológico, la protección de los monumentos históricos y artísticos.

2.2 La diferenciación en ordenamientos normativos de derecho comparado: intereses o derechos difusos, colectivos e intereses o derechos individuales homogéneos.

La diferenciación entre intereses o derechos difusos y colectivos reconocida en la doctrina brasileña, aparece consagrada en el Código del Consumidor Brasileño de 1990. Esta legislación utiliza la terminología de “intereses o derechos” de manera indistinta. Así se distinguen entre: a) intereses o derechos difusos, entendidos como los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de los que son titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho (art. 81.1), b) intereses o derechos colectivos, de naturaleza también supraindividual, indivisible, cuyo titular es un grupo o categoría o clase de personas, que se encuentran vinculadas entre sí, o con la parte contraria contra la cual se presentan intereses contradictorios (art. 81.2) y c) derechos o intereses individuales homogéneos, en tanto derivan de un origen común (art. 81.3).

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica²⁰ alude tanto a los “intereses” como a los “derechos”, empleándolos también como sinónimos. Las

¹⁹ “La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño”, *Revista jurídica de la prov de Buenos Aires Nro. 34*, La Plata, 1983, págs. 61/73.

categorías que emplea este ordenamiento son: 1) intereses o derechos difusos (art. 1.I) y 2) intereses o derechos individuales homogéneos (art. 1. II). El antecedente de este ordenamiento legal, el Anteproyecto, consagraba una clasificación tripartita entre difusos, colectivos e individuales homogéneos. La diferenciación entre los primeros y los segundos radicaba en la existencia de un vínculo jurídico que unía a los que reclamaban la titularidad del derecho violado.

La categoría de intereses individuales “homogéneos” que consagra el Código Modelo, se trata, sustenta Antonio Gidi, de una categoría que resultaba desconocida en América Latina²¹. Su incorporación ha obedecido a la finalidad

²⁰ La idea de un Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica surgió en Roma- mayo de 2002-, en una intervención de Antonio Gidi, miembro brasileño del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en el VII Seminario Internacional co-organizado por diversas instituciones y asociaciones de la Universidad de Roma, y latinoamericanas. La propuesta de este Código apuntaba a que pudiese servir como modelo concreto para inspirar las reformas, a fin de tornar más homogénea la defensa de los intereses y derechos transindividuales en países de cultura jurídica común. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi presentaron el resultado de su trabajo en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, de Montevideo, en octubre de 2002, donde la propuesta fue transformada en Anteproyecto. En el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, la comisión revisora del Anteproyecto integrada por los profesores Ada Pellegrini Grinover, Aluiso G. De Castro Mendez, Aníbal Quiroga León, Antonio Gidi, Enrique Falcón, José Luis Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramio Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce y Sergio Artavia procedió a perfeccionarlo, surgiendo así la 2da. versión del Anteproyecto, el que fue discutido en Roma. Las nuevas propuestas fueron votadas y el Anteproyecto se transformó en Proyecto, que fuera aprobado en octubre de 2004 durante la realización de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, en Caracas, convirtiéndose en el Código Modelo de los Procesos Colectivos para Iberoamérica (Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica).

²¹ El término “intereses individuales homogéneos” ha sido utilizado, sostiene Antonio Gidi, por primera vez por Barbosa Moreira, al comentar las “class action for damages” del derecho norteamericano. Así se refería el autor mencionado: “... class action, que presupone un conjunto de intereses individuales homogéneos y paralelos, defendidos en juicio en su totalidad, por sólo uno o varios de los co-interesados, en virtud de la impracticabilidad de la participación de todos en el proceso...” (Barbosa Moreira, *Tendencias contemporáneas del Derecho Procesal Civil*) citado por Gidi en *Cosa juzgada y litispendencia en acciones colectivas*, pág. 19, nota 49 en Zaneti, Junior, H. “Derechos Colectivos lato sensu: La definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu y de los derechos individuales homogéneos”, en Gidi. Antonio, coord.,

exclusiva de facilitar la protección colectiva, “molecular”, de los derechos individuales con dimensión colectiva²². Sus notas características son la individualidad y divisibilidad de los derechos, con un origen común. Ese origen común apunta a la existencia de un hecho único o complejo que causa lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

Es la misma “cuestión de hecho” o “de derecho” la que confiere homogeneidad a las situaciones generadas, y en el lenguaje de la legislación brasileña, tratándose de la lesión a un derecho difuso: desechos de gases tóxicos en el aire, o a un derecho colectivo: alteración arbitraria de las condiciones contractuales de una empresa de asistencia médica; ambas situaciones pueden dar origen a una violación de derechos individuales. El origen común es el factor que nuclea a los sujetos que se ven afectados por el hecho generador del daño, conducta comisiva u omisiva, que posibilita una defensa colectiva de esos derechos individuales.²³

El rasgo característico de esta categoría de “intereses o derechos individuales homogéneos”, en la terminología del Código Modelo, se perfila por la necesaria demostración del predominio de cuestiones comunes- origen común; misma “cuestión de hecho”, o de “derecho” (publicidad engañosa en la televisión, producción o desecho de gases tóxicos en el aire, alteración contractual ilegal de una empresa de asistencia médica)- sobre las pretensiones individuales planteadas y la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto (art. 2, párr. 1). Esta categoría de intereses implica la existencia de divisibilidad y de configuración individual. Resultan accidentalmente colectivos, y así se los trata por una cuestión de conveniencia.²⁴

3. La consagración de los derechos de incidencia colectiva en el ordenamiento normativo argentino: constitucional e infraconstitucional.

3.1. En el ordenamiento infraconstitucional federal.

Ferrer Mac- Gregor, E. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...*, ob. citada, 2da. Edición, Méjico, Porrúa, 2004, pág. 48.

²² Gidi, A. “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en Gidi, Antonio, coord., Ferrer Mac- Gregor, E. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...*, ob. citada, pág. 25 y sig.

²³ conf. Gidi, ob. citada, págs. 35/38.

²⁴ Hitters, J. “Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos”, *LL*, 24.10.05.

Antes de referirme a la norma constitucional, resulta pertinente señalar un antecedente normativo relevante en el ámbito de la legislación a nivel federal, el Anteproyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina²⁵. De esta previsión normativa- que si bien, ha quedado como mero anteproyecto ya que no ha sido plasmada en la ley 25.488²⁶ que ha reformado el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- se desprende que la categorización de intereses difusos, se conformaba por la confluencia de un criterio objetivo y subjetivo, es decir por comprender la tutela de una naturaleza determinada de bienes, que resulten de pertenencia a una cantidad indeterminada de personas, lo cual revela la ausencia de todo elemento organizativo o aglutinante.

A nivel federal resulta relevante invocar la ley 24.240 de Defensa del Consumidor²⁷ y su decreto reglamentario 1798/94, más allá de sus reformas posteriores introducidas por las leyes 24.787²⁸ y 24.999²⁹, que a través de sus normas regulan la actuación de las asociaciones (art. 52), tema que será objeto de tratamiento en el capítulo siguiente.

La ley General del Ambiente 25.675³⁰ en tanto regula las acciones tendientes a tutelar el medio ambiente desde el punto de vista de la legitimación, las vías y los efectos de la sentencia, tal como se expondrá a continuación, es otra manifestación de regulación normativa de estos derechos.

3.2. En el ordenamiento infraconstitucional local.

²⁵ Este anteproyecto que reconoció como autores a los Dres. Roland Arazi, Isidoro Eisner, Mario Kaminker y Augusto Morello, que en el libro Primero, Título II, sobre Partes, insertó un capítulo sobre la tutela de ciertos intereses y derechos, así el art. 61 refiriéndose a los intereses difusos estipuló que “cuando el litigio verse sobre los denominados “intereses difusos”, tales como la defensa del medio ambiente, de la calidad de vida, de valores culturales y en general los que pertenezcan a un grupo o categoría indeterminada de personas, estarán legitimados para promover la acción pertinente, el Ministerio Público y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido...”

²⁶ B.O. 22.11.01.

²⁷ ADLA, LIII-D,4125.

²⁸ ADLA, 1997-A-1201.

²⁹ ADLA, 1998-B- 46

³⁰ ADLA, LXIII-A,4.

A nivel local, en la provincia de Buenos Aires se ha sancionado la Ley Integral de Medio Ambiente, ley 11.723³¹, que reconoce tres tipos de acciones judiciales para la defensa del medio ambiente. También se sancionó el Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios – ley 13.133³²- que contempla mecanismos colectivos de tutela.

En la provincia de Jujuy se ha sancionado la ley 4399³³ que otorga legitimación al Ministerio Público y a las agrupaciones privadas legalmente reconocidas para la defensa de los intereses colectivos, y que resulten representativas de grupos, categorías o comunidades interesadas .

La provincia de Río Negro contempla una regulación del amparo colectivo a través de la ley 2779.³⁴ La provincia de Salta a través de la ley 6986³⁵, ha regulado la protección de los derechos de incidencia colectiva correspondiente al medio ambiente. La provincia de San Luis tiene regulación del amparo colectivo a través de la ley 5054, la provincia de San Juan ha sancionado la ley 7714³⁶, que regula la implementación de los derechos de los consumidores y usuarios.

La provincia de Santa Fe, a través de la ley 10.000³⁷ ha regulado la defensa de los intereses difusos, previendo un recurso *“contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal o de entidades o personas privadas, en ejercicio de funciones públicas, que violando disposiciones del orden administrativo local, lesionaren intereses simples o difusos de los habitantes de la provincia”*- en resguardo de la salud pública, fauna, flora, medio ambiente, patrimonio histórico, cultural y artístico-.

La provincia de Tucumán ha sancionado un Código Procesal Constitucional- ley 6944³⁸- que regula específicamente el amparo colectivo, y como derechos de tutela, el medio ambiente, el patrimonio cultural y la defensa de los consumidores.

³¹ ADLA, LVI-A, 1240.

³² 27.11.03

³³ 14.7.98

³⁴ LA 1994-B-2804.

³⁵ 2.6.98, B.O.15443.

³⁶ B.O. 8.9.06.

³⁷ LA 1987-A-1487.

³⁸ ADLA, 1999-B, pág. 2673 y sig.

3.3. En los ordenamientos constitucionales locales.

Antes de la reforma constitucional de 1994, ya varias constituciones provinciales contenían provisiones normativas respecto de los derechos en análisis, así la Constitución de Córdoba (art. 53, que consagra la acción de amparo para la tutela de los intereses difusos, y art. 124 en tanto legitima al Defensor del Pueblo para la defensa de los derechos colectivos o difusos); Constitución de La Rioja (art. 50 en tanto cons

agra el derecho de los usuarios y consumidores, art. 66 protege el medio ambiente, art. 144 adjudica al Defensor del Pueblo la defensa de los derechos, garantías e intereses tutelados por la constitución), San Luis (art. 47 consagra el amparo para la tutela del medio ambiente y calidad de vida, art. 235 legitimación del Defensor del Pueblo para la protección de los intereses difusos o derechos colectivos), Salta (art. 91 consagra la protección de los intereses difusos, art. 30, protección del medio ambiente y art. 31, derechos de usuarios y consumidores), Río Negro (art. 30 consagra la defensa del consumidor, art. 84, protección del medio ambiente).

Estos antecedentes han sido tenidos especialmente en cuenta por los constituyentes de 1994³⁹.

3.4. La fórmula prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional.

La fórmula constitucional “derechos de incidencia colectiva” prevista en la segunda parte del art. 43 de la Constitución Nacional aparece como una categoría genérica, comprensiva de lo que la doctrina extranjera se ha preocupado por diferenciar entre intereses o derechos difusos y derechos o intereses colectivos, ya que en dicha categoría quedarían incluidas ambas especies.

La previsión se ha hecho bajo la forma de una norma enunciativa, toda vez que luego de tipificar los casos de: protección contra cualquier forma de discriminación, los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, se invoca a los derechos de incidencia colectiva en general. La enunciación pareciera responder a una mera ejemplificación de los derechos que el

³⁹ El convencional Schroder sostenía: “Resultaría contradictorio, que si estos derechos están contemplados en las constituciones provinciales, no los incorporáramos a la Constitución Nacional”, “Diario de Sesiones de la Convención Constituyente”, To. IV, pág. 4113.

constituyente ha querido tutelar. Estas serían meras especies del género “derechos de incidencia colectiva”.

De esta manera la norma se remite a otros derechos consagrados en el cuerpo de la Constitución, como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

El constituyente utilizó el término “derecho”, desechando el de “interés”, aún cuando varios proyectos presentados, tal como se analizará a continuación, utilizaban el término interés difuso.

Una remisión a las categorías clásicas de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, podría ubicar a la categoría de “interés” en protecciones más debilitadas; situación que ya no admite diferenciación.⁴⁰

A su vez, se diferencia de la normativa prevista en el Código Modelo para Iberoamérica que utiliza los términos “intereses o derechos” de manera indistinta, como lo hace también la legislación brasileña- Código del Consumidor brasileño-⁴¹.

⁴⁰ La diferenciación entre “derechos subjetivos” e “intereses legítimos”, en la doctrina italiana, obedecía al distinto tipo de jurisdicción: así los derechos subjetivos eran juzgados por la justicia civil- relaciones entre particulares-, y los intereses legítimos, ante órganos de la justicia administrativa- relaciones entre particulares y administración pública o de interés social relevante-. Por lo cual esta diferenciación obedece a la particular organización jurisdiccional prevista en el ordenamiento italiano, que resulta propia de ese sistema, respondiendo más a motivaciones históricas. Un completo análisis acerca de la configuración histórica de la categoría del “interés legítimo” es abordado por Carlos Greco en su trabajo de doctrina titulado “Legitimación contenciosoadministrativa y tutela judicial del interés legítimo”, LL-1981-C,878.

Sostiene Gordillo, que la diferenciación se desprende del derecho administrativo, en tanto el derecho subjetivo reconocía plena tutela administrativa y judicial, y el interés legítimo ha reconocido tutela en los llamados sistemas contencioso administrativos – sistema jurídico francés-. Estas categorías heredadas por nuestro ordenamiento, se encuentran actualmente en vías de equiparación. Quien encabeza un derecho subjetivo, señala Gordillo, posee un interés que resulta propio de cada portador del derecho en forma individual, exclusiva y excluyente. El interés legítimo, se conforma por la exigibilidad concurrente, compartida en forma inescindible entre varias personas, frente a los excesos y abuso en el ejercicio de facultades discrecionales. La concurrencia inseparable de varias personas se diferencia de las situaciones en las que la pretensión puede individualizarse en forma exclusiva en cabeza de una sola persona. El titular del interés simple se manifiesta como el interesado en el cumplimiento de la ley, con un vínculo más lejano en orden al perjuicio o daño, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fund. de Derecho Administrativo, 1998, To. II, cap. II, págs. II-3 y sig., y cap. III, pág. III-8,9 19 y sig..

El término “incidencia” cumple, a criterio de Quiroga Lavié, la función de personificar el ente colectivo: sea la sociedad o el grupo de pertenencia.⁴²

Así, la “incidencia” apunta a personificar el ente colectivo, recayendo la legitimación tanto en el Defensor del Pueblo, como en las asociaciones y en el “afectado”, en cuyo caso, este último estaría encabezando la acción en nombre del grupo de pertenencia.

En la doctrina constitucional argentina, una interpretación historicista nos remonta a la labor de la convención constituyente de 1860 a partir de la incorporación del art. 33, por iniciativa de la Convención revisora de la Prov. de Buenos Aires, que ha tomado como base a la Constitución de EE UU.⁴³

⁴¹ Se observa una transposición de la doctrina italiana con referencia al “interés legítimo” en la doctrina brasileña, señala Hermes Zanetti Junior, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, ob. citada, en Gidi, Antonio *La tutela de lo derechos* ...ob. citada, pág. 52, al analizar críticamente la terminología utilizada, ya que no se trata de defensa de intereses sino de derechos, lo que impone dejar de lado la concepción excluyente de interés hacia la conformación de criterios amplios de protección judicial.

Esta terminología ha sido criticada por algunos doctrinarios, así Enrique Falcón sustenta que los derechos no son difusos, sino que son sólo “los intereses los que corresponden a sujetos múltiples indiferenciados, aunque estén en grupos o sustenten derechos homogéneos.” “Algunas precisiones sobre el lenguaje utilizado en el “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” en Gidi, A. *La tutela de los derechos* ...ob. citada, pág. 378.

⁴² Quiroga Lavié, Humberto, “El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus” en *La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 1994, pág. 151.

⁴³ El debate se entabló, entre el convencional Esteves Saguí y Bartolomé Mitre. Mientras el primero sostenía que no resultaba conveniente hacer referencia en la Constitución a derechos no enumerados, en forma general e indeterminada, toda vez que éstos se encontraban consagrados en el art. 14 y en la parte dogmática de la Constitución; Bartolomé Mitre sustentaba que se trataba de derechos que le correspondían a la sociedad como “ente moral o colectivo”. Allí se instaura el nacimiento de los derechos públicos subjetivos de la sociedad, los derechos colectivos, los derechos o intereses difusos, conf. Quiroga Lavié, Humberto “El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus” en *La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 1994, págs. 136 y sig. En el seno de la Convención Constituyente, Bartolomé Mitre señalaba que no se trataba de nuevos derechos individuales, sino de los que en tiempos modernos, son los derechos para ese ser colectivo que se llama humanidad (Ravignani, Emilio *Asambleas Constituyentes argentinas*, To. IV, págs. 842 y sig, citado en Quiroga Lavié, “El amparo, el hábeas data... ob. citada, pág. 136).

En atención a lo señalado, la norma constitucional prevista en el art. 43 CN, que ha consagrado en forma expresa la tutela de los derechos colectivos, es decir, la protección de esos derechos bajo el amplio concepto normativo de derechos que nacen de “la soberanía del pueblo, y de la forma republicana de gobierno”, han estado en forma latente en el art. 33 a partir de su incorporación por vía de la reforma constitucional de 1860.

3.5. El Debate en la Convención Constituyente.

En el seno de la Comisión de Nuevos Derechos en la Convención de Santa Fe, con motivo de la reforma constitucional de 1994, los proyectos que incluían el reconocimiento de los denominados derechos colectivos fueron los presentados por Quiroga Lavié⁴⁴, Elisa Carrió- aunque allí se referían a “intereses colectivos”⁴⁵- y por Antonio Berhongaray, Azcueta y Roulet⁴⁶, este último si bien se refería a los derechos colectivos, incluía los referidos a la protección del medio ambiente, consumidores y usuarios y del patrimonio cultural, bajo una fórmula no tan amplia como la consagrada en la norma constitucional.

En el marco del reconocimiento de los “intereses difusos”, había un proyecto presentado por Maqueda⁴⁷ en el cual se reconocía una amplia legitimación procesal para la tutela del medio ambiente.

El convencional Cullen⁴⁸ identificó intereses difusos con incidencia colectiva ejemplificando con los relativos al ambiente, al consumidor “y otros”; por el contrario, el convencional Roque⁴⁹ separa los derechos de los usuarios y de los consumidores, de los de incidencia colectiva; por su parte, el convencional Díaz,⁵⁰ a cuya voz se le atribuyó singular importancia en materia de amparo, dijo textualmente: *“Al tratar el tema de la materia, se hace referencia a las cuestiones relativas a la discriminación, al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor y a los derechos que tienen incidencia colectiva”*.

⁴⁴ Boletín Nro. 2, p. 96.

⁴⁵ Boletín Nro. 7, p. 260.

⁴⁶ Boletín Nro. 30, p. 1594.

⁴⁷ Boletín Nro. 38, p. 2085.

⁴⁸ Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, To. IV, pág. 4154.

⁴⁹ Diario de Sesiones, págs. 4073, 4074 y 4073.

⁵⁰ Diario de Sesiones, pág. 4050.

Señala Quiroga Lavié, que en el seno de la Comisión, la polémica se había planteado entre dos frentes: por un lado, la posición del convencional Natale, quien se oponía a reconocer la existencia de tales derechos en cabeza de la sociedad; por otro lado, se encontraba la postura encabezada por quienes sostenían la titularidad de tales derechos en cabeza de la sociedad como persona moral o colectiva. Es decir, esta última postura, encabezada por Quiroga Lavié, comulgaba con la posición que en 1860 había defendido Bartolomé Mitre en el marco de la Convención Constituyente.

Las discordancias se generaron tanto en la materia de la concepción de este tipo de derechos, como en los criterios de legitimación procesal. Así las posturas se planteaban entre el radicalismo y los representantes del Frente Grande, quienes pretendían la incorporación de la acción popular en cabeza de cualquier habitante⁵¹, y por otro lado, se encontraba la postura del justicialismo que sostenía los riesgos de reconocer una legitimación tan amplia, que llevaría a la máxima irrupción de reclamos judiciales⁵².

El convencional Rosatti en los fundamentos de su proyecto de reforma relativo al medio ambiente ha distinguido el sentido expansivo del término “difuso”, poniendo el acento en que es este último el que debe prevalecer: lo difuso como expansivo⁵³, y no como evanescente.

Siguiendo con estos antecedentes constitucionales, señala Quiroga Lavié, que lo consagrado en la norma constitucional del art. 43 ha sido una fórmula de

⁵¹ El convencional Barcesat, miembro informante del despacho de minoría del Frente Grande manifestó: “... en el segundo párrafo, en el que se menciona quiénes quedan habilitados para el reclamo y para la legitimación activa en el tema de los derechos colectivos, pluripersonales o difusos- como suele llamárselos- solicito que se incorpore la palabra “también”. De esta manera el párrafo dirá ‘Podrán también...’ Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, To. IV, pág. 4054.

⁵² Proyectos de Barra y Masnatta, Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, To. IV pág. 4113.

⁵³ Boletín Nro. 3, pág. 153, Convención Reformadora. En sentido similar se ha manifestado Enrique Falcón en su crítica a la terminología utilizada por el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica respecto a los “derechos e intereses difusos”, sustentando que los derechos no son difusos, sino que son sólo “los intereses los que corresponden a sujetos múltiples indiferenciados, aunque estén en grupos o sustenten derechos homogéneos.” “Algunas precisiones sobre el lenguaje utilizado en el “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” en Gidi, A. “*La tutela de los derechos* ...ob. citada, pág. 378.

transacción a través de la cual y mediante un recorte de diferencias entre una y otra posición, se estableció la fórmula “derechos de incidencia colectiva”.⁵⁴

Es decir, y tal como se señalará a continuación, por un lado, se limitó la legitimación, a lo cual accedió la postura del radicalismo y por otro lado el justicialismo aceptó esta fórmula constitucional como abarcadora del derecho público en cabeza de la sociedad.

El criterio de admitir la acción popular también había sido rechazada por el convencional García Lema, quien ponía de manifiesto que ante un control de constitucionalidad difuso, las protecciones que los jueces dan a los derechos y garantías individuales no puede ser extendida en términos abstractos a todas las personas que no tengan derechos e intereses afectados.⁵⁵

En el capítulo siguiente me referiré con mayor detalle a los proyectos presentados y a los debates en el seno de la Convención Constituyente en materia de legitimación para accionar.

Esta solución transaccional- como lo había expuesto el convencional Quiroga Lavié- revela lo que Nino llama el resultado de compromisos entre ideologías e intereses contradictorios que se reflejan en tensiones entre distintas disposiciones en la consagración de fórmulas constitucionales.⁵⁶

El resultado de confrontaciones diversas da origen a las llamadas indeterminaciones constitucionales; que imponen llevar a cabo una interpretación de

⁵⁴ El convencional se expresó de la siguiente manera: “... A raíz de las negociaciones entre los distintos bloques se suprimió del segundo párrafo la acción popular de los derechos colectivos... En definitiva, la sustitución de la palabra “también” en el segundo párrafo no debe implicar que el titular damnificado como consecuencia de encontrarse afectado un derecho colectivo no puede iniciar la acción en razón de la utilización de los derechos individuales previstos en el primer párrafo...” Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, To. IV, pág. 4118.

⁵⁵ Así se refería el convencional constituyente, al sustentar la necesidad de agregar el término “afectado”: “... el sentido de agregar la expresión ‘el afectado’ es hacer explícita una circunstancia obvia, porque afectado supone siempre la existencia de una lesión o daño que perturba a una persona. Por lo tanto es una condición general de nuestro sistema jurídico permitir el ejercicio de las acciones a personas que sufren una lesión o daño en sí mismas...” Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, To. IV, pág. 4260.

⁵⁶ *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000, pág. 89 y sig..

4.1. Los criterios doctrinarios.

En la doctrina constitucional, Bidart Campos ha puesto el acento en la dimensión colectiva y transindividual de estos derechos, y en la existencia de una intersección entre lo público y lo privado.⁵⁸

Se ha señalado la existencia de una coparticipación colectiva de intereses, desde la faz subjetiva. Así Dalla Vía⁵⁹ destaca una suerte de relación consorcial generada entre los damnificados actuales o potenciales frente al acto lesivo, pudiendo invocar cada sujeto una especie de cuota parte que los legitima para acceder a la justicia.

Gil Domínguez⁶⁰ señala la existencia de tres elementos para la caracterización de los derechos de incidencia colectiva: titularidad, objeto y vínculo obligacional. La titularidad se manifiesta en una pluralidad de sujetos respecto del bien, objeto de disfrute. El objeto, responde a las características de no distribución, insusceptible de apropiación individual, de goce o uso común. En cuanto al vínculo obligacional, éste se refiere a evitar algún perjuicio u obtener algún beneficio respecto de las obligaciones de dar, hacer o de no hacer.

Con algunas notas comunes, Quiroga Lavié⁶¹ se refiere a éstos señalando: la existencia de un grupo más o menos determinado de personas, que poseen relaciones con terceros, en base a las cuales, se generan perjuicios vinculados a: 1) un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o a: 2) objetos que resultan de apropiación exclusiva, y sean cualitativamente idénticos. Así se ha referido a los supuestos en los cuales se encuentran en juego los derechos vinculados al medio ambiente (supuesto 1), o los derechos de los usuarios de servicios públicos y consumidores que presentan afectaciones individuales de equivalente carácter (supuesto 2).

⁵⁸ *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, To. 1, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1998, pág. 476.

⁵⁹ *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2004, pág. 380.

⁶⁰ *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, ob. citada, págs. 147 y sig.

⁶¹ *El amparo colectivo*, pág. 128.

Desde la doctrina procesal, Pérez Ragone⁶² califica a las incumbencias multisubjetivas de acuerdo al objeto de referencia, de la siguiente manera: 1) incumbencia o interés social, entendido como lo que interesa a una comunidad social en un determinado espacio y tiempo, 2) incumbencia o interés general que presenta una importancia cualitativa y cuantitativa para uno o más grupos, 3) incumbencia pública, en tanto implica que el Estado asuma determinadas conductas para satisfacer intereses que considera prevalentes.

Bajo estas concepciones doctrinarias, una primera aproximación respecto de los contenidos de esta categoría de derechos, conduce a delinear los mismos en orden a la naturaleza del bien jurídico que se protege. De este modo, si el bien se manifiesta como no susceptible de apropiación exclusiva, indivisible, resulta claro que bajo esta caracterización, el medio ambiente emerge como uno de los derechos consagrados de manera concreta, y así lo estableció expresamente el constituyente.

Este análisis colocado en el objeto, no resulta suficiente, cuando nos encontramos frente a situaciones en las cuales la lesión o el daño no recae sobre bienes de tipo colectivo, y se genera una afectación a las condiciones de igualdad, o dignidad humana, o a los consumidores de determinado producto, o se produce un desequilibrio en la prestación de un servicio público. En estos casos: ¿bajo qué parámetros corresponde conferirles tutela colectiva? No nos encontramos ante un bien de naturaleza indivisible. Sin embargo, todos los supuestos aparecen mencionados en la misma norma: el derecho al medio ambiente, los derechos de los usuarios y consumidores, situaciones en las cuales se genera discriminación, trayendo a colación por la amplitud de la fórmula constitucional a otro cúmulo de derechos, a los que se calificó genéricamente como de “incidencia colectiva”.

Las connotaciones vinculadas al interés público o general también se encuentran presentes.

A los fines de tomar un eje de referencia, voy a referirme a algunos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte, en los cuales el Alto Tribunal ha ponderado los derechos en estudio.

⁶² “Prolegómenos de los amparos colectivos, Tutela de las incumbencias multisubjetivas”, *Revista de Derecho Procesal Nro. 4-I*, Rubinzal Culzoni, 2000, volumen 4, pág. 103.

Se trata de los precedentes “Mignone”⁶⁵, “Verbitsky”⁶⁶, “Asociación Benghalensis”⁶⁷ que serán tratados con mayor profundidad al referirme a la legitimación para accionar- en los cuales los derechos peticionados han sido en un caso, un derecho político: el ejercicio del sufragio para los procesados, caso “Mignone”; el derecho a las condiciones dignas para los sujetos que se encuentren en situación de detención carcelaria, caso “Verbitsky”, y el derecho a la salud, en el caso “Asociación Benghalensis”.

En éstos, el mecanismo de protección ha sido colectivo, lo cual revela que la fórmula “derechos de incidencia colectiva en general” ha dado andamiaje sustantivo para la procedencia de las acciones entabladas.

En el precedente Asociación Benghalensis, el ministro Vazquez se ha referido a los derechos contemplados en el art. 43 de la siguiente manera: “ ... *una de las situaciones que el constituyente consideró, es aquella en que la afectación de los derechos comprometidos- por su naturaleza- trae aparejadas consecuencias que repercuten en todos aquellos que se encuentran en una misma categoría...*”; “...*los agravios a los que hace referencia el art. 43 de la Constitución Nacional tienen un efecto expansivo, de ahí que baste con que se conculquen o desconozcan ciertos derechos de uno solo de los del grupo para que ello incida categóricamente en el resto*” (cons. 9).

De este voto se desprenden las situaciones contempladas por el constituyente, respecto de los titulares de derechos que se encuentran comprendidos bajo una misma categoría, impregnados por la nota de homogeneidad.

El tratamiento colectivo al derecho peticionado que ha reconocido el precedente “Verbitsky”, tal como se desprende del dictamen del Procurador, ha sido para robustecer la tutela, ya que, el ejercicio de acciones individuales en procesos

⁶⁵ F, 325:524. En este precedente, la acción es entablada por el CELS- Centro de Estudios Legales y Sociales- peticionando que se declare la inconstitucionalidad del art. 3 inc. d) del Código Electoral Nacional.

⁶⁶ F, 328:1146. La acción ha sido interpuesta por el CELS, a los fines de tutelar la situación de las personas privadas de libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, alojadas en establecimientos policiales.

⁶⁷ F, 323:1339. Asociación Benghalensis y otras entidades han entablado acción de amparo contra el Estado Nacional a fin de que cumpla con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, y en especial en la provisión de medicamentos.

separados hubiera perjudicado a los miembros del colectivo. Los votos que integraron la doctrina mayoritaria han tenido especialmente en cuenta el encuadre colectivo, así lo han sustentado: "... es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla" (cons. 16).

La necesidad de otorgar tutela colectiva se advierte, como ya se expusiera frente a los "intereses individuales homogéneos", configurados por aquellas situaciones, en las cuales no hay un bien colectivo de tutela, como en el caso del medio ambiente, sino que existe un hecho único o continuado que provoca la lesión a todos, y que resulta inidentificable con una causa fáctica o normativa homogénea.

Desde la doctrina constitucional Bidegain⁶⁸ ha señalado que dentro de la categorización de derechos comprendida en el art. 43, cabía advertir la existencia de derechos individualizados, pero la generalidad del problema o afectación da lugar a la necesidad de acudir a otros mecanismos de protección colectiva, como la legitimación del Defensor del Pueblo y las asociaciones de usuarios y consumidores.

Una caracterización más precisa y concreta de los mismos aparece consagrada en el precedente "Mujeres por la Vida- Asociación Civil sin Fines de Lucro- c. E.N.- Mtro. de Salud y Acción Social de la Nación s. Amparo"⁶⁹ en el voto disidente del ministro Ricardo Lorenzetti⁷⁰. La acción fue admitida por la jueza de primera instancia y revocada por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, que la desestimó in limine. La Corte resolvió revocar la decisión de la Cámara reconociendo legitimación procesal a la asociación actora.

El ministro Lorenzetti en su disidencia se ha referido a estos derechos de la siguiente manera: "...*Que la Constitución Nacional admite una tercera categoría,*

⁶⁸ *Curso de Derecho Constitucional*, To V, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2001, pág. 37/38.

⁶⁹ CS, 31.10.06, LL-2006,464.

⁷⁰ En este precedente la asociación civil sin fines de lucro "Mujeres por la Vida" había planteado una acción de amparo y una medida cautelar tendiente a que el Ministerio de Salud y Acción Social suspenda la ejecución en todo el territorio nacional del "Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable", (arts. 2 inc. f), 3, 4, 5, inc. a) y b); 6, incs. b) y c); 7, 9, 10, 11, inc. b) y 12 de la ley mencionada).

conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, cuando hace alusión, en su art. 43, a los derechos de los consumidores y a la no discriminación. En estos casos, no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Este dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses... Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos...” (cons. 11).

Del voto precedente se desprende la configuración de los siguientes recaudos para la procedencia de una tutela colectiva: a) que exista un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad de derechos individuales, b) que la pretensión esté conformada en los efectos expansivos que la misma genera, y no en lo que cada sujeto individualmente puede petitionar, c) que las situaciones se encuentren impregnadas de una homogeneidad fáctica y normativa, d) la razonabilidad de su sustanciación en un solo proceso.

Este voto instaura una diferenciación en el ámbito de los derechos de incidencia colectiva comprendidos en el art. 43, al invocar la categoría de los intereses individuales homogéneos⁷¹, a los cuales la Corte había hecho alusión en el precedente “Mendoza”, como aquellas situaciones generadas por la afectación de los derechos de los consumidores, y los casos de discriminación. Es decir, se imprime un nuevo elemento en la interpretación de estos derechos, a los fines de asignarles tutela colectiva, es por ello, que la doctrina brasileña señala que estos derechos son “accidentalmente colectivos”⁷², es decir lo son para posibilitar la protección colectiva.

⁷¹ El ministro Lorenzetti había postulado en un previo trabajo de doctrina comentando el fallo “Defensoría del Pueblo de la Ciudad c. Edesur” (rto. 16.3.00, Cámara Fed. en lo Civil y Comercial de la Capital- Sala I), materia de tratamiento en el capítulo siguiente, una diferenciación entre: intereses individuales, intereses pluriindividuales homogéneos e intereses transindividuales colectivos, “Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad”, *JA* 2000-II-235.

⁷² Barbosa Moreira, “Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, en *Temas de Direito Processual*, tercera serie, pp. 195-196, citado en Gidi, Antonio, “Derechos Difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en Gidi, A. Ferrer Mac. Gregor, coord.. *La tutela de los derechos...* ob. citada, pág. 32.

El voto mencionado reconoce así dos categorías de derechos de incidencia colectiva, la que hace a la existencia de un bien de naturaleza colectiva (cons. 10), y la referida a los intereses individuales homogéneos.

En este precedente, el voto en disidencia de la ministra Argibay refuerza la concepción de Lorenzetti respecto de una de las categorías que éste señala, la que se refiere a los bienes públicos o colectivos. En este sentido los caracteriza como aquellos, en los cuales el *“uso y goce por una o varias personas no es excluyente del usos y goce por todas las demás”* (cons. 9). Excluye de toda forma de protección colectiva, que diera lugar a una forma de legitimación colectiva, los vinculados a los derechos patrimoniales (cons. 10).

Ya se había pronunciado en este sentido, la doctrina mayoritaria de la Corte, en el precedente *“Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia v. Administración Federal de Ingresos Públicos”*⁷³ limitando con un criterio altamente restrictivo los criterios de legitimación a la tutela de los derechos expresamente previstos en el art. 43 (cons. 10), y señalando que la protección de los derechos patrimoniales se encuentra al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43. El criterio expuesto no resulta compatible con los precedentes en los cuales otorgó tutela colectiva a derechos no previstos expresamente en la norma (derecho a la salud, a la vida, al derecho electoral del sufragio), ni tampoco se mantuvo cuando hizo lugar a mecanismos procesales de protección frente a las condiciones carcelarias de los detenidos en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

Es de señalar que en el precedente *“Ministerio de Salud y/o Gobernación s. Amparo”*⁷⁴ resuelto en la misma fecha que el antecedente precitado *“Asociación Mujeres por la Vida”*, tanto el Ministro Lorenzetti como la ministra Argibay se han expedido sobre la conceptualización de los derechos de incidencia colectiva, reiterando parte de los argumentos vertidos al votar ambos en disidencia en el

⁷³ CS, 26.8.03, JA 2003-IV-45.

⁷⁴ CS, 31.10.06; LL, 2006-F,422. En este precedente se presentaron un grupo de profesionales del hospital Materno Infantil y dos asociaciones profesionales entablado un acción de amparo contra la provincia de Salta, a los efectos de que se diera solución a las graves insuficiencias de infraestructura, equipamientos, insumos y recursos humanos que padece el hospital, peticionando al Ministerio de Salud a tomar las medidas de urgente reestructuramiento y reequipamientos generales. La Corte hizo lugar a la acción entablada.

precedente referenciado. Los dos ministros han esgrimido sus votos adhiriendo a la doctrina mayoritaria que ha hecho lugar a la acción de amparo interpuesta. La relevancia reside en que en este precedente, más allá de la diferencia de fundamentos, ambos votos tienden a formar parte de la doctrina de la mayoría del Alto Tribunal, que ha acogido favorablemente el amparo, encuadrando la petición en el marco de una “causa”.

En el precedente “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Sec. de Comunicaciones S. amparo” (rta. 31.10.06)⁷⁵, la decisión mayoritaria si bien rechaza la acción de amparo interpuesta por esta institución, los votos disidentes de los ministros Zaffaroni y Lorenzetti discurren sobre la naturaleza de estos derechos. En tal sentido se reitera la existencia de bienes colectivos (cons. 8), como objeto de disfrute de esta clase de derechos, y se incluye la categoría de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos (cons. 9), bajo las mismas características que las afirmadas en el precedente “Mujeres por la Vida”. Estos votos encuadran la petición formulada por la Defensoría del Pueblo bajo la categoría de intereses individuales homogéneos, toda vez que la decisión a la cual se arribase en ese precedente generaría efectos sobre una pluralidad relevante de sujetos, haciendo hincapié en los elementos homogéneos que presentan aquellos sujetos afectados por el mismo hecho.

En lo que respecta al medio ambiente, en tanto bien de naturaleza colectiva, conforme lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia invocada, en la medida en que la pretensión invocada en un proceso lo sea a título individual, esta situación sería compatible con la configuración de intereses individuales homogéneos.

Esto fue lo que la Corte señaló en el citado precedente “Mendoza”, respecto a las pretensiones formuladas por los actores- quienes reclamaban por los daños generados por la contaminación ambiental del río- al sustentar que las mismas podrían llegar a ser calificadas como manifestación de intereses individuales

⁷⁵ LL, 2006-F, 435. La Defensoría del Pueblo de la Ciudad plantea la inconstitucionalidad de la resolución emitida por la Secretaría de Comunicaciones de la Nación que disponía el cobro del servicio de informaciones “110” a los usuarios del servicio telefónico. La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal había hecho lugar al amparo interpuesto, dejando sin efecto la resolución impugnada.

homogéneos, por encontrarse en juego un solo hecho ilícito generador de lesiones a los sujetos peticionantes.

Estas observaciones permiten concluir que la categorización plasmada en el Código Modelo, con la influencia de la legislación brasileña, ha arrojado luz sobre la doctrina jurisprudencial de la Corte, ya que el ordenamiento mencionado prevé de manera expresa y diferenciada los derechos o intereses difusos por un lado, y los derechos o intereses individuales homogéneos.

Sin hacer mayor hincapié en la categoría de derechos difusos o colectivos, como se expusiera anteriormente, ya que no ha estado presente de manera definida tal distinción en el marco de los debates de la Constituyente, pareciera que la diferenciación radica entre los derechos que tienen por objeto la tutela de un bien de naturaleza colectiva, transindividual, indivisible, y los que se corresponden con situaciones que se relacionan con los derechos individuales homogéneos.

Por lo tanto dentro de esta categorización de derechos estarían comprendidos aquellos en los cuales el objeto de disfrute es esencialmente colectivo. Esto implicaría una caracterización de acuerdo al bien jurídico que se protege. A su vez, dentro de esta categoría se encuentran derechos individuales, por su naturaleza, pero que desde la tutela, exigen una protección de tipo colectiva. Esta protección colectiva se impone dada la existencia de una legitimación especial, y por las particularidades que presentan las decisiones alcanzadas en los procesos en los cuales se sustancien.

Esta caracterización permite de alguna manera explicar los casos en los cuales la Corte ha dado tratamiento colectivo a derechos no incluidos en forma expresa en la norma del art. 43, así como el derecho a la salud, a las condiciones de detención carcelaria dignas, por cuanto ha visualizado la existencia de situaciones homogéneas o uniformes generadas a partir de un hecho único o de un producto normativo que provoca un daño o lesión.

CAPITULO II

LOS LEGITIMADOS COLECTIVOS

1. La legitimación.

1.1. Concepto

Lino Palacio ha definido la legitimación para obrar o legitimación procesal, como “aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual versa el proceso.”⁷⁶

La legitimación “*ad causam*” se configura cuando quien resulta legitimado para actuar significa tener una situación individual que permite contar con una expectativa cierta a la sentencia, existiendo un emparentamiento entre legitimación y pretensión.

La legitimación “*ad processum*” hace a las aptitudes necesarias para actuar en juicio, y a un presupuesto de validez del proceso como un todo y de cada uno de los actos procesales.⁷⁷

La legitimación configura el aspecto subjetivo de la relación jurídica; asimilable al “*standing to sue*” acuñado en el derecho estadounidense.⁷⁸

En el marco del proceso civil, que comprende por lo general situaciones privadas individuales, la parte legitimada será el sujeto privado que afirma ser titular o legítimo representante de las situaciones jurídicas deducidas en juicio.⁷⁹ Es decir, que

⁷⁶ Derecho Procesal Civil, 7ma. Edición, actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, To. I, 1987, págs. 130-131.

⁷⁷ Gozaíni, Osvaldo. *La legitimación en el proceso civil*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1996, págs. 83 y sig.

⁷⁸ El término “standing” deriva de la frase latina “locus sandil” -a place to stand, un sitio para pararse-, utilizada en Gran Bretaña para describir la capacidad para presentarse ante el Parlamento a fin de interceder por un proyecto de ley, conforme señala Caputi, Claudia “La legitimación de los ciudadanos para accionar judicialmente en defensa de los intereses generales. Una perspectiva del modelo norteamericano y su relación con el argentino”, *ED*, To. 185, pág. 806, nota Nro. 20.

⁷⁹ Cappelletti, Mauro “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 11, ob. citada, págs. 12 y sig.

se identifica la legitimación “*ad causam*” con la titularidad del derecho subjetivo, configurando un supuesto típico de legitimación ordinaria⁸⁰ o de legitimación directa.

En este esquema de proceso, el derecho de acción, las normas procesales y la competencia atribuida a los jueces sólo han estado encaminados hacia la defensa individual de los derechos subjetivos. Ello, por cuanto la contienda siempre se ha concebido como planteada entre dos partes, cada una de ellas litigando en nombre de sus propios derechos⁸¹.

1. 2. La vinculación entre “causa “ y “legitimación”.

La íntima conexión entre el “qué” - caso judicial- y el “quién”- legitimación- de la situación planteada ante los estrados judiciales ha sido señalada en forma reiterada por la Corte Suprema en oportunidad de pronunciarse en materia de la procedencia del control de constitucionalidad.

Así ha sustentado que el fin y las consecuencias del “control” encomendado a la justicia sobre la actuación del Poder Ejecutivo y Legislativo, requería siempre de la existencia de causa o controversia judicial, en los términos de lo previsto en los ex arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, y actuales 116 y 117; que encuentra similitud con el concepto de causa previsto en el art. III de la Constitución americana.

Esta exigencia estaba impuesta por la preservación del principio de división de poderes. Esas “causas” eran las contempladas en el art. 2 de la ley 27, ley que tiene como antecedente inmediato el art. 7 de la ley 182 del Congreso de Paraná sobre organización de la justicia federal⁸², que establecían la exigencia de que los

⁸⁰ conf. Gozaíni, ob. citada, pág. 107.

⁸¹ Cappelletti, Mauro, “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, ob. citada, págs. 12 y sig.

⁸² El senador Zapata miembro de la Convención Constituyente de 1853, al informar el despacho de ley, explicaba que: “nuestros jueces federales, como los norteamericanos, y según las sabias doctrinas y teorías constitucionales de aquel aventajado pueblo, conservan en el ejercicio de sus altas funciones los tres caracteres distintos de todo juez común. Conservan su primer carácter que es servir de árbitro entre partes, porque no obran jamás sin que haya contestación, ni juzgan sin que haya proceso...”, “... jamás se pronuncian sobre una ley sin partir de un proceso, porque esto sería salir de su esfera para penetrar en el Poder Legislativo.; conservan el segundo carácter del Poder Judicial que consiste en pronunciarse siempre sobre casos particulares y no sobre principios

tribunales federales ejerzan jurisdicción en los “casos” contenciosos, excluyéndose las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad en tanto su aplicación no hubiese dado lugar a un litigio contencioso.⁸³

Esta jurisprudencia de la Corte Suprema ha estado moldeada sobre la base de la jurisprudencia americana – “Frothingham v. Mellon”⁸⁴, “Allen v. Wright”⁸⁵ entre otros- a través de la cual se afirmó que la legitimación está basada en la necesidad de preservar el principio de división de poderes, y en acreditar el gravamen “directo” que deriva de la aplicación de la legislación cuestionada. Así en forma concreta – “Lujan v. Defenders of Wild Life”⁸⁶ sostuvo: “*la separación de poderes, como mecanismo central de la Constitución, depende en gran medida del común entendimiento acerca de qué actividades son apropiadas para las legislaturas, la administración y los tribunales...; la legitimación es una línea demarcatoria que deslinda o separa los casos o controversias que tienen naturaleza judicial*”. Tal como se desprende de estos señalamientos ha estado presente en la jurisprudencia americana una notable preocupación por el rol de los tribunales en una sociedad democrática.

La encorsetada concepción de “causa” como presupuesto ineludible para el ejercicio del control de constitucionalidad, exigía la existencia de un proceso, en el que estuviera presente un litigio concreto, ente partes adversarias, en que por la afirmación del derecho de una de ellas se contradiga la procedencia del derecho de la

generales...”; “... perderían este carácter si atacaran directamente un principio general, sin tener en vista un caso particular, pues entonces desempeñarán una función muy diferente a la de un magistrado...; conservar por fin el tercer carácter, peculiar de todo Poder Judicial que constituye en no poder obrar sino cuando se les invoca o es requerido. Los jueces federales son por naturaleza pasivos; es preciso ponerlos en movimiento para que se muevan... que se les someta en fin un acto y se reclame de él para que lo interpreten y juzguen... Si así obrasen, desnaturalizarían su carácter pasivo, tomando una iniciativa que no deben tener y constituyéndose en censores de las leyes y de los actos”, Cámara de Senadores, año 1857, pág. 222, transcripto por Gondra, Jorge, “Jurisdicción federal”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1944, 1era. Edición, págs. 30 y 31; citado en Bianchi Alberto *Las acciones de clase*, Buenos Aires, Ed. Abaco, Depalma, 1998, pág. 37.

⁸³ F, 12:372; 24:248;95:290;107:179;115:163; 243:176.

⁸⁴ 262 U.S. 447 (1923).

⁸⁵ 468, U.S. 737, 752 (1984).

⁸⁶ 112 S.Ct., núm. 112, 1992, pág. 2130, citado en Gidi, A. *Las acciones colectivas y la tutela....*, ob. citada pág. 83, nota Nro. 202; idem Barraguirre, Jorge. “La opinión del juez Scalia y la interpretación del art. 43 de la Constitución Nacional (El concepto de afectado)”, *LL*, 1997-F, 1273.

otra, y donde los derechos en juego sean de índole personal, concreta, inmediata y actual, con respecto a la pretensión ejercida en la demanda o en la contestación.

1. 3. La vinculación entre “causa “ y “perjuicio concreto” .

La idea de “causa”, controversia o conflicto presuponia que a través del proceso se buscaba la reparación de un daño y el dictado de una sentencia de condena o absolución, con la existencia de un promotor de la acción que sea portador de un interés especial y directo.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, las pretensiones o procesos declarativos, al no perseguir, ni concluir en sentencias de condena, no constituían el caso judicial dentro del cual los jueces podían ejercer sus funciones de contralor de la validez de las leyes.⁸⁷

La Corte, invocando la doctrina americana- reglas de autorrestricción de Tomas Cooley- sustentaba que resultaba indispensable “*un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados. Sólo entonces la potestad legislativa y ejecutiva puede ser puesta en tela de juicio y tachada de ilegítima..*”.⁸⁸

En palabras del propio Scalia, el “standing” requiere de un “daño diferenciado, sólo éste tiende a separar al actor del resto de los que reclaman los beneficios del “contrato social”, de este modo se impone la necesidad de demostrar que la mayoría está desconociendo los derechos de la minoría que requiere protección, y solicita la intervención judicial; de lo contrario, se generaría la sobrejudicialización de los procesos de autogobierno.⁸⁹ Según este magistrado, el recurrente, debía demostrar un perjuicio real y concreto, acreditando el interés personal en el resultado de la controversia.⁹⁰

⁸⁷ Rosales Cuello, Ramiro “Acción declarativa y control constitucional. Estado actual de la cuestión en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *J.A.* 2000-IV, pág. 1379 y sig.

⁸⁸ “Los Lagos S. A. Ganadera c. Gobierno Nacional”, CS, 30.6.41, *LL*, 23-250.

⁸⁹ “The doctrine of standing as an essential element of the separation of power, 17 *Suffolk U.L.*, Rev., 881, 1983, citado en Barra “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar”, *LL*, 1994-E, 1087.

⁹⁰ Barraguirre, Jorge “La opinión del juez Scalia y la interpretación del art. 43 de la Constitución Nacional...”, ob. citada.

De este modo el concepto de causa se amalgama al de legitimación en el marco de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, y a su vez se establece un “nudo umbilical” entre la ilegalidad y el perjuicio⁹¹ de modo tal que ante la falta de interés suficiente se coarta la legitimación, denegándose la configuración de “causa” en términos constitucionales.

Esta tendencia jurisprudencial implica una restricción en materia de legitimación para accionar bajo el ropaje de un concepto limitado de causa.

En un acápite subsiguiente, se analizará detalladamente la evolución experimentada por el concepto de “causa”, cuyo inicio se instauró en el caso “Hidronor”⁹², a través del dictamen del Procurador General⁹³ con la recepción jurisprudencial de los procesos declarativos, bajo la forma procesal de la “acción declarativa de certeza”, en tanto procesos constitucionales.

Esta primera modificación que se advierte con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, alcanza una mayor transformación con la consagración de los derechos de incidencia colectiva, que implicó la necesidad de moldear una concepción más acorde con la naturaleza de los legitimados colectivos y con la sustancia de los derechos tutelados.

La consagración de los derechos de incidencia colectiva, ha incidido notablemente en la nueva conceptualización de “causa” que irá tomando así nuevos ribetes.

2. Hacia el reconocimiento de una legitimación colectiva.

La visión individualista del proceso comienza a tomar una nueva fisonomía cuando se trata de conferir tutela a derechos de pertenencia difusa o colectiva, toda vez que la propia noción de “derecho de incidencia colectiva” se

⁹¹ F; 321:1352.

⁹² F, 307:1387.

⁹³ Este dictamen inició un itinerario a través del cual comenzó a abandonarse la idea de que la sentencia de condena era un elemento esencial del concepto de “causa” habilitante del proceso jurisdiccional.

manifiesta como ya se expusiera como superadora de la trilogía tradicional: derecho subjetivo- interés legítimo-interés simple.⁹⁴

Es por ello que la irrupción de los derechos de incidencia colectiva torna necesario modificar el esquema y los principios clásicos del proceso civil y de la función judicial. La frase utilizada por Cappelletti: la “verdadera revolución” del proceso civil⁹⁵, y tomada por Morello⁹⁶ al referirse a la “metamorfosis” del proceso- en aras de ajustarse el ingreso a nuestro ordenamiento constitucional de este tipo de derechos-, coloca en marcha una nueva dimensión para posibilitar el acceso a la justicia de individuos o agrupaciones cuando se trata de proteger derechos de incidencia colectiva.

De esta manera, se comienza a reconocer legitimación a quienes no tienen la titularidad de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso. Así, la legitimación puede estar en cabeza de quien resulta titular de una relación jurídica diversa en virtud de la cual reclama.

Palacio señala la existencia de casos de legitimación anómala o extraordinaria, caracterizados por el hecho de que personas ajenas a la relación jurídica sustancial que se controvierte en el proceso, resultan habilitadas para intervenir en él.

Devis Echandía⁹⁷ al referirse a esta desvinculación entre la legitimación procesal y la titularidad del derecho material objeto del juicio, ha señalado: *“No se trata de ser el titular o el sujeto pasivo del derecho o relación jurídica-material (...) sino del interés en que se decida si efectivamente existe. No importa la inexistencia real o efectiva del derecho o de la acción jurídica material, pues la legitimación sería perfecta desde el momento en que, en caso de existir, los sujetos del interés en discusión sean el demandante y el demandado...”*

⁹⁴ Gordillo, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, To. II, cap. II, págs. II-3 y sig. y cap. III, págs. III-8,9,19 y sig.

⁹⁵ “Acceso a la justicia como programa de reformas y como método de pensamiento”, *Juris*, 3era. Época, To. 68, mayo-agosto/82, Rosario, pág. 199 y sig.

⁹⁶ “El proceso civil colectivo”, *J.A.* 1993-I- pág. 861 y sig.

⁹⁷ *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Ed. Aguilar, 1966, pág. 315, citado en Peyrano, Jorge “Legitimaciones atípicas” en Morello, A., coord., *La legitimación: Homenaje al profesor Dr. Lino E. Palacio*, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, mayo 2002, V. I, pág. 81.

Dentro de la doctrina administrativista, señalan Diez y Hutchinson , que los supuestos mencionados conforman casos de legitimación indirecta, es decir que se relacionan con una relación diversa de la debatida en el proceso.⁹⁸

La legitimación extraordinaria se produce como parte del ensanchamiento de la franja de derechos tutelados.⁹⁹ Otros autores se refieren a la configuración en estos casos de una suerte de legitimación atípica.¹⁰⁰

Así caracterizó la Corte al sujeto colectivo Defensor del Pueblo, en un reciente pronunciamiento, que será materia de tratamiento en acápites siguientes, como “legitimado anómalo o extraordinario”.¹⁰¹

3. Los antecedentes jurisprudenciales argentinos en el reconocimiento de la legitimación en materia de derechos de incidencia colectiva previos a la reforma de 1994.

Las primeras manifestaciones jurisprudenciales en nuestro país que evidencian el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva, y los criterios de legitimación se pueden ubicar en los pronunciamientos firmes del juez de 1era. instancia Federal Contencioso administrativo Dr. Garzón Funes, dictados con fecha 22/3/83 y 10/5/83 en los autos “Kattan, Alberto E. y otro v. Gov. Nacional (Poder Ejecutivo)”, en los cuales reconoció legitimación a un grupo de ciudadanos que accionaron en defensa de una especie de animales silvestres amenazada por permisos de captura concedidos por la autoridad administrativa.¹⁰²

A través de sendos pronunciamientos progresivos en materia de derecho ambiental, el sentenciante reconoció que la ley 22.421 (art. 1) en tanto impone el deber de velar por la protección de la fauna silvestre que se encuentra en el territorio de la República, establece una obligación de hacer a todos los habitantes, como lo es el de promover su protección, conservación y aprovechamiento racional. Este “deber”

⁹⁸ “Derecho Procesal Administrativo”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, pag. 75, cit. a Guasp, Jaime, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 1943, To. I, pag. 122.

⁹⁹ Gozáni, ob. citada pág. 108.

¹⁰⁰ Peyrano, Jorge “Legitimaciones Atípicas”, en Morello, A., coord., *La legitimación: Homenaje al profesor Dr. Lino E. Palacio*, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, mayo 2002, V. I, págs. 79 a 90.

¹⁰¹ CSJN, 26.6.07, LL, 25.7.07 (cons. 6).

¹⁰² LL, 1983-D- 567 y 575.

es el que cabe ejercitar según su criterio, a través de la “acción difusa o popular” para lograr su cumplimiento. El juez estableció que en el art. 4 de la ley mencionada, se encontraba la raíz del interés colectivo y particular, que habilitaba su ejercicio por los habitantes del país (cons. IV).

En los autos “Cartaña, Antonio H. y otro c. M.C.B.A.”¹⁰³ (28.2.91), la Sala K de la Cámara Nacional en lo Civil, sostuvo: “... *si el interés difuso no tiene ubicación específica a diferencia de lo que ocurre en Brasil o en las class action del derecho anglosajón o en sistemas legales específicos, como ocurre en Francia y Alemania, no hay duda de que se le debe abrir espacio partiendo de la base de los conceptos existentes en materia de legitimación, adecuándolos a las exigencias de la realidad...En el campo de los “intereses difusos” es evidente que no es sólo la cosa pública la que aparece directamente dañada sino que es el conjunto de los habitantes de una manera personal y directa la víctima respecto de la cual el derecho objetivo tiene necesariamente que acordar un esquema de protección, dando legitimación para obrar al grupo o individuo que alegue su representación sin necesidad de norma específica al respecto...*”

En estos precedentes, la jurisprudencia aludió a la existencia de “intereses difusos”, acordando tutela al medio ambiente, al patrimonio cultural, histórico.

En ellos ha admitido la posibilidad de que determinados individuos, sea un sujeto en particular, o un funcionario público asuman la legitimación en representación de un grupo para accionar, bajo la óptica de criterios amplios de legitimación procesal.

¹⁰³ ED; 142-666. En este precedente Antonio Cartaña, Controlador Gral. Comunal había entablado una acción de amparo contra el decreto municipal 5584 del 7.11.90 que adjudicaba la licitación convocada por el dec. 2982/90 a la empresa Zoo Botánico 2000 S. A., por cuanto el proyecto de la empresa adjudicataria afectaba los valores históricos, culturales, científicos y arquitectónicos en tanto se destinaría el 20% de la superficie del Zoológico a gastronomía, comercio, locales comerciales, procediéndose a la demolición de edificios de valor histórico-arquitectónico. La acción fue rechazada en primera instancia y revocada por la Alzada, con sustento normativo en la ordenanza del Concejo Deliberante que había creado la Controladuría Gral. Comunal, entre cuyas funciones estaba prevista la de proteger los derechos, intereses legítimos y difusos de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires contra las arbitrariedades y excesos de la Administración.

En el célebre fallo “Ekmekdjian, Miguel v. Sofovich, Gerardo y otros”¹⁰⁴ la Corte sostuvo: “... *A diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva...*” (cons. 25). Admitió así la legitimación para obrar de un particular para demandar en defensa de su derecho a replicar manifestaciones televisivas que afectaban, a su criterio, a toda la comunidad católica.

A través de este precedente, se ha reconocido por medio del amparo colectivo un mecanismo de tutela de derechos.¹⁰⁵ La Corte ha puesto especial énfasis en el efecto reparador susceptible de alcanzar al conjunto de personas que pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio; ya que al adjudicarle al accionante una suerte de representación del grupo afectado, se evitaría un efecto multiplicador de respuestas interminables. Se plasmó aquí un criterio de legitimación amplia, que si bien puede señalarse como un precedente en este recorrido histórico en materia de reconocimiento de tutela colectiva, no ha generado una jurisprudencia sólida y uniforme que haya motivado mayores seguimientos.¹⁰⁶

4. Los legitimados colectivos consagrados en la Constitución Nacional.

La norma prevista en el art. 43 CN, legitima al Defensor del Pueblo y a las asociaciones, no resultando éstos titulares de la relación jurídica sustancial que se debate en el proceso en el cual intervienen, accionando en defensa de derechos de incidencia colectiva. Se puede afirmar que estos legitimados colectivos poseen una legitimación indirecta.

¹⁰⁴ F: 315:1492.

¹⁰⁵ Quiroga Lavié, Humberto “Ha nacido el amparo colectivo con motivo del derecho de réplica”, *LL*, 2.9.92.

¹⁰⁶ Este criterio ha sido soslayado en otros precedentes en los cuales sostuvo que la mera condición de ciudadano no resultaba apta en el orden federal para autorizar la intervención de los jueces a los fines del ejercicio de la jurisdicción, de modo tal que no se configuraba el “interés concreto, inmediato y sustancial” que llevara a considerar presente el requisito de la “causa” o “controversia”, que habilita la función judicial- causa “Polino, Héctor c. Poder Ejecutivo, LL, 1994-C, págs. 201 y sig.-

El cuestionamiento reside en determinar quién puede ser el tutor de los intereses o derechos de incidencia colectiva; quién se encuentra legitimado para representarlos y defenderlos en juicio.

La norma constitucional legitima también al “afectado”, cuya inclusión ha generado diversos cuestionamientos en el seno de la Convención Constituyente, tal como se expusiera en el capítulo primero, en el cual se ha hecho referencia a las diversas posturas doctrinarias a la hora de analizar los alcances de su legitimación al encabezar una acción en defensa de los derechos de incidencia colectiva.

Su incorporación ha obedecido a la necesidad de mantener el lineamiento jurisprudencial de la Corte, en lo que atañe al presupuesto de que la función jurisdiccional requiere de la existencia de un interés afectado.¹⁰⁷

Más allá de estos aspectos procesales, la legitimación no debe identificarse con los aspectos meramente adjetivos. La doctrina ha sustentado que la *“capacidad para estar en un proceso debe ser un espejo de la relación de derecho sustantivo, so pena de vulnerar los mandatos constitucionales. Cuando el derecho material ofrece el marco de posibilidades adecuado para eventualmente titularizar un derecho, ese diagrama no puede verse frustrado por una visión formalista acerca de la legitimación procesal.”*¹⁰⁸

En el supuesto de que el sistema reduzca las posibilidades de acceso, cabe la remisión a una doctrina jurisprudencial que descalifique ese reduccionismo, arbitrando los mecanismos de acceso, y superando las previsiones normativas en ese sentido .

Es decir, si el problema de la legitimación se recluye en el derecho procesal, se frustraría el sistema de derechos y de garantías.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Así lo expusieron expresamente los convencionales García Lema y Ortiz Pellegrini. Este último en forma expresa sustentó: “La palabra afectado- a mi juicio bien incorporada- continúa la enorme y reiterada doctrina de la Corte, que manifiesta que para que exista juicio debe haber un interés afectado. No puede haber acciones abstractas o directas sin que exista un interés afectado” Diario de Sesiones, pág. 4260.

¹⁰⁸ Carnota, Walter “El encuadre sustancial de la legitimación procesal”, nota a fallo “H. S. c. Instituto Nac. De Prev. Social, LL, 1997-B. 639.

¹⁰⁹ Bidart Campos, Germán “El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación” en AAVV, *La Legitimación. Homenaje al Profesor Doctor Lino Palacio*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1996, pág. 15 y sig..

Dentro de esta categoría, como se señalara precedentemente, la norma constitucional prevista en el art. 43 CN, 2do. párrafo consagra a las asociaciones y al Defensor del Pueblo como legitimados colectivos, los que serán objeto de tratamiento en los acápites subsiguientes. También será materia de análisis la figura del Ministerio Público, como legitimado no expreso en este caso, pero sí implícito en la normativa constitucional.

En el esquema de las estructuras procesales adecuadas para la tutela de lo que Pérez Ragone¹¹⁰ llama incumbencias multisubjetivas, el autor señala que las estructuras procesales pueden ser clasificadas en: a) una estructura medular orgánica privada de legitimación mediatizada: donde se da reconocimiento representativo a sujetos privados colectivos asociacionales organizados, b) una estructura medular orgánica pública de legitimación mediatizada: donde el representante es un ente público, como el ombudsman, c) una estructura medular social abierta mixta: que combina acumulativamente las anteriores; en ésta hay casos donde se habilita al particular afectado otorgándosele una mayor o menor legitimación a los fines del acceso a la jurisdicción.¹¹¹

De acuerdo a esta clasificación, nuestro sistema constitucional podría encuadrar en el de una *estructura medular social abierta mixta*. Ello, ya que la norma reconoce legitimación además de los legitimados colectivos, al afectado, cuyo término como se ha expuesto, ha generado un debate enjundioso a los fines de interpretar adecuadamente su inserción en esta parte de la norma constitucional.

Sin perjuicio de que a continuación se señalarán diversas categorías dentro de las asociaciones, éstas conjuntamente con el Defensor del Pueblo no se presentan como portadores de un interés preferencial o exclusivo, ni como víctimas inmediatas del hecho que denuncian.

Precedentemente he sostenido que éstos poseen una suerte de legitimación indirecta. Su vinculación con el perjuicio o daño es más remota, esto no quiere decir que al actuar en tutela de un derecho de incidencia colectiva lo hagan fuera del marco de una causa o de una contienda o conflicto, sino que la concepción de causa que

¹¹⁰ ob. citada, págs. 81/158.

¹¹¹ Este autor toma esta clasificación de las categorías analizadas por Mauro Cappelletti: solución publicista, solución privatística y solución privatística-asociacional, en "Congreso de Derecho Comparado de Teherán, set/oct/1974".

reiteradamente sostuvo la Corte refiere una transformación. Esta característica se vislumbra con mayor intensidad cuando es el Defensor del Pueblo el que encabeza la acción. Al respecto la legitimación procesal que presenta podría afirmarse como una suerte de “mandato preventivo” por el cual, los tribunales habrán de priorizar por sobre la acreditación del derecho subjetivo, la esencia de la tutela que se reclama.¹¹²

4. 1. El Defensor del Pueblo.

Este funcionario reviste la condición de un legitimado institucional¹¹³. Dentro del esquema para la tutela de las incumbencias multisubjetivas, el Defensor del Pueblo aparece formando parte de la estructura medular orgánica pública de legitimación, donde el representante en este caso el Defensor del Pueblo, es un ente público.¹¹⁴

A nivel infraconstitucional, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, se creó la “Controladuría General Comunal”- ordenanza 40.831 (1985)- asignándole como misión la de “proteger los derechos, intereses legítimos y difusos de los habitantes de la Ciudad” (art. 2), cuya legitimación procesal ha sido reconocida jurisprudencialmente, tal como se expuso, en el precedente “Cartaña, Antonio H. y otro c. M.C.B.A.” –rto. 28.2.91, Sala K Cámara Nacional en lo Civil-.

A nivel nacional, la ley 24.284¹¹⁵- promulgada por decreto 2469/1993 de fecha 2.12.93- modificada por la ley 24.379- promulgada por decreto 1756/94- reglamenta la actuación del Defensor del Pueblo. En materia de legitimación, la ley mencionada exceptúa al Poder Judicial del ámbito de actuación del Defensor (art. 16), y suspende su intervención cuando se interpusiere por parte interesada, recurso administrativo o judicial (art. 21 inc. b).

4.1.1. Los alcances de la legitimación asignada: el debate en la Convención Constituyente.

¹¹² Gozaíni, Osvaldo “Legitimación procesal del defensor del pueblo (Ombudsman)”, LL 1994-E,1378.

¹¹³ Maurino, G, Nino, E., Sigal, M. *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, ob. citada pág. 291.

¹¹⁴ Pérez Ragone, ob. citada.

¹¹⁵ ADLA LIV-A, 30.

En primer lugar, se analizarán los criterios de interpretación constitucional, a los fines de encauzar cuál es la concreta legitimación que el constituyente le ha asignado a este funcionario.

Para abordar el alcance de la legitimación procesal que le reconoce el ordenamiento constitucional, será de utilidad referirme a los debates en el seno de la Convención Constituyente, y a los trabajos de la Comisión de Sistemas de Control.

El Dr. Masnatta, miembro informante por el despacho de la mayoría, originado en la Comisión de Sistemas de Control, sostuvo que la inclusión de la figura del Defensor del Pueblo responde a “... *un tema de la moderna ciencia política que precisa integrarse a la tripartición clásica de los poderes del Estado, con lo que se ha dado en llamar, tal vez con exceso, el moderno poder de control...*”, “... *es nada más ni nada menos que el abogado de la sociedad...*” El convencional se ha referido a la clásica figura del ombudsman tal como fue consagrado en el derecho comparado, y como lo estableció en sus orígenes la constitución de Suecia (1809) y el resto de los países nórdicos.¹¹⁶

El convencional Hitters (prov. de Buenos Aires) destacó que el Defensor del Pueblo “... *apunta a la defensa, a la protección de los derechos del hombre tutelados en un gran marco jurídico: la Constitución, los tratados en materia de derechos humanos, las normas jurídicas positivas en general; y en paralelo a un control de la administración pública. Creo que de esta manera se resalta al hombre, al ser humano, para que alguna vez se cumpla lo que dijo Arnold Toynbee de que el hombre tiene que poder ser ciudadano del mundo...*”¹¹⁷

Asimismo se ha reseñado la configuración de esta institución en la Constitución española de 1978, en cuyo ordenamiento a las funciones tradicionales de investigación, crítica, disuasión, persuasión y control frente a la Administración, se le ha asignado la de tutela de los derechos fundamentales a través del reconocimiento de una legitimación procesal amplia, ya que no sólo se le concede la facultad de interponer el recurso de amparo sino que también se lo faculta para interponer el recurso de inconstitucionalidad .

El ordenamiento constitucional de España ha estado presente en los debates sostenidos en la Convención Constituyente, así el convencional Lorenzo por

¹¹⁶ Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, To. II, pág. 1519.

¹¹⁷ Diario de Sesiones, To II, págs. 1576 y 1578.

la prov. de Santa Fe, sostuvo: “*vemos que este proyecto se asimila a la redacción y al espíritu de la inserción hecha por España en su Constitución de 1978, cuando en su artículo 54 establece esta figura dándole el cargo de Defensor del Pueblo y de defensor de los derechos establecidos en este título, que justamente es el que se refiere a todos los derechos humanos y garantías constitucionales...*”; “*... el hecho de tener ahora la denominación de Defensor del Pueblo significa que además de ejercer una cierta representación del Poder Legislativo va a defender específicamente los derechos de los ciudadanos cuando éstos tengan que ver con la comunidad*”.¹¹⁸

La convencional Carrió se ha referido a los antecedentes previstos en las constituciones provinciales (art. 144 Constitución de La Rioja, art. 124 de la Constitución de Córdoba), y al antecedente consagrado en la Constitución española de 1978. En tal sentido expuso: “*la política constitucional que preside el texto sugerido tiene como criterios rectores: ... que cuente con legitimación procesal amplia para la defensa de los derechos e intereses ante la administración de justicia.*”¹¹⁹

Del debate generado en la Convención Nacional Constituyente se desprende que ha estado presente en el espíritu de los constituyentes al momento de reconocerle legitimación al Defensor del Pueblo, hacerlo de manera amplia, sin perder de vista que al haberse inspirado en el modelo español, esto ha contribuido a concebirla sin cortapisas procesales.

El art. 86 de la Constitución Nacional expresamente consagra: “El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal”, y el art. 43 establece en el segundo párrafo que el Defensor del Pueblo podrá interponer esta acción- refiriéndose a la acción de amparo prevista en el primer párrafo de dicho artículo - sin embargo ambas normas han sido soslayadas en varios casos en que se ha resuelto sobre su legitimación colectiva.

4.1.2. La legitimación en el desarrollo jurisprudencial.

4.1.2.a) Criterios de restricción: la exclusión de su actuación ante el Poder Judicial.

¹¹⁸ Diario de Sesiones, To. II, pags. 1558.

¹¹⁹ Diario de Sesiones, To. II, pág. 1632 y 1633.

En un primigenio fallo del Alto Tribunal sobre la actuación del Defensor del Pueblo- “Frías Molina, Nélica c. I.N.P.S. Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles s. reajustes por movilidad”¹²⁰ en cuyo precedente reclamaba el pronto despacho de más de 65.000 causas previsionales que se encontraban para resolver en la órbita del Tribunal-, la Corte haciendo caso omiso de la normativa constitucional prevista en los arts. 43 y 86, resolvió denegarle legitimación por entender que carecía de competencia para formular exhortaciones al Tribunal sobre las causas judiciales en trámite.¹²¹

Bajo idénticos fundamentos, desechó la intervención del Defensor del Pueblo en la causa caratulada bajo el mismo nombre, en la cual solicitaba ser tenido como parte en todos los casos vinculados con peticiones de actualización de haberes previsionales.¹²² Allí puso de manifiesto que el Defensor no podría formular peticiones ante el órgano jurisdiccional, con sustento en los arts. 16 y 20 de la ley 24.284. Es decir, aún cuando en este precedente invoca también la norma prevista en el art. 86 de la Constitución Nacional, que le reconoce sin limitaciones legitimación procesal, resuelve denegársela con fundamentos en una normativa infraconstitucional sancionada con anterioridad a la reforma de 1994.

4.1.2.b) La falta de configuración de “causa” o “controversia”.

En otro precedente, “Consumidores Libres”¹²³, la Corte vuelve sobre el criterio de restricción, con motivo de la intervención del Defensor del Pueblo en los términos de lo previsto en el art. 90 inc. 2 CPCC, en un proceso iniciado por la Asociación Consumidores Libres Coop. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, en el cual se cuestionaba la constitucionalidad del dec. 702/95 de intervención a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. Si bien rechaza la

¹²⁰ F, 318:384.

¹²¹ Este precedente mereció fuertes críticas por parte de la doctrina, entre quienes se destacó Quiroga Lavié en su trabajo “El Defensor del Pueblo ante los estrados de la Justicia”, *LL*, 1995-D, 1058.

¹²² CSJN, 12.9.96, “Frías Molina, Nélica c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, *LL*, 1997-A-67, con el comentario nuevamente de Quiroga Lavié en el artículo caratulado “Luz del Día, Sancho Panza y el Defensor del Pueblo en la Corte Suprema”.

¹²³ F, 321:1352.

legitimación de la asociación por la falta de “caso” o “controversia” para instar el ejercicio de la jurisdicción, en relación al Defensor, nuevamente la Corte invoca la normativa infraconstitucional (art. 16 ley 24.284), para excluir al Poder Judicial del área de actuación de este funcionario; y resolver que no corresponde su intervención cuando se interpusiera por parte interesada, recurso administrativo o judicial (art. 21 inc. b). También se remitió al fallo “Frías Molina” (cons. 8). En atención a ello concluye que: “... admitir la posibilidad de que el Defensor del Pueblo peticione sin bases objetivas que permitan afirmar un perjuicio inminente, importaría conferirle el privilegio de accionar sin que concurran los presupuestos básicos de la acción, ejerciendo, de ese modo, una función exorbitante y abusiva; y lo que sería más grave aún, consentir que actúe fuera del Estado de derecho que a él mismo incumbe tutelar”.

La resolución invocada no hace más que vaciar de contenido a la norma constitucional prevista en el art. 86 CN, suscitando el siguiente interrogante: ¿se configuraría realmente una situación de exorbitancia o abusiva cuando las facultades que se le reconocen al Defensor del Pueblo atañen a la tutela de los derechos de incidencia colectiva? ¿Hay abuso en la protección de esos derechos, cuando las funciones asignadas al Defensor lo han sido para evitar situaciones irregulares de la Administración por un lado- art. 86 – “ante hechos, actos u omisiones de la Administración”- y para la interposición del amparo- entre otros procesos constitucionales- para la protección de los derechos de incidencia colectiva?

Estos argumentos se ratificaron en la causa “Defensor del Pueblo c. P.E.N.”¹²⁴ en la cual se planteaba la inconstitucionalidad del decreto emitido por el Poder Ejecutivo 1517/98 a través de cuyo acto vetaba un artículo de la ley 25.063 que establecía una alícuota especial del IVA del 10,5% para las empresas de medicina prepaga (dicho acto administrativo derivaba necesariamente en un aumento del costo del servicio, por lo cual elevaba el mismo indirectamente a la alícuota del 21%), volviendo sobre la falta de configuración de causa en los términos de lo previsto en el art. 116 de la Constitución Nacional (cons. 6to) .

Nuevamente estas argumentaciones, se observan en otro precedente de la Corte -“Defensor del Pueblo de la Prov. de Sgo. Del Estero c. Tucumán, Prov. y otro

¹²⁴ CSJN, 21.12.00; F, 323:4098.

– Estado Nacional s. acción de amparo”, rta. 11.3.03-¹²⁵ en el que, entendiendo en competencia originaria desechó la legitimación por la falta de configuración de caso o controversia, y sobre la base de normas previstas en el ordenamiento constitucional y legislativo local, estableció que el ámbito de actuación se circunscribe a la impugnación de hechos, actos u omisiones de la Administración pública provincial, y no cabe su actuación contra otra provincia o el Estado Nacional. En este caso, se rechaza la legitimación para el control de los poderes estatales- la demanda había tenido como objeto recomponer el medio ambiente alterado por el derrame de residuos industriales y efluentes cloacales en el territorio tucumano sobre ríos que llevan sus aguas al lago del dique frontal situado en Termas de Río Hondo-.

4.1.2.c) El carácter subsidiario de su intervención.

A raíz de la intervención del Defensor bajo los términos de lo previsto en el art. 90 inc. 2 del CPCC, en un proceso iniciado por el Colegio Público de Abogados de la Capital, en el cual se planteaba la inconstitucionalidad de ciertas normas de la ley 24.977 y de resoluciones de la AFIP, se denegó legitimación interpretando que su actuación deviene subsidiaria. Ello, por cuanto varios profesionales afectados por la reforma tributaria ya habían iniciado acciones judiciales con el mismo objeto perseguido por el Defensor. Así se expidió la Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos fueron sostenidos por la Corte. Allí, una vez más, el Alto Tribunal sostuvo que no hay causa cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes. Resulta interesante destacar en este precedente, que si bien la falta de legitimación del Defensor no había sido materia de agravio por parte del Fisco, no obstante ello, la Procuradora se expidió sobre el punto, por considerar que la configuración de la legitimación resulta un presupuesto necesario para que exista causa o controversia¹²⁶.

De la misma manera se expidió la Corte en el precedente “Mondino, Eduardo René (Defensor del Pueblo de la Nación)”¹²⁷, proceso en el cual el Defensor invocaba la representación colectiva de los derechos de deudores hipotecarios de vivienda única, para que se disponga la suspensión de todos los procesos judiciales-

¹²⁵ F, 326:663.

¹²⁶ F, 326:2777.

¹²⁷ F; 326:3640.

por el plazo de 60 días o más- que estaban en etapa de ejecución; existiendo procesos iniciados en pleno trámite. Vuelve sobre la necesidad de causa como presupuesto de la función jurisdiccional, y sobre la naturaleza de la legitimación, ante la exigencia de acreditar la titularidad de la relación jurídica sustancial; como así también sobre la falta de controversia concreta, no correspondiendo la formulación de declaraciones generales de inconstitucionalidad.

Manifestación de una posición aún más extrema se observa en la solución arribada en los autos “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”¹²⁸ en la cual si bien se hizo lugar al planteo de la Asociación y se declaró nula la resolución del Ministerio de Salud que negaba la entrega de medicamentos, se rechazó la legitimación del Defensor del Pueblo, en atención a que la acción ya había sido intentada por asociaciones especiales. Nuevamente la Corte ha vuelto sobre la subsidiariedad de su intervención, pero no encuentra asidero la falta de reconocimiento de la legitimación cuando ha hecho lugar al planteo de fondo.

Los reiterados argumentos invocados por el Alto Tribunal no han hecho más que estrangular una legitimación que el constituyente le ha reconocido al Defensor, pero en ninguno de los antecedentes invocados se ha incursionado sobre los alcances de la misma. En realidad, lo que ha hecho es una remisión a argumentos infraconstitucionales para restringir su ámbito de actuación.

4.1.2.d) Un criterio más proclive en el reconocimiento de legitimación en pronunciamientos provenientes de tribunales inferiores.

Resulta relevante el reconocimiento de legitimación en la presentación efectuada por el Defensor por las graves anomalías que afectaban la dignidad y la salud de los detenidos en la Cárcel de Encausados de General Roca.¹²⁹

En este sentido también se ha expedido la Cámara Nac. Fed. Contenciosoadministrativo, Sala V, “Defensor del Pueblo de la Nación c. P.E.N”.¹³⁰, vinculada a la impugnación de la constitucionalidad de la legislación que restringía la

¹²⁸ CS, 18.12.03; F, 326:4931.

¹²⁹ Cam. 3era. Crim. General Rocal, 25/8/95, “Defensor del Pueblo de la Nación” Dr. Jorge L. Maiorano”, LL, 1996-A-747, con nota de Quiroga Lavié, H. “El Defensor del Pueblo hace defender los derechos humanos en la Alcaldía de la ciudad de General Roca”.

¹³⁰ LL 2002-E, pág. 818 y sig.

disponibilidad de los depósitos. El Tribunal diferenció entre la petición entablada por la persona individual afectada económicamente reclamando un derecho patrimonial concreto, y la demanda instaurada por el Defensor del Pueblo de la Nación a través de un amparo colectivo, y así le reconoció legitimación a este último respecto a la tacha de ilegitimidad de la normativa impugnada (dec. 1570/2001, res. 6/02 del Ministerio de Economía, y dec. 214/02). En relación a la situación de cada ahorrista, resolvió que correspondía que cada uno acuda a los tribunales a los fines de peticionar respecto de cada derecho patrimonial en concreto por la singularidad de cada caso. De este modo resuelve la problemática de los efectos de la sentencia dictada en este tipo de procesos.

En este precedente se encontraban en juego derechos individuales- derecho de propiedad-, y la legitimación del Defensor se ha sustentado en la disociación que su accionar determina entre la titularidad de la relación jurídica sustancial y la postulación procesal del legitimado colectivo.

Lamentablemente este criterio acorde con la norma constitucional, ha vuelto a ser cercenado a través del pronunciamiento de la Corte en los autos “Defensor del Pueblo c. Estado Nacional”¹³¹ en el cual, ha categorizado la legitimación de acuerdo a la naturaleza de los derechos en juego, por lo que tratándose, a criterio del Alto Tribunal, de la tutela de derechos patrimoniales- doctrina de los precedentes“ Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c. Estado Nacional s. Acción de Amparo”¹³² y “Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c. AFIP S. Amparo”¹³³ -la defensa correspondería a cada uno de los afectados individuales.

De esta manera estableció que, tratándose de derechos individuales, no corresponde que el Defensor del Pueblo reemplace a los particulares en la defensa de sus derechos.

El ministro Maqueda, no obstante demostrar un criterio más proclive al reconocimiento de legitimación de este sujeto colectivo- tal como se expondrá a continuación a través de un precedente de una data anterior al presente- le deniega

¹³¹ CSJN, 26.6.07; LL, 8.8.07; DJ, 25.7.07.

¹³² F: 326, 2998.

¹³³ F, 326: 3007.

legitimación basándose en el carácter no homogéneo de los derechos en juego, planteados en la presente causa, caracterizados por la búsqueda de reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

4.1.2.e) Su actuación en la tutela de derechos individuales homogéneos.

La jurisprudencia se ha pronunciado respecto del alcance de la legitimación del Defensor del Pueblo, en el siguiente sentido: el constituyente – refiriéndose al local de la Ciudad de Buenos Aires- le ha otorgado legitimación para accionar por los derechos individuales, cuando la acción intentada resulta la más idónea para la efectiva protección de una gran cantidad de usuarios. Así se expidió la Cámara Fed. en lo Civil y Comercial de la Capital- Sala I- en la causa “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Edesur S.A. s. responsabilidad por daños” (rta. 16.3.2000).¹³⁴ El Tribunal sostuvo que resulta razonable frente a una gran cantidad de situaciones análogas, generadas por la interrupción del servicio eléctrico, que se dicte una sola sentencia que comprenda a todas, a los fines de evitar un dispendio de actividad jurisdiccional. De este modo, se resolvió sobre la responsabilidad de la empresa demandada, pero el reclamo individual de cada afectado por los daños ocasionados deberá sustanciarse por separado, bajo las particularidades que cada caso requiera. Es decir, en este caso la Cámara reconoció la aptitud del Defensor del Pueblo para encabezar la tutela de los derechos de los usuarios que se encontraban afectados por una misma causa, lo que les confería cierta homogeneidad.

Los ministros Zaffaroni y Lorenzetti quienes votaron en forma disidente en el precedente “Defensoría del Pueblo de la Ciudad c., Sec. De Comunicaciones”- mencionado en el punto 4.2.2. del primer capítulo- han sustentado que la petición formulada por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad permite encuadrarla en un supuesto de tutela de intereses individuales homogéneos, que desembocaría en el dictado de una decisión con efectos sobre una pluralidad relevante de sujetos, sobre los cuales existe una causa común homogénea (cons. 11).

¹³⁴ LL, 2000-C- 395.

4.1.2.f) Un precedente que coloca una luz en el camino.

Una mayor riqueza argumentativa se observa en el precedente “Defensor del Pueblo de la Nación c. E.N.- P.E.N- Mto. E- dto. 1738/92 y otros /proceso de conocimiento”¹³⁵, a través de los votos minoritarios. El decisorio ha confirmado la decisión de la Cámara Contencioso Administrativo Federal- Sala V-, que había desechado entre otras, la excepción opuesta por las demandadas respecto de la falta de legitimación activa del Defensor para actuar en un proceso ordinario.

Es decir, la Corte por mayoría rechaza el recurso extraordinario interpuesto por las demandadas, por entender que la resolución recurrida no reviste el carácter de sentencia definitiva o equiparable a tal, no entrando a analizar el fondo del asunto, por lo cual el tema de la legitimación ha quedado sin tratamiento.

Es a través de los votos minoritarios emitidos por Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti por un lado, y Maqueda por el otro, que se discurrió respecto de: 1) tipo de proceso en el cual el Defensor del Pueblo se encuentra habilitado para actuar, 2) alcance de la legitimación, 3) aplicación de las normas previstas en las leyes orgánicas 24.284 y 24.379 en relación a las normas constitucionales, y 4) competencia para plantear la inconstitucionalidad de las normas. Los ministros Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti se han expedido sobre el tipo de proceso, y el ámbito de legitimación procesal, y Maqueda ha abordado los cuatro puntos señalados.

En su voto Maqueda afirma que el alcance de la legitimación debe ser interpretado con criterio amplio, y que no corresponde subordinar la norma prevista en el art. 86 CN, a la consagrada en el art. 43, en el sentido de restringir su ámbito de actuación a los procesos de amparo. Puso especial énfasis en las fuentes de la Constitución española y de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, en el sentido que las mismas sirvan como guía para la interpretación de las normas constitucionales en juego. En relación a la normativa prevista en la ley 24.284 y su modificatoria 24.379, y en relación con las normas de los arts. 43 y 86 de la CN, establece que corresponde una aplicación conforme a las normas constitucionales en orden al principio de supremacía constitucional (cons. 12). En este sentido, el ámbito que

¹³⁵ C.S, 24.5.05, LL, 2005-F,349. En este proceso, el Defensor del Pueblo solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 41 y 96 de la ley 24.076, así como la nulidad de los arts. 96 y 41, ap. 3 del dec. 1737/92 y normas del dec. 2255/92 y del dec. 669/00, vinculadas a la aplicación de un reajuste en las tarifas de gas.

regulan las leyes mencionadas atañen a la actividad del Defensor en el terreno puramente administrativo y con el objeto de ordenar la tramitación de las posibles quejas presentadas, aludiendo a que la restricción prevista en el art. 14 de la ley no implica limitación alguna para iniciar acciones judiciales, sino sólo una restricción de la capacidad de investigación administrativa en los órganos a los que hace referencia la norma.

Por último, en lo que respecta a la legitimación para plantear la inconstitucionalidad de las leyes, ha sostenido que la norma prevista en el art. 43 al habilitar la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes o normas en el marco de un proceso de amparo, es una disposición lo suficientemente amplia como para no excluir al Defensor del Pueblo de la facultad de plantear dicha inconstitucionalidad.

La relevancia de este precedente radica en que si bien no ha sido la doctrina mayoritaria la que resolvió el tema de la legitimación, los votos minoritarios sí han incursionado en esta temática, que hasta el presente se manifestaba con un alto grado de interrogantes. Ni los tribunales inferiores, al resolver causas en las cuales han hecho lugar a la legitimación, han profundizado en el verdadero alcance del art. 86 al sustentar que el Defensor del Pueblo posee legitimación procesal.

El vínculo consustancial entre legitimación y causa que en mayor medida la Corte ha sostenido para abrir o cerrar la “llave” del proceso, pareciera que a partir de esta incipiente doctrina jurisprudencial señalada, comenzara a escindirse, para dar un mayor vuelo a los criterios de legitimación en casos de legitimados colectivos actuando para la tutela de los derechos de incidencia colectiva.

Es decir, este diagnóstico se formula respecto de este legitimado colectivo, de acuerdo a la aplicación de las normas constitucionales por parte de los operadores judiciales, por lo cual pareciera vislumbrarse un criterio evolutivo.

Una interpretación sistemática de las normas constitucionales en juego, y una interpretación subjetiva- búsqueda de la intención del constituyente¹³⁶ -permiten aseverar que la legitimación del Defensor del Pueblo no se circunscribe al ámbito del proceso de amparo- en los términos de lo previsto en el segundo párrafo del art. 43-, imponiéndose una subordinación de la norma del art. 86 al 43.

¹³⁶ Nino, *Fundamentos de derecho constitucional, ob. citada*, pág. 85.

Nada obsta a mi criterio para que accione en el marco de un hábeas data colectivo, o de un hábeas corpus, o de una acción declarativa de certeza.¹³⁷ La consagración normativa constitucional en tanto dispone “esta acción”, no lo circunscribe únicamente al marco del amparo como herramienta de tutela. La única convencional constituyente que ha relacionado la legitimación del Defensor del Pueblo con la acción de amparo ha sido la convencional por la prov. de Salta (Figueroa), poniendo de manifiesto la urgencia que requieren estos procesos y que motivan la intervención del Defensor.

Este es el sentido que debe desprenderse del art. 43, y así lo ha interpretado la Corte, en el precedente “Verbitsky”, pues ha aplicado la normativa citada en un sentido integral, acudiendo a una aplicación analógica de las diferentes posibilidades conferidas para la protección de los derechos y bienes colectivos contemplados bajo el instituto del amparo colectivo.¹³⁸

Se ha señalado precedentemente que del voto del Dr. Maqueda se desprende, de acuerdo a una interpretación armónica de las normas constitucionales, que sería contradictorio negarle al Defensor del Pueblo legitimación para plantear la inconstitucionalidad de las normas, cuando el art. 43 le reconoce legitimación para accionar en un proceso de amparo- proceso constitucional en el cual se puede plantear la inconstitucionalidad de las normas-.

Ahora bien, en este punto, corresponde plantearse sobre el tipo de control jurisdiccional que suscita su intervención, lo cual será materia de tratamiento al referirme al impacto de los legitimados colectivos en orden al proceso.

4.1.2.g) La legitimación en materia ambiental.

A nivel de la normativa infraconstitucional, y más allá de las leyes que regulan la actuación del Defensor del Pueblo, la ley 25.675- Ley General del

¹³⁷ “Aguerra c. Prov. de Buenos Aires”, F: 320, 690. En este precedente la Corte estableció un paralelo entre el amparo y la acción declarativa de certeza, en tanto ambas vías apuntan a una tutela preventiva, de esta manera a través de esta vía procesal también pueden protegerse los derechos de incidencia colectiva.

¹³⁸ Sabsay, Daniel “ Una decisión que amplía el acceso a la justicia para garantizar la igualdad y el cumplimiento de compromisos internacionales”, *LL* 2005-E-, 35.

Ambiente-¹³⁹, prevé su intervención en el art. 30 al legitimarlo para obtener la recomposición del ambiente dañado.¹⁴⁰

La Corte al resolver la intervención del Defensor del Pueblo en el precedente “Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional”¹⁴¹ – referenciado en el capítulo I- en el cual el Alto Tribunal habilitó su competencia originaria a raíz de la actividad contaminante en la cuenca Matanza-Riachuelo, le denegó legitimación por cuanto éste planteaba una ampliación de la demanda que ya fuera oportunamente interpuesta contra catorce municipios respecto de los cuales no se había entablado la acción originaria. En atención a ello, admitió su intervención como tercero interesado en los términos de la ley 25.675. De acuerdo al contenido de esta normativa -art. 30- el primero en deducir la demanda por daño ambiental, desplaza a cualquier tercero. Esta restricción que dispone la norma limita el acceso a la justicia, pudiendo generarse situaciones en que el gestor de la acción no defienda cabalmente los intereses de terceros que aguardan el beneficio de la sentencia favorable.¹⁴² La Corte se limitó a aplicar el contenido de la norma, sin examinar situaciones como las configuradas en la observación formulada. Es decir, privilegió los aspectos meramente procesales, desatendiendo la naturaleza sustancial subyacente en la demanda instaurada. Ello, aún cuando la solución que adopta la normativa señalada – art. 33- consagra como excepción al efecto *erga omnes* de la sentencia dictada, el rechazo de la acción por insuficiencia probatoria- tema sobre el cual volveré al analizar los efectos de las decisiones en los procesos colectivos-.

¹³⁹ ADLA, LXIII- A,4.

¹⁴⁰ La ley 25.675 en su art. 30, primer párrafo, establece que la legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado corresponde al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, éstos en los términos de lo previsto en el art. 43, y también al Estado Nacional, provincial, municipal. Desde el punto de vista procesal, establece que si la demanda por daño colectivo ha sido entablada por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, en cuyo caso tendrán derecho a intervenir como terceros.

¹⁴¹ CS, 24.8.06, DJ, 13.9.06, 107.

¹⁴² Valls, Mario “La ley 25.675 General del Ambiente. Una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes que sigue dispersando la legislación ambiental federal”, *JA* -2003-III-1294. Este autor se refiere en forma crítica respecto de esta previsión que privilegia al que se presenta primero a derecho.

inconstitucionalidad de esa normativa. Claro es que la situación de cada ahorrista resulta peculiar, y singular, en la medida de sus depósitos, como manifestación de sus derechos patrimoniales, pero ello no era obstáculo para que el Defensor del Pueblo, plantease la inconstitucionalidad de la normativa de emergencia.

La pretensión encabezada por el Defensor el Pueblo no apuntaba a la singularidad de cada uno de los depósitos de los ahorristas, sino a la impugnación de la normativa que afectaba a sus derechos.

La homogeneidad que revelaba la situación planteada no excluía al Defensor del Pueblo de los mecanismos de tutela. Así lo había resuelto la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V), como ya se expusiera, al reconocerle legitimación al Defensor, y disponer , en salvaguarda de los derechos de cada ahorrista, que cada afectado peticione individualmente por sus depósitos. De la misma manera se había expedido la Cámara Civil y Comercial Federal (Sala I), en oportunidad de reconocérsele legitimación a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, y resolver sobre la responsabilidad de la empresa Edesur, ordenando que cada usuario afectado peticione de acuerdo a los daños particulares sufridos.

El voto disidente del ministro Lorenzetti en el precedente “Mujeres por la Vida” – ut supra referenciado- ya había incursionado en el terreno de los intereses individuales homogéneos, invocando la existencia de homogeneidad fáctica y normativa tendientes a tornar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada, más allá de la naturaleza patrimonial de los derechos en juego.

Llamativa resulta la posición del ministro Maqueda, quien bajo una óptica aperturista, había resuelto de manera diferente sobre la aptitud procesal de este legitimado colectivo en el precedente “Defensor del Pueblo de la Nación c. E.N.- P.E.N- Mto. E- dto. 1738/92 y otros /proceso de conocimiento” – mencionado en el punto 4.1.2.f) de este acápite-, y que en el caso analizado en este punto, le ha denegado legitimación en orden a la naturaleza de los derechos en juego; aún cuando esgrimiera a manera de “obiter dictum” fundamentos tendientes a fortalecer su posición procesal como legitimado colectivo. Tilda a los derechos motivo de reclamo en la presente causa de divisibles, no homogéneos, y los equipara a los casos en que la pretensión es reparatoria de un daño individual y propio (cons. 9).

Lo que no ha tenido en cuenta el ministro Maqueda en la causa en análisis, ha sido la naturaleza de la pretensión incoada, ya que la misma no apuntaba a un pedido resarcitorio- el que sí, justificaba un planteo individual por parte de cada afectado – sino a un planteo de inconstitucionalidad. Por otra parte, el cúmulo de afectados en la causa en análisis participaba de una común situación, la que les otorgaba cierta homogeneidad, ello más allá de los diversos tipos de depósitos de los cuales cada uno resultaba titular.

Las argumentaciones vertidas dan cuenta de la viabilidad de tutela de los derechos materia de reclamo a través de la actuación del Defensor del Pueblo, toda vez que la misma no entorpece el accionar individual, sino que se manifiesta compatible con el mismo, en resguardo de una protección colectiva.

4. 2. Las asociaciones: surgimiento y evolución.

El proceso civil concebido para la resolución de contiendas de carácter individual – conflicto entre partes bien individualizadas- ha estado nutrido del individualismo propio de las legislaciones codificadas, en plena etapa iluminista. En este contexto, la irrupción de grupos intermedios- considerados en la Francia revolucionaria como un resabio de la estructura básica feudal- eran vistos como agentes proclives a la desintegración. Ello, por cuanto la nación era concebida como una e indivisible, y el Estado, configurado por los ciudadanos, con lo cual las relaciones se conformaban entre aquél y éstos, fuera de toda intervención de grupos intermedios. En este esquema, en la medida en que estos grupos quebrantaban la relación entre el soberano y los ciudadanos, y generaban actividades que podían llegar a competir con las del Estado, daban lugar a una fragmentación de los espacios de poder.¹⁴⁵ La regla que primaba en el derecho francés “nada se insta por medio de procurador”, revelaba la desconfianza hacia estos grupos.

Una vez superada esta etapa histórica de repudio hacia las agrupaciones que se suscita con el reconocimiento de las asociaciones sindicales de trabajadores, las “sociedades intermedias” comienzan a emerger y a proliferar a los fines de accionar en pos de los intereses colectivos del grupo o de la categoría representada

¹⁴⁵ Cappelletti, Mauro “Formaciones sociales..., ob. citada, págs .27 y sig.

por éstas.¹⁴⁶ El surgimiento de estas agrupaciones ha revelado la necesidad de unirse por parte de quienes tenían una comunidad de intereses y de necesidades, frente a una situación de vulnerabilidad a los fines de superar la propia debilidad que los aqueja.

Por otro lado, el surgimiento de las instituciones civiles sin fines de lucro y con objetivos de bien común, como el caso de las organizaciones no gubernamentales- ONG's-, algunas con fines genéricos, otras más bien sectoriales, se impone como un fenómeno que demuestra una mayor destreza y habilidad frente al litigio, en relación al reclamante individual, ya sea por su estructura, por la cantidad de recursos y herramientas a su disposición para abordar el proceso litigioso.

En orden a la tutela de los derechos de incidencia colectiva, se ha ido advirtiendo que no resultaba suficiente la legitimación del individuo que estaba directa y personalmente perjudicado; su actuación en el proceso, bajo la figura “quijotesca” de un “héroe”- siguiendo la metáfora de Cappelletti que veía al consumidor individual litigando contra los molinos de viento¹⁴⁷; o, siguiendo a Barbosa Moreira, “a David luchando sin su honda”¹⁴⁸, no le aseguraba una protección contra violaciones o quebrantamientos masivos.

4. 2.1. Su reconocimiento en el derecho comparado.

El reconocimiento de legitimación a las asociaciones, fue un proceso que en el derecho comparado se ha encontrado sujeto a limitaciones y controles, y que se ha expresado a través de fiscalizaciones realizadas por el Ministerio Público, por sistemas que combinan el control público con la iniciativa privada.

Este reconocimiento se ha sujetado a requisitos, como detentar cierta antigüedad desde su creación – por ejemplo en la legislación brasileña-, características de organización, fines sociales amplios, determinado número de miembros. Estos presupuestos suplantán, al decir de Cappelletti, la titularidad del derecho que se hace valer en juicio en un proceso de raíz individualista.

¹⁴⁶ Así se hace una referencia a una “explosión asociativa”, conf. Caputi, Claudia “Los alcances de la legitimación de las asociaciones”, ED, 2000/2001, págs. 797 a 812.

¹⁴⁷ Cappelletti, M. “Formaciones sociales frente a la justicia civil”, ob. citada, pág. 13 y sig.

¹⁴⁸ Gidi, Antonio *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos....*ob. citada, pág. 75.

La legislación brasileña ha sujetado la legitimación a la previa constitución de la asociación con una antigüedad de un año -Código del Consumidor, art. 82 IV-; sin embargo ante situaciones de notable interés social, los jueces pueden prescindir de este requisito (párrafo I).

El criterio que ha tenido en cuenta el legislador ha sido la tutela de un interés social o comunitario. La necesidad de acreditar cierta antigüedad en la creación ha sido la de proteger organizaciones que tuvieran una duración efectiva en la tutela de los derechos de grupo y en evitar abusos contra los demandados, como así también en no afectar los derechos de los miembros ausentes.

A los fines de disminuir el litigio colectivo y por razones políticas, las nuevas reglas han exigido una autorización previa de la asamblea de la asociación cuando la acción colectiva resulta promovida contra el gobierno.¹⁴⁹

En Francia, se ha sancionado una legislación que reconocía legitimación a las asociaciones, en la medida en que contasen con el previo dictamen del Ministerio Fiscal, a título de fiscalización, y ante hechos que afecten directa o indirectamente el interés colectivo de sus miembros.¹⁵⁰

Otro sistema es el previsto en Gran Bretaña y Australia que consagran un mecanismo de “acciones delegadas” permitiendo el accionar de grupos privados, previa aprobación del Procurador General, que en la práctica se ha desarrollado en demandas por consumo y contra la contaminación ambiental.¹⁵¹

Los requisitos de la previa “acreditación del gobierno” para el reconocimiento de legitimación colectiva ha sido una regla general en el ámbito de la

¹⁴⁹ Barbosa Moreira, José Carlos “La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño”, *Rev. Jurídica Prov. Buenos Aires*, JUS, 1983, Ed. Platense, pág. 61 y sig.; en el mismo sentido Pellegrini Grinover, Ada “Acciones colectivas en tutela del ambiente y de los consumidores”, *Rev. Jurídica de la prov. de Buenos Aires*, 1986, La Plata, Nro. 38, págs. 63-77.

¹⁵⁰ Así la ley Royer de 1973- ley Nro. 73-1193 de 1973, respecto de las asociaciones cuyo estatuto estableciera por objeto la protección de los consumidores, Cappelletti- Garth, *El acceso a la justicia: movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*, La Plata, Colegio de Abogados del Depto. Judicial, 1983, pág. 66 y sig.

¹⁵¹ Es el caso de las “relator action”, institución que combina el control público con la iniciativa privada. En estos sistemas las asociaciones privadas pueden accionar con la autorización y continuo contralor de este funcionario, en los casos en que se propague un daño a toda la colectividad, conf. Cappelletti, M. «Formaciones sociales e intereses...», ob. citada, págs. 25 y sig.

legislación europea – no solo en Francia, como se señalara precedentemente sino también en Italia- que instaura en el gobierno la fiscalización de la capacidad, independencia, seriedad y representatividad de la asociación.

Se advierte así que el movimiento que acompañó al surgimiento de sociedades intermedias para accionar judicialmente ha sido impregnado de ciertas limitaciones de contralor, que se han traducido en una articulada conjunción de fuerzas, de poderes y controles.¹⁵²

Ahora bien, estos requisitos pueden en algunos casos funcionar como obstáculos con incidencia negativa, ya que una minuciosa reglamentación de presupuestos y exigencias, y una práctica restrictiva en la concesión de autorizaciones, podría favorecer la actuación de un número escaso de asociaciones, configurándose situaciones monopólicas con efectos perniciosos en la tutela de los derechos.

La doctrina jurisprudencial norteamericana ha respondido con criterios limitativos frente a planteos jurisdiccionales efectuados por asociaciones; ya que ha tenido en cuenta para el reconocimiento de la legitimación la existencia de un daño concreto a alguno de los miembros de la asociación. Resultan representativos de esta tendencia jurisprudencial los antecedentes “Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization”¹⁵³, “Sierra Club v. Morton”¹⁵⁴ y “Lujan c. Defenders of

¹⁵² Cappelletti, M. Formaciones sociales e intereses...,pág. 29.

¹⁵³ 426 U.S. 26, En este precedente accionaron cinco asociaciones representativas de personas indigentes, que actuaban en nombre de todas las personas que no lograban acceder a servicios hospitalarios. La acción entablada cuestionaba una reglamentación administrativa que imponía una política tributaria con tratamiento fiscal más favorable para aquellos hospitales que no atendieran a indigentes, los cuales solo debían prestar cobertura en la medida de sus posibilidades. Este ha sido invocado por nuestra Corte Suprema en F, 321:1252- causa “Prodelco”- para denegarle legitimación.

¹⁵⁴ 405 U.S., 26. En este precedente se cuestionaba un acto administrativo por el que se autorizaba la explotación comercial de un valle situado en el Parque Nacional de las Sequoias de California; concretamente se había otorgado una licencia para construir un complejo de esquí, lo que generaba un impacto ambiental y colisionaba con la normativa en materia de conservación de parques y recursos naturales. Este ha sido citado por nuestra Corte en F, 322:528- causa “Gómez Díez c. PEN”-.

Wildlife”¹⁵⁵. A través de esta jurisprudencia la Corte ha señalado que no resultaba suficiente la afectación a un interés general o cognoscible, ni una preocupación abstracta como la que podía llegar a portar la asociación. Se requería la existencia de una “lesión concreta exigida por el art. III de la Constitución” (conf. doctrina de “Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Org “); y sustentó que el proceso judicial no podía ser empleado para que las organizaciones procuraran la reivindicación de “sus propias preferencias de valores” (conf. doctrina de “Sierra Club v. Morton”). De acuerdo a estos lineamientos, el Alto Tribunal exigía que alguno de los miembros de las asociaciones presentantes hubieren experimentado un concreto daño o estuviere alcanzado en forma directa por el perjuicio generado por la norma o acto impugnado. En la medida en que se alegare la existencia de ese daño por parte de alguno de los miembros de la asociación, ésta se encontraría procesalmente habilitada para accionar.

Tal como se tratará más adelante al analizar los criterios adoptados por nuestra Corte Suprema en materia de legitimación de las asociaciones, la doctrina jurisprudencial se ha nutrido sobre la base de estos precedentes, aún después de la reforma de 1994, no obstante el reconocimiento de legitimados colectivos.

4. 2.2. Los alcances de la legitimación en la previsión constitucional del art. 43 CN.

El art. 43 de la Const. Nacional legitima a las asociaciones para accionar en defensa de los derechos de incidencia colectiva, en la medida en que propendan a dichos fines, y establece que deben estar “registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y las formas de su organización”.

Del debate que tuvo lugar en el seno de la Convención, se desprende que ha estado presente en el espíritu del constituyente la necesidad de la previa inscripción de las asociaciones en un registro especial. Así el convencional Díaz expresamente ha

¹⁵⁵ 112 S.Ct., núm. 112, 1992, pág. 2130. En este caso un grupo de interesados en cuestiones ecológicas reclamaban determinar el alcance y extensión de la protección discernida por la Ley de Especies en Peligro de 1973 respecto a las actividades de las agencias más allá de los límites de los EEUU, incluso en alta mar, fundando su legitimación en haber visitado países extranjeros en los cuales Estados Unidos tenía radicado proyectos industriales que ponían en riesgo diversas especies. La invocación de un daño especulativo no resultaba suficiente para fundamentar la legitimación ya que se requería un perjuicio concreto y particularizado; en Barraguirre, Jorge “La opinión de Scalia..., ob. citada.

sustentado: “... lo que entendimos es que la legitimación está específicamente asignada de ese modo, no a cualquier asociación, sino a aquellas que cumplan con los requisitos específicos asignados por la ley”. La Dra. Carrió señaló: “... Cualquier persona jurídica cumple los requisitos, se inscribe y tiene la legitimación que está prevista en el texto constitucional, segundo párrafo, y éste es el sentido que le dio la comisión.”¹⁵⁶

Una interpretación literal estaría indicando que no resulta suficiente que se constituyan como personas jurídicas- sea de acuerdo a lo establecido por el Código Civil o de Comercio- y que tengan previstos en sus respectivos estatutos los fines señalados, sino que resultaría necesario el dictado de una ley especial que llevase a cabo un control de las asociaciones habilitadas para accionar.

Así por un lado, parte de la doctrina se había enrolado en una posición de restricción, sustentando la necesidad del dictado de una ley reglamentaria que regule las condiciones de registración.¹⁵⁷ Por otro lado, la doctrina que afirmaba la legitimación sin sujeción a inscripción o registración alguna postulaba la plena operatividad de la norma constitucional.¹⁵⁸

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿cuál ha sido el motivo por el cual el constituyente intentaba limitar la legitimación de las asociaciones, sujetando su accionar a una previa registración?

Alberto Natale ha señalado algunas particularidades respecto de la ley a sancionarse para el reconocimiento de la legitimación para accionar, entendiendo que la misma debería prescribir como criterio para el registro de una asociación, el poseer un acreditado interés en la materia, de lo contrario se crearían “fantasmas al servicio de cualquier interés.”¹⁵⁹ Esto exigía por lo tanto, a su criterio, una prudente regulación para el otorgamiento de legitimación procesal, ya que una amplitud en los mismos daría lugar a situaciones de abuso, e incluso a situaciones entorpecedoras de un desenvolvimiento productivo; como el que se configuraría por ej. si ante la instalación de una fábrica, se intentaren múltiples acciones judiciales invocando intereses ajenos

¹⁵⁶ 17^a. Reunión Comisión de Redacción del 28.7.1994, p. 12.

¹⁵⁷ Barra, Rodolfo “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar”, *LL*, 1994-E-1095.

¹⁵⁸ Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho constitucional Argentino*, To. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, pág. 320.

¹⁵⁹ *Comentarios sobre la Constitución*, Bs. As. Depalma, 1995 págs. 68/69.

que puedan tener como fin frenar un proceso de producción, y no dar satisfacción a la tutela ambiental.

Aquí ha radicado el temor de los constituyentes, justamente en evitar que la actuación de agrupaciones, que podrían escudarse bajo fachadas de intereses o fines sociales altruistas, provoquen un desborde y proliferación de demandas. La inspiración en modelos de derecho comparado, demuestra que a través de las legislaciones mencionadas, se han establecido contralores formales a la hora de acordar legitimación a las agrupaciones o asociaciones.

Pero por otro lado era necesario buscar un “litigante idóneo”, un interlocutor válido, para lograr aquellos objetivos que el individuo aislado no podía lograr. Así las asociaciones se manifiestan como los sujetos que cuentan con mayores recursos y herramientas para afrontar el litigio, constituyen vehículos necesarios para aportar al juez datos e información relevante a la cual difícilmente pueda acceder el individuo por sí sólo.¹⁶⁰

Se planteaba así la disyuntiva ente otorgar por un lado satisfacción a una necesidad que en el plano social se erigía como imperiosa, para una mejor tutela de los derechos colectivos, y por otro lado, se consideraba relevante estipular los recaudos suficientes para evaluar la seriedad de la institución o asociación, configurada por la antigüedad de la entidad, la pertinencia de la tutela de derechos en orden al objeto social.

A nivel infraconstitucional la ley 24.240 que regula los derechos de defensa del consumidor, ha establecido criterios para el reconocimiento de legitimación de las asociaciones (art. 55), como así también los requisitos para funcionar y obtener el reconocimiento (arts. 56 y 57), para defender y representar los intereses del sector (art. 56.3 ley 24.240). Esta legislación más allá del veto presidencial (dec. 2089/93) que ha neutralizado aspectos relevantes de la actuación de las asociaciones en el marco del proceso (habilitación otorgada por el art. 52 para actuar como litisconsorte de cualquiera de las partes ante la tutela de un interés supraindividual) ha significado un avance en la protección del consumidor mediante reglas específicas que trascienden del conflicto tradicional configurado por el litigio del individuo contra otro individuo.

¹⁶⁰ Caputi, M. “Los alcances de la legitimación de las asociaciones”, ED, 2000/2001, págs. 797 a 812.

Se ha expuesto precedentemente que el primer obstáculo con el que colisiona la legitimación colectiva reside en el esquema propio del derecho civil, basado en criterios individualistas del procedimiento que exigen la existencia de un interés personal y directo en el resultado del litigio, circunstancia que no se compadece con la legitimación que poseen las asociaciones.

Resulta relevante destacar las distintas formas asociativas de acuerdo a su constitución, al vínculo existente entre sus miembros y la entidad, y al objeto que constituye materia de agrupamiento.

4. 2.3. Clasificación de los distintos tipos de asociaciones.

Propongo diferenciar entre los siguientes tipos de asociaciones:

4.2.3.a) Asociaciones organizadas bajo un interés estipulado en sus estatutos.

En esta categoría quedan incluidas las asociaciones en las cuales existe una correspondencia natural entre los sujetos de la relación jurídica-material convenida y los sujetos del proceso, es decir la asociación ejercita ante la justicia los derechos de los miembros de la asociación, que resultan sus propios titulares. Este es el típico caso de los colegios profesionales, corporaciones, sindicatos, u otros grupos bien diferenciados.

Gozaíni llama a éstos “intereses de categoría” que se encuentran determinados por la actividad común que desempeñan quienes invisten la representación (médicos, abogados, escribanos, arquitectos, etc.).¹⁶¹

En estos supuestos, la presentación de estas asociaciones o entidades, acredita su representación legal a través de los respectivos estatutos.

Ahora bien, estas asociaciones en general representan los intereses individuales de cada uno de sus asociados, pudiendo encabezar una acción y peticionar contra toda medida que afectare los intereses de la actividad o categoría a la cual pertenezcan sus miembros. Es decir, quedarían englobadas en este grupo, las actuaciones desempeñadas por ejemplo por los consejos profesionales, que reclaman por la actividad de sus afiliados, en la medida en que alguna norma o disposición

¹⁶¹ Gozaíni, Osvaldo, *ob. citada*, pág. 307.

afecte el libre ejercicio profesional, la actuación de los sindicatos que actúan respecto a los derechos de los trabajadores afiliados.

El reconocimiento de su legitimación se sustenta en normativas específicas, ya la ley 14.555 (art. 16) facultaba a las asociaciones profesionales para representar los intereses individuales de sus asociados ante la administración y la justicia, otro ejemplo lo constituye la ley de asociaciones sindicales- ley 23.551¹⁶²-, más allá de las diferencias en este caso respecto de las asociaciones con o sin personería gremial (arts. 23. inc. b, 28), para la representación de los intereses colectivos. Más adelante me referiré a la aplicación jurisprudencial en esta materia.

La actuación procesal en representación de sus asociados o afiliados, sujeta incluso a una autoridad de aplicación, no ofrece mayores obstáculos. Los intereses se encuentran referidos a actividades de carácter permanente y ostensible, de tal modo que se pueda individualizar a los afectados de manera más concreta, y precisa si se compara con las asociaciones de usuarios y consumidores, a las cuales se hará referencia en el punto subsiguiente.

Resulta suficiente fundamento la propia normativa que los regula, para el reconocimiento de legitimación; las respectivas normas los habilitan para ejercer la representación grupal, como el caso de los colegios profesionales.¹⁶³

En el supuesto en que invocasen paralelamente la tutela de un derecho de incidencia colectiva, su legitimación bien puede analizarse a la luz del art. 43 CN.

4.2.3.b) Asociaciones creadas con fines de tutelar derechos de incidencia colectiva con criterio sectorial.

Dentro de esta categoría se encuentran las entidades que han sido creadas para tutelar por ejemplo el medio ambiente (Fundación Greenpeace Argentina, Fundación Ambiente y Recursos Naturales) o bien a los usuarios y consumidores (ej. Acción del Consumidor, Consumidores Argentinos), o el derecho a la salud (ej. Asociación Benghalensis, Fundación para el estudio e investigación de la Mujer – FEIM-, o el Centro de documentación en sexualidad -Fundación CEDOSEX-).

Precedentemente se ha señalado que en relación a la tutela de los derechos de usuarios y consumidores, la ley de Defensa del Consumidor se ha adelantado en

¹⁶² ADLA XLVIII-B,1988, 1408.

¹⁶³ Quiroga Lavié, Humberto *El amparo colectivo*, ob. citada, pág. 113.

esta materia al prever la actuación de las asociaciones, que contempla las condiciones de legitimación.

4.2.3.c) Organizaciones no gubernamentales creadas con fines de tutelar los derechos humanos en forma genérica, el control ciudadano del poder, la transparencia en la gestión pública.

Estas asociaciones revisten la condición de legitimados institucionales¹⁶⁴ reconocen un objeto amplio, y en esta categoría se encuentran el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Asociación por los Derechos Civiles, Poder Ciudadano, entre otras.

Estos legitimados al igual que el Defensor del Pueblo no poseen autorización estatutaria conferida por sus miembros, son legitimados no apoderados¹⁶⁵, que velan por la defensa de derechos ajenos, ya que los titulares sustantivos resultan el cúmulo de sujetos que conforman el ámbito de incidencia o de incumbencia multisubjetiva.¹⁶⁶

Las asociaciones mencionadas en los puntos b) y c) si encabezan acciones en defensa de derechos de incidencia colectiva, lo hacen sin que exista necesariamente una pertenencia de los miembros a la asociación titular de la acción, ni otorgamiento expreso de representación para accionar, ni una voluntad tácita para obrar en nombre del ausente.

Es decir, conforme a este esquema, las entidades mencionadas en el punto a), si encabezan reclamos en aras de tutelar derechos de incidencia colectiva, en ese caso, su legitimación se fundaría en la norma prevista en el art. 43 2do. párrafo de la CN. En casos en que peticionen por los derechos individuales de sus miembros, el andamiaje normativo claramente surge de las respectivas normas que regulan su actuación, sea que se trate de colegios profesionales, de asociaciones sindicales. Es decir, su legitimación en estos supuesto se fundará en las normas de derecho privado que regulan la personería de estas instituciones para estar en juicio¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Maurino, G., Nino, E., Sigal, M. *ob. citada*, pág. 291.

¹⁶⁵ Maurino, G., *ob. citada*

¹⁶⁶ Pérez Ragone, *ob. citada*.

¹⁶⁷ Gozaíni, *ob. citada*, pág. 327.

4. 2.4. Un análisis jurisprudencial de los diversos supuestos planteados.

4.2.4.1. Los criterios en el caso de las asociaciones o agrupaciones previstas en el punto 4.2.3.a).

Ante presentaciones judiciales efectuadas por los colegios profesionales peticionando la declaración de inconstitucionalidad de la normativa tributaria, en aras de proteger al conjunto de los asociados, la Corte en diversos pronunciamientos, les ha denegado legitimación, bajo la argumentación de que la pretensión no se basaba en un derecho de incidencia colectiva en los términos de lo previsto en el art. 43 CN.

En los autos “Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c. Estado Nacional”¹⁶⁸, “Colegio Públicos de Abogados de Capital Federal c. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos”¹⁶⁹, la Corte rechazó la acción entablada por dichos colegios, que peticionaban la declaración de inconstitucionalidad de normas tributarias y su inaplicabilidad al conjunto de sus asociados. En sus fundamentos se remitió a la doctrina que había sustentado en los autos “Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c. AFIP”.¹⁷⁰ Interpretó que el objeto de la pretensión no encuadraba en los derechos mencionados en el art. 43 CN, y que el objeto de tutela se basaba en derechos de carácter patrimonial puramente individuales, *“cuyo ejercicio y tutela... corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados”*. Asimismo se basó en las condiciones normativas de los estatutos en la medida en que éstas no otorgaban potestad para estar en juicio en representación de sus asociados, en relación a derechos patrimoniales propios de cada uno de éstos.

En estos casos, la Corte ha tomado en cuenta la naturaleza de los derechos objeto de protección, y las condiciones reglamentarias previstas en los estatutos. Enlazó la legitimación al objeto de tutela, interpretando que la entidad de los derechos, materia de reclamo, se configuraba en derechos individuales, de carácter subjetivo y propios de cada uno de los asociados.

La legitimación de los colegios profesionales no debería haberse analizado a la luz de lo previsto en el art. 43 2do. párrafo de la CN, relacionándolo con la

¹⁶⁸ F, 326: 2998.

¹⁶⁹ C.S., 7.10.03, LL, 2004-C-268.

¹⁷⁰ F, 326:3007, JA, 2003-IV- 45.

entidad de los intereses reclamados, interpretando que los mismos no resultan susceptibles de tutela colectiva.

Es por ello que resulta desacertado lo sustentado en tal sentido: “.... *si bien el art. 43 de la Constitución Nacional había ampliado el universo de sujetos legitimados para accionar por la vía del amparo, esta amplitud no se había dado para la defensa de cualquier derecho, sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos ... que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general*”.¹⁷¹

En este precedente, se limitó el objeto de tutela, circunscribiendo de manera restrictiva la cláusula constitucional.

Entiendo que la legitimación de estos colegios profesionales reconoce su fundamento en las leyes que regulan el ejercicio de la profesión. Así la ley 23.187¹⁷² establece que el Colegio Público de Abogados de la Capital funcionará con el carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas de derechos público (art. 17), y que entre sus funciones y facultades se encuentra la de defender a los miembros del Colegio asegurándoles el libre ejercicio de la profesión conforme a las leyes, velando por el decoro profesional (art. 20 inc. c). Asimismo entre sus finalidades, consta la de tutelar la inviolabilidad del ejercicio profesional en todos sus órdenes, encontrándose investido a tales fines de la legitimación procesal para el ejercicio de la acción pública (art. 21, inc. j).

A tenor de lo expuesto, el Colegio Público tiene reconocida legitimación procesal en orden a tutelar los derechos de sus matriculados, velando por el libre desarrollo profesional. No resulta pertinente la fundamentación otorgada por la Corte para denegarle legitimación.

En sentido similar la ley local provincial 5177- modificada por ley 12.277- que regula el ejercicio profesional del Colegio de Abogados de la Prov. de Buenos Aires, establece su funcionamiento con el carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas de derecho público no estatal (art. 48), encontrándose legitimado para actuar judicial o administrativamente en defensa de los intereses profesionales (art. 50 inc. k).

¹⁷¹ cons. 10, causa “Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c. Administración Federal de Ingresos Públicos”.

¹⁷² B.O. 28.VI. 1985.

La legitimación procesal, en estos casos, ya señalaba Morello, resulta consustancial a los colegios profesionales, inmanente e intransferible a éstos. Las leyes orgánicas de los Colegios les acuerdan la atribución de defender a sus miembros para asegurarles el libre ejercicio de su profesión y velar por su decoro.¹⁷³

La invocación de estas regulaciones permite echar luz sobre algunos aspectos del funcionamiento de estas entidades, facultades, y criterios de legitimación. El reconocimiento de su legitimación resulta autónoma de la previsión constitucional, motivo por el cual la normativa constitucional no puede ser invocada para obstruir el acceso a la justicia, tal como se desprende de los fallos mencionados. En su condición de personas jurídicas de derecho público no estatal (arts. 33 y 35 CC), son sujetos de derechos, y por ende se encuentran legitimadas para actuar en defensa de los derechos que tutelan. Este es el fundamento para el reconocimiento de legitimación. Por lo tanto fundamentar la restricción en el objeto de la pretensión procesal, sin atender a los elementos normativos que resultan suficientes para el otorgamiento de legitimación, responde a un criterio que no se condice con una tutela judicial efectiva; toda vez que éstos presentan una regulación autosuficiente que habilita su actuación procesal.

Circunscribir la legitimación a la naturaleza del derecho sustancial petitionado, para restringir los alcances de la misma, ha sido el motivo por el cual la Corte desestimó las acciones instauradas; máxime considerando que lo petitionado no constituía un reclamo por deudas impositivas que pesaban en cabeza de algunos de sus asociados.¹⁷⁴

Un criterio de mayor apertura se puede observar en materia de reconocimiento a la legitimación de los sindicatos, aún cuando éste ha sido producto de una evolución jurisprudencial.

En tal sentido en la acción entablada por el Sindicato Argentino de Docentes Particulares¹⁷⁵ con el objeto de impugnar un decreto del Poder Ejecutivo - que había eximido a las Universidades privadas de la contribución de la ley 24.714,

¹⁷³ “La legitimación procesal de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de los intereses difusos”, *ED*, 1981-I, pág. 707 y sig.

¹⁷⁴ Jiménez, Eduardo “¿Qué tan amplia es la legitimación para requerir tutela que confiere el artículo 43 de la Constitución Nacional?”, *LL*, 2004-C, 268.

¹⁷⁵ CS, 4/07/2003, *LL*, 2003-F, 769.

art. 5 inc. a) punto 1) en relación al personal docente con vínculo de dependencia, determinando el pago directo a cargo de los empleadores de las asignaciones familiares-, el Procurador General de la Nación, a cuyo dictamen se ha remitido la Corte, fundamentó la legitimación procesal del sindicato en la respectiva personería gremial. En tal sentido, sostuvo que el sindicato estaba encargado de velar por los intereses individuales y colectivos de los trabajadores frente al Estado y los empleadores (art. 31 ley 23.551 de asociaciones sindicales), y que *“la reforma de la Constitución Nacional de 1994 introdujo una modificación trascendente en relación a la acción de amparo, otorgándole una dinámica desprovista de aristas formales que obstaculicen el acceso a la jurisdicción cuando están en juego garantías constitucionales, ampliando la legitimación activa de los pretenses potenciales en los casos de incidencia colectiva en general, legitimando en este aspecto a las asociaciones, de las que no cabe -a mi juicio-excluir a las sindicales.”*¹⁷⁶

En este precedente, si bien se ha hecho especial referencia a la personería gremial del sindicato, para merituar la legitimación procesal, pero a su vez se ha tenido en cuenta la normativa constitucional, no para restringir, como en los casos precedentes, sino para ampliar el espectro de legitimados colectivos, incluyendo a los sindicatos dentro de las asociaciones.

A través de este pronunciamiento, la Corte ha receptado favorablemente la valiosa jurisprudencia de la Justicia Nacional del Trabajo y de la Procuración General del Trabajo, que desde 1996 habilitó a las asociaciones sindicales a accionar por la vía de la acción colectiva de amparo, en representación de los intereses profesionales colectivos de los trabajadores, sin requerir mandato expreso de los mismos.¹⁷⁷

Las propias regulaciones que norman el funcionamiento de los colegios profesionales o de los sindicatos, constituyen el basamento para el reconocimiento de

¹⁷⁶ Dictamen del Procurador General de la Nación, punto IV.

¹⁷⁷ Capón Filas, Juan *“Legitimación activa de una asociación sindical con personería gremial”*, LL, 2003-F,77. Este autor señala la importancia de este precedente, en relación a una jurisprudencia anterior, tal como la que se desprende del caso *“Sindicato de Conductores Navales de la República Argentina”* (Fallos: 316:2997), en el cual la Corte rechazó en diciembre de 1993 el recurso de queja planteado por dicho gremio, que procuraba la declaración de inconstitucionalidad del dec. 1772/91 (Adla, LI-C, 3131) por exigir a las asociaciones sindicales para accionar judicialmente, en representación de los intereses colectivos -derechos públicos subjetivos- de los trabajadores, mandato expreso por parte de éstos.

la tutela judicial de los derechos por los cuales peticionan. Un encuadre en la normativa constitucional del art. 43 permite otorgar un mayor fundamento sustantivo para facilitar el acceso a la justicia.

4.2.4.2. Los criterios jurisprudenciales en los casos de la categoría mencionada en el punto 4.2.3.b).

En el tratamiento de este punto considero relevante analizar en forma separada los criterios que han abordado los tribunales inferiores respecto de los seguidos por la Corte Suprema.

4.2.4.2. a) Los criterios de tribunales inferiores.

En muchos casos los tribunales han tomado en cuenta la naturaleza de los derechos objeto de pretensión, a los fines de otorgar legitimación a las asociaciones peticionantes, para abrir los canales de legitimación procesal, y no para circunscribirlos como en los supuestos tratados en el punto precedente- tratamiento jurisprudencial de la legitimación de los colegios profesionales-.

Así en algunos precedentes, la jurisprudencia ha puesto atención en la naturaleza del objeto social de la asociación actora - “Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata v. Municipalidad de Tigre y otro”, C. Civ. y Com., San Isidro, Sala I, 9.6.98-¹⁷⁸. En esta causa, la Cámara hizo lugar a la legitimación de la asociación, que había sido denegada por el juzgado de primera instancia, teniendo en cuenta que el objeto social de la asociación actora, la habilitaba para realizar acciones de protección ambiental, aún cuando no le reconoció legitimación para requerir el suministro de agua potable.

En otros casos, las asociaciones han planteado ante la justicia la tutela tanto de derechos que hacen a los intereses de sus asociados o afiliados, o que pertenecen a los miembros a quienes representan, como así también han invocado un interés que podría encuadrarse en los derechos de incidencia colectiva (art. 43 CN).

¹⁷⁸ En dicho precedente la asociación reclamaba en razón de una situación de contaminación subterránea del agua, peticionando al gobierno la inmediata provisión de agua potable a los vecinos afectados y el estudio de las medidas de rastreo para analizar las causas de la contaminación.

Es decir, se trata de asociaciones cuya conformación se ajusta a las señaladas en el punto 4.2.3.a), pero que en sus planteos han peticionado en forma conjunta un interés propio de sus asociados, y un derecho de incidencia colectiva.

Al respecto cabe invocar el precedente “Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Ciudad de Buenos Aires”- 3.7.02-, resuelto por el Juzgado Cont. Adm. y Trib. Ciudad de Buenos Aires Nro. 5.¹⁷⁹ El Juzgado reconoció legitimación activa en orden a que se hallaban en juego derechos de incidencia colectiva por encontrarse en peligro la salud de quienes se asistían en el hospital. Esto más allá de destacar que en materia de legitimación procesal para el amparo, la norma constitucional local prevista en el art. 14 reconoce un criterio amplio, bajo la fórmula “cualquier habitante”.

En sentido similar en el precedente “Asociación de Trabajadores del Estado c. Armada Argentina” – 15.1.97-, la Cámara Federal de la Plata, Sala de FERIA, reconoció legitimación a la asociación actora en tanto se sustanciaba la tutela del interés colectivo en el mantenimiento y desarrollo de la red pública de asistencia de la salud, encontrándose comprometidos los derechos fundamentales expresados en los arts. 23 de la DUDH y 31 de la DADDH, reconociendo que el caso excedía de la simple tutela individual debida al empleado público.¹⁸⁰

En relación a este precedente, volveré más adelante, para referirme a los efectos generados con motivo de la consagración de la norma constitucional del art. 43.

En estos dos últimos supuestos mencionados, se conjugan las peticiones de las asociaciones que encabezan en sus reclamos tanto los derechos individuales de sus

¹⁷⁹ En este precedente la Asociación peticionaba que se lleven a cabo los medios necesarios para la rehabilitación del normal funcionamiento del área de histopatología de un hospital municipal en el que se detectaban grandes demoras en el análisis de las biopsias debida a la falta de personal. En tal sentido se invocó como agravio, que esta situación lesionaba el desarrollo de la actividad laboral de los profesionales médicos ya que podrían ser imputados por un irregular ejercicio profesional, y la protección del derecho a la salud.

¹⁸⁰ La Asociación peticionaba que el Jefe del Estado Mayor General de la Armada se abstenga de aplicar una resolución por la cual el personal íntegro del Hospital Naval Río Santiago pasaba al Fondo de Reconversión, procediéndose al cierre del nosocomio. La acción ha sido instaurada por una asociación gremial de trabajadores- debidamente reconocida- que fundamentó su petición en el art. 43 CN; en el derecho a la estabilidad de los empleados públicos (art. 14 bis CN), invocando que de llevarse a cabo la medida, perjudicaría la salud de la población.

miembros- el ejercicio profesional en un caso, y la estabilidad de los empleados en el otro- como un derecho que excede más allá de lo estrictamente particular del caso, la protección de la salud pública.

En ambos, los tribunales han meritado en forma expresa el derecho de incidencia colectiva en juego.

En los autos “Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Argentina c. Ente Nac. Regulador del Gas”- Cam. Nac. Cont. Adm. Fed, Sala 4ta, rta. 9.3.98-¹⁸¹ la Cámara entendió que la legitimación de la Asociación estaba fundada en la propia configuración de un ente representativo de los intereses de los usuarios de servicios públicos, y en cuanto tal se encontraba habilitado para cuestionar los actos que resulten lesivos a los usuarios.

En esta materia de derechos al consumidor, la Cámara Comercial en los autos “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Prov. de Buenos Aires s. Sumarísimo”¹⁸² ha puesto el foco de atención más en el objeto de la pretensión, a los fines de conferirle debida tutela constitucional, que en los criterios de legitimación; aún cuando fundó la misma en las finalidades para las que ha sido creada, lo que la torna idónea par accionar.

La personalidad procesal, señala Gozaíni, comentando este fallo, se analiza desde la pretensión.¹⁸³ El fallo se detiene en analizar la situación de cada usuario y consumidor, y en la concretas posibilidades de accionar de cada uno en atención a la mínima suma a reclamar por el perjuicio patrimonial irrogado; este argumento es desarrollado con más profundidad en el precedente que a continuación se detalla.

¹⁸¹ En este precedente la acción se entabla a los fines de cuestionar la validez de resoluciones emitidas por Energas, por las cuales se aprobaron los cuadros tarifarios correspondientes a los servicios de distribución de gas por redes, en base a que el valor del gas no resulta producto de la oferta y demanda, sino de acuerdos entre los agentes de mercado de acuerdo a una posición dominante en el mismo.

¹⁸² Sala C, rto. 4.10.05, publicado en www.ElDial.com. En este precedente la asociación entabló acción de amparo contra la entidad bancaria a los fines de que cese en el débito realizado a sus clientes en las cajas de ahorro y cuentas corrientes, en concepto de “seguro por extracción forzada” en tanto implicaba la asunción de un compromiso de pago no previsto en el contrato que los ligaba con el banco.

¹⁸³ Gozaíni, Osvaldo. “Legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores”, *LL*, 1.12.05, punto XII.

En la misma línea jurisprudencial, cabe citar a otro precedente de la Cámara Comercial, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Citibank N. A.” (Sala “E”), - rta. 12.5.06-¹⁸⁴ en el cual el Tribunal si bien ha fundamentado la legitimación en lo establecido en los arts. 42 y 43 CN, y a nivel infraconstitucional en lo estipulado en la ley 24.240 (arts. 52 y 55), se ha tenido en cuenta en sentido similar al fallo precitado, el criterio medular que hace al funcionamiento de las asociaciones.

En este sentido, el Tribunal sostuvo: “.. *dada la entidad, magnitud y similitud del agravio, se justifica que una asociación de consumidores obtenga legitimación representando al titular de los datos que a la vez es consumidor bancario. Por otra parte, dicha legitimación encuentra su razón de ser en que son muy pocas las personas que se tomarán el esfuerzo de realizar el pedido de remoción, por los costos y molestias que ello acarrea. Por eso, para que esa violación a la ley no quede consentida, resulta razonable acordar legitimación en esos casos a asociaciones de defensa del consumidor*”. El Tribunal ha acudido así a justificar la actuación de las asociaciones en materia de derechos al consumidor, en las limitadas posibilidades con las que generalmente se enfrentan el cúmulo de consumidores para acceder a la justicia, máxime teniendo en cuenta que en muchos casos el resultado o el objeto del pleito reviste una entidad mínima, en relación al accionar que exige para los justiciables poner en marcha el aparato jurisdiccional.

De los criterios aquí expuestos, no se advierte que los tribunales hayan considerado como obstáculo para el reconocimiento de la legitimación, la previa inscripción en un registro especial, ya que merituaron la previsión estatutaria y el objeto de la pretensión.

¹⁸⁴ La Asociación de Usuarios y Consumidores había entablado un hábeas data colectivo con fundamento en lo establecido en el art. 34 de la ley 25.326 y lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 43 CN. En dicha acción, la Asociación peticionaba que el Citibank N.A. cese en su operatoria tendiente a supeditar la prohibición de utilizar los datos de sus clientes para operaciones de marketing directo propio o de terceros a la expresa oposición de los mismos a través de una concreta solicitud de exclusión. La falta de presentación de la misma, hacía presumir el consentimiento para que Citigroup administre los datos con fines publicitarios para su propio grupo y para terceros. La demanda se fundamentaba en que el accionar de la entidad bancaria violaba lo dispuestos en la ley 25.326 (arts. 5,6 y 11), en tanto invierte la regla que rige en la normativa de mención, en materia del consentimiento expreso inequívoco e informado del titular de los datos.

4.2.4.2.b) Los criterios de la Corte Suprema.

La Corte ha experimentado una evolución en esta materia, ya que en un principio, ha sujetado -tal como se expusiera en el acápite 1.2- el concepto de causa al de legitimación. De la misma manera en que se pronunció respecto de la legitimación del Defensor del Pueblo en cuanto a la necesidad de la configuración del “caso concreto”, así resolvió en un principio las contiendas planteadas por las asociaciones.

Este ha sido el criterio que primó en “Consumidores Libres”¹⁸⁵ y en “Prodelco”¹⁸⁶. En ambos precedentes ha hecho prevalecer el concepto de “causa” en los términos de lo previsto en el art. 116 CN; bajo la concepción jurisprudencial norteamericana, sustentándose como se expuso precedentemente que la configuración del caso o controversia responde a la necesidad de preservar el principio de división de poderes, evitando la deformación de la función jurisdiccional.

Bajo la exigencia formalista de configuración del “caso judicial”, la Corte posterga el contralor de la Administración, y desvirtúa el control judicial. Si bien reconoce la legitimación de sujetos potencialmente distintos a los afectados directos, ello no releva de que dichos legitimados al momento de interponer las acciones judiciales, deban acreditar el perjuicio concreto. La Corte de esta manera ha desvirtuado el amparo colectivo.¹⁸⁷

Detenerse en los fundamentos jurisprudenciales invocados en el precedente “Prodelco”, conduce a aseverar que se han tomado como modelo los parámetros de la Corte norteamericana, soslayando el espíritu de la normativa constitucional del art. 43. La invocación del precedente “United States v. Richardson” (418, U.S.; 166 (1974) – cons. 5- y “Schlesinger v. Reservists” (418, U.S. 208)- cons. 25-, implicó ajustar las exigencias en la demostración del daño concreto y diferenciado como presupuesto para habilitar la vía judicial, evitándose la abstracción de agravios. Es decir, la injuria o perjuicio, de acuerdo a estos parámetros, debía estar, a criterio del Alto Tribunal, lo suficientemente delimitado para justificar una condena

¹⁸⁵ F: 321; 1352.

¹⁸⁶ F, 321:1252.

¹⁸⁷ Quiroga Lavié, Humberto “Requiem al amparo colectivo”, *LL*, 1998-C, 1337/1343.

contra una de las ramas del Estado; pues de lo contrario, la sentencia a dictarse implicaría un verdadero conflicto de poderes.

Tal como se señalara al analizarse los criterios restrictivos de la jurisprudencia norteamericana en materia de legitimación de asociaciones, ello encuentra su fundamento en la conformación de diferentes parámetros constitucionales, en tanto éstos no reconocen la existencia de derechos de incidencia colectiva. Sin embargo, en los precedentes que analizamos, la Corte argentina, aún bajo la aplicación del art. 43 CN, se remitió a criterios jurisprudenciales basados sobre aquellos parámetros constitucionales.

Es decir, si bien por un lado, el art. 116 CN- que reconoce su antecedente en el art. III Const. Americana-, ha justificado que nuestro máximo Tribunal se remitiera a la jurisprudencia de la Corte americana, al momento de resolver sobre las exigencias de caso o controversia; a partir de la reforma de 1994, la situación se modifica ya que la aplicación del art. 43 requiere de una nueva interpretación del art. 116 CN, en la conformación de un nuevo tipo de “causa”, tal como se desarrollará en acápite siguientes.

Esta tesitura, de alta restricción, ha sido felizmente modificada, apreciándose una amplitud en el reconocimiento de los criterios de legitimación, tal como se analizará a continuación a través de los precedentes que se reseñarán.

De este modo un giro relevante se observa en el antecedente “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUERRA) c. Prov. de Buenos Aires”¹⁸⁸, en el cual la Corte señaló que la actora se encuentra entre las asociaciones mencionadas en el art. 43 CN, ya que ha sido creada por una norma – dec. 1192/92- que le ha asignado la finalidad de proveer a la defensa de los intereses de sus asociados, que resultan los “grandes usuarios de electricidad”, tal como se desprende del propio estatuto. Del dictamen del Procurador, al cual adhiere la Corte, se desprende un criterio que señala una brecha en relación a los anteriores pronunciamientos, ya que el espectro de sujetos legitimados se ha ampliado, extendiéndose más allá de los titulares de un derecho subjetivo individual, independizándose el concepto de legitimación, de la existencia de perjuicio o lesión

¹⁸⁸ F, 320: 690.

actual. En este antecedente la Corte encuadró la pretensión bajo la forma de una acción declarativa de certeza.

En los casos en que se han presentado asociaciones peticionando tutela del derecho a la salud, la Corte ha reconocido legitimación con fundamento en el objeto social previsto en los respectivos estatutos.

Así en el precedente “Asociación Benghalensis y otros v. Mtro. de Salud y Acción Social”¹⁸⁹, el Procurador General si bien se remite a lo dictaminado en “AGUERRA”, ha puesto de manifiesto que los estatutos de los amparistas, en este caso, Asociación Benghalensis, y un grupo de asociaciones, en la medida en que presentan como objeto la lucha contra el SIDA, cabe reconocerles legitimación. No ha descartado la existencia de “caso o controversia”, ya que el planteo incoado supone un perjuicio concreto configurado por la falta de provisión de medicamentos y la falta de asistencia a los portadores, infectados y enfermos. La Corte se ha remitido al dictamen del Procurador. Los votos de los ministros Moliné O’Connor y Boggiano, reiteran el criterio proclive al reconocimiento de legitimación en la medida en que el objeto de la pretensión se encuentre comprendida en los respectivos estatutos, y con remisión a “AGUERRA” se refieren a la legitimación de estos sujetos que resultan distintos de los directamente afectados, sin desconocer la exigencia de “causa” o “controversia”.

El mismo criterio sustentó la Corte en “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud”¹⁹⁰ reconociendo legitimación activa para impugnar una resolución que excluía del tratamiento cubierto por el Programa Médico Obligatorio a quienes no habían tenido brotes o exacerbaciones en los últimos dos años.

En forma coincidente la Corte ha vuelto a reconocer el criterio del objeto estatutario como presupuesto para otorgar legitimación sustancial a las asociaciones. Así lo ha sustentado en el precedente “Mendoza, Beatriz y otro c. Estado Nacional” – referenciado en el capítulo I y en éste, al analizar la legitimación del Defensor del Pueblo-. En el pronunciamiento vinculado a la presentación de varias asociaciones¹⁹¹ en carácter de terceros, en los términos de lo previsto en el art. 30 de la ley 25.675, se

¹⁸⁹ F, 323:1339.

¹⁹⁰ CS, 24.5.04; LL, 2004-D, 30; F, 326: 4931.

¹⁹¹ C.S., 30.8.06; LL, -DJ, 27.9.06, 254.

les reconoció legitimación solamente a las que preveían en sus respectivos estatutos la preservación ambiental, desechando la presentación de aquellas entidades, cuyos objetos estatutarios resultaban ajenos a la pretensión ventilada- así resolvió respecto de Fundación Metropolitana, Fundación Ciudad y Poder Ciudadano-.

Igual criterio ha seguido la doctrina mayoritaria de la Corte en el precedente “Mujeres por la Vida” – invocado al referirme a la naturaleza de los derechos de incidencia colectiva en el capítulo I – en el que los votos mayoritarios remitiéndose al dictamen del Procurador General, avalan el antecedente jurisprudencial “Asociación Benghalensis” (dictamen del Procurador de fecha 22.2.99), y las consideraciones vertidas por éste, respecto de los especiales fines que gobernaban la actuación de la asociación actora.

De los fallos precedentemente citados se desprende que la vinculación que exige este criterio jurisprudencial entre el objeto del estatuto de la asociación accionante y la pretensión que se plantea en la contienda, tiende a circunscribir la existencia de una “causa colectiva” bajo el presupuesto de correlato entre legitimado colectivo y pretensión sustantiva.

4.2.4.3. Los criterios en los casos de asociaciones previstas en el punto 4.2.3.c).

Dentro de los antecedentes jurisprudenciales en esta materia, en la causa “Mignone”, -citada en el capítulo I, acción instaurada por el CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales-, se ha peticionado por los derechos políticos de todas las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios de la Nación, en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos, reclamando que se declare la inconstitucionalidad del art. 3 inc. d) del Código Electoral Nacional.

La acción ha sido entablada por vía de un amparo, y la Corte, si bien ha hecho lugar a la acción, la ha encuadrado como un “hábeas corpus”, y así más allá del “nomen iuris” ha otorgado tutela constitucional, pero sin mayor profundización respecto de la legitimación- en lo que respecta a la doctrina mayoritaria-.

La Corte en tal sentido ha sustentado: “... *corresponde concluir que la actora se encuentra legitimada para demandar como lo ha hecho, pues los beneficiarios de la presente acción son personas en condiciones de detención, y la*

lesión al derecho que buscan tutelar se integra con la restricción provisoria de la libertad” (cons. 6).

En el voto de los Dres. Fayt y Petracchi se analiza la legitimación con una remisión a los precedentes “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la Republica Argentina”¹⁹² y “Asociación Benghalensis”¹⁹³ sosteniendo que entre los fines establecidos en el estatuto de la organización se encuentran el de “*asumir la representación de personas o grupos afectados en causas cuya solución suponga la defensa de aquéllos... bregar contra las violaciones, abusos y discriminaciones que afecten los derechos y libertades de las personas y de la sociedad por razones religiosas, ideológicas, políticas...*”(cons.6). De esta manera justifican la legitimación en la medida en que la ONG está actuando de acuerdo a los fines estatutarios, y en el marco de un caso contencioso, aún cuando de sus votos se desprende un intento de forzar la existencia de causa o controversia en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional. No se puede desconocer que la interpretación que reiteradamente ha dado la Corte al concepto de controversia lejos está de ser asimilada al conflicto que acarrea el caso mencionado.

El Dr. Bossert en su voto señala que el CELS actúa como portadora de un interés legítimo en la preservación de los derechos o libertades de otras personas, tal como se desprende de sus estatutos, haciendo especial referencia a que la norma constitucional no requiere una identificación entre la asociación y cada uno de los perjudicados, ya que se ha intentado extender la legitimación como medio para proteger los derechos de una manera más amplia (cons. 19).

La Corte ha preferido otorgar tutela por vía del hábeas corpus, tal vez, aún sin establecerlo expresamente porque este instrumento de protección constitucional reconoce una legitimación amplísima, que no admitiría cuestionamiento alguno. La propia Constitución establece en el art. 43 4to. párrafo que “la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor”, y de la misma forma la ley 23.098 (art. 5) consagra una legitimación amplia a la manera de una acción popular.

¹⁹² F, 320:690.

¹⁹³ F, 323:1339.

Es decir, de haber otorgado legitimación por vía del amparo, podría haberse vislumbrado una pequeña luz en el reconocimiento de una legitimación que va más allá del interés legítimo, y así de alguna manera se podría haber comenzado a sustentar un incipiente antecedente en un reconocimiento más amplio de la legitimación para actuar.

La tutela de quienes se encuentran restringidos en su libertad ambulatoria, cuando se petitiona por las condiciones en que se cumple la privación de la libertad, bien pueden hallar respuesta normativa por vía del amparo, más allá del hábeas corpus correctivo-remedio específico previsto en el art. 43 y en art. 3 inc. 2 de la ley 23.098.-

En la causa “Verbitsky, H. s. hábeas corpus”, el CELS interpuso una acción de hábeas corpus con fundamento en el art. 43 CN, a los fines de tutelar la situación de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, alojadas en establecimientos policiales superpoblados.

La Corte no ha tratado expresamente la cuestión de la legitimación de la ONG, pero el Procurador General en su dictamen invoca los precedentes “Asociación Benghalensis” y “Mignone”, justificando la legitimación colectiva en la índole de la pretensión planteada, y en su idoneidad como mecanismo de protección frente a los reclamos individuales (punto IV).

4.2.4.4 Algunas observaciones a raíz de la clasificación formulada.

La clasificación formulada permite diferenciar los casos de asociaciones que actúan en el marco de la defensa de los derechos de sus miembros- invocando “intereses de categoría-, cuyos criterios de análisis para el otorgamiento de la legitimación se van a sustentar en las normas propias que regulan su actuación; y en el art. 43 CN. Este último fundamento operará a los fines de incrementar el basamento sustantivo, en casos, como ya se especificó, en que las asociaciones encabezan en su reclamo un derecho propio y exclusivo de la actividad que desarrollan y a la vez peticionen la tutela de un derecho de incidencia colectiva.

Entre la actuación de las asociaciones que defienden intereses más sectoriales, y las que tutelan objetos más genéricos- por ejemplo la tutela de los derechos humanos, la transparencia en el ejercicio de la gestión pública- es viable establecer una similitud entre estas últimas y la legitimación encabezada por el Defensor del Pueblo, a la manera de legitimados institucionales.

Así por ejemplo en los casos “Verbitsky” y “Mignone”, sobre los cuales volveré para analizar el impacto de los legitimados colectivos en los procesos judiciales, la petición ha trascendido lo sectorial, ya que más allá de que en uno y en otro supuesto se haya esgrimido la tutela de los derechos de personas que se encuentran restringidas en su libertad ambulatoria, las pretensiones han excedido la situación de la población carcelaria, puesto que ambos implicaban la transformación de un sistema normativo dado- el Código Electoral, en un caso, y la legislación procesal penal en el otro-, como así también el funcionamiento de las instituciones. Del voto del ministro Bossert en la causa “Mignone”, se desprende que la protección del derecho conculcado ha ido más allá del grupo de peticionantes representados por la actora, ya que todo el sistema institucional de la sociedad se sustenta en el ejercicio de dicho derecho (cons. 16).

4.3. El Ministerio Público.

4.3.1. El encuadre normativo constitucional de su actuación.

La intervención de este actor en los procesos de tutela de los derechos de incidencia colectiva no se encuentra consagrado en forma expresa en el art. 43 CN, pero la doctrina reconoce su legitimación como sujeto colectivo.¹⁹⁴

Así Quiroga Lavié sustenta que dentro de las funciones que el texto constitucional le reconoce al Ministerio Público – art. 120 CN-, “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad...”, cabe invocar a los “derechos de incidencia colectiva” tutelados en el art. 43 CN.

Entre los antecedentes a la ley orgánica nacional del Ministerio Público obra un anteproyecto¹⁹⁵, que contemplaba la conveniencia de instituir y poner en su

¹⁹⁴ Quiroga Lavié, Humberto “Nuevos órganos de Control en la Constitución: el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público” en *La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión...*, ob. citada, pág. 287; en el mismo sentido Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, LL, 2001; Gordillo, Agustín “Derechos de incidencia colectiva, to. II- 23; Bianchi, Alberto *Control de constitucionalidad*”, To. II, pág. 92.

¹⁹⁵ El anteproyecto reconoce como autor a José L. Monti, quien trabajó en el proyecto de ley orgánica que el Ministerio de Justicia encargó a una Comisión de la cual formó parte en representación de la Asociación de Magistrados de la Justicia Nacional. Un mayor detalle del anteproyecto puede verse en el artículo de

cabeza la *acción pública civil*¹⁹⁶- denominación utilizada por la ley brasileña de 1985-, y dentro de las facultades contemplaba expresamente la de “prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causar al patrimonio social, a la salud o al medio ambiente, al consumidor, a bienes de valor artístico, histórico o paisajístico, y en todos los demás casos que las leyes establezcan”.

Al referirme a las notas caracterizantes de estos derechos, he señalado las connotaciones de índole social, y la incumbencia o interés general que los mismos conllevan.¹⁹⁷

No caben dudas que si se consideran dentro del cúmulo de derechos de incidencia colectiva a la “salud pública”- tal como algunos miembros de la Corte lo han señalado en “Asociación Benghalensis”, o al patrimonio artístico, cultural, histórico- caso “Cartaná” c. Municipalidad de Buenos Aires”- al ambiente: recursos naturales, calidad de flora, fauna- precedente primigero “Kattan”, causa “Mendoza”-, se encuentra presente una cuota notablemente representativa de “interés público” que el propio Estado no puede desatender.

El Ministerio Público se erige en un organismo de control y equilibrio institucional, y por su carácter tuitivo, en un instrumento apto para el progreso de la vida social, cumpliendo su rol a la manera de un “silencioso obrero cívico y social”.¹⁹⁸

Al referirme a la actuación de las asociaciones sectoriales, he señalado que el factor que mayor temor ha generado en el reconocimiento de la legitimación, y que ha estado presente en el espíritu de los constituyentes ha sido que éstas respondan a “determinados intereses”, o “grupos de interés” que busquen frenar una eficaz labor tendiente al bien común; de ahí el requisito de la previa registración- aún cuando la posterior doctrina jurisprudencial ha ido morigerando este requisito constitucional-.

Frente a este riesgo, se ha instaurado la necesidad de imponer una especie de compensación, de manera tal que no sea solamente la sociedad la que controle la política estatal, sino que para lograr el equilibrio del sistema, dicho control también

doctrina titulado “Aportes para un examen del régimen legal del Ministerio Público en el orden nacional”, ED, 130-869.

¹⁹⁶ Monti, José, *Los intereses difusos y su protección jurisdiccional*, Ed. Ad- Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 131.

¹⁹⁷ Al tratar la clasificación de las incumbencias realizadas de acuerdo al objeto de referencia, conf. Pérez Ragone, ob. citada.

¹⁹⁸ Monti, José “La organización del Ministerio Público. Su rol institucional y su proyección en el ámbito civil”, ED, 112-982.

debiera estar impulsado y promocionado por el propio Estado, que será de este modo el controlado.

Así como el constituyente consagró al Defensor del Pueblo- cuyo funcionamiento ha sido abordado en el presente capítulo - , en la misma directriz se encuadra la actuación del Ministerio Público como órgano instituido para la defensa de toda la sociedad. Debe concebirse en este sentido una “bidirección en el control”, generando una vigorización del sistema, con “realimentación” en el contralor de eventuales prácticas abusivas estatales.¹⁹⁹

A nivel infraconstitucional la ley orgánica del Ministerio Público 24.946²⁰⁰ reconoce como facultad del Ministerio Público Fiscal la de “prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud, y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan” (art. 41 inc. a). Esta previsión normativa proporciona una vía de acceso a la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, mediante un mecanismo apropiado y compatible con nuestro sistema institucional.²⁰¹

La misma ley al referirse a las atribuciones del Ministerio Público de la Defensa consagra: “realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 86 de la Constitución Nacional” (art. 51 inc. d). Esta previsión, confirma su relevancia en el área de los derechos de incidencia colectiva.²⁰²

La ley 24.240 de defensa de los derechos del consumidor, establece la intervención del Ministerio Público en las acciones instauradas en defensa de los derechos de usuarios y consumidores (art. 52), tanto como parte actora, asumiendo dicha calidad *ab initio* en razón de promover una acción judicial, o en forma supletoria en el caso de continuar una acción desistida o abandonada por una

¹⁹⁹ Quiroga Lavié, Humberto *El amparo colectivo*, ob. citada, pág. 116.

²⁰⁰ ADLA 1998-B, A-101.

²⁰¹ Monti, José, *Los intereses difusos y su protección jurisdiccional...*, ob. citada, pág. 133.

²⁰² Quiroga Lavié, H., Benedetti, Miguel, Cenicacelaya, María *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2001, To. II, pág. 1233.

asociación de consumidores; o bien con carácter de fiscal de la ley, en los casos en los que no sea parte.

La “bidirección en el contralor” referenciada preferentemente va a depender de la estructura que presente esta institución y de su conformación como entidad independiente.

4.3.2. Su actuación en ordenamientos de derecho comparado.

Un rápido pasaje por la actuación de este organismo en la legislación de derecho comparado, permite señalar el desempeño de un relevante papel en la defensa de los derecho de grupo en Brasil.

En este sentido la Constitución brasileña expresamente consagra como funciones del Ministerio Público la de promover “la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos” (art. 129. III). La legislación brasileña (ley 7347/85- arts. 6 y 7-) consagra una obligación por parte de los servidores públicos y de los jueces de remitir a dicho órgano público cualquier información sobre violación a intereses difusos y colectivos. En dicho país la mayoría de las acciones colectivas son promovidas por el Ministerio Público como actor, para prohibir conductas ilegales o abusivas en tutela de un “interés social”.²⁰³

Este activismo y despliegue autónomo por parte del Ministerio Público ha estado ausente en países como Francia e Italia, en los cuales, tal como lo señala Cappelletti, esta institución difícilmente pueda constituirse en el guardián de los intereses colectivos. Su cercanía con el Poder Ejecutivo y la falta de una estructura idónea- carencia de especialización- no ha podido erigirse en el paladín de los intereses de grupo.²⁰⁴ La figura del Ministerio Público no ha sido vista como particularmente apta para esta función por resultar políticamente influida, máxime teniendo en cuenta que con frecuencia las acciones que encabezan estos grupos colisionan contra los órganos del poder político. Esto se ha observado principalmente en Francia, donde la actuación del Ministerio Público ha dependido de las directivas e instrucciones del Ministerio de Justicia.

²⁰³ Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas...* ob. citada, pág. 89.

²⁰⁴ “Formaciones sociales frente a la justicia civil”, ob.cit. pág. 15 y sig.

En tanto que en Italia, si bien las normas constitucionales permiten deducir una conformación orgánica de mayor independencia²⁰⁵ en una etapa previa a la sanción de la constitución, se observaba una notable dependencia del fiscal respecto del gobierno.²⁰⁶

En los últimos tiempos se ha generado un intenso debate sobre la modificación de algunos artículos de la Constitución, entre los cuales quedaba comprendida la expresa consagración del Ministerio público como un poder autónomo.²⁰⁷

La intervención en el marco de los procesos que atañen a la defensa de los derechos de grupos se ha limitado al ejercicio de un contralor respecto de las asociaciones privadas- tal como se ha expuesto precedentemente en la legislación francesa tanto para la tutela de los intereses de usuarios y consumidores- la Loi Royer de 1973-, como de minorías raciales.

La fiscalización del Ministerio Público respecto de la actuación de los grupos privados ha sido una modalidad adoptada en algunos países- Inglaterra, Australia- a través de las *relator actions*, procedimiento al cual se ha hecho referencia en el tratamiento de las asociaciones. Más allá de ese poder de contralor y de seguimiento de actuación sobre las asociaciones, el *Attorney General* ha desempeñado un papel muy poco representativo para intervenir en procesos ante la presencia de un interés público.

El gobierno federal de los Estados Unidos a través de una legislación de 1976 ha autorizado al Ministerio Público de los Estados (*State Attorneys General*) a promover acciones colectivas por daños en representación de los residentes de los estados; pero esta autorización ha quedado limitada a la actuación frente a la violación de leyes antimonopolios.²⁰⁸

²⁰⁵ Art. 107- el Ministerio Público gozará de las garantías establecidas para él por las normas del ordenamiento judicial; art. 108- la ley asegurará la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales y del ministerio fiscal destinado ante ellas.

²⁰⁶ Art. 129 real decreto Nro. 2626 de 1865.

²⁰⁷ Giancarlo Rolla, "El Ministerio Público en Italia: disciplina constitucional" en *Ley, Razón y Justicia. Rev. De Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Neuquén, Alveroni, 2004, Vol. 8, págs. 159/186.

²⁰⁸ Gidi, A. *Las acciones colectivas..* pág. 92.

En España, la Constitución y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, establecen entre las funciones de este órgano la de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, y la de procurar la satisfacción del interés social (art. 124.1 y 3 del Estatuto, ley 50/1981 modificado por la ley 5/1988).

Es en la defensa del interés social, donde se visualiza su relevancia, ya que la satisfacción de dicho interés va unida a la protección de los derechos consagrados en el ordenamiento constitucional español. Tal misión debe concretarse en la tutela de las materias vinculadas a la calidad de vida, a la defensa de los consumidores, al medio ambiente, y es precisamente en la tutela de estos derechos donde se amplía su función protectora.²⁰⁹

4.3.3. La intervención como legitimado colectivo.

En nuestro medio, hasta el presente resultan pocos los casos resueltos en la Justicia a través de los cuales se le ha reconocido legitimación para actuar en tutela de los intereses de la sociedad, como un defensor autónomo, pero se encuentra presente en el pensamiento de los operadores e integrantes de esta institución la idea de hacer funcionar a este organismo como defensor de los intereses de la comunidad.²¹⁰

La conformación institucional del mismo con rasgos de independencia y autonomía funcional (art. 120 CN, y art. 1 de la ley 24.946) posibilita un despliegue relevante en la tutela de los derechos de incidencia colectiva libre de presiones contaminantes. Un recorrido por la normativa orgánica que regula esta institución permite reforzar la idea de conformación de independencia: “sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura” (art. 1), “quedan excluidas de las funciones del Ministerio Público: la representación del Estado y/o del Fisco en juicio, así como el asesoramiento permanente al Poder Ejecutivo...” (art. 27); la similitud con el diseño constitucional del Poder Judicial luego de la reforma de 1994 – mecanismo de designación y remoción de sus miembros, distinguiendo según se trate de los que se desempeñan en la cúspide de la

²⁰⁹ Hernández Martínez, María del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, 1997, pág. 190.

²¹⁰ *Revista del Ministerio Público*, Procuración General de la Nación Nro. 6, diciembre de 2000.

organización, de los que se desempeñan en los cargos jerárquicamente inferiores, (arts. 5 y 18)-, estabilidad funcional (art. 13), equiparación en materia de remuneraciones a sus integrantes en relación a los jueces federales (art. 12).²¹¹

Las condiciones institucionales se encuentran configuradas para que se implemente un adecuado sistema de autocontrol.

Una propuesta interesante plantea Quiroga Lavié,²¹² al sostener la intervención del Defensor General de la Nación en los procesos en los cuales puedan plantearse cuestiones o intereses contradictorios. Es decir, si en el marco de un procedimiento aparecen confrontados dos sectores portando intereses contrapuestos susceptibles de tutela colectiva, y el Defensor del Pueblo entabla una acción que bien puede interpretarse como apta para representar a un grupo de afectados, el resto podría estar representado por el Defensor General de la Nación, en la medida en que éste actúa en “defensa de la legalidad” (art. 120 CN). Estos serían casos en los cuales se vislumbran dos tipos o clases de derechos de incidencia colectiva, que se encuentran en colisión por pertenecer a dos sectores en confrontación.

Al tratar los efectos generados por este tipo de legitimados en los procesos colectivos, se analizará con mayor profundidad esta perspectiva de actuación.

4.3.4. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales en ámbitos jurisdiccionales locales y federales.

En un precedente jurisprudencial pronunciado por la Corte- con anterioridad a la reforma constitucional y previo a la sanción de la ley orgánica- caratulado “Incidente promovido por la querrela s. inconstitucionalidad del dec. 2125 del P.E.N.”²¹³, resulta relevante el dictamen del Procurador General Juan O. Gauna,

²¹¹ Del debate parlamentario de la ley 24.946 se desprende: “Como complemento necesario para resguardar la independencia de sus integrantes singularmente considerados, se exige para su designación el acuerdo senatorial- art. 5- a la vez que se le confiere la misma estabilidad de que gozan los jueces. Asimismo se los equipara a estos últimos en lo que se refiere a otros efectos: remuneraciones, previsionales, protocolares, de autoridad y trato”, Senador Solana, Reunión 64, 30 de octubre de 1996, pág. 632.

²¹² *El amparo colectivo*, ob. citada, págs. 254 y sig.

²¹³ C.S., 19.11.87; F 310: 2342. En este precedente, dos vecinos en el carácter de corribereños de los Ríos Tigre y Reconquista han formulado denuncia penal contra quienes contaminaban los cursos de agua integrantes de la cuenca fluvial por encontrarse comprometida la salud pública, invocando la inconstitucionalidad

quien destacó el papel del Ministerio Público en la protección de los intereses difusos de la comunidad, a los que conecta con la presencia del interés público, con expresa remisión a las características institucionales requeridas de estabilidad e independencia.²¹⁴

En los autos “Agente Fiscal c. Prov. de Santa Cruz”, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Cruz²¹⁵ ha resuelto que el Agente Fiscal posee legitimación para iniciar una acción de amparo ante la amenaza cierta y actual de riesgo de afectación al medio ambiente, configurado por el varado de buques pesqueros inactivos en la Bahía de Los Nodales, ya que ante la obligación de intervenir en todo asunto que afecte el orden público, dicho funcionario posee un mínimo de interés razonable y suficiente que lo encuadra en los términos de lo previsto en el art. 43 CN.

La Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, en la causa “Asesoría Tutelar Justicia Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad de Buenos Aires v. Gob. de la Ciudad de Buenos Aires”²¹⁶ ha reconocido la legitimación al Asesor Tutelar como integrante del Ministerio Público en la defensa de un derecho de incidencia colectiva. A tales fines determinó que la afectación del derecho a la educación tiene un efecto generalizado, pues podría abarcar a todos los sujetos que potencialmente se encontrasen en condiciones de acceder a la instrucción

del decreto 2125/78 en tanto establecía un régimen de cuotas de resarcimiento por los efluentes contaminantes que los establecimientos industriales volcaban a los ríos. Este planteo motivó que el magistrado actuante dispusiera formalizar un incidente de inconstitucionalidad que tramitó por cuerda. El juez federal de primera instancia decretó la inconstitucionalidad del mencionado decreto, sentencia que fue confirmada por la Sala II de la Cámara Federal de La Plata. Notificado el Poder Ejecutivo Nacional y Obras Sanitarias de la Nación, la empresa mencionada planteó la nulidad de las actuaciones, planteo que fue rechazado por el juez de primera instancia, cuya decisión fuera confirmada por la Alzada, motivo por el cual Obras Sanitarias dedujo recurso extraordinario, el que denegado, motivó el planteamiento de la queja. La Corte revocó la decisión en el entendimiento que el contralor constitucional se había ejercitado fuera del marco de una “causa”.

²¹⁴ El Procurador ha hecho especial referencia a la legislación comparada, y a las ponencias presentadas por ante el VIII Congreso Interamericano del Ministerio Público, 1983(Comisión II, Recomendación V), a través de las cuales se puso de manifiesto la aptitud de este órgano para la protección de los intereses colectivos o difusos, comprendida dentro de su función genérica de defensa del interés social.

²¹⁵ Rta. 26.8.03, *LL Patagonia* 2004- 512.

²¹⁶ Rta. 1.6.01; *JA*, 2001-III-507.

pública, que residan en la zona circunscripta en el objeto de la demanda, y ello hace que el acceso a la misma pase a conformar un derecho de incidencia colectiva en los términos de lo previsto en el art. 43 CN, y 14 párr. 2do. CCABA²¹⁷. El objeto del amparo interpuesto residía en la omisión en que había incurrido el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la construcción de una escuela cuya previsión se encontraba consagrada en la ley local 350. La sentencia hizo lugar a la medida y ordenó a la Ciudad a llevar a cabo los trabajos de ejecución de la obra.

Otro pronunciamiento de interés es el emitido por el Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba, Sala Civ. y Com. “Jiménez, Tomás c. Citibank”²¹⁸ en el cual se plantea la intervención del Ministerio Público como fiscal en los procesos de consumo. Si bien el Tribunal se refiere a la actuación del Ministerio Público cuando actúa como fiscal de la ley, es decir en los supuestos en los cuales no es parte en los términos de lo previsto en el art. 52 de la ley 24.240; profundiza a su vez en las razones que fundamentan su participación, estipulando que su obligatoria intervención no puede ser subsanada por el consentimiento del particular, no resultando disponible para las partes.

La decisión del Tribunal pone especial énfasis en la obligada tutela del interés público, de esta manera establece que si bien el consumidor o usuario actor persigue la satisfacción del interés que deduce en el pleito, el Ministerio Público lo hace en defensa del “orden público y de la ley”. Las consideraciones vertidas por el Tribunal resultan relevantes en lo que hace a su actuación en los procesos de consumo, tanto cuando lo hace como parte “*ab initio*” en razón de promover una acción judicial, como cuando lo hace, a los fines de continuar una acción desistida o abandonada por una asociación de consumidores; en este último caso por mandato legal (art. 52 párr. 2do. Ley 24.240).²¹⁹

En forma expresa el Tribunal ha sustentado, “*el Ministerio Público interviene por un interés actual, colectivo y relevante en defensa del orden público y*

²¹⁷ En lo que respecta a los criterios de legitimación es de destacar la amplitud que consagra la normativa constitucional local prevista en el art. 14, al consagrar la fórmula “cualquier habitante”, como ya se señalara en oportunidad de invocar un precedente proveniente de la justicia local en materia de legitimación de asociaciones.

²¹⁸ Rto. 12.7.03; J.A. 2003- IV- 370.

²¹⁹ Bersten, Horacio, “La intervención del Ministerio Público en los procesos de consumo”, JA 2003-IV- 370.

de la ley,... garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagradas en la propia Constitución Nacional". Si bien se detiene en el análisis de las normas constitucionales locales (arts. 171 y 172 Constitución de Córdoba) respecto de las funciones de esta institución, hace una remisión a la norma constitucional federal (art. 120 CN) y a la ley orgánica federal de Ministerio Público (ley 24.946, art. 41 inc. a).

No se han registrado casos en los cuales el Ministerio Público haya encabezado una acción en tutela de los derechos de usuarios y consumidores, pero es válido destacar que el andamiaje normativo constitucional le da soporte suficiente como para accionar en tal sentido.

Otro pronunciamiento de relevancia es el proveniente de la Cámara Federal de Bahía Blanca,²²⁰ en el cual se le reconoce legitimación para accionar de manera amplia e irrestricta, dada la naturaleza del bien jurídico en juego: comunitario, colectivo, general - voto del Dr. Planes- con sustento en la interpretación del art. 120 CN, y 25 y 41 de la ley 24.946, en materia de amparo colectivo, y para estar en el proceso en la gestión de prueba, control recursivo, al igual que los demás legitimados.²²¹

²²⁰ JA 1999-III-242. En este pronunciamiento la acción de amparo es interpuesta contra el Ente Regulador de Electricidad, por unos vecinos de la zona de Sierra de la Ventana, el titular de uno de los campos, y el Ministerio Público que accionan por considerarse afectados por el paso de un electroducto que atravesaba diversos partidos de esa zona, alterando el paisaje, la belleza turística. El juez federal de primera instancia desechó el amparo que ha sido recurrido por el titular del inmueble, el fiscal federal y los vecinos del lugar. La Cámara revoca la decisión del inferior.

²²¹ Este fallo ha sido comentado por Augusto Morello, resaltando su vasto tejido argumental en su artículo titulado "La tutela de los intereses difusos en la Cámara Federal de Bahía Blanca", JA 1999-III-249.

CAPITULO III

LOS EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN COLECTIVA EN EL MARCO DEL PROCESO.

1. La flexibilidad en el concepto de "causa".

He señalado en el capítulo anterior que la jurisprudencia de la Corte en forma reiterada ha establecido como presupuesto habilitante del ejercicio de la función jurisdiccional la existencia de controversia, la cual llevaba ínsita la idea de perjuicio concreto, diferenciado.

Una primera flexibilización en esta concepción se observa a través del reconocimiento de procesos declarativos entendidos como procesos constitucionales (capítulo I punto 1.3).

El primer paso en este sentido se configura a partir del dictamen del Procurador Marquardt en la causa "Hidronor c. Prov. de Neuquen"²²² y posteriormente a partir del "leading case" "Provincia Sgo. del Estero c. Gob. Nacional y/u otro".²²³

Tanto en uno como en otro pronunciamiento -en un caso el Procurador General y en el otro la Corte- se habilitó el contralor jurisdiccional en el marco de una acción declarativa de certeza, con fundamento normativo en el art. 322 CPCC, a los fines de hacer cesar una situación de incertidumbre respecto de los derechos reclamados, sin exigir la conformación de un perjuicio consumado.

Si bien la doctrina jurisprudencial no se ha desentendido del concepto de causa, ya que el encuadre en el caso de "Hidronor" se ha hecho en los términos de lo previsto en el ex art. 100 de la CN, actual art. 116, su configuración comenzó a modificarse. Claramente se desprende del dictamen del Procurador: " ... *El único fundamento efectivo del rechazo de la acción declarativa es la idea de que este tipo*

²²² CS, 28.2.73; LL. To. 154, pág. 515. En esta causa la empresa Hidronor S.A. había entablado acción meramente declarativa contra la provincia de Neuquén planteando la inconstitucionalidad del impuesto de sellos que la entidad provincial le intimaba a abonar. Lo debatido en este antecedente era si las acciones declarativas, presuponían la existencia de "causa", ya que al ejercicio de la función jurisdiccional se asociaba siempre el ejercicio de acciones de condena o reparatorias, y la acción declarativa no persigue un pronunciamiento que tenga por objeto un deber de actuar compulsivamente contra el obligado.

²²³ F, 307:1379, LL, 1986-C-117.

de acción no da lugar a un verdadero ejercicio de la función judicial, que invadiría al pronunciarse sobre aquélla el ámbito reservado a la función legislativa, infringiendo así el principio de división de poderes...” (cons. 9), y por otra parte sostuvo”... tratándose en la especie de una acción declarativa sustentada en legítimo y concreto interés... la demanda configura un caso o causa con arreglo a los arts. 100 y 101 de la Constitución y 1 de la ley 27...” (cons. 16).

Estaban presentes las ideas de proceso con objeto de condena, y ejercicio de la función jurisdiccional con presupuesto de daño o lesión concreta. Este era el panorama al cual hace referencia el Procurador en su dictamen, pero el giro relevante se desprende de esa desvinculación que empieza a perfilarse entre la actuación judicial y la lesión al derecho invocado, basta con que exista un interés suficientemente real para tornar procedente la acción declarativa (cons. 14).

A partir del precedente “Provincia de Santiago del Estero c. Estado Nacional” la Corte ha reconocido a nivel federal la posibilidad de interponer acciones declarativas de certeza a la manera de procesos constitucionales.

La distancia entre causa y perjuicio comienza pues así a dilatarse en esta temprana etapa, primero a partir del dictamen del Procurador General en “Hidronor”, y luego desde el precedente mencionado.

La reforma constitucional de 1994, a través de la consagración de los legitimados colectivos, ha ido reforzando esta desvinculación.

La necesidad de un ajuste se impone frente al accionar de estos sujetos que irrumpen en el marco de los procesos. Tal como se ha señalado, la evolución jurisprudencial ha sido muy paulatina. La propia naturaleza del sujeto colectivo ha ido indicando que, no siendo éste el titular de la relación jurídica sustancial a tutelar a través del proceso, sino el grupo de incidencia colectiva, el perjuicio o daño se encuentra diseminado en este grupo de actores, y no circunscripto de manera concreta y definida, y hasta a veces, el perjuicio a evitarse puede llegar a conformarse como potencial.

La jurisprudencia de los tribunales inferiores ha ido reconociendo la existencia de vínculos cada vez más laxos entre la causa y el perjuicio directo con motivo de la intervención de sujetos colectivos. Así se sostuvo: “Las asociaciones intermedias y el defensor del pueblo, en cambio, pueden accionar sin ser directos afectados por la norma cuya validez cuestionan, motivo por el cual la intervención de

*la judicatura en las cuestiones constitucionales deja de depender – en las hipótesis ahora consideradas- de la estricta presencia de la amenaza actual e inminente de lesión a intereses de los reclamantes..”*²²⁴

2. La conformación de una “causa colectiva”.

La caracterización de los casos colectivos exige la existencia de sujeto, causa y objeto colectivo.

La conformación subjetiva con carácter colectivo, ya se ha analizado en forma detallada a través de los diversos legitimados colectivos.

El objeto de la pretensión tendrá incidencia colectiva en la medida en que lo resuelto en la controversia afecte o repercuta sobre una colectividad de sujetos.

Señalan Maurino, Nino y Sigal la exigencia de una “causa o motivo de pretensión” fundada en derechos de incidencia colectiva. En la medida en que la pretensión jurídica se sustente en derechos de incidencia colectiva, y el sujeto que peticiona, lo haga invocando la representación de cierta pluralidad de sujetos, se configura la controversia colectiva, bajo cuyo manto se dilucidarán los derechos de todos los incluidos en esa pretensión.²²⁵

La reforma constitucional de 1994 al haber instituido legitimados colectivos ha abierto las puertas a las “causas” o “controversias” colectivas para posibilitar la tutela sustantiva.

Las acciones planteadas por los legitimados colectivos- tratados en el presente trabajo- al encabezar una pretensión con sustento en derechos de incidencia colectiva, conforman indefectiblemente una causa colectiva, con incidencia en un grupo numeroso de sujetos, en unos casos determinable, en otros indeterminados.

En el supuesto que sea un sujeto individual el que acciona con sustento en derechos de incidencia colectiva, la causa puede generar efectos más allá del reclamante- caso del sujeto que peticiona el cese de determinada conducta lesiva del medio ambiente-; éste sería un caso con objeto colectivo ya que lo petitionado generará efectos en la comunidad en general, que se verá beneficiada por el cese de la

²²⁴ causa “Asociación de Trabajadores del Estado c. Armada Argentina”, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala de FERIA, sentencia del 15.1.97 (referenciado en el capítulo II).

²²⁵ Ob. citada pag. 206.

conducta contaminante. Pero a su vez, este sujeto individual puede reclamar una pretensión individual, así si petitiona la indemnización de una suma de dinero para paliar los daños generados por la acción contaminante.²²⁶

En el caso de los legitimados colectivos, más allá del encuadre jurídico que a veces han llevado a cabo los tribunales, el objeto de la pretensión siempre habrá de generar efectos en un grupo extenso de la comunidad, es decir el objeto habrá de ser siempre de naturaleza colectiva; aún cuando la extensión del mismo pueda ser más o menos amplia, de acuerdo a la incidencia sobre la cual se sustenta el derecho reclamado.

Así en los casos en los que la acción es entablada por una organización no gubernamental, por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público- legitimados institucionales- muchas veces el alcance de la pretensión se relaciona inmediatamente con intereses plurales, y no meramente sectoriales, por lo cual el cúmulo de sujetos involucrados revela una extensión que va más allá de un grupo determinado.

Una manifestación de este fenómeno se observa claramente en el caso "Verbitsky, Horacio s. hábeas corpus", en el cual se petitionaba por todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas que debieran estar alojadas en centros de detención especializados.

El argumento que sustentó el Tribunal de Casación para rechazar la acción entablada, radicaba en que se trataba de situaciones plurales indeterminadas que no podían resolverse en una única decisión. Asimismo, se aludió a que la acción cuestionaba el sistema carcelario en forma genérica y no tenía por objeto una decisión concreta en casos individuales, los cuales se diferencian sustancialmente unos de otros.

El Procurador General en su dictamen puso de manifiesto la legitimación procesal activa de la entidad accionante, sustentada en la necesidad de resolver el conflicto colectivo que comprometía al Estado provincial, en atención a la violación sistemática y permanente de los estándares jurídicos en materia penitenciaria fijados por la normativa constitucional.

²²⁶ Maurino, Nino...,ob.citada, pág, 203.

La doctrina mayoritaria de la Corte ha encuadrado la pretensión planteada por el CELS como una causa colectiva, adjudicándole una herramienta de protección colectiva aún cuando la Constitución no la haya previsto en forma expresa en el art. 43 CN.

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Casación han soslayado la aplicación del art. 43 CN, y desnaturalizado la irrupción de los derechos de incidencia colectiva. Los mismos se asimilan a los fundamentos que había sostenido la Corte al resolver las causa “Prodelco” (cons. 25) y “Consumidores Libres” (cons. 8 y 9). Por ello, el pronunciamiento de la Corte en este caso, demuestra un criterio evolutivo y de reconocimiento de una causa con ribetes de carácter colectivo.

Por otra parte, la causa colectiva encabezada por los legitimados colectivos lleva necesariamente a un distanciamiento entre el perjuicio o daño cierto y directo - exigencia de la causa en los términos del art. 116 CN- y el acto u omisión impugnada, observándose una relación de causalidad mediata entre uno y otro extremo.

Es decir, lo invocado es un daño cierto o eventual en relación a un interés público de una clase²²⁷; reportando a aquellos en virtud de quienes se instaura la pretensión, un “provecho, utilidad, ganancia, beneficio, comodidad, conveniencia... de carácter colectivo...”.²²⁸

La intervención de las asociaciones intermedias no va a depender de la estricta presencia de la amenaza actual e inminente de lesión a intereses de los reclamantes. Así en el caso de asociaciones en defensa de los derechos del consumidor, el interés que encabezan es de naturaleza colectivo, ya que *“importa al público en general que los productos o servicios sean ofrecidos en el mercado en condiciones satisfactorias...; y al accionar lo hacen en defensa de los derechos de quienes sin estar afectados contemporáneamente, tienen la posibilidad que les ocurra lo mismo en el futuro.”*²²⁹

En los casos en que sea el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo el titular de la acción, también se esfuma la exigencia de un daño o perjuicio concreto, o de una amenaza actual en cabeza de sus representados.

²²⁷ Balbín, C. “Sobre la legitimación en el proceso de amparo”, *LL*, 2001-B-1172;

²²⁸ Jeanneret de Pérez Cortés, María, “La legitimación...”, *ob. citada*.

²²⁹ Cícero, Nidia “Las asociaciones de usuarios y los servicios públicos: ¿el artículo 42 de Constitución es sólo una frase bonita?”, *JA*, 1999-II- 963.

3. Acerca de la conformación de una “acción de clase”.

3.1. Su origen en el modelo americano.

Corresponde plantearse si la acción colectiva intentada por alguno de los legitimados colectivos analizados, origina la conformación de una acción de clase.

La remisión a este tipo de procesos regulados en la legislación americana, resulta interesante a modo comparativo, pero hay que contemplar las distancias existentes respecto del sistema procesal estadounidense, basado en parámetros constitucionales que difieren del nuestro en materia de protección de derechos de incidencia colectiva.

Las acciones de clase norteamericanas, han tenido su origen, señala Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell,²³⁰ en la *equity* inglesa, en los conflictos suscitados entre los siervos de la tierra y sus señores, y entre los feligreses y sus párrocos, en relación a la aplicación o declaración de una costumbre en el feudo o parroquia. En los casos de “*equity*” por contraposición a los casos de “*law*”, prevalecía la regla de equidad, y la reparación conforme a la misma procedía en casos de dificultades del órgano jurisdiccional para llegar a una resolución adecuada. Así en las “*equity courts*” se exigía la presencia de todas las personas materialmente interesadas en el proceso, formando un litisconsorcio para que la resolución les alcanzara a todos. Sin embargo, y advirtiéndose las dificultades que podría acarrear la existencia de grandes grupos de personas, se permitió que una persona pudiera actuar en el proceso en nombre de otras que estuvieren en la misma posición que el que oficiaba de representante, y que estarían sujetos a los efectos de la resolución.

El autor citado menciona como precedente importante a “*Hichens v. Congreve*”²³¹, a partir del cual el grupo se transforma en “*class*”, vale decir en un grupo de individuos con un mismo interés económico. Así, las primeras presentaciones fueron hechas por mutualidades creadas por grupos de artesanos que reclamaban medidas asegurativas para casos de contingencias laborales, y por otra parte surgieron las incipientes sociedades por acciones creadas para obtener más

²³⁰ Bujosa Vadell, Lorenzo- M., “El procedimiento de las acciones de grupo (class action) en los Estados Unidos de América”, *Justicia 94*, Barcelona, José María Bosch S. A., Editor, 1994, pág. 69 y sig.

²³¹ 38 Eng. Rep. 917- Ch. 1828-.

capital del que un individuo sólo pudiera obtener. Siguiendo este breve itinerario histórico, a partir de 1938, las “*class action*” que habían surgido para procesos seguidos conforme a las reglas de equidad, pasan a extenderse a aquellos regidos por las normas del *common law* (*action of law*). Su aplicación, señala Cueto Rúa²³² ha permitido a partir de las décadas del 50 y del 60, poner fin a la discriminación racial, y durante las décadas del 70 y 80, la protección de los consumidores frente a los riesgos generados por la producción industrial masiva, para cuidar la salud de la población, frente a los agentes contaminantes del medio ambiente.²³³

La Rule 23 (a) establece los siguientes requisitos para la interposición de una acción de clase de personas: (1) que la clase sea tan numerosa que la actuación de todos es impracticable; (2) que existan cuestiones de derecho y de hecho comunes a la clase; (3) las pretensiones o defensas de las partes representantes son comunes a las de los miembros de la clase, (4) la parte representante de la clase protege los intereses de la clase en forma justa y adecuada.²³⁴

La regulación mencionada consagra tres categorías de acciones de clase (sección b), que presuponen el cumplimiento de los requisitos establecidos, y las siguientes situaciones: (1) el ejercicio de pretensiones separadas por o contra miembros del grupo individualmente crea el riesgo de sentencias contradictorias o diferentes con respecto a miembros individuales que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta al grupo; (2) se emplean cuando la parte que se opone a la clase ha actuado o se ha negado a actuar sobre fundamentos generalmente aplicables a la clase, imprimiéndose, en consecuencia, remedios mediante órdenes o prohibiciones (*final injunctive relief*) o el correspondiente remedio de tipo declarativo (*declaratory relief*) con respecto a la clase como un todo, y (3) “*class action for damages*”-empleadas para los casos en que se demandan daños y perjuicios-, el tribunal meritúa que las cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase

²³² “La acción por clase de personas” (Class actions), LL, 1988-C, 952.

²³³ Su regulación normativa se encuentra en las reglas federales de procedimiento civil desde el año 1842, sancionándose la Regla 48 de Equidad Federal que se aplicó hasta el año 1912. Esta regla luego fue reemplazada por la Regla 38 en 1912, la que a posteriori, fue reemplazada por la Regla 23 en 1938, y experimentó una posterior modificación en 1966; a partir de la cual diferenció entre los tipos de litigios sustanciados, conf. Cueto Rúa, ob. citada.

²³⁴ Bianchi, Alberto “Las acciones de clase”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2001, pág. 54 y sig.

predominan sobre otras cuestiones que afectan solamente a miembros individuales, para lo que se tendrá en cuenta que el procedimiento debe resultar idóneo o efectivo para tutelar los intereses de los miembros de la clase, es decir que la acción de clase es superior a otro método alternativo.

3.2. Su aplicación para la resolución de conflictos colectivos con sustento en el art. 43 de la Constitución Nacional.

No existe en nuestro país regulación normativa que reglamente este tipo de acciones de manera integral para todo tipo de proceso colectivo.

Esta carencia ha sido destacada por el ministro Lorenzetti en el precedente citado “Mujeres por la Vida- Asociación sin fines de lucro- filial Córdoba c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, al sustentar: “... Frente a esa falta de regulación- la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido- cabe señalar que la referida disposición constitucional es plenamente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular...” (cons. 11).

El tipo de acción de clase prevista en el punto (b) (2) de la regulación normativa, ha sido utilizada para la protección de garantías constitucionales, y ésta resulta la más conciliable con el funcionamiento de las garantías previstas en el art. 43 CN ²³⁵, en tanto que los procesos constitucionales allí consagrados tienen como principal objeto el de hacer cesar o impedir la violación o amenaza manifiesta del orden jurídico, o bien reconocen como objeto el dictado de una sentencia declarativa o condenatoria de hacer o no hacer.

²³⁵ Nino, Ezequiel, “Informe sobre acciones de clase”. *Documentos de Trabajo sobre Derecho de Interés Público, Programa de Derecho de Interés Público. Centro de Estudios de Postgrado, Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, 2001/2002. Este autor señala que aunque este tipo de acciones ha sido diseñada para el trámite de los derechos civiles, la Comisión Asesora del Congreso sostuvo que la subdivisión de los tipos de conflictos sustanciados, es decir la subdivisión 23 (b) no se encuentra limitada a casos de derechos civiles, invocando una jurisprudencia en la cual estas acciones han sido implementadas para accionar por discriminación- reclamo efectuado por un grupo de personas que se consideraron perjudicadas por la rezonificación de un barrio-.

Tanto a través del amparo como del hábeas corpus, como procesos constitucionales, resulta viable el planteamiento de la inconstitucionalidad de las normas, dando origen a procesos con sentencia declarativas. El hábeas data participa de las mismas características, si se concibe a esta garantía como una especie del amparo- más allá de que a partir de la sanción de la ley 25.326²³⁶ de protección de datos personales haya comenzado a perfilarse ésta con fisonomía propia, y así lo ha reconocido la jurisprudencia-.²³⁷

Las acciones de clase de este tipo son las entabladas por un representante de la clase a los fines de obtener remedios mediante órdenes o prohibiciones- obligaciones de hacer o de no hacer- o mediante sentencias declarativas, lo cual resulta plenamente conciliable con los procesos constitucionales mencionados previstos en el art. 43 CN, pudiendo iniciarlas los legitimados colectivos mencionados en la norma constitucional.²³⁸

En orden a lo analizado, los legitimados colectivos en estudio, pueden entablar un tipo de acción de clase, al iniciar alguno de los procesos constitucionales previstos en el art. 43 CN, amparo, hábeas corpus o hábeas data, a la manera de una acción de clase concentrada.²³⁹

En estos supuestos, resultaría viable la convocatoria de los agraviados para sustentar la acción. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español al establecer que cuando la acción de amparo es ejercida por los organismos públicos especialmente encargados de la custodia de los intereses legítimos, sea el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal, el tribunal tiene la obligación de llamar a los agraviados o interesados para que comparezcan a sustentar la pretensión, y se ordena que la interposición sea anunciada en el Boletín Oficial a los fines de posibilitar la

²³⁶ LX-E,2000, 5426.

²³⁷ "Martínez, Matilde, c. Organización Veraz S. A", CS, 5.4.05; F; 328; 797.

²³⁸ Dalla Vía, Alberto "La legitimación de las entidades empresarias para actuar judicialmente", *Doctrina Tributaria*, Buenos Aires, Errepar, 2005, V. XXVI-298.

²³⁹ Quiroga Lavié, Humberto *El amparo colectivo*", ob. citada, pág. 175 señala que el amparo colectivo previsto en la norma constitucional opera a la manera de una acción de clase concentrada a partir de la legitimación de quienes están especialmente habilitados para ello: el defensor del pueblo y las asociaciones reconocidas, diferenciándolo de los supuestos en los cuales el amparo colectivo lo interpone un afectado, que lo hace en los términos de una acción de clase a la manera tradicional.

conurrencia de otros posibles interesados (art. 46.2 LOTC), lo cual presenta cierta similitud con las acciones de clase norteamericanas.²⁴⁰

De manera coincidente la legislación española- Ley de Enjuiciamiento Civil²⁴¹ – que regula las acciones de grupo en materia de derechos de consumidores y usuarios-, prevé una convocatoria al proceso, a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que diera origen al proceso, a los fines de que hagan valer sus derechos (art. 15). Esto conforma una modalidad de la garantía procesal de audiencia, la cual estará sujeta en cuanto a su ejercicio y oportunidad, a la mayor o menor dificultad para individualizar al grupo de afectados.²⁴²

3.2.1. La aplicación a las acciones previstas en la ley 25.675.

Si se analizasen las previsiones contenidas en la ley 25.675, “Ley general del ambiente”, a los fines de establecer ciertas similitudes con las acciones de clase norteamericanas, corresponde diferenciar en la normativa prevista en el art. 30 diversas acciones.

El artículo citado “in fine” prevé que producido el daño ambiental, “toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

Esta acción que para algunos constitucionalistas, merece la denominación de amparo ambiental tiene por objeto el cese de la actividad dañosa.²⁴³ En este

²⁴⁰ Hernández Martínez, María del Pilar, ob. citada, pág. 176.

²⁴¹ 1/2000.

²⁴² Silguero, Joaquín “Las acciones colectivas de grupo en España” en Gidi, A. coord.. *Procesos Colectivos: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Editorial Porrúa, 2004, pág. 362. A su vez las normas previstas en los arts. 256/263 de la LEC, regulan una diligencia preliminar tendiente a individualizar a los integrantes del grupo afectado. Esta diligencia pueden peticionarla las asociaciones de consumidores y usuarios, las entidades legalmente habilitadas y los grupos de afectados. En relación a esta diligencia la autora Lorena Bachmaier Winter en su trabajo “Intereses colectivos en la Ley de Enjuiciamiento civil Española 1/2000, ob. citada..., pág. 308 señala las ventajas de esta medida procesal cuando la acción es instaurada por una asociación de consumidores y usuarios, a los fines de identificar a los sujetos que resulten alcanzados por la sentencia.

²⁴³ Sagüés, N. “El amparo ambiental”, *LL*, 2004-D, 1194.

sentido, cabría una similitud con las acciones del tipo (b) (2), conforme a lo expuesto precedentemente.²⁴⁴

El criterio de legitimación previsto en la norma infraconstitucional es amplísimo, extendiéndose más allá de la previsión constitucional. En este sentido, nada impide que la ley amplíe los niveles de protección, sobre la base del “piso” constitucional.²⁴⁵

En esta materia rige el principio que cierta jurisprudencia²⁴⁶ ha acuñado de naturaleza democrática, toda vez que los ciudadanos cumplen un rol relevante en la

²⁴⁴ Quiroga Lavié, *El amparo colectivo*, pág. 169. Este autor señala que los desarrollos teóricos relacionados con el funcionamiento de las acciones de clase le son aplicables a la implementación procesal del amparo colectivo, estableciendo diferencias entre las acciones de clase que tienen por objeto una función preventiva, aplicable para aquellos intereses de magnitud indeterminada, como el daño ambiental, de las existentes con fines nítidamente reparatorios, aplicables para aquellos casos a través de los cuales se tutelan intereses personales que están determinados. En el mismo sentido se ha expedido Mariana Prada “Las acciones de clase y el ambiente”, *LL*, 2006-F,1205-1219.

²⁴⁵ Sagüés, N. ob. citada. En materia ambiental, en la redacción del actual art. 41 se había incluido expresamente el amparo ambiental, es decir que luego de los cuatro párrafos que lo integran, aparecía como quinto párrafo el siguiente: “toda persona está legitimada para interponer acción de amparo para la protección de este derecho”. Esta cláusula finalmente ha sido suprimida, y ha sido reemplazada por el actual párrafo 2do. del art. 43.

Desde la doctrina procesal, Adolfo Rivas se postulaba en sus comienzos a favor de una acción popular en materia ambiental. En el entendimiento de este autor, las disposiciones del art. 43 en su segunda parte revisten un carácter funcional, frente a la naturaleza sustancial de las normas del art. 41, por lo cual se impone la necesidad de armonizarlas dando prioridad a la legitimación que resulta de esta última, otorgando al término “afectado” un sentido global y comprensivo de la idea de “todo habitante” en su artículo “El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina”, *LL* 1994-E, págs. 1330-1337. En sentido similar Walter Carnota se manifestaba a favor de un criterio amplio en consonancia con el art. 41 de la Const. Nacional en su artículo “El debido proceso ambiental”, *ED*-161,363; en el mismo sentido, Pablo Jiménez señalaba que esta amplia legitimación permite el cabal cumplimiento por parte de los ciudadanos de su deber de tutela ambiental en su trabajo de doctrina “Evaluación de algunos matices conflictivos para obrar en el amparo en procura de la defensa de los derechos humanos de la tercera generación”, *ED*, 23/1/97.

²⁴⁶ Así aparece consagrado en el precedente “III República de la Boca c. Ciudad de Buenos Aires”, Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nro. 3, rto. 13.6.05, *LL* 2005-E,417. En este antecedente el magistrado hace lugar a la acción colectiva interpuesta por varios vecinos y entidades del barrio de La Boca, que bregaron por el derecho a un ambiente sano, frente al proyecto de construcción de viviendas en el predio

defensa y protección del medio ambiente, para lo cual la normativa constitucional y legal le reconocen amplios mecanismos de tutela.

La acción prevista en la primera parte del art. 30 es de "recomposición del ambiente", cuya legitimación el legislador ha asignado al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, al Estado Nacional, provincial o municipal.²⁴⁷

La acción prevista en el primer párrafo in fine del art. 30 es la acción entablada por daños particulares, cuya legitimación se le asigna al damnificado directo.

Esta acción entablada por daños particulares, podría asimilarse a la contemplada en el tipo (b) (3) en tanto apunta a una acción indemnizatoria.

4. La ampliación de los criterios de legitimación: hacia una concepción *in dubio pro actione*.

El reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva ha traído como consecuencia, tal como se expuso en el capítulo II, punto 2, el advenimiento de criterios de legitimación, que dejaron de estar encabezados en sujetos individuales, para dar cabida a sujetos que han ido asumiendo una representación colectiva, y no son los titulares directos de la relación jurídica material a sustanciarse en el proceso.

En el marco de los respectivos procesos colectivos, se impone la necesidad de aplicar como criterio interpretativo, el parámetro conforme al cual habrá de preferirse aquél que más optimice un derecho fundamental. Es decir, a la luz del criterio "*pro homine*"- que informa todo el derecho de los derechos humanos- cabe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos.²⁴⁸

denominado "Casa Amarilla", con especial referencia a instrumentos internacionales, y a la normativa constitucional local (arts. 14, 26 CCABA). De la misma manera se había referido en un antecedente "Barragán, Jose c. GCBA"(rto. 19.3.03).

²⁴⁷ Me he referido a la aplicación de esta norma al invocar el antecedente jurisprudencial "Mendoza" (C.S.,24.8.08) respecto de la acción entablada por el Defensor del Pueblo (capítulo II punto 4.1.2.g).

²⁴⁸ Pinto, Mónica *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 81. De este criterio, se desprenden los subprincipios de "*favor libertatis*", "*in dubio pro actione*".

El derecho a una tutela judicial efectiva es un derecho con rango constitucional en nuestro sistema normativo, ya que más allá de la previsión genérica prevista en el art. 18 CN- en el marco de la Constitución 1853/60-, la jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos- art. 75 inc. 22 CN- permite visualizar de manera clara y concreta la afirmación de este derecho a través de diversos instrumentos (art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto de San José de Costa Rica, arts. 2.3 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Esta consagración constitucional acarrea como consecuencia que el operador judicial lleve a cabo la interpretación más favorable al ejercicio de la acción, impidiendo todo rechazo “in limine”.

En esta inteligencia resultaría contradictorio con una tutela judicial efectiva, angostar la legitimación, y dejar desguarnecidos los derechos, sean difusos o colectivos, o de incidencia colectiva (art. 43 CN).²⁴⁹

Estas consideraciones han sido plasmadas en la doctrina constitucional española, ya que a partir de la sanción de la Constitución de 1978 se ha generado una considerable apertura legitimatoria, sobre todo con la entrada en vigor de la norma prevista en el art. 24.1- que establece el derecho a una efectiva tutela judicial- . A ésta, cabe sumar la prevista en el art. 162.1.b) en tanto consagra la legitimación del Defensor del Pueblo y del Ministerio Público – ya referenciada-, quienes se postulan en auxilio de los grupos portadores de intereses difusos.²⁵⁰

5. El fortalecimiento de la tutela judicial efectiva.

La ampliación de los criterios de legitimación, tal como se ha expuesto precedentemente, posibilitan un mejor “acceso a la justicia”, contribuyendo así a un

²⁴⁹ Bidart Campos, Germán “La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución”, *ED*, 166-181.

²⁵⁰ Hernández Martínez, María del Pilar, ob. citada, pág. 173. Esta autora se refiere a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y a su incompatibilidad entre el art. 28 que consagra como criterio de legitimación la existencia de un interés directo y la norma prevista en el art. 24.1. de la Constitución española. El análisis lo elabora en torno a la doctrina y a los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Español.

fortalecimiento de la tutela judicial efectiva, y sobre todo, respecto de los sectores más debilitados o más vulnerables.

La tutela basada en el individualismo liberal, tal como se expusiera en el capítulo II- punto 1- que ha constituido la base del enjuiciamiento civil ha resultado insuficiente, tornándose necesaria la existencia de sujetos portadores de estos nuevos derechos que se instituyan como legitimados colectivos con acceso a la jurisdicción en demanda de tutela efectiva, dando lugar a, siguiendo la terminología de Cappelletti, una verdadera “oleada reformadora” en el marco del proceso.²⁵¹

Este acceso a la justicia, se ha traducido en programas de ayuda jurídica para gente de escasos recursos, representación de intereses y derechos colectivos encabezados por funcionarios públicos- tales como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público.²⁵²

Se torna altamente conciliable con favorecer el acceso a la jurisdicción la apertura de la administración de justicia hacia instituciones de bien público, o grupos de individuos que se presenten en representación de otros, requiriendo la protección de bienes que, aún cuando su goce no se encuentre individualizado en la persona afectada, constituyen prerequisites de la autonomía personal y del patrimonio colectivo.²⁵³

Los fundamentos de la legitimación del Defensor del Pueblo han sido señalados por la doctrina como aquellos que tornan vinculables las relaciones entre derechos de incidencia colectiva, legitimación colectiva y acceso a la justicia.

Otra parte de la doctrina, considera a este funcionario como un “abogado de la sociedad”, en la medida en que no resulta necesario demostrar vínculo alguno obligacional a los fines de iniciar un reclamo judicial; el Defensor se manifiesta virtualmente como “el titular de la acción popular en representación del pueblo”.²⁵⁴

Esta configuración ya estaba presente en el espíritu de los constituyentes, el convencional Pando señalaba “es la herramienta válida para esa cantidad de

²⁵¹ *El acceso a la justicia...*, ob. citada, págs. 199 y sig.

²⁵² Manili, Pablo, Et al., *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, pág. 39.

²⁵³ Nino, Carlos, ob. citada, pág. 448.

²⁵⁴ Quiroga Lavié, Humberto *El amparo colectivo*, ob. citada, pag. 252.

argentinos que no están en igualdad de posibilidades en el nivel del uso y goce de sus derechos...”²⁵⁵

En sentido concordante, los ministros Zaffaroni y Lorenzetti en votos disidentes en el precedente “Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Sec. De Comunicaciones res. 2926/99 s. amparo ley 16.986,” referenciado en el capítulo primero- punto 4.1.2.h)-, han señalado las características conformadas por los procesos judiciales instados por sujetos que encabezan una pretensión procesal con carácter colectivo, y en tal sentido sostuvieron: *“el tercer elemento está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia..., se trata de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo (Fallos 322: 3008, cons. 14, disidencia del juez Petracchi)”*. Del citado voto se desprende que la actuación del órgano público-Defensor del Pueblo de la Ciudad-facilita el acceso a la justicia de sectores, que intentando acciones aisladas, sus reclamos serían atendidos a un costo no conciliable con la naturaleza de la pretensión.

La actuación de este legitimado colectivo como vehículo para el traslado de las necesidades de los sectores más débiles y desvalidos se ha puesto de manifiesto en la legislación española. La ley reglamentaria de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha es una expresión de ello, así lo expone el ministro Maqueda en su voto en el precedente “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional” (rto. 26.6.07)- referenciado en el capítulo segundo- al detenerse en la exposición de motivos de dicha legislación. En tal sentido sostuvo: *“Si cada vez son más numerosas las necesidades planteadas por la población respecto a la Administración Pública, no es menos cierto que también son muchas las personas que se encuentran en situaciones de desigualdad, sin tan siquiera gozar de los derechos que les corresponden a los de la ciudadanía, aún cuando las Declaraciones Universales de Derechos del Hombre y los Tratados Internacionales, les otorgan derechos que es preciso defender desde las instituciones y cuya vulneración ha de hacerse imposible si otorgamos al Defensor o Defensora un papel fundamental en la defensa de los mismos...”* (cons. 7).

²⁵⁵ Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, To. II, pág. 1560.

En consonancia con lo expuesto, el ministro destaca el rol del Defensor del Pueblo en la configuración del objetivo preambular de lograr el “bienestar general” (cons. 10), ya que éste se encuentra habilitado para accionar contra los actos u omisiones del poder público que afecten a determinados colectivos, que requieren especial atención, y que se encuentran en mayores dificultades para hacer valer sus derechos, en conciliación con la manda prevista en el art. 75 inc 23- consagración de acciones positivas para garantizar la igualdad real de oportunidades de trato-. Esta argumentación lo conduce a afirmar que la intervención del Defensor coadyuva en forma paralela a la conformación del principio “in dubio pro justitia socialis”.

A través de la acción de legitimados colectivos, como el caso de las asociaciones, el individuo aúna esfuerzos para lograr objetivos que aisladamente le sería difícil lograr. Las asociaciones cuentan con mejores herramientas para afrontar el litigio, ya desde los estudios técnicos, estadísticos, los gastos que demandan los honorarios de consultores técnicos, pudiendo desplegar cuestiones relevantes en el marco del proceso, e ilustrar al juez con aportes que difícilmente pueda realizar el individuo asiladamente.²⁵⁶

La Corte ha establecido en la causa “Asociación Lucha por la Identidad Travesti- Transexual”²⁵⁷ en relación al rol de las asociaciones y al derecho constitucional de asociación, invocando el voto disidente del juez Petracchi en F, 314:1531, que el fin de las mismas “... *consiste en fomentar en los individuos la cooperación, el aunar criterios y esfuerzos en pos de metas comunes, a la par de incorporar en la esfera interna de los sujetos conciencia de solidaridad y fuerza colectiva...*”; y que “*las asociaciones cumplen una función pedagógica e integradora al establecer vías de apertura a la convivencia grupal, al intercambio de ideas, a la conjunción de esfuerzos; bases, por otra parte, del funcionamiento social civilizado, en el marco de los principios del estado de derecho... (...) En consecuencia, la limitación del ejercicio de tal derecho conlleva el riesgo de apartar a grupos sociales, especialmente a aquellos que manifiestan dificultades para su efectiva integración comunitaria...de los mecanismos racionales de solución de conflictos que el Estado debe preservar y fomentar...*” (cons. 9).

²⁵⁶ Caputi, M., ob. citada.

²⁵⁷ CS, 21.11.06, LL, 4.12.06

En materia de daños al consumidor, en muchos casos la dimensión del reclamo resulta demasiado pequeña para que el consumidor se instaure y promueva el mecanismo jurisdiccional, es por ello que, y tal como lo sostiene el profesor estadounidense Owen Fiss, a veces el daño a ese individuo particular no resulta suficiente para darle al mismo una buena razón para promover la acción, y es por tal razón que uno de los mecanismos destinados a facilitar la protección judicial de tales planteos es la de permitir la actuación en el pleito de entidades no gubernamentales.²⁵⁸

Un análisis de los obstáculos que acarrea el acceso a la justicia en forma individual, justifica la actuación de los legitimados colectivos; tales como la relación que media entre costo-beneficio, entendido en términos de costo procesal-beneficio individual esperable.²⁵⁹ En sentido concordante, la complejidad de los casos que involucran derechos de incidencia colectiva irrogan generalmente mayores costos en términos económicos; a ello se suma la falta de conocimiento, o el muchas veces limitado acceso a la información por parte de la ciudadanía que restringe el conocimiento de prácticas abusivas de sus derechos, a lo que hay que sumar el fenómeno de la dispersión de las afectaciones y las dificultades para llevar a cabo una acción coordinada de estrategia común.

En materia ambiental es donde se vislumbra con mayor énfasis la complejidad de los procesos jurisdiccionales, ya que la defensa judicial del medio ambiente implica, entre otras cuestiones, un conocimiento técnico y científico, con riesgo sustancial, que generalmente involucra a partes numerosas, con pluralidad de centros de decisión, que requieren costos de información elevados. En tal sentido, la actuación del Ministerio Público constituye una sensible reducción de este tipo de costos.²⁶⁰

Alguno de estos argumentos han sido sustentados por ciertos precedentes de la Cámara Comercial al evaluar la procedencia de la legitimación de las asociaciones para accionar- autos "Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la

²⁵⁸ "La teoría política de las acciones de clase", traducción de Roberto Gargarella, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 1 Nro. 1, abril 1996, Buenos Aires, La Universidad, págs. 6 y sig.

²⁵⁹ Maurino, G, ob. citada, pág. 300.

²⁶⁰ De Salles, Carlos Alberto, "Políticas Públicas y Legitimidad colectiva" en Gidi, A. *La tutela de los derechos.....*, ob. citada, pág. 121.

Prov. de Buenos Aires s. sumarísimo”, (Sala C)- rta. 4.10.05-; y en el mismo sentido, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Citibank NA” (Sala E)- rta. 12.5.06-²⁶¹.

6. Los procesos en los cuales se plantea la inconstitucionalidad de las normas.

En los casos en que el objeto de la pretensión incoada por el legitimado colectivo se limita a que se declare la inconstitucionalidad de una norma, por violar, quebrantar o amenazar un derecho de incidencia colectiva, el interrogante a plantearse radica en el tipo de control de constitucionalidad que acarrea este proceso de revisión judicial.

He expuesto precedentemente, que nuestra doctrina jurisprudencial ha heredado de la jurisprudencia americana los márgenes de “autorrestricción” para encuadrar el control judicial de constitucionalidad de las normas.

Dentro de este esquema la causa o controversia se ha impuesto como ineludible para evitar declaraciones de inconstitucionalidad en abstracto, o declaraciones generales.

Esto implica que el juicio de constitucionalidad de una norma se realice teniéndose en cuenta los hechos del caso judicial concreto.²⁶² Para ello, habrá de tenerse en cuenta y meritarse las circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar en el cual se plantea el caso en cuestión.

Esta postura doctrinaria se encuentra relacionada con lo sustentado en la doctrina jurisprudencial americana que se desprende del voto concurrente del juez Brandeis en el caso “Aschwander v. Tennessee Valley Authority”²⁶³ quien se ha referido a los límites específicos de la jurisdicción de la Corte, sustentando que la Corte no se anticipará a resolver una cuestión constitucional si ello no es imprescindible para la solución del litigio, como tampoco formulará una regla de derecho constitucional que sea más amplia de lo que requieren los hechos concretos en los cuales aquélla va a ser aplicada. La Corte no resolverá una cuestión

²⁶¹ Ambos precedentes han sido citados en el capítulo II, punto 4.2.4.2.a) referido a los criterios jurisprudenciales de los tribunales inferiores en materia de legitimación de asociaciones.

²⁶² Gullco, Hernán “La preconización del uso de estupefacientes y los límites del control de constitucionalidad”, *LL*, 2002-C, 425.

²⁶³ 297 U.S. 288, 1936.

constitucional, aún cuando ella haya sido introducida correctamente en el pleito, si existe otro fundamento con base en el cual el caso puede ser resuelto.²⁶⁴

Ahora bien, cuando la causa abre su dimensión, en orden a la existencia de legitimados colectivos, se configura una "causa colectiva". En esta conformación, de manera más difícil será tener en cuenta las particularidades que rodean a la misma. Así por ejemplo la causa colectiva que comprende a determinados usuarios de un servicio público o a un grupo de consumidores afectados, incluye un cúmulo de situaciones particulares diversas, con implicancias multisubjetivas.

El examen o juicio de constitucionalidad debiera en los casos de legitimados colectivos, ceñirse a la causa colectiva, pero con las particularidades señaladas, se genera un distanciamiento mayor respecto de las particularidades del caso a resolver, ya que en el análisis de la norma y su aplicabilidad al caso concreto, ello tiende a diluirse al tratarse de supuestos colectivos.

De acuerdo a estas observaciones, el juicio o análisis de la constitucionalidad se aproxima más a un contralor de tipo abstracto, el cual se va a detener en el ordenamiento normativo subyacente que afecta o lesiona a ese grupo de incidencia colectiva, puesto que difícilmente se puedan apreciar las particularidades fácticas, de la misma manera en que éstas se meritúan cuando el contralor judicial se lleva a cabo en el marco de un caso judicial individual concreto.

El precedente de la Cámara Federal "Asociación de Trabajadores del Estado c. Armada Argentina"(15.1.97)- referenciado en el capítulo segundo, punto 4.2.4.2.a) – se ha señalado la influencia que el precepto constitucional consagrado en el art. 43 ha generado en la esfera del control de constitucionalidad. De tal modo ha establecido las diferentes etapas por las que ha transitado de acuerdo a su aplicación por la judicatura: *"a) la del control casi exclusivamente indirecto y limitado al caso individual en sentido estricto, b) la del control directo con gradual apertura a cierta relativa generalización de los efectos de la sentencia, c) la del control directo con intensificación del escrutinio judicial y mayor generalización de las decisiones, que estatuya el art. 43 de la Constitución reformada"* (cons. IV).

Al referirse al accionar de las asociaciones y del Defensor del Pueblo, se sostiene que al no resultar en su accionar, afectados directos por la norma cuya

²⁶⁴ Gullco, ob. citada.

validez cuestionan- lo que motiva que la judicatura intervenga en las cuestiones constitucionales, más allá de la estricta presencia de la amenaza actual e inminente de lesión a los intereses en juego- esto origina un sistema de contralor jurisdiccional más abierto y genérico (cons. IX).

A través del análisis de la actuación de los legitimados colectivos en estudio, se advertirá que en los casos en que la pretensión planteada sea la inconstitucionalidad de una norma, los mecanismos procesales más compatibles con su actuación, serán los que admiten un tipo de contralor abstracto de inconstitucionalidad.

6.1. La intervención del Defensor del Pueblo.

Al referirme al Defensor del Pueblo he destacado que resulta relevante detenerse en las fuentes en las que abrevaron los convencionales constituyentes de 1994. Tal como se reseñó en los debates generados en el seno de la Convención y en los trabajos de la Comisión de Sistemas de Control, se ha puesto de manifiesto la importancia que ha tenido la Constitución Española de 1978, ordenamiento constitucional del que se ha adoptado la denominación "Defensor del Pueblo" y en el cual se ha incorporado como función, más allá de la investigación, y el control frente a la Administración, la protección de los derechos fundamentales mediante el reconocimiento de una legitimación procesal amplia.

La constitución española consagra un sistema de control concentrado, con dos tipos diferentes de procesos constitucionales: a) el recurso de inconstitucionalidad, b) la cuestión constitucional. Ambos difieren en lo que respecta a los legitimados y al tipo de control, abstracto en un proceso y concreto en el otro.

En la tramitación del recurso, el control es de tipo abstracto, y el Defensor es un legitimado expreso (art. 162.1.b CE, y 32 1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), y en la cuestión constitucional, el control es de tipo concreto y son los jueces ordinarios quienes plantean la cuestión constitucional ante el Tribunal Constitucional Español, de oficio o a instancia de las partes intervinientes en el conflicto.

El “recurso” es un proceso principal y directo de constitucionalidad incoado ante el Tribunal Constitucional, que tiene por objeto el dictado de una sentencia declarativa²⁶⁵, con efectos “*erga omnes*”²⁶⁶

En el ordenamiento constitucional español la Ley Orgánica que regula la actuación del Defensor del Pueblo²⁶⁷ establece en su art. 1 entre sus funciones la de tutelar los derechos consagrados en el Título I de la Constitución Española, el que atañe a los derechos y deberes fundamentales.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha avalado esta legitimación en procesos en los cuales este funcionario se ha presentado peticionando por vía del llamado recurso de inconstitucionalidad, planteando la inconstitucionalidad de normas que afectaban derechos fundamentales.²⁶⁸

Ahora bien, la traspolación de esta figura a nuestro ordenamiento constitucional no puede dejar de traer consecuencias novedosas.

Los operadores judiciales han hecho, de acuerdo a lo señalado en muchos de los precedentes, caso omiso a la incorporación de la norma prevista en el art. 86 CN, toda vez que se mantuvieron en el clásico esquema de “causa” para negarle legitimación, tal vez con la necesidad de constreñir el proceso, y evitar las

²⁶⁵ Bulnes, Mar Jimeno “El control concentrado de constitucionalidad en España”, en Bazán, Víctor et al. *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires Ediciones Ciudad Argentina, 1996, págs. 361 y sig.

²⁶⁶ Arts. 164.1 Const. Española y 38.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

²⁶⁷ 2/1979.

²⁶⁸ En la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 22/5/03, se hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor el Pueblo contra el inciso que establece «que residan legalmente en España» del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, en tanto vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en relación a extranjeros, a quienes se privaba de dicha asistencia gratuita en tanto posean una residencia ilegal. Allí se declaró que el término «legalmente» incluido en el apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, es inconstitucional y por lo tanto nulo, por lo cual se ha hecho lugar al recurso planteado en forma parcial a la nulidad del precepto- recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/96- ; igual criterio se siguió en la sentencia Nro. 292/2000 de fecha 30.11.00, recurso interpuesto contra el inciso “o por disposición de superior rango que regule su uso” del artículo 21.1; contra los incisos “funciones de control y verificación de las administraciones públicas” y “persecución de infracciones (...) administrativas” del artículo 24.1; así como contra el primer párrafo del artículo 24.2, todos ellos de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal recurso núm. 1/2000.

consecuencias que en cada caso hubiera significado el reconocimiento de legitimación.

Los temores por incursionar en un esquema de control jurisdiccional diferente- por ello las acérrimas afirmaciones de exigencia de “causa” o “perjuicio concreto”- han estado presentes en casi todos los casos.

Pero evidentemente su incorporación al ordenamiento constitucional, y sobre todo su inserción en el art. 43, en tanto lo legitima para entablar la acción de amparo colectivo- más allá de otros procesos como arriba se ha señalado-, y a través de él- y o de ellos-, plantear la inconstitucionalidad de una norma, permite trasuntar modificaciones.

La inserción de una cuestión con tintes abstractos- entendida como conflicto internormativo y no intersubjetivo- puede llegar a constituir la materia objetiva de contralor que el Defensor del Pueblo plantea en el marco de un proceso en el cual cuestiona la inconstitucionalidad de una norma.

A los fines de analizar la inserción de esta institución en el marco de un proceso jurisdiccional, resulta relevante una remisión a otros ordenamientos constitucionales en el ámbito del derecho comparado.

Si me remito al ordenamiento de Costa Rica, la ley de la Jurisdicción Constitucional – ley 7135 (octubre de 1989) - otorga legitimación al Defensor de los Habitantes (art. 75) para iniciar la acción de inconstitucionalidad como proceso directo por ante la Sala Constitucional.

La tramitación de esta acción no exige de un juicio o procedimiento administrativo previo, diferenciándose así de la acción de inconstitucionalidad como proceso incidental que se instaura como un medio razonable para tutelar un derecho o un interés jurídicamente relevante dentro del proceso judicial.²⁶⁹

De esta configuración procesal, se advierte que la actuación del Defensor de los Habitantes procede en el marco de un proceso jurisdiccional generando un contralor de tipo abstracto, cuando la acción se interponga en la defensa de los intereses difusos o de los que atañen a la colectividad (inc. 2 y 3 del art. 75 de la ley de Jurisdicción Constitucional).

²⁶⁹ Hernández Valle, Rubén “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, en García Belaúnde, Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Ed. Dykinson, 1997, pág. 512.

En el ordenamiento constitucional de Perú, el Defensor del Pueblo se encuentra legitimado para entablar la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 203), bajo la configuración de un control abstracto de leyes.²⁷⁰

Pasando al ámbito de los ordenamientos constitucionales locales argentinos, la constitución de la Ciudad de Buenos Aires, reconoce en la norma prevista en el art. 137 legitimación procesal al Defensor del Pueblo, y si bien esta norma obtuvo un trato jurisprudencial restrictivo a través de pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad²⁷¹, la ley reglamentaria del procedimiento ante el Tribunal Superior legitimó al Defensor para plantear la acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 18 inc. c ley 402). Esta acción implica el ejercicio de un control abstracto de inconstitucionalidad, a través de un proceso en el cual interviene el Tribunal en instancia originaria y exclusiva como un órgano de control de constitucionalidad concentrado (art. 113 inc. 2 CCBA). En este caso, el legislador local le atribuyó legitimación procesal para entablar esta acción, más allá de la norma general prevista en el citado art. 137.

La acción declarativa de inconstitucionalidad de la Ciudad difiere de la vía del amparo colectivo, en cuanto a los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma.²⁷²

Los ordenamientos constitucionales citados revelan la intervención del Defensor del Pueblo en procesos jurisdiccionales en los cuales éste se encuentra

²⁷⁰ Jiménez, Pablo- Gil Domínguez, Andrés "El Defensor del Pueblo en Argentina y Perú: dos propuestas constitucionales latinoamericanas", *LL* 1997-F, 1431.

²⁷¹ Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado de la Ciudad de Buenos Aires, *LL*, 2000-B, 218 y "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. G.C.B.A.", *LL*, 2001-C, 803.

²⁷² Declarada la inconstitucionalidad de la norma por parte del Tribunal Superior de la Ciudad en competencia originaria y exclusiva, está prevista una remisión a la legislatura local, a los fines de que ratifique la validez de la misma, en cuyo caso se exige una mayoría de 2/3 de los miembros presentes. En caso contrario, el efecto es *erga omnes*, pero no impide el posterior contralor difuso. La acción de amparo colectivo es un proceso constitucional que reconoce un contralor de tipo difuso, y en lo que respecta al efecto de la decisión, la misma por emanar de un proceso colectivo presenta una extensión genérica. En el caso en que se cuestione la constitucionalidad de una norma, al no preverse una remisión a la legislatura, para su eventual confirmación, no hay una derogación formal de la misma; pero los efectos del decisorio se expanden en consonancia con la magnitud del reclamo incoado.

legitimado para plantear la inconstitucionalidad de las normas. Se advierte que su actuación suscita un control de tipo abstracto de inconstitucionalidad.

La reacia aceptación de la legitimación del Defensor del Pueblo por parte de la jurisprudencia para plantear la inconstitucionalidad de las normas ha obedecido a las pautas de “autorrestricción” que ha gobernado siempre la doctrina del control de constitucionalidad, derivado de la jurisprudencia americana, como se expusiera precedentemente. En esta limitación ha estado presente, bajo diferentes argumentaciones, la falta de configuración de “causa” o “controversia”, el temor a incurrir en excesos en materia de división de poderes, o a generar declaraciones generales – tal como se analizó en el capítulo segundo, en el tratamiento de casos jurisprudenciales-. Estos fundamentos han sido claramente sostenidos en el precedente “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional- Poder Ejecutivo Nacional s. Amparo y sumarísimos”²⁷³ a través del voto en disidencia del juez Emilio Fernández, quien ha denegado la legitimación del Defensor para plantear la inconstitucionalidad de las leyes en sentido formal, sustentando: “... *Declarar la inconstitucionalidad de la ley, en los artículos cuestionados, de modo general y abstrayéndose de cada caso en particular, llevará en última instancia a una derogación judicial de esa normativa, atribuyendo al Poder Judicial una función casatoria inexistente en nuestro sistema constitucional*” (cons. VI, punto 1).²⁷⁴ Estas argumentaciones conducen, a contrario sensu, a sostener que de reconocerse dicha legitimación, el tipo de contralor generado podría revestir características de un contralor de tipo abstracto.

A la hora de encontrar argumentos para justificar los motivos por los cuales la Corte le ha denegado legitimación procesal a este sujeto colectivo, uno de ellos se alza como el posible riesgo -ante casos en los cuales el Defensor plantease la inconstitucionalidad de las normas- de realizar declaraciones de inconstitucionalidad

²⁷³ Cam. Fed. Seguridad Social, Sala II, 10.9.02, LL 2002-F, 322.

²⁷⁴ Este magistrado se ha expedido en el mismo sentido en un trabajo de doctrina titulado “El Defensor del Pueblo está impedido de plantear la inconstitucionalidad de una ley”, JA 2004-II, fas. Nro. 9. Esa posición, en tanto restringe la legitimación al cuestionamiento y contralor de los actos de la Administración, no hace más que retacear el alcance de la norma constitucional, que no se condice ni con la postura de la doctrina ni con la intención del constituyente.

con efectos expansivos, que pudieren derivar en la transformación de las funciones del Alto Tribunal.²⁷⁵

He afirmado precedentemente de acuerdo al desarrollo y a la interpretación de la norma prevista en el art. 43 - voto del Dr. Maqueda en el precedente "Defensor del Pueblo c. E.N.-P.E.N. s. proceso de conocimiento"-, que el Defensor se encuentra plenamente habilitado para plantear la inconstitucionalidad de las normas, y que esta actividad impugnativa puede hacerla tanto en un proceso de amparo, como a través de una acción declarativa de certeza, de un hábeas corpus colectivo o de un hábeas data colectivo; procesos todos estos que permiten sustanciar la tutela de los derechos de incidencia colectiva.

Por otra parte, de dicho voto se desprende que la intervención del Defensor del Pueblo responde a la facultad de promover acciones en las que la controversia se centra "*en la defensa del orden público social y en la efectiva vigencia de los derechos fundamentales. La legitimación procesal encontrará sus límites en la defensa del interés colectivo y general.*"

Su posición como custodio de la legalidad²⁷⁶ actuando en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes, se perfila con un rumbo definido, tal como se expuso al analizar los debates en el seno de la Convención Constituyente.

Se ha efectuado una remisión a otros ordenamientos jurídicos del derecho comparado y ordenamientos constitucionales locales, en los cuales al Defensor del Pueblo se le ha reconocido legitimación para plantear la inconstitucionalidad de las normas, en el marco de un proceso de constitucionalidad de tipo abstracto. En estos sistemas se ha visto la función de este órgano y los alcances de su legitimación.

Poniendo la mira en la raíz europea - Constitución española de 1978- que los constituyentes han tenido en cuenta al regular esta institución, y la condición de legitimado para motivar el control de constitucionalidad, más allá de las diferencias en lo que atañe a los efectos derogatorios de las normas controladas en el sistema

²⁷⁵ Verbic, Francisco "La (negada) legitimación del defensor del pueblo de la Nación para accionar en defensa de los derechos de incidencia colectiva", publicado en *www.microjuris.com.*, 13.3.06

²⁷⁶ Gozaíni, O. "Legitimación procesal del defensor del pueblo", LL, 1994-E, 1378; Jeanneret de Pérez Cortés, "La legitimación del afectado; del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia", LL 2003-B, 1333.

español, el tipo de contralor generado por su intervención en los términos del art. 43 CN no deja de tener contornos de control abstracto.

6.2. La intervención de las asociaciones.

A los fines de analizar el impacto que generan las asociaciones en el marco de un proceso declarativo, será de relevancia tener en cuenta la diferenciación que se formulara en el capítulo II referido a las asociaciones.

Es propio de las organizaciones no gubernamentales, en su calidad de legitimados institucionales, la tutela de intereses plurales, cuya proyección puede llegar a lindar con el “interés general” en el cumplimiento de la legalidad.

La similitud planteada entre el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales en tanto legitimados institucionales posibilita en el marco de un proceso declarativo que el conflicto a plantearse se configure en un conflicto de tipo internormativo, más que de tipo intersubjetivo.

El conflicto o causa planteada en la causa “Mignone” no versa sobre los derechos o la situación concreta generada por quien resulta damnificado o perjudicado por la restricción establecida en la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, sino por la lesión que genera determinada norma imponiendo una restricción al ejercicio de un derecho político a la totalidad de quienes se encuentran privados de su libertad ambulatoria en su condición de procesados, motivo por el cual la controversia pasa a configurarse como una colisión entre la norma y el ordenamiento constitucional – en este caso entre la norma prevista en el art. 3 inc. d del Código Electoral Nacional y lo dispuesto en los arts. 37 CN; y 23.2. de la CADH.²⁷⁷

En sentido similar en la causa “Verbitsky”, si bien el objeto de la pretensión lo configuraba la situación en la que se encontraban las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados, uno de los puntos relevantes era poner el acento en la legislación procesal y penitenciaria de la prov. de Buenos Aires. La Corte claramente lo ha señalado, ya que si bien conforme al principio federal, sustentó el

²⁷⁷ Walter Carnota reconoce que en este precedente la Corte ha dejado de lado la doctrina del “self-restraint” en materia de control de constitucionalidad en su artículo titulado “Nuevas fronteras de control de constitucionalidad (Nota al fallo “Mignone, Emilio”), publicado en *elDial.com*, 19/6/02- DC1AB.

necesario respeto por las autonomías legislativas locales, ello no imposibilita una exigencia impuesta a las provincias para que ajusten sus legislaciones a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales, pues de lo contrario se crearían situaciones de verdadera asimetría en desmedro del principio de igualdad ante la ley (cons. 54 a 60).

En atención a estas consideraciones, la Corte si bien no decretó la inconstitucionalidad de la normativa procesal local de la provincia, pero sí exhortó al Poder Legislativo local a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales (parte dispositiva, punto 7).

En este marco, y de acuerdo a la solución del conflicto adoptada, las circunstancias fácticas que motivaron el planteo de la acción llevaron ineludiblemente a un análisis de la normativa procesal y penitenciaria local, cuyo estudio y merituación tal vez se extienda más allá de la problemática planteada en la causa colectiva.²⁷⁸

En un sentido similar, se ha manifestado el juez Luis F. Lozano, integrante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su voto en disidencia en el precedente “Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c. Gob. Ciudad de Buenos Aires s. impugnación de actos administrativos”²⁷⁹ al resolver sobre la legitimación de la asociación y la vía procesal adecuada para el planteo de la pretensión formulada. En tal sentido, ha sostenido que en atención al objeto de la acción entablada- declaración de la inconstitucionalidad del art. 2 de la resolución Nro. 1.1105-SH y F-2001 por la cual se había dispuesto que a los ingresos provenientes de la gestión como intermediario se les aplicase la alícuota del 4,9% para la liquidación del impuesto a los ingresos brutos- la vía procesal adecuada sería la prevista en el art. 113 inc. 2 de la Constitución local, es decir la acción declarativa de inconstitucionalidad que genera un tipo de contralor constitucional de naturaleza abstracto; toda vez que la acción entablada no se dirigía a establecer obligaciones

²⁷⁸ Walter Carnota comentando el precedente mencionado ha señalado que la decisión en este caso, se ha desprendido del daño específico e individualizado, proyectándose en el campo del control abstracto de constitucionalidad, en “Un problemático supuesto de “hábeas corpus colectivo”, publicado en *elDial.com*, mayo 2005- DC5DC.

²⁷⁹ causa Nro. 4889/06, rta. 21.3.07.

tributarias concretas sino a las encuadrables en la ley. Es por ello que desecha la existencia de causa, en los términos de lo previsto en el art. 106 de la Constitución local, resolviendo a favor de la acción abstracta.

6.3. La intervención del Ministerio Público.

Me he referido a este legitimado institucional desde la perspectiva normativa constitucional e infraconstitucional, ya que resultan pocos hasta el presente los supuestos en los cuales éste ha abordado el encabezamiento de una acción en la tutela de los derechos de incidencia colectiva.

El entramado normativo lo habilita plenamente para el planteamiento de la inconstitucionalidad de las normas, en tanto el art. 120 de la CN le asigna la función de velar por la legalidad, y en forma concordante lo hace la ley 24.946, a través de parte de su articulado: art. 25 inc. a – en tanto reproduce la fórmula constitucional-, art. 41 inc a- actuación del Ministerio Público Fiscal-y art. 51 inc., d)- actuación del Ministerio Público de la Defensa-.

Si se plantearan hipótesis en las cuales éste entablara una acción colectiva cuestionando una determinada normativa lesiva de los derechos en virtud de los cuales esgrimiese la acción, su situación se asimilaría a la del Defensor del Pueblo en esta materia, motivando en su caso, un contralor de constitucionalidad que se asimila a un control de tipo de abstracto.

7. Las sentencias en los procesos entablados por legitimados colectivos, con pretensiones tendientes a hacer cesar o a contrarrestar la omisión frente a un acto lesivo.

He señalado que en procesos entablados por el Defensor del Pueblo o Ministerio Público o por asociaciones –con mayor énfasis por aquellas que tienen por objeto genérico de tutela de los derechos humanos- su actuación ha generado un fortalecimiento de la tutela judicial efectiva, ya que permite el acceso a la justicia de sectores sociales que se encuentran postergados en su atención, sea por motivos económicos, dificultades en el acceso a la información.

En varios de los casos analizados, las sentencias han tenido por objeto la modificación de cierto accionar por parte del Estado a los fines de que el mismo en el diseño de determinados programas se ajuste a los estándares constitucionales.

A través de este tipo de procesos, la intervención judicial se ha orientado a hacer cumplir determinadas políticas públicas. En el acápite anterior mencioné el caso "Verbitsky", en tanto la Corte ha dispuesto que la legislatura local ajuste su legislación procesal penal a los estándares constitucionales e internacionales, sin declarar expresamente la inconstitucionalidad de la misma.

En forma concordante, también la Corte ha dispuesto acciones concretas respecto de la Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires- para que haga cesar la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos- como así también respecto a todo agravamiento de las condiciones de detención, al Poder Ejecutivo provincial para que adopte medidas tendientes a mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio provincial.

Es decir se ha incursionado en el terreno de la legislación local y de la política criminal y penitenciaria, instrumentando para ello un mecanismo de diálogo institucional.

En el marco de políticas sanitarias, se instaura el precedente Asociación Benghalensis, en el que, como ya se explicara, bajo el reconocimiento del derecho a la salud como bien colectivo, se otorgó tutela colectiva, que impuso al Estado como deber el de proveer los medicamentos para atender a los enfermos de la patología de referencia, atendiendo los programas que persigan la detección, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, en cumplimiento de la legislación pertinente.

El mismo impacto en el ámbito de las políticas públicas se ha generado ante la resolución a través de la cual se reconoció legitimación a la Asesoría tutelar en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires para la construcción de una escuela- precedente citado al referirme a la legitimación del Ministerio Público, punto 4.3.4- al imponerle al Gobierno de la Ciudad la ejecución de la obra de acuerdo a la manda legislativa. De esta manera se ha obligado al Estado local el cumplimiento de un objetivo educacional determinado tanto en el texto constitucional (arts. 23/25 CCABA), como legislativo (ley 350).

La actuación jurisdiccional a través de estos procesos colectivos, atendiendo las necesidades de determinados sectores, que encabezan su reclamo por

vía de legitimados colectivos, y cuya decisión genera una repercusión que impacta en el ámbito de otros poderes del estado, suscita el dilema del activismo judicial frente al principio de división de poderes.

Mas esta observación sería neutralizada en la medida en que el poder judicial imponga el cumplimiento de una conducta ya determinada por una norma sea constitucional, sea legislativa, con fines definidos.²⁸⁰

Por otra parte la idea de participación equitativa en el proceso político, que sería alcanzada en la medida en que los sectores mencionados logren la satisfacción de los derechos conculcados (derecho a la salud, a la educación) cuya protección vehiculizan a través del acceso a la justicia, destierra el fantasma del poder contramayoritario.²⁸¹

El voto del ministro Bossert (con cita de John Hart Ely, "Democracia y desconfianza") en el precedente Mignone se refiere a la necesidad de la intervención judicial frente a bloqueos obstruccionistas al proceso democrático (cons. 27).

7.1. Los efectos de las sentencias.

En el análisis de los efectos, se va a contemplar la extensión de los mismos vinculado a la naturaleza del bien jurídico susceptible de tutela, y de acuerdo al tipo de legitimado activo que encabece la pretensión de tutela, a los fines de definir, en este último caso, los niveles de representatividad exigibles.

La problemática que se suscita respecto de los efectos de las sentencias, radica en la posición de los miembros ausentes, es decir de quienes no han tenido una participación procesal, y cuyos derechos pueden verse afectados por el decisorio arribado.

Ello, por cuanto podría vulnerarse la garantía de la defensa en juicio, por la ausencia de participación y de ser "oídos" en el marco del proceso. No puede soslayarse la aplicación de lo previsto en el art. 18 CN, en forma concordante con lo establecido por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 CN- arts. 8.1. CADH; 14.1. PIDCP), de manera tal que la cosa juzgada sea impuesta a quienes no han tenido oportunidad de ejercitar su derecho de defensa.

²⁸⁰ Abramovich, Víctor, "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política, *J.A.* 2006-II-1117.

²⁸¹ Nino, ob. citada, pág. 706.

Se trata de lograr un delicado equilibrio entre la tutela de los derechos sustantivos que prescribe la norma constitucional prevista en el art. 43 CN; y el derecho de la defensa en juicio de quienes resulten alcanzados por la sentencia.

Este análisis se llevará a cabo de acuerdo a las soluciones normativas existentes en materia de procesos colectivos.

7.1.1 La naturaleza del bien objeto de tutela.

En principio podría señalarse que si se trata de bienes de pertenencia difusa, indeterminada, como sería el caso de la tutela al medio ambiente, la extensión de los efectos se propaga más allá de quien encabeza la acción.

Tratándose de un bien- objeto de tutela- de naturaleza indivisible, en tanto resulta imposible la división en cuotas atribuibles a cada uno de los interesados, la satisfacción de uno solo implica por fuerza la satisfacción de todos, asimismo la lesión de uno constituye “ipso facto” la lesión de toda la colectividad.²⁸² Esto hace que la decisión pronunciada necesariamente afecte la esfera jurídica de los miembros que resultan los titulares de los derechos en litigio.²⁸³

Es la propia naturaleza de la “relación jurídica” discutida en el proceso, la que determina los sujetos que serán alcanzados por la cosa juzgada.²⁸⁴

En el primer capítulo me he referido a las categorías que quedan comprendidas dentro de los derechos de incidencia colectiva, señalando al medio ambiente como un derecho que reviste las características de ser transindividual e indivisible perteneciente a personas indeterminadas vinculadas por circunstancias de hecho (tomado de la clasificación que realiza el Código del consumidor brasileño, refiriéndose a los derechos o intereses difusos -art. 81. 1-).

Esta es la solución legislativa que ha adoptado la ley 25.675 al establecer en su art. 33: “La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”. Resulta, a criterio de Sagüés, una respuesta acorde con este tipo de

²⁸² Gidi, Antonio en “Cosa Juzgada Colectiva” en Gidi, A. *La tutela de los derechos...*, pág. 262.

²⁸³ Gidi, A. ob. citada, pág. 266. Código Modelo, art. 1. I.

²⁸⁴ Luiz Valery Mirra, A. “La cosa juzgada en las acciones para la tutela de los intereses difusos”, citado en Gidi, A. ob. citada, pág. 262, nota Nro. 5.

amparo, en tanto se infiere un efecto general para concluir con el acto lesivo antiambientalista²⁸⁵.

Esta solución ya había sido recepcionada por la jurisprudencia²⁸⁶ y la doctrina se había pronunciado en el mismo sentido.²⁸⁷ La Corte se ha referido al medio ambiente como bien colectivo en la precitada causa “Mendoza” (cons. 18)-referenciada en el capítulo primero, punto 4.2.1 - confiriéndole las características de indivisible, perteneciente a la esfera social y no disponible por las partes.

En estos supuestos no podría negarse el efecto “*erga omnes*” que sobreviene de la resolución arribada, toda vez que su expansión se propaga a toda la comunidad.

En un pronunciamiento anterior al precedente “Mendoza”, en la causa “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. Y.P.F. y otros s. Daño ambiental”²⁸⁸, a través del voto en disidencia parcial de los Dres. Vázquez, Maqueda y Zaffaroni, se ha contemplado la especial naturaleza del bien jurídico protegido, cuando se trata del medio ambiente, lo cual justifica el efecto asignado a la sentencia conforme las pautas que determina el art. 33 de la ley de medio ambiente, máxime teniendo en cuenta la incidencia que habría de generar la actividad de exploración y explotación de

²⁸⁵ “El amparo ambiental”, *LL*, 2004-D, 1194.

²⁸⁶ “Sagarduy, Alberto Cam. 1era.Civ. y Com. La Plata, Sala III, 15.11.94 en la cual se sostuvo: “... Es obvio que la sentencia a dictarse frente a cualesquiera de estas pretensiones y cualquiera fuese el número de sujetos que las promuevan, ha de tener efectos *erga omnes*, si no quiere erigirse en un nuevo supuesto de sentencia “*inutilitur datur*” que llevaría a un desprestigio mayúsculo a la magistratura: el de un juez que ante la evidencia de un daño a la salubridad de la población o un sector de ella, limite su pronunciamiento a la supuesta e insoluble tutela de los intereses individuales de los sujetos que demandarán, sin amparar el interés supraindividual de la comunidad que aquéllos integran y, sin lo cual, aquellos intereses y el orden público permanecerían lastimados”. En el presente caso se presentaron varios vecinos peticionando el cese de la contaminación ambiental contra la empresa Copetro.

²⁸⁷ Cafferatta sostiene que en materia ambiental, la sentencia a dictarse frente a cualquiera de las pretensiones ambientales y cualquiera fuese el número de sujetos que la promueven ha de tener efectos “*erga omnes*”, “Daño ambiental. Jurisprudencia”, *LL*, 10.7.2003. En el mismo sentido, Dromi sustenta que los intereses que pertenecen a la comunidad toda, por tratarse de bienes de titularidad y goce colectivos, como son las dependencias del dominio público y el medio ambiente, la protección tiene alcance “*erga omnes*”, *Derecho Administrativo*, 6ta, edición, 1997, Ed- Ciudad Argentina, págs. 598/599; en sentido concordante Balbín, C. “Sobre la legitimación en el proceso de amparo”, *LL*, 2001-B, 1183- .

²⁸⁸ F, 327:2967.

hidrocarburíferas en una amplia zona, respecto de diversas personas jurídicas de difícil determinación (cons. 7).

En la legislación comparada, el Código del Consumidor Brasileño, asigna efectos "*erga omnes*" (art. 103 punto I) a las acciones entabladas para la tutela de los derechos que revisten las características de ser transindividuales e indivisibles (art. 81.1), consagrándose como excepción a dichos efectos: la insuficiencia probatoria.

El Código Modelo de Iberoamérica, como ya se expuso, simplificó las categorías de derechos, consagrando, por un lado, los "intereses o derechos difusos"- de naturaleza indivisible-, de los cuales resulta titular un grupo de personas ligadas por circunstancias de hecho, y aquellos respecto de los cuales, sus titulares aparecen vinculadas entre sí por una relación jurídica base (art. 1.I) y por otro lado, los "intereses o derechos individuales homogéneos" (art.1.II).

La regla general establece que la sentencia hará cosa juzgada "*erga omnes*" (art. 33), con las excepciones consagradas en cuanto al rechazo de la pretensión por insuficiencia de pruebas, o de prueba sobreviniente.

En la prov. de Buenos Aires, la ley 11.723 - Protección del medio ambiente-, citada en el capítulo primero, con una redacción diferente a la ley nacional de medio ambiente, regula los efectos de la siguiente manera: las sentencias "*no harán cosa juzgada en los casos en que la decisión desfavorable al accionante, lo sea por falta o insuficiencia de prueba*" (art. 38).

Las previsiones normativas señaladas permiten vislumbrar una extensión generalizada que se condice con la calidad y naturaleza del bien jurídico, en lo atinente a su indivisibilidad.

Ahora bien, si es un legitimado individual el que peticona la protección de un bien de pertenencia difusa- medio ambiente- pero su pretensión se circunscribe a peticonar los daños indemnizatorios generados por la actividad lesiva del medio ambiente provocada por la instalación de una industria, el efecto de la decisión se circunscribirá a ese legitimado individual, tal como se ha expuesto al tratar en este capítulo la configuración de la causa colectiva.

En el caso que ese sujeto individual peticione sobre la base de un bien de pertenencia difusa, pero encabezando una pretensión colectiva, es decir, si reclama el cese de la actividad contaminante, los efectos se extenderán más allá de ese actor procesal.

Si quien reclama es un legitimado colectivo, suponiendo que se trate de una ONG, el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público, éstos habrán de encabezar una pretensión que siempre habrá de ser colectiva, ya que asumiendo una legitimación indirecta, entablan la acción invocando derechos de terceros .

7.1.2 El legitimado activo: los niveles de representatividad exigibles.

De acuerdo a lo señalado, se genera la extensión de los efectos del decisorio a quienes no han formado parte del proceso, en todos los casos en que la acción fuere entablada por los legitimados colectivos, por la índole de la prestación reclamada. Por ello, ante la posible afectación de los derechos de los ausentes, corresponde analizar si resulta exigible un análisis de la representatividad respecto de quien entabla la acción colectiva.

El grado de representatividad adecuada parece postularse como un parámetro de relevancia al momento de merituar la legitimación del sujeto procesal.²⁸⁹

En este abordaje me referiré a los niveles de representatividad previstos en las legislaciones que regulan los procesos colectivos.

7.1.2.a) La representatividad en las acciones de clase norteamericanas.

El efecto de las sentencias en las acciones de clase norteamericanas se extiende a favor y en contra de los miembros de la clase, por lo cual las reglas de procedimiento regulan de manera detallada los mecanismos para evitar que alguien se vea privado de sus derechos sin la concurrencia de su voluntad. Es por ello que el sistema de la notificación, el derecho a la autoexclusión de la clase (“*opt out*”), y el análisis de la representatividad adecuada constituyen los ejes más trascendentes en materia de certificación de las acciones de clase.²⁹⁰

En los litigios sustanciados bajo la regla (b) (3), el tribunal debe notificar, de la manera más completa posible, a todos los miembros de la clase, haciéndoles saber la facultad de autoexcluirse (*opt-out*). La Corte Suprema estableció que en este tipo de acciones de clase -acciones por daños y perjuicios- para que el

²⁸⁹ Vallefin, Carlos *La legitimación en las acciones de Interés Público*, Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, pág. 152.

²⁹⁰ Bianchi, A. *Las acciones de clase*, ob. citada, pág. 96 y sig.

pronunciamiento tenga efectos vinculantes entre los miembros de la clase actora, debe cumplirse con los siguientes requisitos: a) debe recibirse notificación y otorgar la posibilidad de ser oído, b) debe concederse la oportunidad de ejercitar la opción por quedar fuera de litigio y c) el miembro que se presente como actor debe ser representativo de su clase.²⁹¹ Esto marca una diferencia con las acciones de clase previstas en los tipos (b) (1) y (2), en tanto estas últimas no prevén de manera tan rígida la obligación de notificar a todos los integrantes de la clase.²⁹² Ello, más allá de que la jurisprudencia ha morigerado estas diferencias en materia de notificación entre una y otra clase, imponiendo la notificación como presupuesto más conciliable con el debido proceso. La sentencia a dictarse en estos procesos, debe incluir y especificar a aquellos miembros de la clase, a quienes se había dirigido la notificación y que no habían solicitado su exclusión.

Toda vez que el efecto de las sentencias deriva del contenido del fallo, de las notificaciones efectuadas, y de la adecuada representación de la clase²⁹³ esto acarrea como consecuencias que se presente un integrante de la clase peticionando no encontrarse obligado por el pronunciamiento porque la representación ha sido inadecuada²⁹⁴, o porque la notificación no ha sido correcta, lo cual genera efectos sobre el debido proceso.²⁹⁵

²⁹¹ "Phillips Petroleum Co vs. Shutts", - 472 U.S. 797 (1985), citado por Bianchi. *Las acciones de clase, ob. citada*, pág. 99.

²⁹² Bianchi, A. *Las acciones de clase*, ob. citada. Pág. 88. Las razones a las cuales alude este autor se configuran porque los integrantes de estas dos clases de acciones se encuentran más cohesionados, por ser las defensas y argumentaciones a interponer de naturaleza similar, y porque generalmente no ejercitan el derecho de exclusión de la clase.

²⁹³ Así lo destacó Comité Asesor de la Judicial Conference en su comentario a la reforma de la Regla 23 propuesta en 1966, conf. Cueto Rúa, ob. citada.

²⁹⁴ En la causa "Agent Orange Prod. Liability Litigation" se planteaba una acción colectiva de daños y perjuicios en representación de los veteranos de la guerra de Vietnam, los cuales se vieron expuestos a un tóxico conocido como "agente naranja", que concluyó en un acuerdo transaccional a través del cual se reconoció una suma indemnizatoria para un fondo de reparación de los afectados, estableciéndose un límite temporal- hasta el 31.12. 94- de modo tal que ningún pago podría hacerse más allá de esa fecha, en casos de muerte o incapacidad. La presentación de dos veteranos que accionaron con posterioridad a dicho acuerdo transaccional, en forma individual, alegando no haber estado debidamente representados, ha tenido acogida favorable por parte de la Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito, decisión que ha sido confirmada por la Suprema Corte federal de los Estados Unidos. El fundamento que se ha tenido en cuenta ha sido

En estos procesos resulta de especial relevancia la figura del órgano jurisdiccional, toda vez que de acuerdo a su discrecionalidad, éste debe decidir acerca de la procedencia de la acción por clase de personas - Regla 23 (a)- entre cuyos requisitos se encuentra la debida representación que ejercerán los que se presenten como partes- punto (4) representación adecuada-. En el control de este presupuesto, el juez debe tener en cuenta la existencia de posibles conflictos de intereses que puedan suscitarse entre los representantes y los otros miembros de la clase.

Este contralor se encuentra presente desde el momento de la proposición de la acción hasta la ejecución de la sentencia.

7.1.2. b) En la legislación brasileña.

La fiscalización judicial que resulta medular en el mecanismo de las acciones de clase norteamericanas, no se encuentra prevista en la legislación brasileña.²⁹⁶

Así el Código del Consumidor no contiene ninguna norma que establezca algún tipo de contralor jurisdiccional respecto de quienes encabezan la acción colectiva. Pareciera, a entender de Gidi, que el contralor ha quedado en manos del legislador, instituyéndose así una especie de presunción “*iure et de iure*” respecto de la exigencia de “representación adecuada” al estatuir legitimados específicos; basta con que los legitimados sean los establecidos en el art. 82 del Código del Consumidor, para que el juez acepte la legitimación de los sujetos actores, sin mayor fiscalización respecto de los niveles de representatividad. Esta presunción en la medida en que sea

que en el primer proceso colectivo no se habían contemplado los intereses de aquellos respecto de los cuales las lesiones aparecieran con posterioridad a 1994. El presente caso ha sido tratado por Giannini, Leandro “Legitimación en las acciones de clase”, *LL*, 23.8.06.

²⁹⁵ causa “Hansberry v. Lee, 311 U.S., 32, sent. 12.11.1940, vinculado a la anulación de un convenio sobre venta de lotes, en el cual la Corte Federal revocó un pronunciamiento proveniente de la Corte Suprema de Illinois, basándose en la falta de representación de los peticionantes, citado por Bianchi, *Las acciones de clase*, ob. citada, pág. 68. En el mismo sentido, en Giannini, en ob. citada, nota Nro. 20.

²⁹⁶ Ada Pellegrini Grinover en un principio se manifestó en sentido contrario a la exigencia del contralor judicial, posición que luego modifica al exponerla en “Nuevas cuestiones sobre la legitimación y la cosa juzgada”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Nro. 1, 2002, pág. 15.

aplicada bajo la rigidez “*iure et de iure*” se manifiesta como contraria al debido proceso constitucional.²⁹⁷

La falta de contralor judicial en materia de representatividad adecuada, ha dado origen a que en la fijación de los límites subjetivos de lo juzgado se halla optado por proteger los intereses individuales homogéneos, bajo la conformación de la cosa juzgada “*secundum eventum litis*”.

El Código del Consumidor Brasileño, consagra diferencias entre los efectos de la sentencia arribada en una acción colectiva, de acuerdo a si se tratase de derechos difusos, en cuyo caso, el efecto será “*erga omnes*”, a menos que el juicio fuere juzgado improcedente por insuficiencia probatoria (art. 103 I); o si se tratase de derechos colectivos, en cuyo caso, los efectos resultan “*ultra partes*”, es decir, limitados al grupo, categoría o clase, a menos que se rechace la acción por insuficiencia probatoria (art. 103. II).²⁹⁸

La sentencia colectiva obligará a todos los miembros del grupo, pero la sentencia no puede perjudicar sus derechos individuales. Si la acción es decidida a favor del grupo, todos los miembros ausentes de éste se benefician de la cosa juzgada en la sentencia colectiva. Si se resuelve de manera contraria al grupo, la pretensión del grupo se encuentra precluida, y no puede presentarse nuevamente la misma acción colectiva para ejercitar el mismo derecho, pero los miembros no están obligados por la sentencia colectiva; en su caso, éstos podrán presentarse ante los tribunales ejercitando acciones individuales en protección de sus derechos.

Los motivos que han conducido al legislador brasileño a adoptar este tipo de solución, apartándose del modelo norteamericano, han sido la falta de información completa y adecuada, el desconocimiento de los canales de acceso a la justicia; estos factores de índole socio-cultural, señala Ada Grinover, han contribuido a dificultar la intervención de terceros, individualmente interesados en los procesos colectivos. A

²⁹⁷ Gidi, Antonio, “La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo”, en Gidi, A. *La tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, Ed. Porrúa, , Méjico, 2004, pág. 142.

²⁹⁸ Esta diferenciación entre *ultra partes* y *erga omnes*, resulta a criterio de algunos autores, irrelevante, ya que no encuentran diferencia ontológica entre uno y otro régimen. Así lo sustenta Antoni Gidi; en tanto que Ada Grinover entiende que el sentido *ultra partes* resulta menos extenso que el *erga omnes*.

ello se suman los costos de las notificaciones a los eventuales interesados para que pudieran reclamar la exclusión de la futura cosa juzgada.²⁹⁹

La doctrina brasileña ha heredado las influencias de Enrico Tullio Liebman en esta materia, a los fines de resolver la eficacia de la sentencia con relación a terceros, contra quienes la sentencia no se vuelve inmutable, pudiendo éstos intentar los remedios procesales adecuados.³⁰⁰ Este autor diferencia la eficacia natural de la sentencia, y los efectos de la cosa juzgada. En este sentido la eficacia natural de la sentencia deriva del carácter público universalmente reconocido a la administración de justicia, y se propaga a todos, sean partes o terceros. La autoridad de la cosa juzgada, no resulta un efecto autónomo de la sentencia, y es concebible respecto de aquellos a quienes se extienden los efectos, no es un carácter esencial y necesario de los actos jurisdiccionales, sino un instituto impuesto por la ley por motivos de oportunidad y de conveniencia política y social. La diferencia entre partes y terceros, señala el autor, se genera al pasar la sentencia en autoridad de cosa juzgada, ya que sus efectos se tornan inmutables para las partes y no así para los terceros.

7.1.2. c) En la normativa del Código Modelo para Iberoamérica.

El criterio de la adecuada representatividad ha recibido consagración en el Código Modelo para Iberoamérica (art. 2do. párrafo 2do.) que estatuye una serie de presupuestos que el juez deberá tener en cuenta a la hora de evaluar la representatividad. Este recaudo resulta de suma trascendencia toda vez que influye en los alcances de la sentencia arribada como consecuencia de un proceso colectivo.

Incluso y tal como se señalará a continuación, está prevista la intervención del Ministerio Público para los casos de inexistencia de representatividad adecuada.

Este sistema normativo ha establecido un régimen de cosa juzgada que como ya se expusiera, resulta “erga omnes”, con la excepción de rechazo por insuficiencia probatoria, de manera tal que una nueva acción podrá entablarse si se valiere de nueva prueba.

²⁹⁹ Gidi, A. “Cosa juzgada colectiva”, en Gidi, A. *La tutela de los derechos...*, ob. citada, pág. 264.

³⁰⁰ “Eficacia y autoridad de la sentencia”, en *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada (con adiciones relativas al derecho brasileño)*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pág. 158.

Pero para el supuesto de intereses o derechos individuales homogéneos, la solución adoptada se ajusta al principio "*secundum eventum litis*", como se explicará a continuación, que se traduce en una desconfianza hacia los principios de representatividad, heredando de alguna manera los criterios de la legislación brasileña en esta materia.

La cosa juzgada alcanzada por la decisión tendrá mayor legitimidad en la medida en que se encuentre satisfecha la representatividad de quien entabla la acción colectiva.

7.1.3. Aplicación de los criterios de representatividad de los legitimados colectivos en el sistema normativo argentino.

En atención a estos parámetros legislativos, es decir el funcionamiento de la representatividad en el sistema norteamericano, y el sustentado por la doctrina brasileña y recogido por el Código Modelo, corresponde analizar, ante la ausencia de legislación en nuestro país, si el contralor jurisdiccional debiera imponerse con el mismo rigor, a los fines de no lesionar los derechos de los miembros ausentes, sea que la acción entablada para la tutela de un derecho de incidencia colectiva fuera iniciada por un afectado individual o por un legitimado colectivo en los términos de lo previsto en el art. 43 CN.

La peligrosidad de la existencia de un "fraude procesal", de un manejo negligente del proceso, o de una escasa actividad probatoria, que puedan derivar en un rechazo de la acción entablada, imponen que el juez asuma un rol activo en el análisis de la eventual representatividad, cuando sea un actor individual el que encabece la acción sobre la base de una pretensión de tipo colectiva.

Es decir, por un lado correspondería que el juez tienda a individualizar en una etapa preliminar del proceso, al probable grupo de incidencia colectiva, conformando una especie de acción de clase, permitiendo la participación de los probables afectados, a los fines de no lesionar el derecho de defensa en juicio de los que no comparecen a proceso, a través de una notificación fehaciente. Esto no implicaría desvirtuar la manda constitucional en cuanto al reconocimiento de legitimación, sino por el contrario, evitar pronunciamientos adversos a la misma ante situaciones en las cuales ante la menor duda sobre su representatividad, se culmine con un resultado frustratorio para el derecho conculcado.

En este sentido, se ha señalado que un proceso cuanto más robusto se configure en términos participativos, más autoridad tendría el fallo dictado y menos probabilidades existirían para ser desafiado por una acción posterior entablada por algún afectado que no ha participado en el mismo.³⁰¹

La otra alternativa se configuraría, teniendo siempre en cuenta la preservación del debido proceso, sin perjuicio del contralor jurisdiccional, en limitar la oponibilidad de la cosa juzgada cuando la acción entablada arrojara una sentencia con resultado desfavorable.

En el supuesto de las asociaciones, la aplicación jurisprudencial, tal como lo he señalado ha suplido la exigencia de la previa inscripción en un registro especial, prevista en la norma constitucional por la correspondencia existente entre la pretensión con el objeto social de tutela, en resguardo de la seriedad, pertinencia del reclamo incoado.

En el caso en que el legitimado colectivo sea el Defensor del Pueblo³⁰² o el Ministerio Público, las posibilidades del fraude procesal o la eventual connivencia con la parte demandada tienden a reducirse, máxime teniendo en cuenta que ambos órganos se encuentran facultados para la recepción de denuncias- arts. 14 a 18 de la ley 24.284, y arts. 25, 41 inc. a), 51 inc. d) de la ley 24.946-, con lo cual la legitimación diseñada los autoriza a ostentar representación suficiente³⁰³ por lo que, podría a priori argumentarse cierta conciliación con una extensión en los efectos de la sentencia arribada, sin lesionar el derecho de los ausentes.

Si se parte del supuesto de que el legitimado activo encabeza una adecuada representación, la problemática de los efectos del decisorio no sería tan cuestionada.

Respecto del Defensor del Pueblo, se ha puesto de relieve que del propio debate de la constituyente se ha podido vislumbrar que su rol debiera asimilarse a la de un abogado del pueblo, al cual se pueda acceder sin mayores obstáculos. En el punto 5) de este capítulo, me he referido a cómo esta institución permite fortalecer el acceso a la jurisdicción.

Sin inclinarme hacia una presunción “iure et de iure” respecto de su representatividad, pero sí, respecto de una presunción que admite prueba en contrario,

³⁰¹ Maurino, G, Nino, E., Sigal, *Las acciones colectivas*, ob. citada, pág. 302.

³⁰² Gozáini, O. “Legitimación del defensor del pueblo”, *LL*, 1994-E, 1378.

³⁰³ Gozáini, O. *La legitimación en el proceso civil*, ob. citada, pág. 341.

la problemática de la defensa de los actores ausentes no se vislumbra como tan compleja.

Sin perjuicio de esta consideración, el juez podría en el marco del proceso, constatar la eventual colisión entre el grupo de incidencia colectiva y el legitimado institucional. Así en una etapa preliminar del proceso, y a modo de propuesta, la actuación judicial consistiría en convocar a los eventuales afectados, a la manera de lo previsto en Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español en el caso que sea el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público el órgano que entable el recurso de amparo, tal como se citara en el punto 3) del presente capítulo, referido a las acciones de clase.

Las dificultades que se advierten en dilucidar cuál es el grupo de afectados, máxime cuando es el Defensor del Pueblo el que entabla la acción, para determinar o fundamentar la asunción en la defensa de determinado grupo³⁰⁴, tienden a desterrarse en la medida en que se lleve a cabo una convocatoria de los eventuales interesados para sustentar la acción.

La comparecencia a proceso para petitionar sustentando la acción entablada permite detectar el nivel de incidencia colectiva del derecho en juego.³⁰⁵

Una especial consideración merece la institución del Ministerio Público, en cuanto su actuación permite suplir las deficiencias de representatividad. En este sentido el Código Modelo para Iberoamérica consagra en su art. 3 párrafo 4: *“En caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada, de desistimiento infundado o de abandono de la acción por la persona física, entidad sindical o asociación legitimada, el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo*

³⁰⁴ Bianchi, *Control de constitucionalidad*, ob. citada, To. I, pág. 72.

³⁰⁵ Una postulación de esta naturaleza, es decir la convocatoria a los afectados puede advertirse en el precedente “Defensor del Pueblo de la Prov. de San Juan c. Cámara de Expendedores de Combustibles y Afines y otros (Cam. De Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala I, rto. 8.8.07), LL, *Gran Cuyo* 2007, 1185, en el cual se le reconoció legitimación al Defensor del Pueblo de la Prov. que accionó contra la Cámara de Expendedores de Combustibles cuestionando el cobro que efectuaban los propietarios de las estaciones de servicio, del denominado “servicio de playa”. Se desprende del voto del Dr. Gilberto Riveros, que particulares y asociaciones han comparecido a proceso tras el llamado por edictos. El proceso constitucional se ha sustentado en la normativa prevista en el art. 7714 que regula la protección de usuarios y consumidores.

posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción”.

La legislación brasileña prevé la actuación del Ministerio Público en forma obligatoria en procesos colectivos iniciados por otros legitimados para proseguir en esos casos la acción, en supuestos de desistimiento o abandono (art. 5 párrafo 1 de la ley 7347/85).

Una fórmula legislativa similar consagra el Código Procesal Constitucional tucumano aprobado por ley 6944.³⁰⁶

La ley de defensa del Consumidor contempla, como ya se expusiera, la intervención del Ministerio Público, sea como parte actora, o como fiscal de la ley (art. 52). Pero cabe señalar que su intervención se impone como obligatoria en caso de desistimiento o abandono de la acción entablada por las asociaciones (art. 52 in fine). Se trata de la integración sustitutiva de la litis por otras personas legitimadas, a la manera de un litisconsorcio necesario.³⁰⁷

Estas disposiciones permiten vislumbrar la actuación del Ministerio Público como un verdadero fiscalizador del proceso colectivo. En la medida en que su actuación proceda ante un desistimiento de la acción entablada por una asociación- en el caso de la ley de defensa del consumidor- o ante una inadecuada representatividad- en el caso del Código Modelo-, ello está dando la pauta de que su intervención tiende a disipar cualquier sospecha respecto a un eventual “fraude” generado por una connivencia entre el legitimado colectivo y la parte demandada.

Su función tendiente a suplir una deficiencia en la representatividad, fortalece la legitimidad de la decisión colectiva arribada.

³⁰⁶ ADLA, 1999-B, págs. 2673 y sig. El art. 78 establece: “ ... El Ministerio Público, cuando no intervenga en el proceso como parte, actúa obligatoriamente en defensa del interés público... El juez puede ordenar el impulso del proceso a cargo del Ministerio Público cuando resulte verosímil la existencia de la perturbación, alteración o amenaza al interés colectivo demandado, incluso cuando resuelva denegar legitimación al demandante... En caso de desistimiento o abandono de la acción de las entidades legitimadas, la titularidad activa es asumida por el Ministerio Público”.

³⁰⁷ Falcón Enrique “Algunas precisiones sobre el lenguaje utilizado en el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos..., ob. citada, pág. 376, en Gidi, Antonio, Ferrer Mac Gregor, ob. citada. En este caso la integración de la litis resulta impuesta por la manda legislativa.

En el capítulo II referido a los legitimados colectivos, he señalado la incidencia que tiene la conformación de estos órganos desde el punto de vista de su independencia, designación de sus miembros, actuación de los operadores.

Por lo cual, los respectivos roles habrán de ser cumplidos dentro del marco de lo previsto en los arts. 120 CN- defensa de los intereses de la sociedad-, y art. 86 CN- defensa de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y la normativa infraconstitucional-.

En un sentido similar, algunos proyectos legislativos tendientes a reglamentar el amparo colectivo habían previsto la intervención del Defensor del Pueblo para que asumiera la acción entablada, en casos de desistimiento o abandono de la entablada por los legitimados activos.³⁰⁸

En la medida en que tanto el Defensor del Pueblo como el Ministerio Público, e incluso las organizaciones no gubernamentales- con objetivos de tutela genérica en materia de derechos, sin circunscripción sectorial, conforme lo señalado en el capítulo segundo en la clasificación formulada-, a través de su actuación otorguen publicidad respecto de las acciones entabladas permitiendo su amplia difusión; ello estimula la participación en el proceso de mayores ciudadanos, fortaleciendo así la representatividad y otorgando mayor legitimidad al proceso colectivo instaurado.³⁰⁹

De ahí la necesidad de que esa publicidad se irradie por vía de los propios legitimados colectivos, o por vía judicial, cuando el juzgador formalice una convocatoria así a otras asociaciones que pudieran resultar afines al respectivo sector afectado.

En la legislación española, la Ley de Enjuiciamiento Civil, mencionada en el punto 3.2. del presente capítulo, referida a las acciones de grupo en materia de usuarios y consumidores, prevé de manera relevante la exigencia de la publicidad de la acción instaurada a los fines de dar cumplimiento a la garantía procesal de audiencia (art. 15 LEC).³¹⁰

³⁰⁸ Proyecto legislativo elaborado por Quiroga Lavié (art.6), en "El amparo colectivo", cit. pág. 263.

³⁰⁹ Maurino, G; Nino, E., Sigal, ob. citada, pág. 301.

³¹⁰ El Tribunal Constitucional Español ha establecido que el derecho de audiencia no significa el hacerse oír en todo caso por los tribunales, sino que el sujeto haya tenido

Esta circunstancia evitaría la denegatoria de acceso a la justicia, y situaciones preclusivas como la prevista en el art. 30 de la ley 25.675, que fuera mencionada al referirme a la legitimación del Defensor del Pueblo y a la aplicación jurisprudencial de dicha norma.

7.2. Hacia la conformación de una acción doblemente colectiva .

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, contempla la existencia de legitimados colectivos pasivos (art. 35), mencionando a una “colectividad organizada” o que tenga representante adecuado en los términos del parágrafo 2 del artículo 2 del Código “*siempre que el bien jurídico a ser tutelado sea supraindividual (art. 1) y esté revestido de interés social.*” Una interpretación de colectividad organizada podría configurarla la existencia de asociaciones legalmente constituidas (en los términos de lo previsto en el art. 3). Esta previsión contiene algunas omisiones, señalan algunos autores, que bien podrían resolverse a través de la integración con los mismos principios que rigen para las acciones colectivas tradicionales, por aplicación del presupuesto de isonomía.³¹¹ De manera tal que regirán las mismas disposiciones que en los casos de legitimación colectiva activa, con vista al Ministerio Público, o a otros legitimados adecuados (art. 4), en caso de falta de representatividad, es decir en estos casos, éstos actuarían como legitimados colectivos pasivos.

La configuración del conflicto entre dos colectividades distintas con intereses contradictorias daría lugar a una acción “*doblemente colectiva*”.³¹²

Estos conflictos que plantean posiciones antitéticas, susceptibles de conformar dos sectores sociales diferenciados, se vislumbran en casos vinculados a la materia ambiental, ya que en éstos el conflicto varias veces se plantea entre el desarrollo y la preservación del bien jurídico, máxime en algunos casos en que existe

la posibilidad de ser oído al ser emplazado en la forma en que lo prevé la legislación, conf. Silguero, Joaquín, “Las acciones colectivas de grupo en España” en Gidi, A. coord.. *Procesos Colectivos: la tutela de los derechos difusos.....* , pág. 364.

³¹¹ Da Silva Dinamarco, Pedro, “Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, en Gidi, Antonio *La tutela de los derechos ...* , ob. citada, pág. 133 y sig.

³¹² Da Silva Dinamarco, Pedro, ob. citada. Este autor cita como ejemplo el caso de una acción colectiva enjuiciada por una asociación de consumidores ante una asociación de proveedores de un determinado producto, cuestionando una conducta de los asociados de ésta en perjuicio de los consumidores en general.

un irregular nivel de impacto, y el dilema se plantea entre la instalación de industrias, que conlleva la creación de nuevas fuentes de trabajo, o entre planes de instalación de viviendas, frente a la preservación de espacios verdes.

La necesidad de integrar la litis con otro sujeto contradictor, que bien podría estar configurado por un legitimado institucional, configurado por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público, se impone como una solución conciliable con la defensa en juicio de quienes no hubieran participado personalmente en el proceso, ya que su posición aparecería representada por la figura de este sujeto colectivo.³¹³

Su intervención en el marco de procesos en los cuales se planteen temas controvertidos, y se torne viable un aporte al juzgador de las posibles posiciones confrontadas, permite asegurar el derecho de defensa en juicio de quienes integren una de las posturas, ya que de lo contrario, éste se vería vulnerado.³¹⁴

Otros autores plantean que la existencia de “intereses contradictorios” debería resolverse ya sea mediante el inicio por parte del grupo contradictor de una acción autónoma, con acumulación a la primera acción intentada, o mediante una intervención voluntaria por cualquier legitimado institucional en el proceso ya iniciado.³¹⁵

En la acción encabezada por la Asociación Civil Mujeres por la Vida, si bien, este sujeto colectivo representaba la postura de quienes rechazaban la viabilidad del programa de salud sexual reproductiva, aquellos que sustentaban la procedencia de la misma, no aparecerían representados en el proceso, y se manifestarían como contradictores de tal pretensión.

³¹³ Quiroga Lavié planteaba en un proyecto sobre el amparo colectivo, al tratar la legitimación pasiva, la intervención obligatoria del Defensor General de la Nación, a los fines de que fije posición en defensa de los derechos generales de la sociedad en relación a los actos, omisiones, o amenazas denunciados, *El Amparo Colectivo*, ob. citada, pág. 261.

³¹⁴ Zlatar, Alex “La formación del Litisconsorcio colectivo” publicado en *elDial.com*, 26/9/05, DC6FE. Este autor plantea la intervención en la litis de un representante del Estado, sea del Defensor del Pueblo o del Ministerio Público, a los fines de suplir la falta de comparecencia de aquellos que no concurrieron y también se encontraban legitimados para accionar, concluyendo que la decisión arribada sea en sentido favorable o desfavorable tenga alcance genérico y resulte oponible al grupo.

Esta posición se inclina hacia una configuración de cosa juzgada material. En una nota subsiguiente volveré sobre este punto.

³¹⁵ Maurino, G.... *Las acciones colectivas...*, ob. citada, pág. 257.

Esta circunstancia no ha sido señalada en forma expresa en el fallo, pero se vislumbra esta problemática, a través del voto en disidencia del ministro Lorenzetti, ya que éste ha tenido en cuenta que la pretensión sustentada por la asociación actora desembocaría en una decisión con efectos sobre una pluralidad de sujetos; es por ello que al evaluar la legitimación de la asociación, sostuvo que su reconocimiento implicaría la vulneración del derecho de defensa en juicio de quienes no han participado en el proceso, por cuanto se verían afectados sin que "que se haya escuchado su opinión" (cons. 14).

Se desprende de este voto, tangencialmente, que la asociación actora no representaba seguramente los intereses de toda la comunidad, por lo cual la expansión de la decisión respecto de un sector no representado, podría distorsionar las garantías del debido proceso. La limitación a la actuación de la asociación se encuentra impuesta, a criterio del ministro Lorenzetti, por el ámbito de autonomía individual (art. 19 CN), insusceptible de ser delegado en un tercero, y han sido las eventuales consecuencias generadas las que recortaron la legitimación.

Cierto que en este caso, el sujeto contradictor, conformado por el cúmulo de ciudadanos que rechazaban el programa de salud reproductiva, podría haber canalizado su intervención a través de las respectivas asociaciones nucleando las posiciones antagónicas.

7. 3. La salvaguarda de los derechos de los ausentes.

El efecto "*secundum eventum litis*" hace que solamente se extienda la decisión si es favorable a los intereses del grupo, y depende del resultado del litigio.

Esta solución que ha adoptado el Código Modelo para el caso de los intereses o derechos individuales homogéneos obedece a la necesidad de preservar el derecho de defensa de los ausentes, de los que no han comparecido a proceso, y responde, como ya se expuso, a cierta desconfianza respecto de la representatividad de quienes se presentan a derecho, en contraposición a la solución prevista para las acciones de clase norteamericanas, en las cuales el acento primordial está ubicado en lograr una adecuada representatividad en el actor, y en las que el efecto de las sentencia se extiende a todos, sea el resultado a favor o en contra, más allá de la morigeración jurisprudencial.

En el ámbito de la prov. de Buenos Aires, la ley 13.133³¹⁶ contiene la regulación del Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, también consagra el principio de “*eventum secundum litis*”.³¹⁷

Si conforme a este principio se limita la oponibilidad de la cosa juzgada, en los casos de rechazo, de modo tal de dejar a salvo los derechos de los ausentes, que pueden intentar nuevas acciones, esta solución no afectaría en principio los derechos de defensa en juicio de quienes no han comparecido a petionar.

Esta solución remite a lo que Hitters invoca como los efectos de la cosa juzgada formal y material. Es decir, el encuadre de la “*res judicata*” a los nuevos criterios de los pleitos colectivos, da lugar a la conformación de una cosa juzgada formal, en la medida en que los afectados por un proceso en el que no han participado, intentaren una nueva acción renovando la cuestión planteada en un proceso posterior a título individual.³¹⁸

³¹⁶ Adla, LIV-A, 731.

³¹⁷ El capítulo IV denominado “Efecto de la sentencia”, el art. 28 dispone que: “Cuando se trate de acciones judiciales para la intervención o solución de conflictos, las sentencias tendrán los siguientes efectos: a) si admiten la demanda, beneficiarán a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio, quienes podrán por vía incidental en el mismo proceso acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia, y en su caso litigar los daños, b) si rechazan la demanda, no impedirán la acción de los consumidores y usuarios titulares de un interés individual, que no hayan intervenido en el proceso, c) si el rechazo de la demanda se fundó en la insuficiencia de prueba, cualquier otro legitimado diferente al actor podrá intentar otra acción valiéndose de nuevas pruebas. A tales efectos, la parte resolutive de la sentencia deberá ser publicada a través del medio de comunicación que el Juez considere más conveniente, a cargo de quien resulte vencido”.

³¹⁸ En sentido similar se ha expedido Gozaíni, Osvaldo en “Sobre las sentencias constitucionales y la extensión erga omnes”, LL, 8.8.07. Este autor plantea tres alternativas posibles como efectos en los procesos colectivos: “a) si la acción colectiva obtiene sentencia favorable, la eficacia del pronunciamiento es para todos los miembros del grupo colectivo, b) cuando la demanda se rechaza por falta de fundamentación suficiente, el Juez deberá indicar en los fundamentos del fallo las razones que lo llevan a tomar esa determinación. Los efectos son también generales, aunque se puede replantear con nuevos hechos, c) si la acción colectiva se deniega por falta de producción probatoria, la sentencia solamente tiene validez para las partes y la cosa juzgada las somete solamente a ellas. Por ello, cualquier otra persona, grupo o entidad representativa puede repetir la demanda aun cuando se acepta que para evitar reiteraciones abusivas, haya un plazo de caducidad para estos ejercicios”; ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005.

La posibilidad de plantear otras acciones posteriores por parte de quienes no hubieren participado en el proceso, ha sido señalada por Sagüés en el proceso de amparo colectivo.³¹⁹

Esta solución normativa ya había sido reseñada en el recinto de la Convención Constituyente por el citado convencional Hitters, sustentando que en un amparo interpuesto con motivos de tutelar el medio ambiente- ante una contaminación ambiental-, si mediaba una sentencia de rechazo, ello no impedía que otro vecino promoviere una acción similar; es decir contra este último, la sentencia dictada en el primer proceso de amparo no tendría efectos de cosa juzgada.³²⁰

En sentido similar, se sostuvo: *“La mayor repercusión de esta nueva forma de relación o posible litigio, se planteará en dos instituciones fundamentales: la legitimación de obrar y la extensión subjetiva y modalidades de la cosa juzgada. En estos dos aspectos le cabe al juez una acción verdaderamente creadora donde deberá dilucidar la importancia que para la sociedad tiene una sentencia paralizante de las causas dañosas y la defensa jurisdiccional efectiva a través de un pronunciamiento “erga omnes”, comprensivo de aquellos que aún no fueron parte y podrían igualmente invocarla en su favor. La eficacia “erga omnes” lo es para beneficiar y no para perjudicar a los demás”*³²¹.

Si bien he sustentado que la intervención en el proceso del Ministerio Público o del Defensor del Pueblo, permite neutralizar los efectos adversos generados por la afectación del derecho de la defensa en juicio de los no comparecientes a

³¹⁹ Este autor se refiere a la acción de revisión ordinaria, prevista en un pasado proyecto legislativo sobre la regulación del amparo que había sido aprobado por la Cámara de Senadores, aunque formula una postura crítica frente a ésta, por la situación de desigualdad generada entre el actor amparista y quien no haya participado en el proceso, ya que este último estaría sujeto al planteo de una acción ordinaria. Otra vía señalada es el recurso extraordinario, reconociéndole legitimación a aquél que no ha tenido el rol de parte en las actuaciones, y pretende recurrir la sentencia que ha lesionado sus legítimos intereses, en “Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo”, en *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades* (art. 43 de la Constitución Nacional), AAVV, Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 27/28.

³²⁰ “Diario de Sesiones de la Convención Constituyente”, To. IV, pág. 4260.

³²¹ “Diario de Sesiones de la Convención Constituyente”, To. IV, convencional De Vedia, pág. 4416; en sentido similar se expidió el convencional Pizzurno, pág. 4181.

proceso; ello no resulta suficiente, ya que detrás de esta integración de la litis, deberá estar presente el rol del juzgador fiscalizando los niveles de representatividad.

Ello, por cuanto y tal como lo expusiera, la adecuada actuación de estos legitimados institucionales dependerá del grado de independencia en su conformación institucional.

Es por ello que a lo expuesto, corresponde añadirle la asignación de los efectos del decisorio en los términos expuestos.³²²

Una solución de esta naturaleza resulta la más compatible con la garantía del debido proceso³²³, tornándose viable una eventual aplicación analógica de las normativas previstas en el Código Modelo para Iberoamérica³²⁴ ante la falta de regulación específica en nuestro país respecto de los procesos colectivos, ya que solamente existen, como se ha señalado, regulaciones parciales respecto al medio ambiente, a usuarios y consumidores - a nivel federal-, y algunas legislaciones locales provinciales en materia de medio ambiente y de usuarios y consumidores, pero no existe una regulación integral de procesos colectivos.

La comunidad de consagraciones constitucionales en Latinoamérica en relación a nuestro ordenamiento constitucional, permitiría tomar las soluciones previstas en el Código Modelo como base interpretativa en materia de efectos. De alguna manera y tal como se expusiera en el capítulo I la categorización de derechos comprendidos en dicha regulación ha ejercido influencia en la interpretación jurisprudencial de la norma prevista en el art. 43 CN.

Los legitimados institucionales, tal como se señalara precedentemente, en la medida en que favorecen el acceso a la justicia, facilitando los canales de

³²² En sentido contrario, quienes sustentan la conformación del litisconsorcio colectivo, tal como se señaló precedentemente, como una nueva categoría que participa de la característica de inescindibilidad de la relación jurídica con el necesario, como así también en materia de actos de disposición, prueba y recursos, diferenciándose en los efectos de la sentencia, que será útil aún cuando no hayan sido convocados al pleito todos aquellos que se encontraban legitimados, postulan la participación de un representante del Estado, el que, según las circunstancias del caso puede ser sólo el Defensor del Pueblo o requerirse también la presencia del Ministerio Público, conf. Zlatar, ob. citada.

³²³ Maurino, Nino y Sigal en *Las acciones colectivas...*, ob. citada, pág. 288 señalan que la aplicación del "beneficio o la utilidad" a la actuación judicial del gestor de negocios conduce a la adopción de la regla de la oponibilidad de la cosa juzgada *secundum eventum litis*.

³²⁴ Hitters, ob. citada.

participación en el proceso, y lográndose por su intervención, una mayor difusión de los procesos colectivos entablados, tiende a contrarrestar, los eventuales perjuicios generados por la falta de comparecencia de quienes no participaron en el proceso, sea por falta de información, por desconocimiento de los canales de acceso al Poder Judicial, o por omisiones en la notificación.

Pero aún, ante la eventual existencia de sujetos no comparecientes al proceso y cuyos derechos fueran litigados en la causa colectiva, la limitación en la oponibilidad de la sentencia, en el caso de rechazo de la pretensión, configura un factor de resguardo al derecho de defensa en juicio, y conciliable con las garantías del debido proceso.

La existencia de intereses contradictorios en el marco de las acciones colectivas, configurada por situaciones jurídicas que generan efectos o impactos diferentes respecto de diversos grupos, deberá encontrar cauce adecuado de tutela y acceso a la jurisdicción. Ello, ya sea a través, como ya se expusiera, de la intervención de los legitimados institucionales, o mediante el planteo de una acción autónoma, susceptible de acumulación, de tal modo que todos los grupos o subgrupos tengan la posibilidad de ser escuchados y tener, siguiendo la terminología anglosajona, "su día en la Corte".

CONCLUSIONES.

1. Conclusiones generales.

Nos encontramos inmersos en el debate sobre la naturaleza de los derechos de incidencia colectiva, el que se encuentra aún en etapa constructiva, sin haber concluido. Algunas notas comunes permiten perfilar su fisonomía, y dentro de ellas, algunos de estos derechos se manifiestan como portadores de esas características con rasgos bien acentuados, como el caso del medio ambiente. Pareciera que en este punto, tanto la doctrina constitucional, como la jurisprudencial coinciden en la asignación de sus modalidades: indivisibilidad, carácter transindividual, naturaleza colectiva del bien tutelado.

No ha ocurrido lo mismo con los derechos de los usuarios, y consumidores, contemplados en las categorías que menciona la norma constitucional.

Ha irrumpido en la doctrina jurisprudencial, a través de algunos votos disidentes, la categorización de los derechos o intereses individuales homogéneos, que incluyen en los tipos que menciona el art. 43, en la medida en que admiten una tutela colectiva, teñidos de una homogeneidad fáctica y normativa.

Aparece de este modo la influencia del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, y de la legislación brasileña, a través de cuyos elementos normativos se ha ido dando regulación a los procesos colectivos.

La ausencia de una regulación legislativa que sistematice los procedimientos a través de los cuales se pueda sustanciar la tutela de estos derechos, ha provocado que sean los operadores judiciales, quienes hayan ido otorgando contenido a los mismos, definiendo los mecanismos de protección, y modalidades de ejercicio. Es por ello, que nos encontramos ante este debate abierto, a través del cual va conformándose la naturaleza de esta categoría de derechos.

El reconocimiento de estos derechos ha tornado necesaria la configuración de nuevos mecanismos de tutela. De esta manera aparece la legitimación colectiva, la que en el marco procesal, ha ido transformando las clásicas concepciones tradicionales que durante largo tiempo han estado presentes en el desarrollo de los procesos.

Se advierte la especial influencia de la doctrina jurisprudencial americana, que ha marcado de manera rígida y casi absoluta los presupuestos para el desarrollo

de la función jurisdiccional, y para habilitar la competencia judicial. Este marco reseñado por la jurisprudencia extranjera, en cuyas fuentes ha abrevado nuestra doctrina jurisprudencial, y que se remonta al diseño de la primigenia doctrina del control de constitucionalidad, ha sellado con firmeza el rumbo del proceso judicial, es decir la sujeción al concepto de “causa”, la necesaria acreditación de perjuicio, y la presencia inexcusable del conflicto o controversia concreta, con sujetos bien diferenciados, titulares de derechos individuales, que resultan alcanzados de manera exclusiva por los efectos de la sentencia dictada.

Estos rígidos parámetros han nutrido gran parte de la jurisprudencia emanada sobre todo de la Corte Suprema de Justicia, en desmedro del reconocimiento de la legitimación colectiva, ya que, los tribunales inferiores han ido flexibilizando los mismos dando cabida a la actuación de estos nuevos sujetos procesales.

Este desajuste entre la aplicación que hacen los operadores respecto de la manda constitucional, por la sujeción a criterios extranjeros, ha ido marcando parte de este desarrollo evolutivo, con predominio en una etapa inicial de soluciones de alta restricción, en los criterios de legitimación procesal.

Este itinerario progresivo resulta trascendente para un completo análisis de estos sujetos, y permite advertir a partir del mismo, las modificaciones que han resultado materia de específico tratamiento.

Las transformaciones generadas en el proceso por la actuación de estos legitimados colectivos permiten visualizar la conformación de la “causa colectiva”, y el dejar atrás la concepción del perjuicio concreto como presupuesto ineludible para la procedencia de la acción. Es justamente la disociación entre los titulares de la relación jurídica a sustanciarse y los sujetos que se postulan peticionando ante la justicia la tutela de los derechos, lo que tiende a diluir la existencia del perjuicio. El Defensor del Pueblo o la asociación no reclama para la defensa de un derecho a título propio, o por la existencia de un perjuicio individual, sino en defensa de los derechos de un cúmulo de ciudadanos. De modo tal que el perjuicio aparece diseminado en esa comunidad afectada por el acto u omisión lesivo.

Se afianza la tutela judicial efectiva, y el acceso a la jurisdicción, teniendo en cuenta especialmente la complejidad que acarrearán los procesos en los cuales se debaten derechos de incidencia colectiva, ya desde lo económico, desde la necesidad de una información más completa y sustancial, sea en materia de medio ambiente, o

de usuarios y consumidores. Esta característica hace que el mecanismo de instrumentar los reclamos de quienes resulten afectados por intermedio del Defensor del Pueblo, de grandes organizaciones no gubernamentales, o del Ministerio Público, resulten vías de protección aptas e idóneas.

Para este afianzamiento, se impone necesaria la aplicación del principio “*in dubio pro actione*”, tan fácilmente olvidado por la judicatura como se ha visualizado a través del análisis jurisprudencial.

La influencia generada en los procesos en los cuales los legitimados colectivos plantean la inconstitucionalidad de las normas, hace que el tipo de contralor, al no ceñirse a la merituación de un caso individual, con notas singulares, tiña al mismo de cierto contenido de abstracción. La diferencia que se advierte en los casos en que es el legitimado colectivo el que plantea la inconstitucionalidad de la norma, y no lo hace un sujeto individual, estriba en el tipo de análisis que genera el estudio de la compatibilidad entre la norma cuestionada y el ordenamiento constitucional, al desprenderse del caso individual, ya que es un “caso colectivo” el que resulta materia de debate, y es ese caso colectivo el que resulta alcanzado por la norma cuya inconstitucionalidad se plantea.

El grado de representatividad está estrechamente relacionado con los alcances de la decisión arribada, y con la eventual colisión que pueda generarse con los derechos de los no intervinientes en el proceso.

En esta dirección, se advierte que a mayor nivel de representatividad por parte del legitimado colectivo, menos riesgo existe para que se lesionen los derechos de quienes no participaron en el proceso.

El temor a la afectación del derecho de defensa de quienes no han podido comparecer al proceso, ha inhibido en muchos casos la actuación de los tribunales en orden a reconocerles legitimación a los sujetos colectivos.

2. Conclusiones particulares.

A continuación se sistematizarán algunos criterios que se esgrimen como conclusiones particularizadas de lo analizado y que tornarían viable un adecuado funcionamiento de los legitimados colectivos.

1. La actuación de los legitimados colectivos va a estar sujeta a la tutela de derechos de incidencia colectiva, y al ejercicio de una pretensión colectiva.

2. De acuerdo a los criterios analizados, para la caracterización de los derechos de incidencia colectiva, se han tomado en cuenta los siguientes parámetros de acuerdo a aportes doctrinarios y jurisprudenciales:

2.1. La naturaleza del bien jurídico, objeto de tutela.

En estos casos, la naturaleza colectiva, indivisible, transindividual del bien hace que su goce y afectación se encuentre enlazado de tal manera que la acción que cualquiera ejercitara para el disfrute del bien influyera sobre el resto de la comunidad, del mismo modo que su afectación, como el caso de medio ambiente. El encabezamiento de la acción por parte de un legitimado colectivo, resulta plenamente conciliable con los mecanismos de tutela.

Por otra parte ningún cuestionamiento podría formalizarse en aras de restringir la legitimación colectiva, ya que la ley general del ambiente 25.675 ha consagrado a nivel federal, como ya se expusiera, el ejercicio de la acción popular (art. 30 último párrafo), al habilitar el ejercicio de la acción a toda persona, sin mayores cortapisas legales.

2.2. La presencia de derechos individuales homogéneos que admitan una protección de tipo colectiva.

La homogeneidad configurada por una causa fáctica: lanzamiento de un producto comercial con desperfectos en su fabricación; deficiencias en el suministro de un servicio de energía eléctrica; o normativa: cláusulas abusivas existentes en un contrato de medicina prepaga, caso en el cual los beneficiarios de la obra social se verían limitados en el acceso a la salud.

2.3. Los legitimados colectivos se encuentran habilitados constitucionalmente para encabezar la tutela de estos derechos, no existiendo mayores obstáculos o cortapisas para encabezar una acción en defensa de los mismos, que admiten un tratamiento colectivo.

En el caso de los derechos individuales homogéneos, más allá de la nota de divisibilidad generada por la particular situación de cada usuario o consumidor, en la medida en que sobre ellos se tiende el manto de la homogeneidad originado por una circunstancia fáctica o normativa, esto los hace pasibles de una igual protección, y de

una tutela colectiva, es decir de la instrumentación de un solo juicio, que dará origen a una sentencia con efectos expansivos.

3. El ejercicio de la pretensión en el caso de los legitimados colectivos, va a ser siempre colectiva.

En este sentido, en tanto los legitimados colectivos actúan encabezando la protección de relaciones jurídicas sustanciales ajenas, y diversas, el objeto de la pretensión habrá de tener en todos los casos naturaleza colectiva, ya que la actuación no se promueve a título individual, sino respecto de aquellos en virtud de los cuales acciona el sujeto colectivo.

4. La cuota de representatividad por parte de los legitimados colectivos se instaure como medular, ya que en función de ella se va a desarrollar una adecuada tutela del bien, objeto de protección, sin que se afecten las garantías del debido proceso.

4.1. En el caso de las asociaciones, más allá de la previsión constitucional que legitima su accionar, a los fines de asegurar una adecuada representatividad, ante la falta de regulación normativa al respecto, cabría diferenciar las situaciones de:

a) asociaciones que petitionen por los derechos de sus asociados, o afiliados, ya que éstos actúan bajo regímenes que regulan normativamente las relaciones entre la persona jurídica, sea un colegio profesional, una asociación sindical y sus respectivos miembros. Por lo cual, en la medida en que encabecen bajo su pretensión un derecho de sus asociados que presente la característica de homogeneidad, en los términos expuestos, la legitimación colectiva en estos casos deviene como una forma de viabilizar la tutela colectiva.

b) asociaciones creadas con algún fin específico, que respondan a un criterio sectorial, o bajo un fin más genérico, ya que en estos casos, no existe normativa que regule específicamente las relaciones entre la asociación y sus integrantes, o con los miembros cuya representatividad se invoca.

En estos supuestos y a los fines de asegurar una adecuada representatividad, el juez de la causa interviniente en este tipo de procesos, más allá del cotejo de la correspondencia entre el objeto social y la naturaleza del reclamo planteado, podría conformar, en una etapa preliminar del proceso, una especie de acción de clase, convocando a los eventuales interesados- sectores que podrían resultar alcanzados por la decisión a dictarse- cuyos derechos se sustanciarán en el

litigio. Esta convocatoria que en el marco del proceso, debería instrumentarse a través de un mecanismo fehaciente de notificación, asegurará un menor riesgo en lo que respecta al perjuicio de los derechos de los ausentes.

La convocatoria mencionada en las etapas preliminares del proceso, otorga una mayor seguridad a la mecánica procesal, de modo tal que aparezcan en forma certera los sujetos interesados en ser "oídos" para sustentar en su caso, la pretensión entablada.

El grado de representatividad estaría en este caso conformada por la concurrencia y comparecencia de estos interesados en el proceso.

La convocatoria favorece la publicidad del accionar entablado evitando situaciones preclusivas en el acceso a la justicia.

4.2. Si el legitimado colectivo es el Defensor del Pueblo, su actuación como legitimado institucional, generará mayor difusión en el marco del proceso.

Pero para un acabado reconocimiento de su legitimación procesal, y a los fines de que su actuación como legitimado colectivo no provoque dudas, se impone una necesaria correlación entre la normativa orgánica y la norma constitucional. Es decir, o bien se interpreta que en atención a que la ley orgánica ha sido sancionada con anterioridad a la reforma constitucional, aún cuando la ley modificatoria sea de fecha posterior, ello origina que el marco de su competencia deberá analizarse con el alcance amplio de la manda constitucional al establecer que posee "legitimación procesal"; o bien se impone la necesidad de una modificación de la ley orgánica en consonancia con las pautas constitucionales. De lo contrario, su figura en el marco de los procesos, transitará por un terreno resbaladizo nutrido de una caracterización como sujeto subsidiario, y con una competencia restringida para cuestionar solamente los hechos u actos de la Administración pública, alcanzando algunas veces, criterios más amplios, pero sin definición, quedando por ende su actuación librada a la discrecionalidad de los operadores judiciales.

La legitimidad de su actuación, si bien proviene de la norma constitucional, ella se encuentra reforzada por los mecanismos previstos en la ley orgánica para que los afectados o interesados formulen las respectivas denuncias, ya que encontrará sustento en el cúmulo de quejas y presentaciones formuladas por los ciudadanos afectados.

El despliegue de tutela colectiva, como contradictor de medidas ilegales, o como impulsor ante omisiones legislativas o administrativas, dependerá de su conformación orgánica, y del nivel de autonomía que revele frente a los poderes del Estado. Esto se visualizará en el planteamiento de la inconstitucionalidad de las leyes, en el cuestionamiento de las medidas adoptadas por el poder político que resulten lesivas a los derechos de incidencia colectiva.

Bajo su actuación, el juez podrá, como en el caso de las asociaciones, convocar a los agraviados o interesados a sostener la pretensión, conformando una especie de acción de clase para fortalecer la representatividad del legitimado institucional. En atención al más amplio nivel de difusión por su intervención en el proceso, el mecanismo de notificación resultará de más fácil implementación.

4.3. A los fines de reconocer legitimación al Ministerio Público, se impone una interpretación sistemática de las normas previstas en los arts. 43 y 120 de ordenamiento constitucional, y una adecuada interpretación de la normativa que regula su funcionamiento institucional.

Para asegurar su eficaz actuación como actor en tutela de los derechos de incidencia colectiva, resulta prioritario el resguardo de la independencia en su conformación orgánica, a los fines de desplegarse al margen de la de los otros poderes del Estado. De este modo se asegura un verdadero contralor tanto sobre la actuación administrativa como legislativa, erigiéndose como un fiel custodio de la legalidad, misión constitucional a la cual es llamado a cumplir.

Su intervención en el marco de los procesos colectivos, regulada parcialmente en la ley de defensa del consumidor, permite desterrar cualquier duda respecto de acciones intentadas bajo fraude procesal.

Esta previsión normativa, podría extenderse al resto de los procesos en los cuales se sustancie la tutela de derechos de incidencia colectiva, ya que allí no sólo se prevé su intervención como actor procesal originario, sino también como continuador de la acción intentada por otros legitimados colectivos, como en el caso de las asociaciones. Esta previsión consagrada para los casos de desistimiento o abandono de la acción, podría extenderse a los supuestos de ausencia de representatividad en los procesos iniciados por otros legitimados en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en general, así el caso de las asociaciones.

5. Ahora bien, puede configurarse en el marco de un proceso colectivo, que la pretensión encabezada por una asociación, resulte contraria a los intereses de otro grupo. La decisión arribada en este proceso, afectaría los derechos de quienes han sido ajenos a la pretensión sustentada en la acción procesal.

En este punto se plantea la necesidad de motivar la intervención del Defensor del Pueblo, para la determinación de las eventuales posiciones planteadas.

A través de este análisis, podrá vislumbrarse la existencia de intereses contradictorios, es decir de derechos de incidencia colectiva en confrontación, que diera lugar a la conformación de sectores bien diferenciados.

En estos supuestos, en lugar de denegar la legitimación del actor colectivo, acudiendo a argumentaciones ritualistas, que terminan por retacear la tutela colectiva, y frustrar el acceso a la justicia, se habilita que a través de las respectivas intervenciones de estos legitimados institucionales, puedan aglutinarse las pretensiones de los contradictores al reclamo entablado, logrando así que otros sectores asuman la acción, o sostengan la intervención del legitimado institucional en cada caso.

La integración de la litis con otros contradictores, bajo los que puedan agruparse aquellos que sustenten posiciones opuestas a las planteadas en la acción de tutela colectiva, permite abrir el escenario de la conflictividad de intereses existentes en torno a la materia traída a proceso.

En la medida en que cada pretensión sea sustentada por un legitimado que responda a los intereses del grupo o sector que intenta representar, las consecuencias de lesionar el debido proceso, y consecuentemente el derecho de defensa en juicio de los no intervinientes en el escenario jurisdiccional, se presenta como menos probable.

5. Las argumentaciones esgrimidas que hacen viable el funcionamiento de los legitimados colectivos en aras de resguardar las garantías del debido proceso, deberán conciliarse con las soluciones de la cosa juzgada *in bonam partem*. Esta es la que mejor se ajusta, a las exigencias constitucionales, por lo menos como respuesta provisoria hasta que se regule normativamente la tramitación de estos procesos, sea que se trate de bienes de naturaleza colectiva, como el medio ambiente, o de naturaleza divisible y homogénea.

Este efecto genera la posibilidad de entablar un nuevo juicio por parte de quien se haya visto perjudicado por la sentencia arribada en el proceso, por la falta de

representatividad del legitimado. La ausencia de pruebas idóneas también posibilita una nueva acción por parte del actor no interviniente.

Los casos de rechazo o desestimación de la acción colectiva entablada parecieran conciliar con el criterio de la cosa juzgada formal.

En tanto que, cuando la sentencia acoge la pretensión, se perfila el criterio de la cosa juzgada material con los beneficios que genera, desde la clausura del conflicto y el manto de tutela que se extiende sobre el grupo beneficiado.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Abramovich, Víctor, "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", *J.A.* 2006-II-1117
- Bachmaier Winter, Lorena, "La tutela de los intereses colectivos en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/2000", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2002, Vol. II.
- Balbín, Carlos, "Sobre la legitimación en el proceso de amparo", *LL*, 2001-B-1172.
- Barbosa Moreira, José, "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño", *Revista jurídica de la prov. de Buenos Aires Nro. 34*, La Plata, 1983.
- Barra, Rodolfo "La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar", *LL*, 1994-E, 1087.
- Barraguirre, Jorge. "La opinión del juez Scalia y la interpretación del art. 43 de la Constitución Nacional (El concepto de afectado)", *LL*, 1997-F, 1273.
- Bersten, Horacio, "La intervención del Ministerio Público en los procesos de consumo", *JA* 2003-IV- 370.
- "Algunas reflexiones en torno a las acciones de incidencia colectiva de consumo, con especial referencia a la legitimación", *J.A.* 21.6.06.
- Bianchi, Alberto. *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*. Ed. Abaco, Buenos Aires, 2001.
- "Control de constitucionalidad", Buenos Aires, Ed. Abaco, 2002.
- Bidart Campos, Germán, "La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución", *ED*, 166-181.
- "El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación" en AAVV, "La Legitimación. Homenaje al Profesor Doctor Lino Palacio," Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 15 y sig..
 - "Los derechos humanos y la legitimación", *ED* 152, 785.
 - *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, To. 1, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1998,
- Bidegain, Carlos, *Curso de Derecho Constitucional*, To V, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2001.
- Bujosa Vadell, Lorenzo M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, José María Bosch, Editor, S. A., 1995.
- "El procedimiento de las acciones de grupo (class action) en los Estados Unidos de América", *Justicia* 94, José María Bosch S. A. Editor, Barcelona, 1994.

- Bulnes, Mar Jimeno, "El control concentrado de constitucionalidad en España", en Bazán, Víctor et al. *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- Cafferatta, Néstor, "Daño ambiental. Jurisprudencia", *LL*, 10.7.2003.
- Cappelletti, Mauro. "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 11, Nro. 31-32, ene-ago' 78, México, Universidad Nacional Autónoma.
- Cappelletti, Mauro - Garth, Bryant. *El acceso a la justicia: movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*, La Plata, Colegio de Abogados del Depto. Judicial, 1983.
- Capón Filas, Juan P, "Legitimación activa de una asociación sindical con personería gremial", *LL*, 2003-F,77.
- Caputi, Claudia. "La legitimación de los ciudadanos para accionar judicialmente en defensa de los intereses generales. Una perspectiva del modelo norteamericano y su relación con el argentino", *ED*, To. 185, pág. 806.
- "Los alcances de la legitimación de las asociaciones", *ED*, 2000/2001, págs. 797 a 812.
- Carnota, Walter, "El encuadre sustancial de la legitimación procesal", nota a fallo "H. S. c. Instituto Nac. De Prev. Social, *LL*, 1997-B. 639.
- "Un problemático supuesto de "hábeas hábeas colectivo" (Nota al fallo "Verbitsky"), *elDial.com*, mayo/05, DC5DC.
 - "Un buen inicio para el amparo ambiental constitucionalizado", *ED* 160-344.
 - "Nuevas fronteras del control de constitucionalidad (Nota a fallo "Mignone, Emilio", *elDial.com*, 19.6.02, DC1AB.
 - "Nuevas dimensiones de los procesos constitucionales. La acción de amparo colectivo" en Bidart Campos, Germán, director *El Derecho Constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Buenos Aires, Ediar, mayo/00, vol I.
- Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1979.
- Cicero, Nidia, "Las asociaciones de usuarios y los servicios públicos: ¿el artículo 42 de Constitución es sólo una frase bonita?", *JA*, 1999-II- 963.
- Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1951.
- Capacidad y legitimación procesales. Estudios de derecho procesal civil, To. III, 3era. Ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, Depalma, 2003.
- Cueto Rúa, Julio, "La acción por clase de personas ("class actions")", *LL*, 1988-C-952.

- Dalla Vía, Alberto, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2004
- “La legitimación de las entidades empresarias para actuar judicialmente”, *Doctrina Tributaria*, Buenos Aires, Errepar, 2005, V. XXVI-298.
- Da Silva Dinamarco, Pedro, “Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, en Gidi, Antonio, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, Méjico, Ed. Porrúa, 2004.
- Deambrossi, Jorge, “El artículo 42 de la Constitución Nacional y los usuarios e los servicios públicos”, *J.A.* 1996-III, 762.
- De Salles, Carlos Alberto, “Políticas Públicas y Legitimidad colectiva” en Gidi, Antonio coord., Ferrer, Mac- Gregor, Eduardo coord.. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, Méjico, Ed. Porrúa, 2004.
- Dromi, José, *Derecho Administrativo*, 6ta, edición, 1997, Ed- Ciudad Argentina.
- Ekmekdjian, Miguel- Ferreyra, Gustavo. *La incidencia de la reforma de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático*, Buenos Aires, Depalma. 2000.
- Fernández, Emilio, “El Defensor del Pueblo está impedido de plantear la inconstitucionalidad de una ley”, *JA* 2004-II, fas. Nro. 9.
- Fiss, Owen, “La teoría política de las acciones de clase”, traducida por Roberto Gargarella. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 1 Nro. 1, abril 1996, Buenos Aires, La Universidad.
- García Lema, Alberto *La reforma por dentro. La difícil construcción del consenso constitucional*, Buenos Aires, Ed. Planeta, 1994.
- García Pullés, Fernando “Vías procesales en la protección de los derechos al ambiente”, LL 1995-A, 851.
- “Efectos de la sentencia anulatoria de un reglamento. Perspectivas procesales, constitucionales y de derecho administrativo”, LL 2000 –C,1168.
 - Acumulación de Procesos o Procesos de Clase. El proceso como instrumento de la tutela jurisdiccional efectiva. Buenos Aires, Ed. Ad- Hoc, 2002.
- Gelli, María, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.

- Giancarlo Rolla, "El Ministerio Público en Italia: disciplina constitucional" en *Ley, Razón y Justicia. Rev. De Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Neuquén, Alveroni, 2004, Vol. 8.
- Giannini, Leandro "Legitimación en las acciones de clase", *LL*, 23.8.06.
- Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- Gidi, Antonio coord.. *Procesos colectivos: La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Méjico, 2da. Edición, Ed. Porrúa, 2004.
- Gidi, Antonio coord., Ferrer Mac- Gregor, Eduardo coord.. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*", 2da. Edición, Méjico, Ed. Porrúa, 2004.
- Gil Domínguez, Andrés, "Bienes colectivos, cosa juzgada constitucional y daño constitucional", en Sagüés, Néstor *Garantías y procesos constitucionales*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2003.
- Neoconstitucionalismo y Derechos colectivos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2005.
- "El caso "Mendoza": Hacia la construcción pretoriana de una teoría de los derechos colectivos". *LL*, Sup Dcho. Const. 22.8.06.
- Gondra, Jorge, "Jurisdicción federal", Buenos Aires, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 1era. Edición, 1944.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Fund. de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998.
- Gozaini, Osvaldo. "Legitimación procesal del defensor del pueblo", *LL*, 1994-E, 1378.
- La legitimación en el proceso civil*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1996.
- "Legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores", *LL*, 1.12.05.
- "Sobre las sentencias constitucionales y la extensión erga omnes", *LL*, 8.8.07.
- Grecco, Carlos "Legitimación contenciosoadministrativa y tutela judicial del interés legítimo", *LL*, 1981-C, 878.
- "Ensayo preliminar sobre los denominados "intereses difusos" o "colectivos" y su protección judicial", *LL*, 1984-B, 865.

- Gullco, Hernán “La preconización del uso de estupefacientes y los límites del control de constitucionalidad”, *LL*, 2002-C, 425.
- Hernández Martínez, María del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, Méjico, UNAM, 1997.
- Hernández Valle, Rubén “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, en García Belaúnde, Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.
- Hitters, Juan. “Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos”, *LL*, 24.10.05.
- Jeanneret de Pérez Cortes, María, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia”, *LL*, 2003-B,1333.
- Jiménez, Eduardo y Gil Domínguez, A. “El Defensor del Pueblo en Argentina y Perú: dos propuestas constitucionales latinoamericanas”, *LL*, 1997-F-1431.
- Jiménez, Eduardo, “¿Qué tan amplia es la legitimación para requerir tutela que confiere el artículo 43 de la Constitución Nacional?”, *LL*, 2004-C,268.
- Junior, Nelson Nery, “Acciones colectivas en el derecho procesal civil brasileño” en Gidi, Antonio coord. y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, coord., *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: Hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2da. Edición, Méjico, Ed. Porrúa, 2004.
- Knavs, Verónica- Herrán, Maite “Problemas que suscita la legitimación y la cosa juzgada en los procesos colectivos”, *DJ* 28/03/07, 780.
- Liebman, Enrico “Eficacia y autoridad de la sentencia”, en *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada (con adiciones relativas al derecho brasileño)*, Buenos Aires, Ediar, 1946.
- López Calera, Nicolás, ¿Hay derechos colectivos?, Ariel, España, 2000, en Gil Domínguez, A. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Lorenzetti, Ricardo “Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad”, *J.A.*, 2000-II-235.
- Lozano Higuero Pinto, Manuel “Últimas tendencias del derecho español (En especial el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil- febrero 1998- y la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación-abril 1998-)”, *J.A.* 1998-III- 745.
- Maiorano, Jorge “El ombudsman y la protección de los derechos del hombre”, *LL*, 1992-C-791.

- Manili, Pablo, Et al., *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005.
- Maurino, Gustavo- Nino, Ezequiel- Sigal, Martín, *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- Monti, José, *Los intereses difusos y su protección jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Ad- Hoc, , 2005.
- Monti, José, “La organización del Ministerio Público. Su rol institucional y su proyección en el ámbito civil”, *ED* -112, 982.
- Morello, Augusto, “La legitimación procesal de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de los intereses difusos”, *ED*, 1981-I, pág. 707.
- “La defensa de los intereses difusos”, *JA*, 1982- IV, 700.
 - “El proceso civil colectivo”, *J.A.* 1993-I- pág. 861.
 - “Las nuevas exigencias de tutela”, *E.D.*, To. 102-959.
 - “La tutela de los intereses difusos en la Cámara Federal de Bahía Blanca”, *JA* 1999-III-249.
 - coordinador, *La legitimación. Homenaje al profesor Dr. Lino E. Palacio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.
- Natale, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución*, Bs. As. Depalma, 1995.
- Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea,, 2000.
- Nino, Ezequiel, “Informe sobre acciones de clase”, Documentos de Trabajo sobre Derecho de Interés Público, Programa de Derecho de Interés Público. Centro de Estudios de Postgrado, Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2001/2002.
- Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, 2da. Ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990.
- “El apagón de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del Defensor del Pueblo”, *LL*, 2000-C-395.
- Parra Quijano, Jairo “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”, *Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Inst. Iberoamericano de Derecho Procesal, 2002, Vol. II.
- Pellegrini Grinover, Ada “Acciones colectivas en tutela del ambiente y de los consumidores”, *Rev. Jurídica de la prov. de Buenos Aires*, 1986, La Plata, Nro. 38
- “Acción de Amparo Colectiva – “Mandato de Seguridad”:
Legitimación, objeto y cosa juzgada, *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, volumen 4.

“Nuevas cuestiones sobre la legitimación y la cosa juzgada”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Nro. 1, 2002.

Pérez Ragone, Alvaro “Prolegómenos de los amparos colectivos, Tutela de las incumbencias multisubjetivas”, *Revista de Derecho Procesal Nro. 4-I*, Rubinzal Culzoni, 2000, volumen 4.

Peyrano, Jorge “Legitimaciones Atípicas”, en Morello, A. *La legitimación: Homenaje al profesor Dr. Lino E. Palacio*, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, mayo 2002, V. I.

Pinto, Mónica. *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997

Prada, Mariana “Las acciones de clase y el ambiente”, *LL*, 25.9.06.

Prieri Belmonte, Daniel “Los efectos erga omnes en la acción de amparo ambiental”, *J.A.* 2003-III-1280.

Prieto Castro-Fernández, Leonardo “El Ministerio Fiscal en Europa”, *LL* 1990-C, 781.

Quiroga Lavié, Humberto “Ha nacido el amparo colectivo con motivo del derecho de réplica”, *LL*, 2.9.92.

- “El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional” en AAVV, *La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe- Buenos Aires, Rubinzal -Culzoni, , 1994.
- “Nuevos órganos de control en la Constitución: el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público, en AAVV, *La reforma de la Constitución: explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe, Rubinzal -Culzoni, , 1994.
- “El Defensor del Pueblo ante los estrados de la Justicia”, *LL*, 1995-D, 1058.
- “Luz del día, Sancho Panza y el Defensor del Pueblo en la Corte Suprema”, *LL*, 1997-A-67.
- *El amparo colectivo*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998.
- “Requiem al amparo colectivo”, *LL*, 1998-C, 1337/1343.

Ravignani, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, el Instituto, 1937/1939, To. IV.

Rivas, Rodolfo. “Poderes fiscales y garantías constitucionales. A propósito de la postura de la Corte Suprema frente al derecho de defensa en juicio esgrimido por asociaciones.” *J.A.* 2003-IV,52.

Rivera, Julio- Rivera (h), Julio, “La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones del artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional”, *LL*, 7.3.05.

- Rosales Cuello, Ramiro "Acción declarativa y control constitucional. Estado actual de la cuestión en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *JA* 2000-IV-1349.
- Rosales Cuello, Ramiro- Guiridlian Larosa, Javier "Las acciones colectivas y el fenómeno de lo grupal. Su actualidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema", *J.A.* 29.8.07.
- Sabsay, Daniel "Una decisión que amplía el acceso a la justicia para garantizar la igualdad y el cumplimiento de compromisos internacionales", *LL* 2005-E-, 35.
- Sagüés, Néstor "Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo", en *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades* (art. 43 de la Constitución Nacional), AAVV, Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 27/28.
 - *Garantías y procesos constitucionales*, Mendoza, Jurídicas Cuyo, 2003.
 - "El amparo ambiental", *LL*, 2004-D, 1194.
- Salgado, José María "La Corte y la construcción del caso colectivo", *LL*, Sup. Dcho.Const., 26.6.07.
- Silguero Estagnan, Joaquín, La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos, España, Dykinson, 1995.
 - "Las acciones colectivas de grupo en España" en Gidi, Antonio. *Procesos colectivos: La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Méjico, Ed. Porrúa, 2004.
- Stiglitz, Gabriel "Acciones colectivas de los consumidores", *LL*, 15.6.04.
- Vallefin, Carlos, *La legitimación en las acciones de interés público*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2006.
- Valls, Mario y Valls, Florencia "La jurisprudencia comienza a despejar incógnitas consitucionales en materia ambiental", *ED*, 161-355.
- Valls, Mario "La ley 25.675 General del Ambiente. Una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes que sigue dispersando la legislación ambiental federal", *JA*, 2003-III-1294.
- Verbic, Francisco "La (negada) legitimación activa del Defensor del Pueblo de la Nación para accionar en defensa de los derechos de incidencia colectiva", publicado www.microjuris.com, 13.3.06.
- Zamora, Fernando "Interdictos y Acciones Populares en Roma", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 1990, volumen XXIII.
- Zaneti, Junior, H. "Derechos Colectivos lato sensu: La definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu y de los derechos

individuales homogéneos”, en Gidi, Antonio coord., Ferrer, Mac- Gregor, Eduardo coord.. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*”, Méjico, Ed. Porrúa, 2004.

Zlatar, Alex “La formación del Litisconsorcio colectivo” publicado en *elDial.com-DC6FE*

CURRICULUM VITAE.

1. DATOS PERSONALES.

NOMBRES Y APELLIDO: MARIA ANDREA PIESCO
NACIONALIDAD: ARGENTINA
FECHA DE NACIMIENTO: 19-3-63
ESTADO CIVIL: CASADA
DOCUMENTO DE IDENTIDAD: DNI N° 16.454.335
DOMICILIO PARTICULAR: PARAGUAY 2564, 3ero."9" CAPITAL
TELEFONO PARTICULAR : 4962-9250 / 15-4174-5516.
TELEFONO LABORAL: 4011-1489.

2. TITULOS OBTENIDOS.

1986 - PROCURADORA-ABOGADA. FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.

3. DISTINCIONES. PREMIOS.

1992 - DIPLOMA DE HONOR EXPEDIDO POR LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.

4. ANTECEDENTES DOCENTES.

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.

1987- Ingreso a la carrera docente por concurso.

1988/1999- Desempeño en la categorías de auxiliar docente de primera, de segunda, y jefa de trabajos prácticos en la asignatura Derecho Constitucional de la cátedra del Dr. Jorge R. Vanossi.

2000/2007- Adjunta interina en la materia "**Derecho Constitucional**" de la Cátedra del Dr. Alberto Dalla Vía, a cargo de cursos del Ciclo Profesional Orientado, en el dictado de la asignatura "Derecho Constitucional Profundizado y Procesal Constitucional".

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES.

1998 a la actualidad - Jefa de Trabajos Prácticos en la **Carrera de Ciencia Política**, en la materia **Teoría y Derecho Constitucional**, de la cátedra del Profesor Dr. Fermín Pedro Ubertone.

UNIVERSIDAD DE BELGRANO

2004/2007 - Docente en la Maestría de Derecho Penal en el dictado de la asignatura "Derecho Penal Constitucional".

5. CURSOS DE CAPACITACION DOCENTE.

CENTRO PARA EL DESARROLLO DOCENTE DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.

Taller pedagógico: "Transferencia en la relación profesor-alumno, cliente-profesional" a cargo de la Licenciada Marta Mazzuchelli (1988).

Taller pedagógico: "Una visión cuantitativa del derecho" a cargo del Dr. Carlos Gregorio (1989).

Taller pedagógico: "Métodos, técnicas y recursos" a cargo de la Licenciada Norma Zanelli (1992).

Taller pedagógico: "Coordinación grupal" a cargo de la Licenciada Ana María Amidolare (1995).

Taller pedagógico: "El aprendizaje" a cargo de la Licenciada Raquel Waldhorn (1995).

Seminario interdisciplinario: "Interpretación y Elaboración de Textos" a cargo del Licenciado Pacho García (1995).

"Laboratorio Pedagógico" a cargo de la Licenciada Marta Mazzuchelli (1995).

1996- Finalización de la Carrera Docente conf. regl. vigente Res. 1457/94

7. CURSOS DE ESPECIALIZACION. CONFERENCIAS.

HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION.

"Curso de Capacitación Parlamentaria" (agosto 1989).

DEPARTAMENTO DE DERECHO PUBLICO Y DE DERECHO PROCESAL.

"Procedimiento Parlamentario y Técnica Legislativa" a cargo del Dr. Fermín Pedro Ubertone (2do. cuatrimestre 1991).

COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL.

“Mesa Redonda sobre Reforma de la Constitución Nacional”- panelistas: Dres. Barra-
Vanossi- Badeni. (1995).

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

“Jornadas sobre derecho a la Información y Privacidad” (1998).

INSTITUTO SUPERIOR DE ESTUDIOS PARA LA JUSTICIA.

“La Justicia Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” a cargo de los
Dres. Fleitas Ortiz de Rozas, Eugenio Zaffaroni, J. B. Maier, J. C. López y W.
Fernández. (1999).

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTONOMA DE
BUENOS AIRES

CENTRO DE FORMACION JUDICIAL.

“Qué hacen los jueces cuando juzgan (Enfoques plurales sobre la interpretación del
derecho y la hermenéutica judicial)” a cargo de los Dres. C. M. Cárcova, J. Cueto
Rúa, E. Bulygin y E. Zuleta Puceiro (1999).

“Ciclo de Conferencias de Juristas Extranjeros” coordinado por el Dr. Carlos M.
Cárcova, con la participación de los Dres. José Ignacio Lacasta Zabalza, Manuel
Calvo García, Javier De Lucas, Víctor Manuel Moncayo y Oscar Correas (febrero
2000).

“Control de constitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”- setiembre
de 2000.

“Jornadas sobre Derecho Penal, Contravencional y Faltas” (diciembre de 2000).

“La mediación en el ámbito penal” (marzo 2002).

“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución Nacional. Su
recepción en la Constitución Autónoma de Buenos Aires” (agosto/setiembre 2003).

OFICINA DE ACCESO A LA JUSTICIA Y METODOS ALTERNATIVOS DE
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Taller debate. “Mediación: Rol del Ministerio Público en la construcción de una
justicia eficiente y democrática” (febrero 2007).

UNIVERSIDAD DE BELGRANO

“Jornadas de Derecho Contravencional” (octubre de 2000).

FACULTAD DE DERECHO

“Jornadas sobre la Justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (abril 2001).

“Magistratura y Derecho Democrático” - modelos en Italia y Argentina (agosto 2001).

COLEGIO DE MAGISTRADOS - FEDERACIÓN ARGENTINA DE LA MAGISTRATURA

“Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: a diez años de su vigencia” (octubre 2006).

ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES.

III Encuentro Nacional del Ministerio Público de la Defensa (noviembre 2005).

“Primer Seminario Internacional de Derecho Penal, Contravencional y Procesal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (noviembre 2006).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES.

“Coloquio internacional sobre control de constitucionalidad de las normas” (abril de 2006).

eDIAL. COM

“Primer Seminario de Derecho Penal y Contravencional” (setiembre de 2006).

8. CONGRESOS NACIONALES O INTERNACIONALES.

1er. CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS .- Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1989).

CONGRESO INTERNACIONAL DE DAÑOS EN MATERIA CIVIL Y LABORAL. TEATRO GENERAL SAN MARTIN (mayo 1990).

2DO. CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS. FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (junio 1991).

2DO. CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PUBLICO - FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES (1999).

XVI JORNADAS CIENTÍFICAS DE LA MAGISTRATURA ARGENTINA, San Carlos de Bariloche (octubre de 2005).

9. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES- CENTRO DE FORMACIÓN JUDICIAL-.

Integrante del plantel docente en el dictado de “Curso elemental de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Fuero Contravencional y de Faltas)”- marzo/julio 2003-.

10. ESTUDIOS DE POSGRADO.

Títulos obtenidos: **Postgrado en Derecho Penal – Universidad de Palermo.**

Aprobación de las materias correspondientes a la **Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos** en la Universidad de Palermo. Carga horaria: 512 horas totales.

Aprobación del Taller de Tesis a cargo de la docente Guillermina Rosenkrantz. Carga Horaria: 36 horas totales.

Se detallan a continuación la totalidad de las asignaturas cursadas y la carga horaria correspondiente a la Maestría.

“Teoría de la Justicia”- Docente: Dr. Marcelo Alegre-Carga Horaria: 32 horas totales.

“Responsabilidad Civil (Contractual y Extracontractual)” Docente: Dr. Carlos Rosenkrantz-Carga Horaria: 32 horas totales.

“Teorías del Derecho” Docente: Dr. Martín Farell- Carga Horaria: 32 horas totales.

“Recurso Extraordinario” Docente: Hernán Gullco-Carga Horaria: 32 horas totales.

“Constitución y Derecho Penal” Docente: Dr. Hernán Gullco-Carga Horaria: 32 horas totales.

“Derecho Ambiental” Docente: Dr. Daniel Lago -Carga Horaria: 32 horas totales.

“Nuevos Derechos y Garantías en la Constitución” Docente: Dr. Cristhian Courtis
Carga Horaria: 32 horas totales.

“Derecho Penal: Delitos en particular” Docente: Dr. Eduardo Bertoni-Carga Horaria: 32 horas totales.

“Los recursos en el derecho penal” Docente: Dr. Fernando Díaz Canton-Carga Horaria: 32 horas totales.

“Garantías del debido proceso” Docente: Dr. Alejandro Carrió-Carga Horaria: 32 horas totales.

“Derechos Humanos: teoría y práctica” Docente: Dr. Eduardo Rabossi-Carga Horaria: 32 horas totales.

“Teoría Constitucional” Docente: Dr. Roberto Saba. Carga Horaria: 32 horas totales

“Derecho Penal y proceso Penal: jurisprudencia reciente de la CSJN” Docente: Dr. Marcelo Sgro- Carga Horaria: 32 horas totales.

“Castigo, Constitución y Justicia” Docente: Dr. Jaime Malamud Goti-Carga Horaria: 32 horas totales.

“Derecho Administrativo Comparado” Docente: Dr. Jorge Barraguirre-Carga Horaria: 32 horas totales.

“Género y Derecho Constitucional” Docente: Dra. Paola Bergallo- Carga Horaria: 32 horas totales.

Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Curso de actualización de Derecho Constitucional: “Nuevos horizontes en el control de constitucionalidad: La acción de amparo colectivo”, a cargo del Dr. Walter Carnota (agosto/setiembre, 2005), con presentación de trabajo monográfico.

11. SINTESIS DE LA ACTUACION PROFESIONAL

11.1 EJERCICIO DE LA ABOGACIA: Ejercicio de la profesión desde 1987 en la especialidad de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil. Accidentología vial. Juicios de responsabilidad médica. Asesoramiento empresarial. Miembro integrante del Centro de Asesoramiento en Derecho y Medicina (CADEM), presidido por el Dr. Jorge Mosset Iturraspe (1989/1990).

Abogada asociada estudio jurídico Dres. Alfredo Jorge Kraut, Gerardo Lionel Ghirnsfeld, Jorge Mosset Iturraspe, Ricardo Lorenzetti, con oficinas en Rodríguez Peña 426, 8vo. piso, Capital. (1990/1998).

11.2. FUNCIONES EN EL MINISTERIO PUBLICO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

1999//2007- Secretaria Judicial de la Defensoría ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contravencional Nro. 3, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por concurso público de oposición y antecedentes –concurso Nro. 16/00- resuelto conforme Res. Nro. 130 del Consejo de la Magistratura, publicada en el Boletín Oficial de fecha 28 de marzo de 2005.

2007- Defensora Oficial interina subrogante por ante la Justicia Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

12. TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN. PUBLICACIONES.

Miembro integrante del equipo de redacción del diario jurídico *elDial.Com*-Suplemento de Derecho Contravencional-.

“Algunos aspectos del derecho a la doble instancia”, registrado en la Base de Datos del Sistema Argentino de Informática Jurídica del Ministerio de Justicia.

“Jerarquía de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos”, en “Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional”, Alberto Ricardo Dalla Vía, LA LEY, 2002.

Comentario al libro “Derecho Constitucional. Colección de Análisis Jurisprudencial”, Daniel Sabsay, La Ley, Serie de Libros Universitarios, Buenos Aires, 2003, en “Academia”, Revista sobre la enseñanza del derecho de Buenos Aires, Número 4, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, año 2004, págs. 283/292.

“Cuando el control de constitucionalidad fortalece el sistema de derechos” publicado el 7.3.06 en Microjuris Inteligencia Jurídica (www.microjuris.com)

“La tutela del derecho al medio ambiente: alcances de la legitimación para accionar” publicado el 29.6.06 en Microjuris Inteligencia Jurídica (www.microjuris.com).

“La intervención de una nueva figura en el marco de los procesos judiciales: el “Amicus Curiae”, publicado el 24.8.06 en Microjuris Inteligencia Jurídica (www.microjuris.com).

“En torno a un afianzamiento mayor a la garantía judicial de imparcialidad” publicado el 18.10.06 en Microjuris Inteligencia Jurídica (www.microjuris.com).