

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO

XXI



**LA LEGITIMACIÓN COLECTIVA EN LA ACCIÓN DE
AMPARO FEDERAL**

TRABAJO FINAL DE GRADO

ABOGACÍA

MARCELO FABIÁN GAVIGLIO

2018

Agradecimientos

A mi esposa, María Isabel; a mis hijos Lorenzo y José. En cada instante de cada día están vivas sus sonrisas, su apoyo y la felicidad de compartir nuestras vidas. ¡Gracias! ¡Los amo!

A mi padre, que descansa en paz.

Resumen

A través de la acción de amparo colectivo, el ordenamiento constitucional nacional garantiza expresamente, desde el año 1994, la tutela efectiva de los derechos de incidencia colectiva fundamentales. Más aún, pareciera que este mecanismo se ha transformado en el remedio procesal de mayor importancia y difusión en la defensa de derechos colectivos en general. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina nacional, enseñan que los elementos fundamentales que hacen a la admisión de esta acción constitucional, se afincan en la naturaleza de la pretensión y en la legitimación para accionar. En este marco, se plantean importantes problemas acerca de la identificación de los intereses cuya tutela se pretende y, especialmente, la adecuada identificación de los legitimados para interponer esta acción colectiva, lo cual constituye el eje de la problemática de este trabajo. En un contexto social, donde los derechos de incidencia colectiva han tomado trascendencia institucional volcados en el Código Civil y Comercial de la Nación y en las leyes de Defensa del Consumidor y del Ambiente, sin embargo, la problemática de la legitimación colectiva persiste en la discusión doctrinaria. Los lineamientos básicos para su identificación a partir de los cuales se plantea esta discusión, se encuentran en el artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional, que enumera genéricamente la calidad extraordinaria de los legitimados activos, así como en la dogmática jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

PALABRAS CLAVE: amparo colectivo - derechos de incidencia colectiva - legitimación colectiva - Constitución Nacional - legitimación extraordinaria - afectado - Defensor del Pueblo - asociaciones

Abstract

Through the action of collective protection, the national constitutional order expressly guarantees, since 1994, the effective protection of fundamental rights of collective incidence. Moreover, it seems that this mechanism has become the most important and widespread remedy in the defense of collective rights in general. However, the jurisprudence and national doctrine, teach that the fundamental elements that make the admission of this constitutional action, are rooted in the nature of the claim and the legitimacy to act. In this framework, important problems arise regarding the identification of the interests whose protection is sought and, especially, the adequate identification of the legitimates to interpose this collective action, which constitutes the axis of the problem of this work. In a social context, where the rights of collective advocacy have taken institutional transcendence focused on the Civil and Commercial Code of the Nation and the laws of Consumer Protection and the Environment, however, the problem of collective legitimation persists in the discussion doctrinaire. The basic guidelines for their identification from which this discussion arises, are found in article 43, second paragraph, of the National Constitution, which generically lists the extraordinary quality of the legitimized assets, as well as legal dogmatic of the Supreme Court of Justice of the Nation.

KEYWORDS: collective protection - rights of collective incidence - collective legitimation - National Constitution - extraordinary legitimation - affected - Ombudsman - associations.

Índice

Introducción	08
Capítulo I: La acción de amparo nacional y los derechos de incidencia colectiva	
Introducción	14
I. 1. Del amparo individual al amparo colectivo. Su recorrido en el tiempo ...	15
I. 1. a. El origen pretoriano del amparo individual	16
I. 1. b. Etapa legislativa del amparo individual	17
I. 1. c. Origen jurisprudencial de la acción de amparo colectivo	18
I. 1. d. Recepción constitucional del amparo colectivo	20
I. 2. De la garantía individual a la colectiva	22
I. 3. Los conflictos colectivos	24
I. 4. Significancia procesal del amparo colectivo	25
I. 5. Los derechos de incidencia colectiva	28
I. 5. a. Antes del Fallo “Halabi”	29
I. 5. b. Después del Fallo “Halabi”	30
I. 5. b. i) La Clasificación de la Suprema Corte	30
I. 5. b. ii) La Clasificación de Giannini	34
I. 5. b. iii) La Clasificación de Gil Domínguez	35
I. 5. b. iv) Clasificación de los derechos por su viabilidad	37
I. 6. Algunas conclusiones a partir de “Halabi”	38
I. 7. Posturas doctrinarias acerca de los derechos de incidencia colectiva	40
I. 7. a. Tesis Restrictiva	40
I. 7. b. Tesis Garantista	41
Conclusión	42
Capítulo II. La legitimación para accionar en el amparo colectivo federal	
Introducción	45
II. 1. El concepto de acción	46
II. 2. La legitimación procesal	48
II. 2. a. Legitimatío ad processum	50
II. 2. b. Legitimatío ad causam	51
II. 3. De la legitimación individual a la legitimación colectiva	53
II. 4. Problemas de la legitimación activa en el amparo colectivo	58

II. 4. a. Legitimación ordinaria	60
II. 4. b. Legitimación extraordinaria o anómala	60
II. 5. Recepción normativa de la legitimación colectiva nacional	62
Conclusión	64

Capítulo III: La legitimación colectiva del afectado

Introducción	67
III. 1. Posturas doctrinarias sobre la legitimación colectiva del afectado	67
III. 1. a. Postura Restringida	67
III. 1. b. Postura intermedia (o amplia)	69
III. 1. c. Postura amplia (o amplísima)	71
III. 2. El afectado en relación a los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos	72
III. 3. Análisis de Jurisprudencia seleccionada	76
III. 3. a. La legitimación activa en el caso “Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional”	76
III. 3. b. La legitimación activa en el caso en el caso “Youssefian”	78
III. 3. c. La legitimación activa en el caso “Ekmekdjian”	79
III. 3. d. La legitimación activa en el caso “Mendoza”	80
III. 3. e. La legitimación activa en el caso “Halabi”	82
III. 3. f. La legitimación activa en el caso “Schroeder”	86
III. 3. g. La legitimación activa en el caso “Roquel”	88
III. 3. h. La legitimación activa en el caso “Universidad Nacional”	89
Conclusión	92

Capítulo IV: La legitimación colectiva del Defensor del Pueblo

Introducción	94
IV. 1. Fundamentos de la legitimación colectiva del Defensor del Pueblo	95
IV. 2. Alcance de la legitimación colectiva del Ombudsman	97
IV. 2. a. Servicios públicos privatizados	98
IV. 2. b. Administraciones públicas provinciales y municipales	98
IV. 2. c. Actos u omisiones de particulares	100
IV. 3. Reconocimiento jurisprudencial del Defensor del Pueblo.....	101
Conclusión	110

Capítulo V: La legitimación colectiva de las Asociaciones

Introducción	112
--------------------	-----

V. 1. Posturas doctrinarias sobre la legitimación de las asociaciones	113
V. 1. a. Doctrina Restrictiva	113
V. 1. b. Doctrina Amplia	114
V. 1. c. Doctrina muy amplia	115
V. 2. Jurisprudencia seleccionada	115
V. 2. b. La legitimación activa en el caso “Portal de Belén”	115
V. 2. c. La legitimación activa en el caso “Asociación DE.FE.IN.DER”	117
V. 2. d. La legitimación activa en el caso “CEPIS”	118
V. 2. e. La legitimación activa en el caso “Abarca”	120
Conclusión	124
Conclusiones finales	126
Referencias bibliográficas	
Doctrina	131
Legislación	138
Jurisprudencia	140

Introducción

“La fórmula de la justicia es garantizar al hombre todos sus derechos...”

José Ingenieros, *Las Fuerzas Morales* (1926)

Los congresistas argentinos que participaron de la reforma constitucional de 1994, entendieron que para resolver la problemática que significaba la transgresión y tutela de los derechos fundamentales de incidencia colectiva, debía otorgarse un remedio plenamente operativo que consistió, especialmente, en la acción de amparo colectivo¹. Esta fue la respuesta del constituyente, desafiando las estructuras del derecho procesal (Sabsay, 2000), ante la crisis en que se hallaba el sistema clásico de derechos, que sólo reconocía el trípode tradicional compuesto por los derechos subjetivos, el interés legítimo y el interés simple (Balbín, 2001).

De este modo, el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva se incorporó al sistema clásico de derechos como una cuarta situación, que requiere de una relación causal a efectos de que el reclamo de la tutela jurisdiccional sea admisible. Para abundar en esta idea, Lorenzetti (2010) explica que, además de los derechos estrictamente individuales, existen intereses diversos de éstos que se enfocan en el individuo en su subjetividad asociativa, lo cual significa la superación al reconocimiento de los derechos individuales.

Sabsay (op. cit.) en el mismo sentido, plantea que la faz subjetiva de la cuestión se constituye cuando tiene parte un interés colectivo y supraindividual, marcando una diferencia sustancial respecto del interés simple, pues éste no provee legitimación alguna en la medida que no existe relación causal concreta entre dicho

¹ Constitución de la Nación Argentina, art. 43, 2do. párrafo

interés y la afectación del derecho cuya tutela se pretende. Esta concepción se confirma con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, donde los derechos colectivos tienen una suerte de precedencia por sobre los derechos individuales en la medida que el ejercicio de aquellos entre en conflicto con el de éstos².

En consecuencia, recogida la existencia de tales derechos de incidencia colectiva, surge la problemática de determinar quiénes y en qué casos están legitimados para accionar en su defensa.

Este es un problema clásico del derecho que, a pesar del transcurso del tiempo, de numerosos trabajos doctrinarios y además de una elaborada jurisprudencia, las reglas sobre los casos donde los actores resulten legitimados para impetrar una acción de amparo colectiva, se construye lentamente sobre los pilares de las normas fundamentales. En efecto, en este tipo de controversias, la mayor trascendencia de acreditar debidamente la legitimación procesal de quien se postula para representar un grupo, radica en los efectos expansivos que tendrá la sentencia. Por esta razón, los jueces están obligados a examinar tal representación tanto in limine como a lo largo de todo el proceso.

Al analizar la legitimación del “afectado”, la doctrina se planteó cuestiones no menores sobre la legitimación procesal: ¿era la persona afectada, o el derecho afectado? Dependiendo del intérprete, una u otra concepción significa la excusa de la recepción plena o la repulsa inmediata. A lo largo del trabajo se cita la jurisprudencia y doctrina que describen en qué casos se está habilitado para accionar ante la justicia en la medida que no se pueda invocar un interés legítimo o un derecho subjetivo individual.

² Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 14 y 240

En cuanto a la figura del Defensor de Pueblo, la problemática resulta más compleja. El texto constitucional no deja lugar a dudas sobre el alcance de este instituto para invocar su legitimación en defensa de los derechos violentados de un grupo de personas, no obstante, es sin dudas quien más ha sufrido el detrato jurídico, porque se le negaba representación con base a argumentos referidos a la norma que lo regulaba la cual era anterior a la reforma.

Es de destacarse la actividad de los tribunales inferiores muchas veces fallando contra la doctrina del Alto Tribunal de entones, quienes fueron sembrando las bases jurisprudenciales admitiendo la legitimación del Ombudsman en la defensa de intereses individuales homogéneos.

Un tercer legitimado extraordinario, está integrado por las organizaciones y asociaciones que propendan a la protección de los derechos de incidencia colectiva en general. Una vez más fue la Corte Suprema, cumpliendo un rol “legislador” o docente fue armando el andamiaje doctrinario admitiendo o negando según la causa, la legitimación procesal colectiva de las mismas.

Como puede verse, la importancia de la problemática de la legitimación, radica en que su debida acreditación es un requisito necesario (aunque no suficiente) para la admisión de la acción de amparo colectivo. Cabe entonces, traer a colación lo expresado por el Alto Tribunal:

Que con arreglo a jurisprudencia clásica del Tribunal, el ordenado tratamiento de los planteos introducidos por las recurrentes impone examinar, en primer lugar, los agravios enderezados a cuestionar la legitimación invocada por los demandantes para promover esta reclamación con alcances de proceso colectivo, pues si ellos

prosperaran resultaría inoficiosa la consideración de las restantes cuestiones invocadas para conocimiento de esta Corte en la instancia del art. 14 de la ley 48³.

De esta manera, la cuestión radica en dilucidar y fundamentar en qué casos la participación de un sujeto -que plantea la afectación un derecho o interés de incidencia colectiva-, se corresponde con el derecho supraindividual o de incidencia colectiva habilitante para recurrir en amparo ante la justicia, aun cuando no pueda demostrar un perjuicio personal o actual. Debe tenerse presente que esta solución debe ser lo suficientemente válida incluso cuando no exista legislación especial alguna que regule tanto a la acción de amparo colectivo como a las asociaciones que propendan a tales fines. Este es, en definitiva, el problema que plantea la legitimación activa colectiva cuyo estudio motiva.

Antes de cerrar esta introducción, se hacen algunas aclaraciones, que resultan de la amplitud del tema en debate. El análisis de la problemática que envuelve a los derechos colectivos y los remedios para su efectiva tutela, importa un estudio que excede largamente los límites del presente trabajo, ya que incluso habría que ahondar en un exhaustivo análisis del lenguaje jurídico propio para este tipo de controversias. Por esta razón se limita su estudio como requisito procesal para incoar la acción de amparo colectivo.

¿Cuáles son los requisitos de procedencia para que una persona pública o privada pueda accionar a través de un amparo colectivo? ¿hay situaciones en las cuales cabe permitir una suerte de limitación a la garantía de acceder a la justicia personalmente?, son preguntas que hacen al problema de este estudio. Otros interrogantes surgirán a lo largo de este trabajo, algunos hallarán respuesta, otros irremediamente superarán los objetivos del mismo.

³ CSJN, “Abarca, Walter José y otros c. Estado Nacional – Ministerio de Energía y Minería y otro s./ amparo ley 16.986”, Fallos: 339:1223, Considerando 11 (2016)

A partir de la problemática de estudio y de la hipótesis postulada, el objetivo general del trabajo consiste en el análisis y descripción de los requisitos y aspectos procesales actuales de la legitimación activa colectiva para el ejercicio de la acción de amparo colectivo en el orden nacional dentro de una posición doctrinaria amplia. En cuanto a los objetivos particulares a alcanzar, se circunscriben a la conceptualización de los derechos colectivos, la exploración histórica, la descripción del actual estado legislativo, el análisis de la jurisprudencia y de las diversas tesis que se refieran a la legitimación activa colectiva de las figuras previstas en el texto constitucional.

Para concluir, se hace referencia al marco metodológico del presente trabajo. El tipo de investigación a utilizar es el *descriptivo* que consiste en seleccionar una cuestión o problemática, recoger información sobre ella y luego realizar una descripción sobre el tema de investigación (Sampieri, 2006), lo cual permitirá alcanzar el objetivo principal propuesto.

La estrategia metodológica es la *cualitativa*, pues está dirigida a la “exploración, descripción y entendimiento” de algún fenómeno o situación (Sampieri, 2006, pág. 26). En este sentido, se describe el contenido doctrinario de la información recabada y de su análisis se pretende arribar a una conclusión congruente con la hipótesis planteada.

Para llevar adelante esta tarea, se emplean variadas fuentes de información, entendidas como todos aquellos instrumentos o recursos que aportan información sobre un determinado tema (Yuni & Urbano, 2003).

Fuentes Primarias, que son las fuentes directas de información, originales, de primera mano que en este trabajo está constituido por los fallos y la legislación relativa a la temática propuesta a los cuales cabe remitirse en honor a la brevedad

(Constitución Nacional, Ley General del Ambiente, Ley de Defensor del Pueblo, los fallos de la Corte Suprema en “Halabi”, entre otros)

Fuentes Secundarias, que comentan, sintetizan o analizan las anteriores. En este aspecto, se utilizarán libros de doctrina sobre la legitimación colectiva en el amparo federal, que permitan resguardar los derechos colectivos reconocidos y amparados en la Carta Magna argentina. De este modo, se estudian autores que analizan esta problemática en particular, como Germán J. Bidart Campos, Juan C. Cassagne, Daniel Sabsay, Osvaldo Gozaíni, Andrés Gil Domínguez, Jorge Maiorano, etc.

Fuentes Terciarias, que se basan en las fuentes secundarias; en esta investigación se consultan específicamente libros, revistas, tesis y demás publicaciones que explican y analizan las diversas posiciones doctrinarias la legitimación colectiva de cada una de las figuras admitidas en la Carta Magna.

En relación a las técnicas de recolección y análisis de datos, se utiliza principalmente la técnica de observación de datos y documentos, analizando las fuentes primarias y secundarias mencionadas anteriormente para dar cuenta de los casos en los cuales la legitimación colectiva es admitida.

También se emplean técnicas de análisis de documental y de contenido (fallos y doctrina), ya que las mismas permiten interpretar adecuadamente las figuras a las cuales la Constitución les otorga legitimación para incoar acciones de amparo colectivo.

Finalmente, la delimitación temporal del presente trabajo importa, como punto de partida, la reforma constitucional de 1994. Si bien, como se analizan los antecedentes jurisprudenciales previos, la problemática de la legitimación colectiva toma trascendencia a partir de su reconocimiento en la ley fundamental.

Capítulo I: La acción de amparo nacional y los derechos de incidencia colectiva

“El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra, la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada sin la balanza en fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es derecho en su impotencia; se complementan recíprocamente.”

Rudolf von Ihering, *La lucha por el derecho*, (1872)

Introducción

En este primer capítulo se busca integrar las bases conceptuales a partir de los cuales, en los próximos capítulos se analizará la legitimación activa para incoar la acción de amparo colectivo prevista en el art. 43, segundo párrafo de la Constitución Nacional. De esta manera se recorre, desde un punto de vista histórico-jurídico, la evolución conceptual de la acción de amparo, ya sea en cuanto garantía para la tutela jurídica de los derechos individuales, como para la protección de los derechos de incidencia colectiva.

Al respecto, desde la recepción doctrinaria de la acción individual con origen latinoamericano, se arriba a su descripción en cuanto vía tutelar de los derechos de incidencia colectiva en el orden nacional. Este camino permite, aún con las limitaciones propuestas para este trabajo, hacer un seguimiento de la evolución histórica de la legitimación activa exigida para interponer la acción de amparo en la faz colectiva.

Por esta razón, se analizan también los derechos y las garantías desde su entendimiento clásico e individual hasta el reconocimiento de aquellos que, la doctrina y las normas clasifican en una categoría general como de incidencia

colectiva. Será a partir de las prescripciones de la SCJN, gracias a su actividad docente y legislativa ante la mora del legislador, donde se han establecido las categorías generales de derechos, sobre los cuales se podrán requerir la tutela judicial a través de la acción de amparo colectiva.

I. 1. Del amparo individual al amparo colectivo. Su recorrido en el tiempo

Siguiendo a Maraniello (2011) y Sabsay (1996, 1997), entre otros, vale hacer un poco de historia sólo para contextualizar este instituto, mas sin ahondar en demasiados detalles que escapen al objeto de estudio. Se recuerda entonces que la incorporación del “*juicio de amparo*” en latinoamérica se materializó en la constitución separatista de la península de Yucatán en 1841, México.

La misma fue elaborada a partir de los lineamientos del jurista y político Manuel Crescencio Rejón e inspirada en el constitucionalismo norteamericano y en la Constitución de México de 1824, en la cual ya se establecía la autorización para reclamar directamente a la Corte Suprema de Justicia ante violaciones a la Ley Suprema. Este instituto fue luego recogido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reuniendo los conceptos y disposiciones más avanzadas de su época. A partir de allí, fue derivándose a las legislaciones de otros países iberoamericanos. Incluso tuvo su regulación en las constituciones españolas de 1931 y de 1978, al igual que en Brasil, sólo que aquí se lo denominó “*mandato de segurança*”.

En el caso particular de Argentina, previo a la reforma constitucional de 1994, se sucedieron innovaciones de importancia con referencia a esta acción / derecho / garantía (Carranza Torres, 2004). Al respecto la doctrina estratifica etapas del amparo como acción tutelar de derechos fundamentales individuales en general, pudiéndose estudiar un período de desconocimiento de tal acción, seguido

por otro en el que tiene su nacimiento pretoriano, posteriormente el período regulado el decreto-ley nacional 16896/66⁴, y finalmente, la etapa constitucional con su admisión definitiva en la Carta Magna reformada en 1994.

En cuanto al amparo colectivo en particular, podría estudiarse un período también de “desconocimiento” de esa acción. A partir de la admisión de esta acción en la causa “Kattan”⁵, se inicia un período de reconocimiento jurisprudencial y, desde su incorporación al texto constitucional con la reforma de 1994, se puede hablar de un período constitucional, donde este instituto ha florecido.

I. 1. a. El origen pretoriano del amparo individual

La raíz jurisprudencial fundamental en que se fincó el reconocimiento del amparo individual a partir de los casos Siri y Kot⁶, es común a la que dio origen a la acción de amparo colectiva, en particular como se comentó, en “Kattan”. En efecto, la Corte estableció en aquellas causas la protección excepcional mediante la acción de amparo ante transgresiones de los llamados derechos humanos tanto provenientes de actos de la administración como de particulares. Hasta la resolución de los casos mencionados, la jurisdicción no reconocía legitimación

⁴ Decreto-Ley 16.986, Amparo individual (1966).

⁵ JNCAF N° 2, “Kattan, A. E. y otro vs. Gobierno Nacional – Poder Ejecutivo Nacional, 10/05/1983, en Revista Jurídica La Ley, 1983-D, p.576 (1983). También conocido por el caso de las “toninas”, con sentencia firme de primera instancia a favor de un grupo de particulares que por la vía del amparo contra una resolución que autorizaba la captura indiscriminada de esa especie de delfines o toninas overas. En su fallo el juez sentenció que estaban habilitados para iniciar una acción de amparo aquellos que lo hacen a título personal o en representación de sus familias cuando la finalidad que persiguen es el mantenimiento del equilibrio ecológico, garantía que se halla implícita en el art. 33 de la Constitución Nacional, el mismo previo a la reforma de 1994. Dicha cláusula se halla explícitamente enunciada en el art. 41 de la constitución reformada cuando dispone imperativamente a las autoridades proveer a la protección del derecho al ambiente en la preservación de la diversidad biológica entre otras.

⁶ CSJN, “Siri”, Fallos: 239:459 (1957) y “Kot”, Fallos: 241:291 (1958)

para accionar mediante el amparo, a no ser en su forma de amparo en la libertad, o hábeas corpus⁷.

La novedosa acción para entonces, se fincaba en la norma contenida en el artículo 33 de la Carta Magna⁸, en cuanto garantía de los derechos no enumerados expresamente, pero que deben salvaguardarse por estar incluidos implícitamente en el texto fundamental⁹. Por caso, en la admisión de la legitimación activa en Siri, según explica Aberastury (2014), la Corte entendió que los argumentos del recurso impetrado por Siri frente a la violación del poder público, tenían sustento jurídico en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre¹⁰, el cual enuncia que

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

I. 1. b. Etapa legislativa del amparo individual

En el año 1966, durante el gobierno de facto de Onganía, se sancionó el decreto-ley de amparo nacional individual ya mencionada, que da inicio a la etapa

⁷ CSJN, “Don Pedro Miguel, Esteban Juan y otros, deduciendo recurso de amparo en la libertad”, Fallos: 117:165 (1913), la resolución dictada fue calificada como un “auto de amparo en la libertad”; en el caso “Lázaro Nieto Arana s/ habeas corpus”, Fallos: 139:154 (1923), se calificó a la acción como “interdicto de habeas corpus” y de “recurso de amparo de la libertad”.

⁸ Constitución Nacional, artículo 33.

⁹ CSJN, Fallos: 3:131 (1866). La Corte, en la causa “Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis”, sobre derechos de exportación, hace un reconocimiento explícito a los derechos constitucionales no enumerados.

¹⁰ Resolución 217 A (III), Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas en París. El 10 de diciembre de 1948, habiendo sido elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales fue, fue declarada en dicha Resolución como un ideal común para todos los pueblos y naciones (1948). Al respecto, se cita el voto en disidencia en el caso “San Miguel, José S. s./ recurso de amparo”, Fallos: 216:611 (1950), donde el Dr. Tomás D. Casares expresó que la garantía de la acción de amparo en realidad, tiene un alcance más amplio que su concepción clásica, enmarcado en un nuevo espíritu, congruente con el enunciado de los derechos implícitos, donde la libertad depende de la posibilidad de ejercer todos los derechos.

legislativa del amparo individual y finaliza con la incorporación de esta acción como garantía de los derechos fundamentales en la constitución reformada en 1994.

Inicialmente esta norma regulaba la acción de amparo individual contra actos de la Administración, pero no tardó en legislarse la legitimación contra los actos de los particulares a través de la modificación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹¹. Por otra parte, también, en el año 1972 a través de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo¹², se reguló el amparo por mora de la administración.

I. 1. c. Origen jurisprudencial de la acción de amparo colectivo.

La ley de amparo individual vigente, ha recibido críticas por limitar el acceso a la acción de amparo toda vez que impone una serie de requisitos previos que restringen la posibilidad de ejercer la tutela efectiva de los derechos (plazos para su interposición, limitación probatoria, agotamiento de la vía administrativa, etc). No obstante, al momento de interpretar las normas, la Corte fue dando lugar a acciones que determinaban una idea de legitimación activa cada vez más amplia.

En sentido de lo expresado precedentemente, se dictaron diversos fallos, incluso de instancias inferiores en este período anterior a la reforma constitucional de 1994, que fueron ampliando la legitimación colectiva para accionar por la vía del amparo, dando inicio a lo que podría calificarse como una etapa pretoriana del amparo colectivo. Los casos en los cuales este instrumento iba tomando relevancia, involucraban especialmente a los llamados intereses difusos (por ej. medio

¹¹ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 321, inc. 2 (1967)

¹² Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, Nro. 19.549 (1972)

ambiente, patrimonio cultural, etc.), donde se admitían acciones para proteger los derechos de incidencia colectiva.

En tales causas, por ejemplo, se cuestionaban actos de la Administración vinculados con el medio ambiente. En este sentido, el caso “Kattan” como ya se comentó anteriormente, tiene el mérito de ser el primer “amparo colectivo”. Se recuerda en resumidas cuentas que, por un fallo firme de primera instancia, se impuso el temperamento que todo ser humano posee el derecho subjetivo a ejercer las acciones tendientes a la protección del equilibrio ecológico, lo cual hoy es incuestionable.

También se emitieron sentencias relacionadas con afectaciones a los valores históricos, culturales, científicos, arquitectónicos y paisajísticos de la Ciudad de Buenos Aires, como en “Cartañá”¹³, contra las cuales se entablaron acciones de amparo colectivas. En otras causas, se resolvieron cuestiones surgidas a partir de transgresiones a los valores religiosos de la comunidad, a los cuales se les dio la categoría de bien colectivo. Tal fue el emblemático caso “Ekmekdjian”¹⁴, el cual bien puede decirse, fue el primer fallo de la CSJN en el cual sobresale una pretensión de tipo colectiva.

Que la tutela de los derechos fundamentales fuera procesalmente novedoso, no se condecía con la manda constitucional¹⁵, pues ésta reconoce que tales derechos y garantías implícitas nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, cuyo titular es la sociedad en cuanto persona moral o colectiva. He aquí, inequívocamente, la raigambre constitucional material de los derechos colectivos y

¹³ CSJN, “Cartañá, Antonio E.H. y otros Municipalidad de Buenos Aires”, en Revista Jurídica La Ley, 1994 A, p. 34 (1993)

¹⁴ CSJN, “Ekmekdjian”, Fallos: 315:1492 (1992)

¹⁵ Constitución Nacional, art. 33.

de la legitimación de la sociedad en cuanto persona colectiva que se sostiene en tales principios.

A modo ilustrativo, se recuerda que este argumento fue postulado por Bartolomé Mitre (Convencional Constituyente en 1860), en defensa de la sociedad como persona moral o colectiva, a la cual reconocía como titular de los derechos implícitos en la soberanía del pueblo. Del mismo modo, Quiroga Lavié (1994) al exponer en la Comisión de Nuevos Derechos de la Convención Constituyente de 1994 empleó similar fundamento, lo cual permite apreciar que la concepción amplia sobre la legitimación activa es un principio originario de la Constitución Nacional.

I. 1. d. Recepción constitucional del amparo colectivo

Como se adelantó en párrafos previos, a partir de la reforma de 1994 comenzó la etapa referida al amparo nacional que la doctrina reconoce como constitucional. Particularmente, en la corriente jurisprudencial de acuerdo a lo que se ha expuesto, ya estaba instalada esta idea que fue transportada a la ley fundamental, en salvaguarda del derecho a una tutela judicial eficaz.

Ésta hace referencia a la plena garantía de accionar en defensa de los derechos fundamentales que hubieran sido transgredidos, a través de la acción de amparo. No obstante, se inició un complejo debate doctrinario y jurisprudencial especialmente sobre los procesos colectivos y su legitimación que aún continúa, en particular en qué casos y quiénes son los legitimados para impetrar esta acción.

Con la inclusión en el segundo párrafo del artículo 43 de la expresión “*derechos de incidencia colectiva en general*”, la norma fundamental estableció que están legitimados para accionar por la vía del amparo colectivo, todos aquellos

que lo hacen a nombre y con efectos generales de toda la clase que representan. De esta manera, tuvo nacimiento normativo el denominado “*amparo colectivo*”, que tiene por característica permitir la defensa de determinados derechos a ciertas personas jurídicas, aunque éstas no hayan sufrido una afectación a un derecho propio (Sigal, 2006).

Sobre la cuestión procesal en el campo de los derechos colectivos, dice Sabsay (1996b), su defensa jurisdiccional plantea serias dificultades. En efecto, determinar quién está habilitado para accionar ante la justicia, cuando no se puede invocar un interés legítimo o un derecho subjetivo para ello, resulta muchas veces, todo un problema, debido en parte, a que los afectados no están relacionados por un vínculo previo y concertado. De esta forma, quien se presenta frente al juez para solicitar que se admita una acción de amparo colectiva, deberá demostrar que existe un interés colectivo (legitimación colectiva, de clase o grupal) que sólo puede ser remediado por esta vía.

De esta manera, como dice Solá (2009), el principal tema de una acción colectiva se focaliza en el incidente de su admisión por el juez, quien reconoce la existencia de una clase de personas que tiene un interés colectivo y que se encuentra debidamente representado. Al respecto, el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional que regula la acción de amparo colectivo, determina quiénes pueden legitimarse para incoar la acción de amparo colectivo, vale decir, como una especie de ampliación del amparo individual, con toda claridad:

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

registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Estas disposiciones referidas a la legitimación colectiva, van a ser desarrolladas más adelante, en los respectivos capítulos referidos a la legitimación activa del afectado, del Defensor del Pueblo (cuya legitimación procesal se refuerza en las disposiciones del artículo 86 de la Carta Magna), y de las entidades y/o asociaciones que puedan exigir la tutela de los derechos de incidencia colectiva en la medida que estén debidamente registradas por una ley especial.

I. 2. De la garantía individual a la colectiva

Abonando a la temática a desarrollar en los próximos capítulos sobre la legitimación colectiva, se recuerda en primer lugar que, los derechos subjetivos fueron concebidos y tutelados desde una concepción individualista y liberal. Al respecto, enseña Gozaíni (1996), el individualismo alcanzó su síntesis en la igualdad, predicada por los revolucionarios franceses de 1789, donde primaba la libertad del hombre, de hacer y de realizarse y a su vez, como motor de una conciencia de la persona humana acerca de los valores que tenía por su sola condición. Estos ideales no tardaron en aparecer como una utopía, advirtiéndose problemas de desequilibrios de fuerzas y oportunidades especialmente en los conjuntos sociales patrones y obreros.

Esta perspectiva, ha sido superada en el marco contemporáneo por el solidarismo social, donde la comunidad es partícipe activa del cuidado de los intereses públicos y, conlleva, por consecuencia, que la sociedad actual se integre y colabore con la administración pública en el ejercicio de su respectivo poder. En definitiva, ya no se trata de la protección de intereses solamente individuales, sino

también de aquellos que pertenecen a una comunidad de manera indivisible y muchas veces difusa (Saux, 2004).

De manera similar Salthú (2008), plantea que el abordaje de los derechos sociales, en el contexto de las crisis políticas, económicas y sociales recurrentes, donde ya no cabrían dudas de que se ha postergado la manda constitucional que progresivamente impone procurar el bienestar general¹⁶, patentiza la cada vez más urgente y necesaria tutela jurisdiccional. En otras palabras, el paso del tiempo ha demostrado que las cláusulas sociales no han sido cumplidas, o bien si lo fueron, lo han sido de manera insuficiente, requiriéndose instrumentos procesales que realicen la tutela judicial efectiva.

Knave (2007) entiende al respecto que, la promoción del cumplimiento de aquellos derechos sociales demorados, exige una solución amplia que sea posible dentro de un sistema republicano de gobierno. En efecto, si la clásica relación individual como sustento de la acción judicial ha demostrado ser insuficiente para lograr la tutela de los derechos de incidencia colectiva, la ley de amparo individual que se inscribe en ese mismo paradigma, no tiene prácticamente efectos normativos en los casos referidos a la protección de tales derechos colectivos.

En consecuencia, es necesaria una legitimación plural ante la violación de los derechos de incidencia colectiva, para que la actividad jurisdiccional pueda ser exigida a través de la puesta en ejecución de una garantía tutelar eficiente. Surge así, dice este autor, la necesidad de rediseñar los mecanismos de igualación de beneficios que otrora fundamentaron el individualismo, y que efectivamente pudieran ser puestos en marcha o al menos reclamados, pues de otro modo, se

¹⁶ Constitución Nacional, Preámbulo y arts. 75 incs. 18, 19 y 22.

estaría ante una mera abstracción de garantías consagradas eso sí, constitucionalmente.

Una vez que este nuevo conjunto de derechos -consistentes en derechos sociales, económicos, culturales, ambientales, del consumidor y del usuario- fue receptado en la Carta Magna como una categoría de contenido general, en sus arts. 41 y 42¹⁷, la tutela de los mismos, requiere a su vez, una regulación tal que los principios de economía y celeridad procesal, seguridad jurídica, igualdad, legalidad, entre otros, pudieran hallar respuestas satisfactorias y evitar una multiplicidad de procesos o acciones repetitivas.

Esta solución en el sistema normativo nacional, se halla garantizada en el artículo 43 del ordenamiento constitucional, a través de la acción de amparo colectivo, como ya se ha dicho.

En efecto, al analizar el concepto de garantías, entendidas como *“los medios asegurativos de preminencia de la ley suprema respecto de la normativa subordinada”* (Gozaíni, 1994), Satlhú (op. cit.) concluye que la acción más idónea para la protección de tales derechos se halla por la vía del amparo, dadas sus características de urgencia, celeridad y brevedad, en cuanto garantía constitucional para acceder a la recomposición institucional violentada por alguna transgresión, sea por parte de la administración o de algún particular.

I. 3. Los conflictos colectivos

Ampliando lo ya expuesto, los intereses y derechos trans –o meta– individuales en el actual paradigma de la modernización, se colocan a medio camino entre el interés público y el privado, en medio de una transformación muy

¹⁷ Constitución Nacional, arts. 41 y 42.

importante en los más variados aspectos de las relaciones intersubjetivas. Prueba de estos cambios estructurales se fincan en las nuevas formas de llevar adelante los negocios jurídicos, la protección del ambiente, los intereses de los consumidores, de los usuarios de servicios públicos, de los beneficiarios de la previsión social.

Estos, entre otros aspectos de la actualidad, fueron recogidos por los Relatores y la Comisión de Revisión del “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”¹⁸ para su fundamentar su redacción, la cual también ha influenciado en la doctrina nacional. Parte también de estos conflictos modernos, hallan su eje en la insuficiencia de las prestaciones públicas, en deficiencias estructurales que hacen a la precariedad, peligro, destrucción, de los bienes públicos y privados, así como también y en el mismo sentido, un exceso el ejercicio de derechos individuales.

De esta manera, la sociedad ha ido encontrando vías de protección entre las cuales se hallan las regulaciones referidas a los derechos: del consumidor y de los usuarios de servicios públicos; de la competencia; del comercio electrónico e internet; de la responsabilidad civil por daño masivo; del ambiente; del patrimonio artístico y cultural; de la protección del dominio público teoría de los bienes públicos; contra la discriminación; de relaciones de vecindad; económicos y sociales; como son la salud pública; vivienda; salarios; movilidad jubilatoria; a la transparencia pública; a la información pública.

I. 4. Significancia procesal del amparo colectivo

¹⁸ “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Caracas, aprobado el 28 de octubre de 2004. Relatores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi; Presidente de la Comisión de Revisión Roberto O. Berizonce.

Tratándose de una especie de ampliación del amparo individual o clásico, como enseña Sabsay (1996), a quien se sigue en este tema, esta extensión involucra a dos elementos de la relación susceptibles de motivar el ejercicio del amparo; ellos son: los derechos afectados o restringidos y los sujetos legitimados para su interposición. Sobre este aspecto, el artículo 43, párrafo segundo de la Carta Magna en sintonía con los enunciados de los artículos 41 y 42, avanza sobre la ley 16.986 ampliando el ámbito de esta garantía para que sea utilizada en la defensa de los derechos del medio ambiente y del consumidor, como así también penetra en la problemática de la discriminación, como causal pasible de ser invocada para el acceso a la jurisdicción.

Ya se hizo referencia, anteriormente, a los llamados derechos de tercera generación o de incidencia colectiva, dentro de los cuales, dice este autor, subyace una gama variada de intereses difusos, que de ser violados afectaría a la ciudadanía en su conjunto o una importante porción de ella cuanto menos. De la misma manera no puede desconocerse la posibilidad de que existan afectados particulares de resultas de haber sufrido un daño directo en sus personas o en sus patrimonios.

Los intereses difusos, hallan su protección en tales derechos de tercera generación. Aunque hay otra discusión que recién empieza en relación a los denominados derechos de cuarta generación, entre los cuales se manifiesta los derechos vinculados a las protecciones de datos, de internet, de telecomunicaciones, entre otros, en alguna de cuyas categorías podrían incluirse, a los fines didácticos, los derechos a la transparencia, a la no corrupción, a la administración fiel, pero ya no en su sentido clásico sino como calidad de derechos humanos porque en su violación se degradan esos derechos colectivos.

Tales intereses difusos, se hallan justamente difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad, o inclusive de varias y no en cabeza de un sujeto determinado. Por otra parte, conviene hacer una digresión en relación a la diferencia entre la acción de amparo y la acción colectiva, o grupal. Se puede asumir que las acciones colectivas son el género y las acciones de amparo, la especie, y las reglas que son vigentes para aquéllas no necesariamente son las propias para el amparo colectivo.

En particular, la acción de amparo colectivo es un proceso constitucional con carácter excepcional, siendo la acción expedita y rápida, ante la ausencia de otro remedio judicial más idóneo (lo cual introduce el problema de la subsidiariedad), que procede cuando en forma actual o inminente, los actos u omisiones de la administración o de particulares lesionen, restrinjan, alteren o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por la Constitución Nacional, un tratado o una ley¹⁹.

Los procesos constitucionales, en consecuencia, están plenamente ratificados a partir de su consagración por medio del artículo 43 de la ley fundamental. Y los derechos fundamentales son entonces los que no pueden ejercerse:

- a) en cuanto a su lesión, en la medida debida;
- b) en cuanto a su restricción, de la manera debida, lo cual importa su alteración; y,
- c) los que se aprecian como factibles de ser lesionados, restringidos o alterados, constituyendo el caso de la amenaza.

¹⁹ Constitución Nacional, art. 43, primer párrafo.

El planteo de la subsidiariedad de esta acción ha meritado una gran discusión aún no saldada, a la que una norma redactada con la adecuada técnica legislativa podría poner fin. En la medida que la reforma constitucional pone a esta acción como una vía procesal de carácter extraordinario por el tipo de trámite que debe seguir y, excepcional, por las características propias que hacen a su naturaleza constitucional, su aplicación, puede admitirse que es directa.

Entonces, es una garantía que resulta de la disponibilidad de una acción constitucional plenamente operativa, que no requerirá de ninguna otra norma de menor jerarquía que le impusiera algún tipo de limitación, que no hubiera formado parte del espíritu de los constituyentes del año 1994. En otras palabras, de ninguna manera la Carta Magna determina un carácter restrictivo para impetrar esta acción, sino todo lo contrario, deja planteada de manera amplia, para el afectado en general, que se podrá elegir la vía que mejor convenga a los fines de la restitución del derecho constitucional vulnerado, pues como se dijo, la búsqueda del medio más idóneo implica un acto positivo no restrictivo de derecho al ejercicio de la acción más conveniente para obtener la tutela del derecho transgredido garantizado por el ordenamiento supremo.

A continuación, se desarrollan aspectos relacionados con la conformación de la categoría de derechos de incidencia colectiva a partir de la jurisprudencia y clasificaciones doctrinarias, lo cual permitirá dimensionar cierta dificultad para su comprensión y los problemas que suscita su defensa por la vía del amparo colectivo, particularmente, los relacionados con la aptitud para estar en el proceso sin ser titular del derecho subjetivo.

I. 5. Los derechos de incidencia colectiva

I. 5. a. Antes del Fallo “Halabi”

Rivera (2008) con anterioridad al caso “Halabi”²⁰, planteaba que, para precisar la existencia de un derecho de incidencia colectiva, primero hay que determinar la clase de tutela jurisdiccional que se pretende, porque puede tener una dimensión social o pública o meramente individual. Este es el primer problema a resolver, según dicho autor, que indefectiblemente está vinculado con la legitimación activa que permita el acceso a la jurisdicción.

a) Así, por una parte, continúa dicho autor, hay *pretensiones de objeto indivisible y no fraccionable*, donde la satisfacción de uno de los titulares implica la de todo el grupo, o también la lesión a un miembro constituye la lesión a todo el grupo. En estos casos se verifica la imposibilidad de dividir el bien, objeto de la pretensión. Y en relación con la cuestión de la legitimación activa, la tutela de estos derechos pertenece, divisible o indivisiblemente, a una pluralidad relevante de sujetos, lo cual provoca que, por sus características propias, se desborden los mecanismos de enjuiciamiento grupal tradicional.

b) Por otra parte, hay *pretensiones de objeto divisible carentes de dimensión social o pública* que bien podrían sustentarse en los derechos constitucionales, pero que sólo pueden ser ejercidos por la persona afectada, y no los demás legitimados del artículo 43 de la Carta Magna. En concreto, en aquellas demandas donde se persiga la tutela de derechos meramente individuales, aunque fuera admisible la acción de amparo, éste será individual.

c) Una tercera categoría de derechos, está dada por los denominados *derechos individuales homogéneos*, cuya característica consiste en ser tratados homogéneamente dado su origen común. Esto significa que, a pesar de ser

²⁰ CSJN, “Halabi”, Fallos: 332:111 (2009)

esencialmente individuales y divisibles, son tratados en un proceso colectivo a los fines de determinar la responsabilidad del accionado. No obstante, en el caso de indemnizaciones, a cada individuo le corresponde el monto determinado de forma individual en la etapa de ejecución de la sentencia, lo cual, aunque sea conveniente no significa que siempre será posible.

I. 5. b. Después del Fallo “Halabi”

En la doctrina constitucional tradicional, dice Solá (2009), la solución para los casos que tenían muchas personas afectadas por una norma inconstitucional se preveía a través del *stare decisis* (mantenerse con las cosas decididas). Esta es, la doctrina de la “*ejemplaridad del precedente*”, ya sostenida por la Corte Suprema en el célebre caso “Cerámica San Lorenzo”²¹.

Sin embargo, esta situación implicaba que cada afectado debía iniciar una acción independiente y cumplir con todas las etapas del proceso hasta obtener el reconocimiento de su derecho, aun cuando contara con un precedente a su favor. Una de las desventajas para quien intentaba esta tutela jurisdiccional, radicaba en que muchas veces los costos de transacción del proceso judicial eran superiores a los beneficios que podían obtenerse con una decisión favorable.

A partir del caso “Halabi”, la Corte no sólo establece una clasificación de los derechos en general, sino que, además inicia todo un sistema de procedimientos para tratar los casos en que se alegue la transgresión de derechos fundamentales que requieran de tutela judicial.

I. 5. b. i) La Clasificación de la Suprema Corte

²¹ CSJN, Fallos: 387:1094, “Cerámica San Lorenzo”, Considerando Nro. 2, 04/07/1985

En el caso “Halabi”, la Corte trata dos cuestiones constitucionales, la primera de introducción de las acciones colectivas en general y la segunda sobre la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas. La que interesa en esta investigación es la referida a la categorización de los derechos, lo cual es fundacional en cuanto establece los criterios para interponer las acciones que permiten la garantía de los derechos de incidencia colectiva. Asimismo, pone en plena vigencia al artículo 43 de la Constitución, delimitando los derechos que conforman la dimensión de la validez constitucional y convencional del paradigma constitucional argentino en materia de legitimación procesal.

Por esta razón, este fallo resulta importante para analizar en esta parte de la investigación, dado que el delineamiento pretoriano de la categorización de los derechos generales, otorgándoles a todos ellos una misma jerarquía normativa, permite su tratamiento por separado conforme dicha clasificación. Para aclarar este punto, se cita la clasificación de los derechos en general que fue adoptada por la Corte²² por mayoría de votos:

a) Derechos individuales. No homogéneos, se caracterizan por la búsqueda de la reparación de un daño propio. Por regla inalterable aun tratándose de un litisconsorcio, la legitimación activa está exclusivamente a cargo de su titular.

b) Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos. El bien colectivo objeto de la tutela pertenece a toda la comunidad. Es indivisible y no admite exclusión alguna. Están legitimados el afectado, el Defensor del Pueblo de la Nación y las asociaciones que concentran el interés colectivo.

c) Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes o intereses individuales homogéneos. Son derechos individuales divisibles, pero con

²² CSJN, “Halabi”, Fallos: 332:111 considerandos 9º y 12º (2009)

un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. De esta manera, debe haber una causa fáctica común que lesione una pluralidad relevante de personas y la pretensión debe ir dirigida al aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y no al daño diferenciado que cada uno sufre en su esfera. Además, para que la acción colectiva sea admisible, el ejercicio de una acción individual por cada actor cuyo derecho haya sido transgredido, también debe constatarse que no tenga una justificación plena.

La Corte dividió a los intereses individuales homogéneos en patrimoniales y no patrimoniales, admitiendo, legitimación activa colectiva únicamente para los derechos de esta última especie. No obstante, en referencia a los derechos individuales homogéneos patrimoniales, la Corte entiende que sólo son admisibles en las relaciones de consumo, conforme la ley de Defensa del Consumidor²³.

Con posterioridad al fallo “Halabi”, se produjo un vuelco no menor en la postura relacionada con la clasificación de los derechos de incidencia colectiva, de una de los jueces de la Corte Suprema. Esto tuvo lugar mientras se tramitaba la causa “PADEC C/ SWISS MEDICAL S.A. s/ Nulidad de Cláusulas Contractuales”²⁴ (PADEC es la denominación de la asociación “Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor”).

Sin embargo, no debe perderse de vista que la acción de amparo colectiva, como especie dentro del género acciones colectivas, plantea restricciones en cuanto a su admisión como vía para accionar en pos de la tutela judicial ante la transgresión de los derechos de incidencia colectiva referidos a intereses

²³ Ley 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, art. 54 según texto según ley 26.361

²⁴ CSJN, “PADEC C/ SWISS MEDICAL S.A. s/ Nulidad de Cláusulas Contractuales”, Fallos 336:1236 (2013)

individuales homogéneos patrimoniales, mientras que, en las acciones colectivas ordinarias, este tipo de derechos podría defenderse acabadamente.

En resumidas cuentas, este último fallo se refería a la demanda interpuesta por una asociación de defensa del consumidor, por la vía prevista en los arts. 52, 53 y 54 de la ley 24.240, contra una prestadora de medicina prepaga. Su pretensión tenía por objeto que se declarase la ineficacia de la cláusula contenida en el contrato tipo que vinculaba a la empresa con sus afiliados, en cuanto que el contrato contemplaba el derecho de aquélla a modificar unilateralmente las cuotas mensuales.

El juez de primera instancia y la Cámara negaron legitimación a la asociación en tanto el derecho invocado no era de incidencia colectiva. En la instancia extraordinaria, la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia impugnada.

En esta ocasión la Dra. Highton de Nolasco cambió su postura respecto a la mantenida anteriormente en “Halabi” reconociendo que la categoría de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos incluye a los derechos patrimoniales. Aunque en este caso es necesario aclarar que se verifican tres aspectos que hacen a la procedencia de la acción colectiva:

a) la existencia de un hecho único que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales (la decisión unilateral de la empresa de modificar los precios);

b) que la pretensión se concentre en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar, de modo tal que el contradictorio verse sobre los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por el mismo hecho y no el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera; y

c) que el interés individual considerado aisladamente no justifica la promoción de una demanda, lo cual podría afectar el acceso a la justicia.

Por otra parte, la Dra. Argibay sostenía que los derechos de incidencia colectiva en general sólo tienen por objeto bienes colectivos, desconociendo los derechos individuales homogéneos como una subcategoría de estos.

Todo lo aquí expresado, muestra a su vez, la fragilidad de un sistema embrionario a nivel doctrinario y no nato a nivel legislativo. Mayor complejidad aún se alcanza cuando de entre las acciones de clase se accione por la vía del amparo colectivo. En este caso, la clasificación de los derechos de incidencia colectiva obviamente mantiene su vigencia, pero la dificultad se hallará al tratarse la legitimación para incoar dicha acción cuando se trate de derechos individuales homogéneos patrimoniales, sobre los cuales dicha acción se halla vedada.

I. 5. b. ii) La Clasificación de Giannini

Entre otras clasificaciones de los derechos en general que interesa detallar porque amplía el universo de legitimados para obrar, se cita la que propone Giannini (2012). Este autor reconoce derechos individuales por una parte y derechos de incidencia colectiva, por la otra, los cuales a su vez se subdividen en derechos difusos y derechos individuales homogéneos. Es decir, en lugar de las tres categorías de derechos que planteó la Corte, para Giannini sólo existen dos categorías generales de derechos, de igual manera que lo establece el artículo 14 del Código Civil y Comercial de la Nación²⁵.

a) Para este autor, los “*derechos difusos*” son aquellos en los cuales la satisfacción de uno de sus titulares no es posible sin la del resto, situación que se da

²⁵ Ley 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, artículos 14 y 240, 08 de octubre de 2014.

particularmente en materia ambiental, patrimonio cultural, o paisajística, entre otras. El aspecto relevante, continúa razonando, radica en la imposibilidad práctica de constituir un litisconsorcio entre todos los afectados, resultando imprescindible la búsqueda de la solución por la vía procedimental colectiva. Por esta razón también se los denomina “*ontológicamente colectivos*”.

b) Sobre los “*derechos individuales homogéneos*”, expresa el autor, son aquellos “esencialmente divisibles”, pero dado su origen común tornan propicio un tratamiento concentrado. Por esta razón también se los denomina “*accidentalmente colectivos*”. Integran esta categoría todos aquellos supuestos en los cuales la satisfacción de uno de los miembros del grupo es posible sin la necesidad de satisfacer al resto. También se los suele denominar “*derechos susceptibles de apropiación exclusiva*”.

I. 5. b. iii) La Clasificación de Gil Domínguez

Por su parte, Gil Domínguez (2013), comparte la clasificación general de Giannini (derechos individuales y de incidencia colectiva) y reconoce a los derechos de incidencia colectiva en derechos difusos y derechos individuales homogéneos. A su vez, propone que en la subcategoría de los derechos individuales homogéneos se integre a los:

a) *Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos expresos* (afectación del ambiente, defensa de la competencia, derechos de los usuarios y consumidores, derechos de los sujetos discriminados).

b) *Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos patrimoniales y no patrimoniales implícitos* que surgen de las subsunciones fácticamente verificables en la forma de derechos de incidencia colectiva general.

c) Derechos individuales que, sin cumplir estrictamente con el requisito de la verificación de una causa fáctica común, demanden un fuerte interés estatal en su protección, sea por la trascendencia social, o las características particulares de los actores afectados.

Este autor entiende que de un hecho único o continuado e identificado con una causa fáctica homogénea, se sigue que la pretensión perseguida respecto de estos derechos lesionados, es común a todos los titulares afectados, dando por materializada la homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos erga omnes de la cosa juzgada. A su vez, aclara que se excluyen de la acción colectiva la persecución de la reparación de los daños individuales que cada persona padece, siguiendo en este sentido, la doctrina de la Corte en “Halabi”.

El elemento distintivo, dice este autor, para acreditar que un derecho individual homogéneo violado pertenece a la esfera de los derechos de incidencia colectiva, radica en la viabilidad de la tutela individual, en la medida que se haya determinado también la pertinencia de una causa fáctica homogénea. Por lo tanto, cuando la misma sea posible, su tutela deberá ejercerse a través de la acción de amparo individual correspondiente.

Aquí se presenta otro problema no menor, en el sentido de que quien demande la tutela de un derecho de incidencia colectiva fundamental debería acreditar con la mayor suficiencia la inviabilidad de su persecución por la vía individual. Ante este dilema, dice Verbic (2015) que resulta una postura doctrinaria muy polémica y criticable a la luz de la teoría amplia o garantista, en la medida que la viabilidad de la tutela individual debiera ser la excepción y no la regla para la legitimación activa colectiva.

I. 5. b. iv) Clasificación de los derechos por su viabilidad

Trazando un paralelismo con lo establecido en el ya mencionado artículo 43 de la Carta Magna, se concluye que los derechos individuales conforman una primera especie, determinada en el párrafo primero. Por su parte, en el segundo párrafo se establece la otra especie compuesta por los derechos de incidencia colectiva en general, que comprende a los derechos que protegen bienes indivisibles como el ambiente y otros que pudiendo ser divisibles, son enumerados en dicho artículo a modo de ejemplo.

De este modo, los derechos en general se clasifican, tal como lo determina el Código Civil y Comercial de la Nación, en dos categorías generales (género):

- 1) Derechos individuales.
- 2) Derechos de incidencia colectiva.

A partir de allí, los primeros (derechos individuales) se pueden subclasificar en sus especies, atendiendo especialmente a la viabilidad de su tutela judicial mediante acciones individuales:

1a) *Derechos tradicionales*, o meramente individuales, los que su vez tienen por característica el ser *perfectamente divisibles*.

1b) *Derechos individuales homogéneos patrimoniales* que, si bien tienen una causa fáctica común, son *individualmente viables*, por lo cual se los coloca en la esfera de la acción individual.

Con referencia a las teorías analizadas anteriormente, una clasificación amplia sobre la segunda categoría general (derechos de incidencia colectiva) permite diferenciarlos en:

2a) *Derechos de incidencia colectiva difusos o de objeto absolutamente indivisible*, también llamados *multisubjetivos* o *transindividuales*, *strictu sensu* o *propriadamente dichos* y *ontológicamente colectivos*.

2b) *Derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos*. Son aquellos que tienen una causa fáctica común, pero que por alguna razón es impracticable la tutela individual, lo cual de exigirse implicaría una especie de negación del principio de tutela judicial efectiva, de forma tal que, necesariamente deben salvaguardarse mediante acciones colectivas. Es decir, son *inviabiles individualmente*. También se los denomina *pluriindividuales* y *accidentalmente colectivos*.

A su vez, en los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos se pueden diferenciar las siguientes subespecies:

2b)₁ *Derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos extrapatrimoniales*.

2b)₂ *Derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos patrimoniales individualmente inviables o pertenecientes a grupos débiles o postergados*. Se incluye en esta subespecie a los derechos que han sido transgredidos pertenecientes a una pluralidad de individuos, para quienes la tutela judicial a través de la acción individual implique un dispendio jurisdiccional o económico tal que la conveniencia de la judicialización resulte inviable.

I. 6. Algunas conclusiones a partir de “Halabi”

Para concluir con el análisis de los derechos colectivos a partir del caso “Halabi”, se deja planteado el interrogante acerca de si todos los casos de defensa grupal de los derechos individuales homogéneos, han sido considerados por la

mayoría de la Corte bajo el amparo de la legitimación extraordinaria estipulada en el artículo 43, 2do párrafo de la Constitución Nacional. La respuesta resulta ser negativa en la medida que el objeto de la pretensión de la acción refiera a la tutela de derechos patrimoniales, excepto cuando se accione por transgresiones a la ley de defensa del consumidor.

También esta sentencia ha dejado algunas respuestas interesantes, tal como sugiere Gil Domínguez, A. (op. cit.). Una de ellas, radica en la categorización de los derechos colectivos por la indivisibilidad o divisibilidad de su objeto. En efecto, una primera categoría está compuesta por aquellos *derechos que tienen por objeto bienes colectivos*, tales como el ambiente, que resultan indivisibles, no exclusivos, en los cuales no entran en juego derechos subjetivos individuales sino multisubjetivos.

Estos son derechos de la esfera social, es decir, pertenecen al colectivo, y la prueba de la causa está en la lesión de los derechos colectivos no en el patrimonio individual del peticionante. Esta categoría también se refiere a los derechos difusos de incidencia colectiva *strictu sensu* o propiamente dichos.

La otra categoría de derechos de incidencia colectiva, hace referencia a los *intereses individuales homogéneos*. En estos no hay un bien colectivo en juego, sino derechos referidos a intereses individuales divisibles, que por razones de conveniencia se tramitan en un solo expediente por tratarse de un hecho único o continuado que provoca la lesión a todos los integrantes del colectivo, grupo o clase, pudiendo identificarse una causa fáctica homogénea.

A fin de invocar la misma, se exige que la demostración de los presupuestos de la pretensión sea común a todos esos intereses, verificándose la homogeneidad

fáctica y normativa que hace razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de cosa juzgada excepto cuando se trate del daño individual; y, para el caso específico de la acción de amparo colectiva, que dichos intereses individuales homogéneos no estén referidos a bienes patrimoniales.

I. 7. Posturas doctrinarias acerca de los derechos de incidencia colectiva

Seguendo a Sigal (2006), pueden identificarse dos grupos doctrinarios que a los efectos del presente trabajo explicarán suficientemente la problemática aludida sobre los derechos de incidencia colectiva. No caben dudas que los efectos que se sigan a partir de la adopción de una u otra postura redundará en consecuencias prácticas relevantes, permitiendo o rechazando según el caso, la legitimación colectiva para ejercer la defensa de los derechos de incidencia colectiva que hubieran sido transgredidos.

I. 7. a. Tesis Restrictiva.

Plantea la limitación del alcance de la definición de derechos de incidencia colectiva a la mínima expresión. Naturalmente, la defensa colectiva también se verá consecuentemente restringida. Los que adhieren a esta postura, entienden que los derechos subjetivos divisibles, aun cuando tengan una causa fáctica común (derechos individuales homogéneos) no permiten la legitimación colectiva. Es decir, todo derecho que de alguna manera pueda exigirse individualmente, exceptúa al colectivo de legitimidad activa para accionar.

Se critica que muchos derechos tienen en común la dificultad práctica de ser reclamados en forma individual. Por esta razón, bajo el postulado de esta teoría, quedarían sin tutela judicial efectiva en la medida que el acceso a la jurisdicción resulte antieconómico, constituyéndose en una especie de privación o negación de

acceso a la justicia, propiciando de otro modo el consiguiente dispendio de la necesaria y conveniente economía procesal y armonía judicial. Algunos ejemplos de los derechos que se verían vulnerados, se visualizan en los reclamos de la provisión de medicamentos, el derecho a condiciones dignas de detención, la repetición de cobros indebidos a usuarios de servicios públicos, el cumplimiento de planes de cobertura en servicios médicos prepagos, etc.

Bajo esta tesis, se identifica a los derechos de incidencia colectiva en una relación de solapamiento total con los derechos colectivos o difusos tanto desde lo conceptual como desde lo semántico, vale decir, son una misma cosa. Sostiene Ferreyra de De la Rúa (1996) que:

Los derechos difusos se caracterizan desde el punto de vista subjetivo por la falta de precisión en cuanto al sujeto activo de la petición (persona o grupo) y desde el punto de vista objetivo porque lo reclamado es un bien, que pertenece a todos y al grupo pero es indivisible; por lo que la satisfacción del interés respecto de uno de ellos importa la de todos.

I. 7. b. Tesis Garantista.

Propone una definición más amplia de los derechos de incidencia colectiva, ampliando en consecuencia el alcance de los casos de procedencia de las acciones colectivas al hacer un reconocimiento ampliado de los legitimados colectivos. En este supuesto, el hecho de que se trate de derechos divisibles no sería un obstáculo para la admisibilidad de la legitimación activa colectiva. De este modo, los titulares de derechos pueden obtener un pronunciamiento judicial que evalúe los méritos de la pretensión que tiende a protegerlos.

Quiroga Lavié (1998) enseña al respecto, que:

Nunca desde la ley, menos aún desde la Constitución, se ha venido a impulsar de un modo tan imperioso, a partir de la tutela jurisdiccional que provee el amparo, el participacionismo asociativo como técnica de protección de los derechos colectivos.

En esta línea de pensamiento, la garantía de la tutela de los derechos de incidencia colectiva en general, conforme surge del texto constitucional con una amplitud incuestionable, no puede limitarse por alguna ley en particular de menor jerarquía y menos aún por alguna línea interpretativa restrictiva que le priven del sentido y eficacia de la manda constitucional.

Continúa el autor señalando que no puede limitarse la tutela constitucional a la protección exclusiva y excluyente de los derechos que han sido enumerados con un simple propósito ejemplificativo por el constituyente. A su vez, enseña, el género de los derechos de incidencia colectiva no puede ser desvirtuado por una restricción dogmática que va contra de los enunciados del texto explícito del artículo 43 de la Constitución Nacional así como de los términos y amplio alcance de los derechos implícitos reconocidos en el ya comentado artículo 33 de la Carta Magna.

Conclusión

En principio, la Constitución Nacional establece que el objeto cuya tutela se pretende mediante la acción de amparo radica en la protección de actos que violenten un derecho consagrado en la ley fundamental, un tratado internacional o una ley, haya sido transgredido por la administración o por particulares. Este remedio constitucional no debería ejercerse para intentar una acción reclamatoria de daños patrimoniales en la medida que los mismos puedan tutelarse mediante

procedimientos ordinarios.

Como se estudió, en la primera parte del art 43 de la Constitución Nacional, desde su reforma de 1994, ha quedado establecida la garantía fundamental sobre el derecho subjetivo. Por otra parte, en el segundo párrafo se alude directamente a los derechos de incidencia colectiva, cuya naturaleza es supraindividual, y su tutela a través de la acción de amparo colectiva es recogida por los tribunales desde una postura doctrinaria mayoritariamente amplia, lo cual se desprende de la jurisprudencia estudiada.

A partir de estas premisas, se analizaron y categorizaron los derechos de incidencia colectiva en general, y a modo de conclusión de ese tema, se propuso una clasificación en función de la viabilidad de la divisibilidad del derecho tutelado, en la intención de sintetizar los diversos enfoques en esta cuestión. La importancia de definir cuándo un derecho pertenece a la esfera de los derechos de incidencia colectiva, requiere al menos por cuestiones didácticas, una clasificación de los mismos, lo cual fue pretorianamente establecido por la Suprema Corte en el estudiado caso “Halabi”.

De la misma manera, sabiendo que para configurar una causa judicial se deben identificar los elementos procesales que deben ser considerados al plantear el objeto sobre cuyo derecho se pretende la tutela judicial a través de la acción de amparo colectivo, no es menor tener en claro la pertinencia del derecho aducido y por supuesto la legitimación para accionar en consecuencia, lo cual se estudiará en los próximos capítulos.

En efecto, si la certeza y la claridad de la pretensión de la acción permiten identificar al derecho objeto de tutela dentro de la órbita de los derechos de

incidencia colectiva, la legitimación activa será el elemento fundamental restante que deberá acreditarse suficientemente a fin de que tal acción sea admitida. Esto es, previo a analizar la cuestión de la legitimación colectiva, se debe identificar si el derecho transgredido cae dentro de los comprendidos como de incidencia colectiva.

Capítulo II: La legitimación para accionar en el amparo colectivo

federal

“La cuestión del modo de iniciar el procedimiento ante el tribunal constitucional tiene una importancia primordial: de la solución que se adopte depende principalmente la medida en la que el tribunal constitucional podrá cumplir su misión de protector de la Constitución.”

Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, 1928.

Introducción

A partir del contexto doctrinario-jurídico y legislativo referido en el capítulo anterior, en el actual se desarrollaron algunos aspectos diferenciadores entre las diversas categorías de derechos de incidencia colectiva, incorporados con motivo de la reforma constitucional de 1994. Este hecho como se dijo al introducir el presente trabajo, abrió todo un nuevo panorama jurídico que ha motivado diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales acerca del contenido y alcance de estos derechos.

En efecto, es precisamente en los planteos colectivos donde la legitimación para obrar, que es de obligado examen en todo juicio a fin de evitar soluciones ineficaces, cobra mayor trascendencia. En este marco conceptual, a los fines de acreditar la adecuada legitimidad activa, debe previa y necesariamente examinarse la pertinencia de la pretensión, es decir, si lo que se halla en juego es un derecho de incidencia colectiva o no sobre el cual el accionante pueda representar suficientemente ese interés tutelar. Con este conocimiento se estará en condiciones de discutir acabadamente los requisitos que debe cumplir quien reclame la

legitimidad activa correspondiente para demandar la tutela judicial sobre tales derechos colectivos.

II. 1. El concepto de acción

Enseña el maestro Couture (1958, p. 57 y ss.) que *“la acción es, [...], el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”*. Este derecho se enmarca en el derecho constitucional de peticionar ante las autoridades que halla su fundamento en la formulación prevista en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁶, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

En este sentido, la acción no es otra cosa que el poder de hacer valer una pretensión -en general, actos contenidos en la demanda por los cuales se reclama ante un órgano judicial y frente a una persona distinta, sea como actor o demandado- que, a su vez, constituye un supuesto de la actividad procesal (Palacio, 2003, 94 y ss.).

Siguiendo este razonamiento, la acción compete al individuo como atributo de la personalidad lo cual resalta su carácter privado. No obstante, enseña el maestro uruguayo, tiene además un carácter público en la medida que la comunidad se interesa en la efectividad del ejercicio de ese poder jurídico por parte del sujeto que demanda la tutela de su derecho transgredido.

Gozaíni (2005), agrega que, la acción es una manifestación típica del derecho constitucional de petición de los sujetos de derecho y la obligación de

²⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, art 10, establece: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.

ordenar propia del Estado a través de sus jueces. En definitiva, es el derecho a realizar un acto de contenido estrictamente procesal destinado a efectuar un reclamo a la autoridad jurisdiccional, para que actúe en consecuencia contra la otra parte del contradictorio a quien deberá emplazar y someter a las reglas procesales vigentes.

Esto no significa que en paralelo se conceda el derecho al éxito, pues se suceden otras condiciones ajenas al derecho de tramitar una instancia útil y eficaz, y relacionadas con la pretensión procesal (relacionada con los presupuestos procesales, estos son, de admisión y pertinencia) y material (relación jurídica sustancial dirigida a la contraparte).

Bidart Campos (1993, p.350) explica que a priori, hay dos cuestiones fundamentales en el derecho constitucional que deben atender la tutela de derechos reconocidos constitucionalmente. Una se refiere a la existencia de las vías procesales para que esta tutela sea útil y eficaz; y la otra plantea que el sujeto que pretende la tutela de un derecho propio por esas vías, disponga de una “llave” para entrar al proceso, la cual es la legitimación. Es decir, estar legitimado, tener legitimación, reconocida por ley o en su defecto, por los jueces

En consecuencia, mediante la acción se cumple con la jurisdicción en cuanto a la realización del derecho cuya tutela se pretende como atributo de la personalidad y en cuanto resulta el cumplimiento de los más altos fines de la comunidad -efectivización de las garantías fundamentales de justicia, paz, seguridad, orden y libertad-.

En este contexto, se reconoce el derecho a que la acción impetrada prospere más allá de su movida inicial, trasladándose y proyectándose a todas las instancias que concluyan en una sentencia válida. Este es el derecho al debido proceso, o

como se dijo, a la tutela judicial efectiva, así llamada por ejemplo en la Constitución Española²⁷.

Continúa analizando Gozáni (op. cit.), que la Constitución Nacional reformada en 1994 recogió esta filosofía a partir de los derechos y garantías de los arts. 36 a 43, en particular, por la vía del amparo. Distingue este autor el derecho a la defensa por medio de esta garantía, del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida tanto en el derecho español como en el italiano²⁸ y alemán²⁹, en que estos últimos crean un organismo específico para el control constitucional, mientras que la norma Argentina está dirigida a la protección de los derechos del hombre mediante una respuesta rápida y segura como es la vía del amparo, razón por la cual, en los juicios de amparo, varían las cuestiones de legitimación entre otras.

II. 2. La legitimación procesal

El “acto de pedir” no está condicionado por requisitos a cumplir, toda vez que tiene sustento constitucional, en todo caso, los mismos corresponderán a la pretensión. De esta manera, se halla fuera del problema de la legitimación para obrar.

Distinto es el “derecho de pedir”, en el cual se refleja dicha situación. Cuando se habla de legitimación para obrar, se hace referencia a la identidad entre la persona que requiere el servicio judicial y la que se encuentra dentro del proceso ejerciendo una determinada pretensión, y ocupa al actor, al demandado y a los terceros que por ley corresponda (Gozáni, op. cit.).

La legitimación para obrar, entiende este autor, otorga al actor la calidad procesal para requerir una sentencia favorable, de modo tal que quien acciona debe

²⁷ Constitución Española de 1978, art. 24

²⁸ Constitución Italiana, art. 24

²⁹ Ley Fundamental de Bonn (Constitución Alemana), art. 19.4

ser titular, respecto del demandado, de la relación jurídica sustancial. Este concepto significa que el actor debe ser la persona especialmente habilitada por la ley para constituirse en calidad de tal, siempre en relación a la materia en concreto sobre la cual versa el proceso.

Como se ha visto, la legitimación para accionar está íntimamente vinculada con el tipo de derecho que se pretende hacer valer. La falta de legitimación activa, por el contrario, se sustenta en la ausencia de dicha legitimación procesal. De este modo, el problema de la legitimación activa colectiva va a consistir en determinar si el agravio tiene incidencia en lo colectivo, y no en la mera multiplicidad de derechos subjetivos lesionados³⁰. Y para el caso particular de los derechos de incidencia colectiva como género, podrá decirse que la violación de un derecho de este tipo se produce cuando un hecho afecta o amenaza a una pluralidad indeterminada de personas.

Una reflexión sobre estas teorizaciones. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el capítulo de las defensas y excepciones, art. 347, inc. 3), se refiere a la legitimación estableciendo que “*Sólo se admitirán como previas las siguientes excepciones [...] 3) falta de legitimación para obrar en el actor o en el demandado cuando fuere manifiesta...*”; lo cual permite deducir que, si la capacidad fuera atendida previamente, o de oficio, la libertad de acción como principio se vería seriamente vulnerada al condicionarse la admisión del proceso a que el litigante justifique *in limine litis* la titularidad de su derecho.

En el sentido de lo expresado en el párrafo anterior, dice Ramos Méndez (1987, p.187; 1992, p.251) que la existencia o no de dicha titularidad resultará del juicio, bastando para la conducción del proceso que dicha persona sea uno de los

³⁰ CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional”, Fallos 320:2809 (2007)

litigantes. De esta manera, entiende que la legitimación en cuanto teoría representa un esfuerzo superfluo, porque sólo alcanza para indicar quién es el actor y quién el demandado.

Otra línea de pensamiento (Montero Aroca, 1994), advirtiendo que la postura recién explicada olvida otros aspectos que son ajenos a la cuestión sustancial y tienen estricto contenido procesal (como la capacidad, condición de parte, etc.), plantea que la legitimación *ad causam* debe priorizarse *in liminis litis*, a fin de evitar que se valore recién con la sentencia y se desarrolle un proceso inútil entre quienes no sean las partes justas. De esta manera, el juez de la causa habrá de controlar de oficio la concurrencia de la legitimación, siendo de este modo un verdadero presupuesto procesal.

II. 2. a. Legitimatío ad processum

Siguiendo a Gozaíni (op. cit.), hay que diferenciar entre titularidad del derecho y legitimación procesal, pues su igualación sólo es viable desde un punto de vista estático, es decir, como *legitimatío ad processum*. Como puede verse, mantiene cierta independencia del derecho o interés cuya tutela se pretende, conformando un requisito de carácter procesal para que la litis pueda trabarse válidamente.

La legitimación *ad processum*, según este autor, “*refiere a las condiciones particulares que las partes deben acreditar para comparecer en juicio*”. Es la capacidad procesal, de hecho, o de obrar, que tiene el sujeto y, sin la cual, debe concurrir a juicio con sus representantes. Como se refiere a la aptitud del sujeto para pretender y ser parte en un proceso, es decir, para poder realizar eficazmente los actos procesales de parte, sean del actor (legitimación *ad processum* activa) como del demandado (legitimación *ad processum* pasiva), su concepto está

íntimamente relacionado con los presupuestos procesales que se exigen para ejercer la acción.

En consecuencia, la legitimación *ad processum* forma parte de lo que se conoce con el nombre de personería adjetiva, que se corresponde con la capacidad para comparecer en un proceso por sí mismo, en forma directa e independiente y que, en algunos casos por disposición de la ley o por convención, se delega en otra persona quien ejerce esa representación (Birri, 2013).

II. 2. b. Legitimatío ad causam

Dice Gozáni (op. cit.) que estar legitimado en la causa es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión que “*supone tener una situación personal que le permita al individuo tener una sólida expectativa a tramitar un proceso y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto*”. Eso quiere decir que, para el dictado de una sentencia válida, es indispensable haber cumplido aquellas condiciones que integran los presupuestos sustanciales.

Desde un punto de vista, los presupuestos sustanciales incluyen la realización de un procedimiento regular y legal, y desde otro, la acreditación de la legitimatio ad causam (es decir, para adquirir la calidad de parte e intervenir en el debate procesal) como condición indispensable para que el juez pueda dictar válidamente la sentencia respecto a la cuestión de fondo, más allá de que sea favorable o no, resolviendo respecto del actor si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda y, respecto del demandado, si es la persona habilitada para discutir u oponerse a la pretensión del demandante .

Desde este último enfoque, los presupuestos sentenciales se vinculan con las pretensiones de las partes de contenido sustancial, es decir, como presupuesto material, y no con el procedimiento adjetivo en sí mismo. De esta manera, la

legitimación ad causam según algunos autores, carecería de objeto de estudio en el derecho procesal, en la medida que no condiciona la admisibilidad del proceso (Ramos Méndez, 1992, p.253; Serra Domínguez, 1987, p.309) pues el interés de obrar es el que justifica el derecho al proceso.

Gozaíni (op. cit.) destaca un aspecto que permite apuntalar esta postura, el cual radica en los casos donde se actúa en el proceso a través de representantes por alguna causal de incapacidad para actuar. Allí se demuestra que la *legitimatío ad causam*, no guarda conexiones con la titularidad en el ejercicio de la acción.

Obviamente, se distinguen los presupuestos sentenciales referidos a la pretensión del actor y aquellos referidos a la oposición del demandado. Esta postura vincula a los presupuestos materiales o sentenciales con la cuestión de fondo y atacan a las pretensiones sustanciales esgrimidas por la otra parte. De aquí se sigue que su existencia o inexistencia determinarían la admisión o rechazo de la pretensión en la decisión final.

En este orden de ideas, tales presupuestos materiales están vinculados con la *legitimatío ad causam*, es decir la calidad o idoneidad para actuar como parte en un determinado proceso. Vale decir que, la *legitimatío ad causam* activa exige que el actor sea el sujeto habilitado por ley para formular la pretensión, el cual en este carácter, deberá plantear correctamente la relación sustancial pretendida, realizar una petición presentada en forma clara y concreta que no haya sido impugnada por objeciones como la litispendencia, la cosa juzgada entre otras, deberá probar los hechos fundado en el derecho que le asista, además de exhibir un interés sustancial en la obtención de la sentencia.

La verificación de su existencia puede tanto ser alegada por las partes, como resuelta por el juez, quien tiene esa carga ineludible como director del

proceso y en caso de determinar su ausencia, debe dictar la resolución inhibitoria que le impide decidir sobre la cuestión de fondo. Esta responsabilidad última de los magistrados, va en beneficio de las partes y también del estado, ya que si bien la legitimación *ad causam* no es condición ni presupuesto de la acción porque puede ser ejercitada aún en su ausencia (en el caso de las legitimaciones extraordinarias), sin embargo, es condición del éxito de la pretensión y requisito para el dictado de una sentencia de fondo (Birri, op. cit.)

II. 3. De la legitimación individual a la legitimación colectiva

Ampliando lo hasta aquí estudiado, Gozaíni (1996), explica que el sistema clásico de derechos que surge con el constitucionalismo liberal de fines del siglo XVII, se consolida con los derechos individuales en los albores del siglo XIX, y halla su tutela bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien resulta ser el legítimo titular del derecho invocado. Es decir, el problema del acceso a la jurisdicción, era atendido como una cuestión netamente jurídica para determinar la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirmaba y el objeto jurídico pretendido.

De este modo, para ingresar al proceso se debía acreditar la pertenencia exclusiva del derecho subjetivo invocado o fundar adecuadamente el interés que se reclamaba (*legitimatío ad causam*). Dicho de otro modo, los presupuestos de admisión al proceso estaban determinados por normas que asumían que, el rol de actores y demandados, sólo podían acreditarlo quienes estuvieran jurídicamente habilitados por su relación con el derecho subjetivo.

La legitimación activa era, de este modo, un requisito de la pretensión, tanto en sentido formal como material (este último lo era en relación al resultado efectivo

en la sentencia). En definitiva, quien demandaba debía acreditar tanto la procedencia como la pertinencia de su acción, porque regía la regla general acerca de que la legitimación activa la tiene el titular de los bienes jurídicos individuales sobre los cuales ejerce su derecho, lo cual se proyectaba para el caso del litisconsorcio o numerosas personas involucradas.

Esto sigue siendo así, en la medida que exista un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular sobre el cual recae la carga de probar la lesión al derecho que reclama para configurar el contradictorio. Si no se presentaba este presupuesto, se rechazaba la pretensión por inexistencia de conflicto, esto es, porque no había causa donde se persiguiese en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas³¹.

De esta manera, con la ampliación del paradigma de los derechos y el reconocimiento de la garantía tutelar judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva, su defensa, en el caso de la acción de amparo colectivo tal como surge de la norma constitucional³², requiere de una legitimación procesal que necesariamente es función directa de la existencia, en la controversia, de derechos de incidencia colectiva protegidos por la Carta Magna.

En consecuencia, en la medida que dichos derechos existen y son transgredidos, la legitimación activa colectiva queda habilitada (Sigal, 2006). De la misma manera se expresa Lorenzetti (2010, p. 138 y 139), para quien es crucial determinar la aptitud de postulación de quien se presenta como representante de un grupo porque la sentencia tendrá efectos expansivos, con lo cual toma mayor

³¹ CSJN, Fallos 156:318 (1929); Ley 27, artículo 2.

³² Constitución Nacional, art. 43, 2do. párrafo.

relevancia el deber de los jueces de examinar la legitimación representativa, tanto liminarmente como en todo el transcurso del proceso.

En otras palabras, en la medida que determinados individuos resulten afectados en un proceso en el cual no hayan participado efectivamente, se realiza esa responsabilidad el juez a fin de que la representación que ejerce el legitimado sea la adecuada y no violentar el debido proceso de los ausentes en el proceso colectivo. Al respecto, razonando bajo esta lógica, Gidi (2003, p. 107) afirma que:

La cuestión de la legitimación para demandar en las acciones colectivas es un problema cronológicamente anterior al de la cosa juzgada. Sin embargo, se trata de un problema lógicamente posterior. Esto porque en verdad se procura regular la legitimación para que los interesados tengan sus intereses adecuadamente representados en juicio, porque serán, de alguna forma, afectados por la inmutabilidad de lo resuelto en la sentencia colectiva, aunque no hayan sido parte en el proceso colectivo o al menos escuchados individualmente.

De esta manera, siguiendo a Gidi (op. cit.), la legitimación colectiva *“designa la clase de personas autorizadas por el derecho nacional para promover una acción de tal índole que proteja los derechos de grupo”*, refrendando así la idea de que la sentencia produce efectos extensivos a otros sujetos que no necesariamente fueron parte en el mismo proceso, pero que se encuentran en una posición similar a la de quienes actúan a nombre propio, pero en defensa de un interés compartido o ajeno.

Analizando específicamente el espectro de legitimados para accionar, se observa que depende en gran medida de los derechos cuya defensa se invoca. El artículo 43 de la Carta Magna, determina que el legitimado es *“toda persona”* a la que se lesione, restrinja, altere o amenace un derecho o garantía reconocido por la

Constitución, un Tratado o una ley está legitimado y puede entablar acción de amparo. Pero, además, el segundo párrafo especifica que, cuando se trata de “*derechos de incidencia colectiva*”, pueden accionar, los “*afectados*”, el “*Defensor del Pueblo*” y las “*asociaciones*”.

En razón de ello se ha señalado que, en el primer párrafo, se está en presencia del clásico amparo individual por lesión a derechos individuales que exige la demostración de un daño o amenaza de daño concreto, personal, directo y diferenciado para demandar; mientras que el segundo párrafo se refiere al llamado “*amparo colectivo*”, que fue la novedad de la reforma, en el cual la legitimación activa resulta ser más amplia en atención al tipo de derechos que se intenta proteger.

En los próximos capítulos se desarrollarán la doctrina y jurisprudencia referida a cada uno de los legitimados que reconoce la norma redactada en el art. 43 de la Constitución Nacional, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa ante toda forma de discriminación de los derechos de incidencia colectiva en general (ambiente, competencia, usuario y consumidor). Sin embargo, a continuación, se adelantan algunas cuestiones generales que permiten introducir el tema.

Con respecto al afectado, dice Birri (op. cit.), su legitimación se relaciona con la presentación individual ante la jurisdicción en defensa de un interés o derecho de incidencia colectiva o difuso, arrogándose la presentación de un grupo, categoría o clase, y por cuya reparación no obtendrá ninguna ventaja patrimonial. Algunas posiciones doctrinarias cuestionan la amplitud constitucional sobre la admisibilidad del legitimado, mientras que otros lamentan que en lugar de "afectado" no se haya indicado "todo habitante" (Rivas, 1994).

Como recurso literario, en cuanto metáfora para expresar la dificultad que representa el alcance de la figura del afectado, Sabsay (1996), refiriéndose a estos legitimados explica que el término “*afectado*” resulta “*por demás enigmático*” y por esta razón, ha dado lugar a las más diversas disquisiciones.

En cuanto al Defensor del Pueblo, cabe comentar que durante mucho tiempo tuvo prácticamente negada la representación que le reconoce la Carta Magna, en particular a partir de la Ley Orgánica del Defensor de Pueblo³³, anterior a la reforma constitucional. Sin embargo, a partir de las leyes de Defensa del Consumidor y del Ambiente³⁴, que lo contemplan específicamente entre las figuras habilitadas para promover acciones por daño colectivo, esta cuestión se hallaría resuelta, aunque se mantiene el interrogante acerca de su legitimación para incoar la acción de amparo colectiva frente la afectación de derechos individuales homogéneos.

Cabe destacar que, el rol del Defensor del Pueblo, se haya reglado en el artículo 86 de la Constitución Nacional, dirigido a la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos y garantías tutelados por la Constitución y las leyes ante hechos u omisiones de la administración y el control de las funciones administrativas públicas, incluyendo la defensa de los intereses difusos y colectivos.

Finalmente, un tercer legitimado para actuar en la protección de los derechos colectivos está integrado por las asociaciones de que propendan a los fines del segundo párrafo del artículo 43 de la Carta Magna. Por ejemplo, las

³³ Ley Orgánica del Defensor del Pueblo Nro. 24.284 (1993)

³⁴ Ley de Defensa del Consumidor Nro. 26.361 (2008) y la Ley General del Ambiente Nro. 25.675 (2002)

asociaciones de los consumidores y usuarios, integran este grupo de legitimados, aunque es un t3pico que tambi3n requiere de una regulaci3n normativa, pues no ha sido sancionada la ley que regule su registro conforme lo exige el ordenamiento constitucional. Ante el silencio legislativo, siguiendo la doctrina judicial en la materia, se admite el acceso a la jurisdicci3n otorgando legitimaci3n a las asociaciones inscriptas en la Inspecci3n General de Justicia, toda vez que la finalidad expresada en sus correspondientes estatutos se vincule con el objeto procesal de la demanda.

En efecto, actualmente s3lo existe un Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores creado y actualizado mediante resoluciones de la Secretar3a de Comercio Interior, lo cual no cumple con lo establecido en el texto fundamental. Dest3quese que las asociaciones y su regulaci3n por ley, involucra a todas aquellas que propendan a la defensa de los diferentes derechos de incidencia colectiva, no s3lo a los del consumidor. De este modo se pone en evidencia la vigencia de la problem3tica sobre la legitimaci3n de estas asociaciones surgida a partir del reconocimiento constitucional de tales derechos.

II. 4. Problemas de la legitimaci3n activa en el amparo colectivo.

A partir de lo expresado por Prat (Prat, op. cit.), el principal conflicto que se enfrenta al analizar la cuesti3n relativa a la legitimaci3n activa en los amparos colectivos, consiste en el supuesto de la afectaci3n de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homog3neos. Se observan tres motivos que, aunque difieren entre s3, est3n 3ntimamente relacionados y que son parte de los deberes del actor.

En primer término, está el problema de la identificación precisa del grupo afectado, lo cual debe ser realizado siguiendo criterios objetivos, y desechando los meramente subjetivos.

En segundo orden, el actor se debe preguntar cuántas personas deben encontrarse lesionadas para que se considere que tal pluralidad sea lo suficientemente relevante ante la verificación de una causa común que afecta sus derechos.

Sobre este aspecto, diversos autores plantean que es posible fijar un número mínimo de integrantes. No obstante, esta idea no parece ser la forma más garantista de definir la amplitud del colectivo en la medida que implica un criterio inflexible y la determinación de un número siempre va ser arbitrario. La propuesta más razonable que se desprende desde una postura amplia, sigue la Regla 23 del derecho federal estadounidense³⁵.

Esta norma requiere que el litisconsorcio sea impracticable y que el juez valore tal situación en cada caso a los fines de constituir la clase. De todas formas, también puede objetarse que, dejar en la interpretación del juez esta definición, podría implicar alguna vulneración al principio de seguridad jurídica y constituir un caso de activismo judicial.

La tercera cuestión está referida a la calidad del legitimado en definitiva para esta acción, una vez que se han atendido los motivos anteriores. En el marco de una tesis amplia, dada la naturaleza de la pretensión, debe permitirse que estén legitimados, además del afectado -el cual deberá acreditar la adecuada representación del grupo perjudicado- el Defensor del Pueblo de la Nación y las

³⁵ Federal Rules of Civil Procedure de 1966, art 23.

asociaciones que concentren intereses individuales homogéneos, más allá de su regulación por normas especiales.

A pesar de que algo ya se mencionado al respecto, a continuación se tratan resumidamente dos clasificaciones de la legitimación en función de la identidad de la personalidad del que actúa en el proceso y de quien tiene el derecho a accionar, porque integran los conceptos sobre los cuales se da la problemática de la legitimación para incoar esta acción constitucional.

II. 4. a. Legitimación ordinaria

En principio, cuando la persona titular del derecho subjetivo se reconoce en la parte activa o pasiva del proceso, estamos en presencia de lo que se ha dado en llamar legitimación ordinaria, que se presenta en la generalidad de los casos. Siguiendo a Gozáni (1996, p. 81) la legitimación ordinaria, otrora estudiada como legitimación, es el instituto que incorpora en una situación jurídica subjetiva una pertenencia tal, que llevada al proceso judicial con la interposición de la demanda permite contar con una expectativa cierta en miras a la sentencia que se dictará en un determinado pleito, aunque se deberá separar, si el promotor del proceso es el damnificado, o por el contrario, se actúa en representación del verdadero titular del derecho.

Entonces, la legitimación ordinaria puede definirse como aquella que busca relacionar el derecho subjetivo en cabeza de quien se presenta ante la jurisdicción formulando la demanda (Gozáni, 2005).

II. 4. b. Legitimación extraordinaria o anómala

Por una parte, en referencia a los intereses que tienen protección judicial, el ensanchamiento del universo de derechos tutelados con la incorporación de los

derechos colectivos, sociales o difusos en la categoría de derechos de incidencia colectiva, origina situaciones que determinan la cabida de representantes a los cuales se les reconoce legitimación para accionar en defensa de tales intereses.

Esto significa el reconocimiento de otros derechos diferentes al subjetivo, pero que igualmente merecen tutela jurídica. Es decir, en la búsqueda de respuestas a estos fines apareció la legitimación extraordinaria o anómala, en la que se contempla el mayor o menor interés del peticionante y, con una mirada inclusiva, se lo integra al proceso a través de vías diversas, sin insistir en la necesaria existencia de cierta relación con el derecho subjetivo (Birri, op. cit.)

Al respecto, dice Dice Gozaíni (op.cit.) que se trata de cubrir el *quid* que nace “*cuando la pretensión planteada en juicio no viene en cabeza de su titular sino en la masificación del interés*”. De esta manera, el reconocimiento de tales derechos repercute tanto en la calidad de parte como en los efectos de la sentencia.

Por otra parte, en relación a las personas que promueven las acciones colectivas, de acuerdo a la manda constitucional del art. 43, 2do. párrafo, está compuesta por las figuras del Defensor del Pueblo y de las asociaciones y en toda persona que acredite un interés legítimo, lo que obviamente es una alteración del principio de personalidad procesal tradicional. En consecuencia, continúa desarrollando el autor, la relación jurídica clásica entre dos, desaparece por la confusión de una de las partes o por la incorporación de otros interesados, que a su vez, lleva a tener que especificar el rol que tiene el interés del que pretende legitimarse para accionar.

En síntesis, la legitimación procesal “anómala o extraordinaria”, se produce cuando a través de ella se opera una disociación entre el legitimado para obrar en el

proceso y el sujeto titular de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión (Alsina, 1963). Se diferencia de la representación en la circunstancia de que, mientras el sustituto reclama la protección judicial en nombre e interés propio, aunque en virtud de un derecho vinculado a una relación jurídica ajena, el representante actúa en nombre de un tercero y carece de todo interés personal en relación con el objeto del proceso.

El sustituto es parte del proceso. Tiene, por ello, todos los derechos, cargas, deberes y responsabilidades inherentes a tal calidad, con la salvedad de que no puede realizar aquellos actos procesales que comporten, directa o indirectamente, una disposición de los derechos del sustituido. El demandado puede oponer a su pretensión las mismas defensas que cabrían contra la pretensión del sustituido, desde que ambas tienen sustancialmente el mismo contenido. La sentencia pronunciada con respecto al sustituto produce, como, principio, eficacia de cosa juzgada en relación al sustituido, aunque éste no haya sido parte en el proceso.

En relación al fundamento de la legitimación anómala, Jeanneret de Pérez Cortés (2011), indica que:

La especial protección de ciertos intereses comprendidos en esta categoría obedece a que el Estado no quiere abandonar a la iniciativa particular la existencia de una pretensión, o de una oposición a ella, por lo que atribuye a un órgano específico o a una persona jurídica pública la misión de actuar de ese modo ante el órgano jurisdiccional, sin perjuicio de la actividad que los otros legitimados puedan llevar a cabo en nombre e interés propio.

II. 5. Recepción normativa de la legitimación colectiva nacional

En el ordenamiento nacional, el instituto de la legitimación para accionar por la vía del amparo, se halla normado en el art. 43, 2do párrafo de la Constitución

Nacional, sobre el cual se ha trabajado en varios puntos anteriores y en los próximos capítulos. Asimismo, cabe mencionar su relación con las disposiciones del art. 25, inc. 1ro del Pacto de San José de Costa Rica, que goza de jerarquía constitucional de acuerdo a los establecido en el art 75 inc. 22 de la Carta Magna:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...

En cuanto a las disposiciones del artículo 30 de la Ley General del Ambiente³⁶, sobre la calidad de los legitimados para accionar por la vía del amparo determinan que:

Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

³⁶ Ley General del Ambiente Nro. 25.675/02

De esta manera quedó institucionalizado el amparo por cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo, que es una suerte de subtipo o nueva versión del amparo que bien podría decirse tiene caracteres de una acción popular, según algunos autores (Prat, Op. cit.), ya que a efectos de garantizar una concreta y efectiva tutela resulta necesaria una “*prudente pero amplia apertura legitimatoria jurisdiccional*”.

En cuanto a la ley de Defensa del Consumidor, es dable advertir, de acuerdo a lo que establece el art. 52, no se limita de ninguna manera la actuación de los usuarios, al Defensor del Pueblo ni a las asociaciones de consumidores o usuarios, excepto que no cumplan con los requisitos previos para su legitimación:

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas.

De este modo, puede colegirse que debe interpretarse con criterio amplio su legitimación y reconocerle la facultad de interponer todas las acciones que protejan al usuario y al consumidor, ya sean amparos, cautelares, inhibitorias, resarcitorias o punitivas; ello en virtud de la interpretación a favor del consumidor que debe imperar en las normas que regulan las relaciones de consumo (Sáenz y Silva, 2009, p.588).

Conclusión

Excede al objeto de este trabajo cualquier pretensión omnicomprensiva o la construcción de una teoría de la legitimación en el proceso de amparo colectivo. No

obstante, este instituto constituye el núcleo de la investigación que se ha propuesto realizar mediante este trabajo, en la medida que la problemática resulta actual, cuando convergen cuestiones provenientes de dos ámbitos diferentes, el procesal y el constitucional.

Esto es así, toda vez que la titularidad, el alcance y la forma de la legitimación para impetrar esta acción constitucional difiere según sea el derecho fundamental transgredido, dando lugar en determinadas oportunidades, a su rechazo o admisión según sea el caso llevado ante los tribunales federales. De esta manera es un tema que tiene relevancia e interés práctico, definiendo la suerte que correrá la demanda, tanto en relación a su admisión como al contenido de la sentencia.

Por esta razón, partiendo del concepto de acción, como punto de confluencia desde el cual se inicia este proceso constitucional, se analizó la problemática de la legitimación procesal, comentando algunas teorías, y describiendo las categorías de la *legitimatío ad causam* y *ad processum* que deberán cumplimentar los presupuestos requeridos para actuar en dicho proceso.

Las palabras de Morello (2001), citando a Puig Brutau, J. encierran toda una definición sobre la amplitud que debe otorgarse a este concepto:

La legitimación actúa como cuña profunda y expansiva, que se emancipa de desgastantes e infructuosas fidelidades al sistema, a la escuela, que al fin estorban y dificultan el andar al encerrarse, gozosas, en las disputas inconducentes de profesores. Más legitimaciones frente a nuevos derechos, diferentes conflictos y afinadas formas del trámite judicial palpitan en el seno de las sociedades que escuchan ya los ruidos del siglo XXI.

Por cierto, quedan muchos temas por desarrollar en este intento por plasmar los preceptos constitucionales y normativos a partir de los cuales conceptualizar la

ampliación de la legitimación para accionar por la vía del amparo colectivo. Ante la inexistencia de una norma que regule este instituto, o al menos de un modelo de legitimación, se asume que la activación del proceso del amparo colectivo responde a una voluntad con una orientación teleológica precisada en la garantía de la tutela efectiva de los derechos de incidencia colectiva que se concreta a través del acceso a la jurisdicción, en la medida que se cumplan con los requisitos procesales y sentenciales para la admisión de la acción y la pretensión de una sentencia válida.

En los capítulos siguientes se analizarán y describirán aspectos doctrinarios y la jurisprudencia relacionada con la legitimación de cada uno de los supuestos especificados en la mencionada norma constitucional, que manifiesta la vigencia de la problemática de la legitimación en los procesos iniciados a través de la acción de amparo en el orden nacional.

Capítulo III: La legitimación colectiva del afectado

“El ‘afectado’ es quien puede interponer acción de amparo en defensa de los intereses difusos o de los derechos de incidencia colectiva, siempre que pruebe un mínimo interés razonable y suficiente para constituirse en defensor de aquellos derechos”.

Bustamante Alsina (1995, p. 81 y ss.)

Introducción

Anteriormente se analizaron los presupuestos que habilitan a la legitimación para obrar, y en este sentido tal como lo explica Bidart Campos (1999, p. 309) *“la legitimación procesal es una herramienta de primer orden en la apertura de las rutas procesales”*, por dicha razón, *“de poco o nada valen las garantías y las vías idóneas, si el acceso a la justicia se bloquea en perjuicio de quién pretende su uso y se le deniega la legitimación”*.

En el presente capítulo, se analizan las distintas posiciones doctrinarias referidas al afectado como representante legitimado para interponer la acción de amparo colectiva. Para abundar en la problemática de la legitimación activa, se trae a consideración una selección de jurisprudencia por las cuales se puede estudiar el criterio imperante en la Corte Suprema, tanto para el rechazo como para la legitimación del afectado para iniciar el proceso a través de la acción de amparo colectiva.

III. 1. Posturas doctrinarias sobre la legitimación colectiva del afectado

III. 1. a. Postura Restringida.

La integra un conjunto de doctrinarios que ven en el afectado a aquel sujeto que es titular de un derecho subjetivo. Es decir, asimilan al afectado con el titular

de un derecho subjetivo y por lo tanto, que persigue la satisfacción de un interés legítimo. En esta posición, que es compartida además por Palacio Caeiro, Sabsay (1996b) ubica principalmente a Cassagne y a Barra, aunque entre otros se incluyen a Dromi, y a Gilardi Madariaga de Negre

En términos generales, aceptan que la cláusula constitucional del artículo 43, 1º párrafo permitiría interponer la acción de amparo a “*toda persona*”. No obstante, aducen que la segunda parte de dicho precepto exige como requisito de admisibilidad para acceder al proceso de amparo individual, que se trate de un “*afectado*”, y sobre éste, precisan que se trata de la persona que ha sufrido una lesión sobre sus intereses personales y directos.

No niegan los supuestos de excepción contemplados en el ordenamiento constitucional -el Defensor del Pueblo y las Asociaciones de interés público debidamente registradas-. Pero entienden que de ninguna manera cabría interpretar que la norma ha consagrado una suerte de “*acción popular*” que, en cabeza de todas las personas -en el sentido de sujetos particulares- les esté permitida la legitimación de los intereses difusos o colectivos.

Esta corriente expresa que la legitimación radica en el ejercicio voluntario de las acciones protectorias por parte del titular de los derechos sobre bienes individuales, aún cuando exista una pluralidad de afectados en la misma situación. Parten del conocimiento de esta regla que proviene del art. 5 de la ley 16986 y del primer párrafo del art 43 de la Carta Magna.

En ambos casos, la norma establece que el legitimado para interponer la acción de amparo es el “*afectado*” ante un perjuicio concreto, quien además debe acreditar que es el titular del interés jurídico concreto sobre el cual pretende la

protección judicial. Este es un requisito imprescindible a los fines de satisfacer los presupuestos necesarios para la existencia del caso, a partir del cual se hará efectivo el control judicial de acuerdo a lo establecido en los arts. 116 y 117 del texto constitucional.

El genérico “*deseo ciudadano de la legalidad*”, sólo refiere a un interés simple que no le confiere legitimación suficiente para ejercer la acción pública. La existencia de interés y su legitimación, sólo son posibles cuando el éxito de la pretensión reporta a quien la formula ya sea utilidad, ganancia o beneficio, o bien, evita un perjuicio, un daño o una lesión. En consecuencia, no puede admitirse legitimación si el accionante no expresa un agravio diferenciado de los demás ciudadanos, pues no puede fundarse la legitimación en el interés general en que se cumpla la Constitución Nacional y sus leyes (Gilardi Madariaga de Negre, 2012).

En síntesis, quienes se suman a esta posición, postulan que el afectado es sólo el *discriminado, el usuario o consumidor defraudado o la empresa* que no puede competir, por ejemplo, todos ellos en la medida que tienen un interés personal y directo. La ausencia de lesión sobre un derecho conlleva la falta de legitimación para accionar ante la justicia, y en estos supuestos, sólo podría plantearse el reclamo en sede administrativa, sin tutela judicial.

Esta posición, minoritaria en la doctrina, ya ha sido descartada por la jurisprudencia dominante. No obstante, no deja de ser una posibilidad interpretativa de consideración en particular por las características del sistema judicial de control difuso.

III. 1. b. Postura intermedia (o amplia).

Al hablar de protección de derechos de incidencia colectiva se amplía el

concepto de *afectado*. En efecto, dice Sabsay (1996, 2000) que esta posición doctrinaria se halla en las antípodas de la teoría restringida. Coincide este autor en denominarla amplia (otros autores la clasifican como una postura intermedia) y, en esta doctrina mayoritaria, se halla a autores como Germán Bidart Campos (1995a), Gozaíni (2004), Sagüés (2009), Morello (1999), Ekmekdjian (1991) y Balbin, C. (2001).

Estos tesisistas postulan que no sólo el afectado en un derecho subjetivo puede accionar, sino también aquél que haya sufrido un menoscabo en un interés legítimo y hasta difuso. Vale decir, interpretan conjuntamente los conceptos de “*afectado*” y de “*derechos de incidencia colectiva en general*”, toda vez que comparte con muchos otros ese perjuicio por el que merece le sea reconocida su legitimación individual tanto aisladamente como en litisconsorcio activo con los demás damnificados o en el marco de una asociación o cuando el perjuicio es compartido por un conjunto de sujetos indeterminados, pero no por ello deja de afectar a cada sujeto en particular aunque ese daño no sea diferenciado (Berra, 2016)

De esta manera, los suscribientes a esta postura proponen que cualquier afectado en un reclamo relacionado con la transgresión de algún derecho colectivo del cual participe, que acredite un mínimo interés razonable y suficiente, tiene suficientemente acreditada la legitimación para actuar. En este sentido, el afectado no necesita demostrar un derecho subjetivo lesionado, pero esto tampoco significa que le sean habilitado el acceso a una acción popular.

Queda ampliado, entonces, el concepto de legitimado incluyendo al afectado en cuanto posea la calidad de titular de intereses difusos o de incidencia colectiva en general. En este sentido, los requisitos a cumplimentar para ser

admitida la parte, consisten en acreditar un mínimo interés razonable y suficiente que lo habilite para constituirse en defensor de derechos de incidencia general o supraindividuales.

Para Quiroga Lavié (1994), adherente a esta postura, el afectado no es sólo el damnificado, es decir, quien ha sufrido un daño. En boca de este autor, que se recuerda ha sido integrante de la “Comisión especializada en nuevos derechos” como convencional constituyente de la reforma de 1994, el afectado *“es quien no habiendo sido aún dañado, se encuentra en el ámbito posible o potencial de ser dañado”*, lo cual representa el caso de legitimación del titular de un interés legítimo.

Tanto la interpretación de la Corte como de la mayoría de los tribunales federales son congruentes con esta postura intermedia, también llamada amplia según algunos autores, que reconoce legitimación a quien, sin ser titular de un derecho subjetivo -como por ejemplo lo es el damnificado directo- es, sin embargo, afectado en un interés diferenciado, en la medida que no se corresponda con derechos patrimoniales. Aunque se legitima a alguien diferente del damnificado directo, la justificación de su admisión como parte, se halla en que el interés invocado no es sólo individual, sino colectivo, sea porque es un bien indivisible - caso del medio ambiente- o porque el afectado representa a una clase y, de esta manera, un interés grupal en la medida que sean intereses individuales homogéneos con una causa fáctica común.

III. 1. c. Postura amplia (o amplísima)

Parte de la doctrina considera legitimado a cualquier persona que invoque la defensa de la legalidad o una disfunción socialmente relevante. Los tesisistas que

apoyan esta doctrina afirman que el concepto de afectado incluye los intereses simples, como por ejemplo, el mero interés en que se cumplan las leyes De manera que se estaría en presencia de una verdadera “acción popular”, y entre sus adeptos se destacan Jiménez (2013) y Gil Domínguez (2014). Más adelante, se comentarán algunos interrogantes que plantea Gil Dominguez (op. cit) en relación a la legitimación del que se presenta como ciudadano con una pretensión relacionada con un derecho de incidencia colectiva.

III. 2. El afectado en relación a los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos

Como ya se dijo en el capítulo anterior, la mayor dificultad en relación a la legitimación para obrar, se halla en los casos donde se pretenda la tutela judicial de derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos. Por esta razón se centrará el desarrollo de la legitimación del afectado fundamentalmente en relación a esta categoría de derechos.

Siguiendo el razonamiento de Gil Dominguez (2011), a partir del nombrado caso Halabi, se establecen los requisitos que deben cumplir los afectados para asumir la representación del grupo o colectivo, cuyos derechos han sido transgredidos, a través de la promoción de una acción colectiva en defensa de un bien colectivo divisible (derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos). En efecto, entre tales exigencias se encuentra la obligación de acreditar la idoneidad requerida a efectos de que les sea reconocida legitimación procesal para promover la correspondiente acción colectiva.

Al analizar el concepto de legitimación procesal, se expresó su consonancia instrumental que difiere del concepto de titularidad de un derecho, sea subjetivo o

colectivo, como parte de la estructura constitutiva del derecho. Entendido de esta manera, el titular de un derecho fundamental tiene la posibilidad de accionar por derecho propio o a través de representantes. Cuando coinciden el titular del derecho con el legitimado procesal, están en perfecta sintonía ambas dimensiones, la estructural y la instrumental, desde un punto de vista iusconstitucionalista.

Ahora bien, para hablar de la idoneidad del afectado conviene hacer una analogía con las exigencias impuestas al Defensor del Pueblo y a las asociaciones para representar al colectivo. La idoneidad de estas figuras se presume ficcionalmente *iuris et de iure*, es decir de pleno derecho. Esto se debe al carácter de órgano constitucional del primero y a la habilitación estatal para actuar en estos casos a las segundas. De esta manera, se entiende que tal acreditación es meramente formal, siendo suficiente para justificar la legitimación procesal colectiva, tal como lo sugiere.

En este orden de ideas, si a tales representantes, que no son titulares de los derechos de incidencia colectiva vulnerados, se les reconoce legitimación extraordinaria para accionar en su defensa, puede concluirse que, con mayores razones a los titulares de tales categorías de derechos, no puede exigírseles que satisfagan una idoneidad sustancial para promover dicha clase de acción.

En definitiva, bastará la denuncia de un daño concreto y que el afectado pertenezca al grupo o colectivo, con quienes podría decirse que comparte la titularidad del derecho a peticionar ante la violación de un derecho colectivo. No existe fundamento constitucional que permita justificar en estas situaciones, una especie de minusvalía de los titulares del derecho colectivo en relación a quienes se les reconoce legitimación extraordinaria formal.

Se pregunta Gil Domínguez (op.cit.), aún admitiendo que existiera un posible razonamiento que justifique la exigencia de idoneidad sustancial en el afectado *¿qué clase de idoneidad sustancial podría requerirse al titular que como legitimado procesal afectado promueve el proceso judicial colectivo?* Al respecto, parafraseando al autor, no puede haber más exigencia que la establecida en los códigos procesales de rito para el titular de un derecho fundamental subjetivo cuando promueve una demanda ordinaria o constitucional.

Se llega, a través de esta especulación, a lo expresado al inicio de este tema: en lo que se refiere a las acciones colectivas, estos requisitos de idoneidad sustancial del afectado no podrían ser otros que los presupuestos generales y particulares establecidos por el Corte Suprema en el caso "Halabi", por la razón de que tal instituto no halla recogida normativa específica, en particular, para accionar por la vía del amparo colectivo. De esta manera, si un juez no rechaza liminarmente la demanda, la idoneidad del actor como representante del grupo queda debidamente acreditada.

A pesar de lo dicho hasta acá, es interesante seguir la idea de Gil Domínguez (op. cit) quien va más allá, y se cuestiona sobre la posibilidad de que fuera insuficiente la idoneidad sustancial colectiva del afectado que se hubiera intentado acreditar satisfaciendo los mismos requisitos exigidos para el afectado titular de un derecho subjetivo. Ante este supuesto, plantea que al afectado de un derecho colectivo sólo le quedaría por argumentar que *“la idoneidad depende de las características personales del promotor de la acción dadas por el curriculum vitae que éste pueda invocar”*.

Es decir, el “peso” de sus antecedentes resultaría o no en su legitimación procesal: si presenta antecedentes importantes, estaría legitimado procesalmente, de

lo contrario, estaría inhibido para estar en juicio en representación del grupo debido a su falta de idoneidad. Este argumento sería constitucionalmente inadmisibles, por cuanto implicaría que, la justificación de un privilegio procesal basado exclusivamente en atributos personales, permitiría desdoblar a los titulares del grupo en idóneos y no idóneos. Evidentemente, el criterio sería estigmatizante pues primaría “*la ley del más fuerte*” por sobre la “*ley del más débil*”.

Concluyendo este tópico, a partir del caso Halabi, Gil Domínguez (op. cit.) cita los recaudos procesales exigidos al afectado para acreditar legitimación activa que oportunamente estableció la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, en el caso de ser un titular de un derecho subjetivo perteneciente de forma homogénea al colectivo, la máxima exigencia de idoneidad que le es requerida para representar procesalmente al grupo afectado por un acto u omisión (público o privado) lesiva, debe satisfacer:

a) existencia de una plataforma fáctica y normativa común que lesione a una pluralidad de derechos subjetivos idénticos;

b) pretensión delimitada por la afectación común del bien colectivo (y no por las afectaciones individuales);

c) justificación de la inviabilidad de promover múltiples procesos individuales conforme surge de los condicionamientos del caso concreto (salvo que se trate de materias tales como el ambiente, el consumo, la salud o grupos tradicionalmente postergados o débilmente protegidos, en cuyo caso la existencia de un fuerte interés estatal para su protección entendido como el de la sociedad en su conjunto hace que las acciones colectivas procedan de manera prioritaria); d) el carácter *erga omnes* de la cosa juzgada constitucional;

- e) precisa identificación del grupo colectivo afectado; y
- f) planteo que involucre cuestiones fácticas y normativas que sean comúnmente homogéneas e imputables a todo el grupo o colectivo.

III. 3. Análisis de Jurisprudencia seleccionada.

Para ejemplificar lo dificultoso que resulta solucionar la problemática de la legitimación activa del afectado que se estudia en este capítulo, se analizan a continuación algunos casos describiendo los aspectos referidos a la legitimación aducida para obrar.

III. 3. a. La legitimación activa en el caso “Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional”

En el mismo sentido de lo expuesto anteriormente en el caso Youssefian, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 4, también se expidió en la causa “*Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional*”³⁷ en agosto de 1997, reconociendo legitimación a Fernández para demandar por la ilegalidad de las nuevas tarifas, en su carácter de “*usuario*” de la red de subterráneos de la ciudad de Buenos Aires. Aunque el fallo fue revocado finalmente por la Corte Suprema por razones de fondo, lo que importa a los efectos de este trabajo, es que no fue cuestionada la legitimación del afectado³⁸.

Abundando en detalles, este caso se fundó en una decisión arbitraria del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos a pedido de Metrovías S.A. Líneas Subterráneas. La administración había aprobado un aumento tarifado del 3,2% el que, no obstante, por efecto del redondeo que realizó la empresa, permitió

³⁷ Cfr. CNFed. Cont. Adm., Sala IV, Fernández, Raúl c/ Poder Ejecutivo Nacional (1997)

³⁸ CSJN, “Fernández Raúl c/ Poder Ejecutivo Nacional Fallos: 322:3013 (1999)

que aquel porcentual de aumento se elevara un 11,11%. En definitiva, por el ajuste autorizado, la tarifa debió aumentar 1 centavo, pero por efecto del redondeo aplicado unilateralmente por la empresa Metrovías, ese centavo se multiplicó casi por cuatro.

Así, la pretensión planteada por el usuario, tenía por objeto la modificación de las tarifas generales del servicio. Como la sentencia fue favorable al demandante, el precio se modificó no sólo para el impugnante, sino para todos los usuarios del servicio. La importancia de este fallo radica en el reconocimiento del derecho colectivo ya que, por el mismo, se podría haber satisfecho la demanda de diversas maneras, como por ejemplo, a través del otorgamiento de un pase especial o de una orden de precio diferenciado a favor del accionante.

Vale decir, en esta causa el actor, demostró no su calidad de usuario, sino de potencial usuario del servicio en cuestión. De esta manera quedó acreditada su legitimidad activa como afectado, en el hecho de que tenía su domicilio en la ciudad donde se aprobó el aumento y que utilizaba ese transporte para dirigirse diariamente a su lugar de trabajo. Al respecto, la Cámara sostuvo que:

...basta con que el actor se encuentre domiciliado en esta ciudad y su lugar de trabajo se ubique también en ella para que pueda ser usuario, aunque sea potencial, del servicio de subterráneo. Ello le alcanza para demostrar su calidad de afectado [...] y también para reconocerle un interés suficientemente concreto, directo e inmediato, merecedor de tutela judicial.

Sobre estos aspectos procesales, cabe destacar que la Corte ha sido conteste en rechazar la idea de que ésta sea una “*acción popular*” en la que pudiera haber estado habilitado para accionar por la “*mera condición de ciudadano*”. Contrario sensu, dicho Tribunal se expresó en el sentido de que, el carácter de ciudadano que

alegara el actor en el marco de una acción de amparo, en principio no es suficiente en la jurisdicción federal para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción.

Ello es así, pues dicho carácter -el de ciudadano-, es de una generalidad tal que impide tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que permita considerar al pleito como una “*causa*”, “*caso*” o controversia, en los términos de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional³⁹, único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida⁴⁰. Surge como corolario de esta sentencia que la postura amplísima no halla eco en la jurisprudencia nacional.

III. 3. b. La legitimación activa en el caso en el caso “Youssefian”

En este mismo orden de ideas, el caso “*Youssefian*”⁴¹ es un ejemplo paradigmático. Aquí el actor, invocando su carácter de usuario del Servicio Básico Telefónico, inició una acción de amparo contra el Estado Nacional a fin de que éste se abstuviese de prorrogar el período de exclusividad a la Licenciataria del Servicio Básico Telefónico Nacional e Internacional en la medida que no se había cumplido con la realización de una audiencia pública.

La acción tendiente a que se realicen las audiencias públicas, puede parecer que sólo debiera haber sido un reclamo por la mera ilegalidad del procedimiento. Aquí, lo novedoso, radica en que fue invocado por parte de quien podría sufrir una afectación diferenciada a raíz de ello, porque al estarle vedado al usuario del servicio participar en la toma de decisiones, en resumidas cuentas podría verse afectado por las mismas. En este caso, la Cámara resolvió reconocer al

³⁹ Constitución Nacional, arts. 116 y 117.

⁴⁰ CSJN, “Polino y otro v. Nación Argentina (PE)”, Fallos: 317:335, Considerando 2 (1994)

⁴¹ CNFed Cont. Adm., Sala IV, “Youssefian, Martín c/ E.N. -Secr. de Comunicaciones s/ amparo ley 16.986” (1998)

actor un interés suficientemente concreto directo e inmediato, merecedor de la tutela judicial requerida, en la medida que no se había previsto la posibilidad de intervención de los usuarios garantizada en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Por otra parte, surge como consecuencia que a los afectados les correspondería aducir su legitimidad ante la lesión de bienes divisibles. Esto puede ocurrir siempre que el reclamo colectivo pueda ser tratado fáctica y jurídicamente como un reclamo individual con consecuencias sólo para el reclamante. Por ejemplo, se da en los casos donde se está frente a una afectación a la propiedad de los usuarios de un servicio por la imposición de una tarifa general que se acusa de ilegal.

III. 3. c. La legitimación activa en el caso “Ekmekdjian”

Se recuerda sintéticamente la cuestión llevada a juicio por Ekmekdjian en el año 1988. Este abogado promovió entonces una acción de amparo contra Sofovich a raíz de unas frases agraviantes contra “el Señor Jesucristo y su Santísima Madre”, emitidas por un entrevistado durante el programa de televisión que conducía el mismo Sofovich.

Sintiéndose lesionado en su sentimiento de católico cristiano, Ekmekdjian envió una Carta Documento a Sofovich y al Canal 2 solicitando que leyeran el texto de la misma en ese programa de entretenimientos. Como no obtuvo respuesta, planteó la demanda en función de la lesión antedicha pues entendía que le correspondía el derecho a réplica. Desestimada en primera y segunda instancia, el accionante recurrió ante la Corte la cual finalmente le reconoció su derecho a réplica dentro del marco de una acción de amparo que protegía los derechos colectivos.

En este sentido, el fallo resulta de suma trascendencia porque admite la legitimación del actor para accionar por la vía constitucional ante una lesión a un derecho colectivo. En efecto, el actor si bien accionó por derecho propio, se le reconoció la defensa de un derecho de incidencia colectiva, por lo cual el Alto Tribunal, extendió la reparación a los demás sujetos que no habían sido parte en el pleito, esto es, atendiendo a un perjuicio compartido por un número indeterminado de personas *afectadas* que no habían intervenido en la causa. No obstante, se plantearon disidencias, en particular los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, quienes consideraron que era palmaria la ausencia de legitimación del actor toda vez que éste no había sido el aludido ni mencionado en el programa⁴².

Como una reflexión final, no debería soslayarse que los jueces de las instancias inferiores, al igual que los demás profesionales de la justicia que participaron en esta causa, desconocían el derecho del actor a incoar una acción de amparo para reclamar la tutela judicial efectiva ante la afectación a un interés legítimo. Sin embargo, recién en la instancia de la Corte y con un fallo mayoritario, se reconoció la legitimación activa al demandante. Este caso, muestra la dificultad para interpretar cuándo cabe la legitimación ante la violación de derechos difusos como son los sentimientos religiosos.

III. 3. d. La legitimación activa en el caso “Mendoza”

Tal como se ha desarrollado en los títulos anteriores, determinar cuándo existe una afectación a derechos de incidencia colectiva, muchas veces resulta un tarea harto complicada. Al respecto, analizando el caso “*Mendoza*”⁴³, se verifica

⁴² CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. vs. Sofovich, Gerardo y otros” Disidencia parcial de los doctores Don Enrique Santiago Petracchi y Don Eduardo Moliné O'Connor, Fallos: 315:1492, Considerando 24 (1992)

⁴³ CSJN, “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros”, Fallos: 329:2316 (2006)

este postulado, toda vez que por la vía del amparo, el actor buscaba:

a) el resarcimiento por los daños que la contaminación del Riachuelo producía sobre las personas que habitaban un asentamiento y otros vecinos profesionales de un hospital; y

b) el resarcimiento del daño infringido al ambiente y su recomposición.

Vale destacar que éste es un ejemplo clásico donde coexisten derechos difusos e individuales homogéneos en un caso colectivo. En este caso, la solución aportada por la Corte consistió en delimitar las pretensiones en dos grupos, de acuerdo a tales pretensiones:

a) referida al resarcimiento de lesiones de bienes individuales homogéneos, es decir, que tenían causa fáctica común;

b) la defensa de un bien de incidencia colectiva, el cual se hallaba configurado por el ambiente, en cuanto derecho difuso.

En referencia a la primera pretensión, la legitimación activa comprendió a las personas que se detallaban, las cuales reclamaban un resarcimiento a sí mismos por el daño propio y la depreciación de su patrimonio por el daño ambiental. En cuanto al segundo supuesto, el Alto Tribunal consideró acreditada la legitimidad extraordinaria para la tutela de un bien colectivo de naturaleza indivisible, tutelado de manera no disponible para las partes, determinando que correspondía primero la prevención, luego la recomposición y finalmente el resarcimiento, siguiendo las disposiciones de la ley especial⁴⁴.

Como puede verse, el resarcimiento por daños no ingresó en la esfera de la

⁴⁴ Ley 25.675, Ley Nacional del Ambiente, art. 28.

tutela colectiva, pese a estar relacionado con un daño a un bien colectivo, el cual fue la afectación del ambiente. Por lo tanto, como corolario de la sentencia en este caso, resulta que no basta la relación de un hecho con un derecho colectivo para considerar que la demanda persigue la protección de derechos de incidencia colectiva (Rivera, 2008). Y de la misma manera, la afectación de un bien colectivo no implica la admisión de la pretensión colectiva de un resarcimiento por el daño individual.

En definitiva, cuando en el marco de un amparo colectivo se presente una pretensión exigiendo una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, sea por derecho particular o en representación de una clase o de toda la colectividad, puede ocurrir que esa sea su única pretensión. En este caso, el amparo deberá ser rechazado *in limine*. Por otra parte, si en la demanda coexistieran junto con esta otras pretensiones a las que sí correspondiera darle el trámite del amparo (ejemplo: el cese de actividad generadora de daño ambiental) deberá ordenarse su desacumulación (Prat, op. cit.).

III. 3. e. La legitimación activa en el caso “Halabi”

Continuando con el criterio esbozado de la Corte Suprema en el caso analizado precedentemente, se analizan los aspectos cruciales del fallo “Halabi”⁴⁵, ya comentado en diversos puntos de este trabajo, relacionados con los requisitos de procedencia de la acción en la medida que la legitimación activa es uno de ellos.

En esta causa, un abogado, Halabi, inició una acción de amparo contra el Estado Nacional con el fin de que se declarase la inconstitucionalidad de la ley

⁴⁵ CSJN, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 Dto.1563/04”, Fallos: 332:111, Considerandos 11, 12, 13 y 14 (2009)

25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en cuanto vulnerarían los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, al autorizar la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determinara en qué casos y con qué justificativos. El actor alegó que esa intromisión constituía una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la vez que menoscababa el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes. En primera instancia se hizo lugar a la pretensión, que fue confirmada por La Cámara atribuyéndole a su vez efectos erga omnes. Interpuesto recurso extraordinario federal, Corte Suprema confirmó el pronunciamiento en favor del actor.

En primer lugar, corresponde identificar el derecho sobre el cual Halabi accionó pretendiendo la tutela judicial, el cual califica en la categoría de derechos de incidencia colectiva, individuales homogéneos. Siguiendo el orden didáctico de la Corte Suprema, en su voto por la mayoría, los puntos que interesan estudiar en referencia a la legitimación del afectado, se describen a continuación:

En el considerando 11), el Alto Tribunal establece que son dos los elementos calificantes de los derechos de incidencia colectiva: en primer lugar, que la petición tenga por objeto la tutela de un bien colectivo -que pertenece a toda la sociedad, es indivisible y no admite exclusión alguna-; y en segundo orden, que la pretensión se focalice en la incidencia colectiva del derecho, es decir, que no repercuta sobre el patrimonio individual, pues en este caso, la acción corresponde a su titular y concurre con la primera -como ocurre con el daño ambiental-. En otras palabras, el individuo que ostenta la legitimación no se beneficia directamente, sino que los efectos repercuten sobre el objeto de la causa pretendida.

En el considerando 12), se tratan las cuestiones relacionadas con los

derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos - derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, derechos de los usuarios y consumidores, derechos de los sujetos discriminados-. Para la Corte, estos derechos no conciernen a un bien colectivo, sino a derechos individuales enteramente divisibles.

Sin embargo, explica, *“hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea”*. Éste es el dato que considera de relevancia jurídica revelando que en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. La existencia de una homogeneidad fáctica y normativa lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Ahora, bien, ante la ausencia normativa que regule el ejercicio de las acciones de clase para este tipo de derechos, continúa el fallo, es incierto establecer si la legitimación le corresponde exclusivamente al integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, lo cual debe ser subsanado por el pretor. Y en este sentido, determina los criterios de procedencia de la acción de amparo colectiva para defender los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos que han sido conculcados.

Estos se concentran en el considerando 13) que plantea los requisitos de verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado y, versar sobre derechos individuales donde exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por la trascendencia

social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

A continuación se relacionan estos requisitos con los acreditados en el caso Halabi propiamente, según lo expone la Corte en el considerando 14):

a) La existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. En efecto, Halabi justifica la existencia de un hecho único -la normativa en cuestión- que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

b) Que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo peticiona, por lo que la existencia de causa no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Precisamente, la simple lectura de la ley 25.837 y su decreto reglamentario, *“revelan que sus preceptos alcanzan por igual y sin excepciones a todo el colectivo que en esta causa representa el abogado Halabi”*.

c) Que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. No obstante lo cual, la acción resultará procedente en aquellos casos donde cobren preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, consumo, salud o que afectan a grupos tradicionalmente postergados o débilmente protegidos. La naturaleza de estos derechos excede el interés de cada parte, y evidencia el fuerte interés y presencia del Estado para su protección.

Al respecto, la Corte entendió que en Halabi, hay una clara afectación del acceso a la justicia, porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma.

III. 3. f. La legitimación activa en el caso “Schroeder”

“Schroeder”⁴⁶ es un caso paradigmático porque empezó antes de la reforma constitucional y terminó después de la sanción de la reforma. En segunda instancia se aclaró que habiendo sido reformada la Constitución Nacional, los argumentos esbozados para justificar la falta de legitimación activa del actor al momento de sentenciar eran improcedentes, pese a admitirse que podrían haber sido sostenibles en el momento en que se efectuaron las impugnaciones previo a la reforma.

Este caso, en resumidas cuentas, trataba una acción de amparo interpuesta por un vecino de la provincia de Buenos Aires contra una sociedad estatal por el cual se pretendía, con arreglo en los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional⁴⁷ y el artículo 3 de la Ley de Gestión de Residuos Radioactivos⁴⁸, la nulidad de una cláusula de un convenio para la instalación de una planta de tratamiento de residuos peligrosos en un área del municipio del cual el actor, era “*un vecino*”.

El juez de grado rechazó la pretensión pero el Tribunal de Alzada revocó la sentencia haciendo lugar a la misma. Interpuesto el recurso extraordinario, la Corte hizo lugar al mismo y dejó sin efecto la sentencia apelada ordenando su remisión al Tribunal de origen para una nueva sentencia con arreglo a lo pronunciado.

En definitiva, lo que importa a los fines de este trabajo es que se admitió la acción en la medida que el actor cumplía con el requisito del interés personal y directo, calificando la acción de amparo interpuesta como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto un bien colectivo (la defensa del ambiente). Conforme los términos señalados en este fallo, se ha tenido

⁴⁶ CSJN, “Schröder, Juan c. INVAP S.E. y E.N. s/ amparo” Fallos: 333.1:570, (2010)

⁴⁷ Constitución Nacional, artículo 41.

⁴⁸ Ley Nro. 25.018, “Ley de Gestión de Residuos Radioactivos”, artículo 3.

por afectado a quien puede ver lesionado su interés de una manera directa, aunque sea potencial (Quiroga Lavié, 1996).

En este sentido, quien sufre la “*amenaza*” a su interés -en el caso, la protección de su medio ambiente-, deja manifiesto el carácter preventivo de la acción de amparo. Podría decirse que dicho interés es personal, pero en realidad es un interés compartido con los demás vecinos, que también son miembros de la comunidad, lo cual tampoco fue óbice para considerar su interés como diferenciado, es decir individual, pero con un nexo con los demás vecinos dado por la causa fáctica común.

El hecho es que le fue reconocida legitimación a “*un vecino*” de la localidad y como tal entra dentro de la categoría de “*afectado*”, en consecuencia, resulta válida su pretensión de anular el correspondiente procedimiento licitatorio. Al respecto, la Corte Suprema dijo

el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada, concurriendo desde luego, los requisitos señalados, ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?

Otro aspecto a considerar que surgió a consecuencia de este fallo, radica en la potencialidad o mediatez de la afectación que puede aparecer o “*parecer*” más amplia en ciertos casos. Se trata por ejemplo de la afectación de derechos más “*procedimentales*” como aquellos tendientes a garantizar la participación ciudadana en defensa de otros derechos, los derechos a la participación de los usuarios en el control de los servicios públicos, o el derecho a la información de los consumidores y usuarios, que a estos efectos se entienden como intereses suficientemente

directos, concretos e inmediatos.

III. 3. g. La legitimación activa en el caso “Roquel”⁴⁹

En esta causa, la mayoría de la Corte Suprema declaró inadmisibile la acción de amparo colectiva promovida por los actores en su carácter de ciudadanos electores de la Provincia de Santa Cruz, usuarios y consumidores. Tal pretensión tenía por objeto que se declarase la inconstitucionalidad del Dto. 1277/2012, por el cual se aprobó la reglamentación de la ley 26741 referente a la expropiación del 51% del patrimonio de YPF SA y Repsol YPF Gas SA, entre otras cuestiones.

El rechazo de esta demanda se fundamentó, principalmente, en la falta de verificación de un interés jurídico inmediato o directo que diera lugar a la controversia en forma actual o futura. Asimismo, no fue admitida la calidad de los actores invocada en cuanto ciudadanos electores de la provincia de Santa Cruz, usuarios, consumidores y beneficiarios, toda vez que el concepto de “ciudadano” remite a una generalidad tal que su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés “especial” o “directo”, “inmediato”, “concreto” o “sustancial” que permita tener por configurado un “caso contencioso”.

En este sentido, dice el Alto Tribunal, recae en el actor la carga de demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios invocados la afectan de manera suficientemente directa o sustancial. Por otra parte, la admisión de la legitimación en un grado que la identifique con el interés de todos los ciudadanos, deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con los demás poderes del Estado.

⁴⁹ CSJN, “Roquel, Héctor Alberto C/ Santa Cruz, Provincia de - (Estado Nacional) S/ Acción De Amparo”, Fallos: 336.2:2356 Considerandos 2, 3 y 4 (2013)

Al respecto, Gil Domínguez (2014) reconoce que la misma Corte Suprema para habilitar la jurisdicción constitucional exige la existencia de una causa, caso o controversia, que debe contener los siguientes elementos:

a) la presencia de una parte actora que invoca la titularidad de un derecho frente a otra parte demandada a la cual se le atribuye una acción u omisión conculcadora;

b) la demostración de la parte actora de un perjuicio concreto;

c) la acreditación de la parte actora de un interés “especial” o “directo” “inmediato”, “concreto” o “sustancial”; y

d) la demostración de la parte actora que los agravios invocados la afectan de manera suficientemente directa o sustancial.

Entonces cabe preguntarse, ¿cuál es la calidad de ciudadano que podría legitimarse? En otras palabras, ¿la categoría de ciudadano es en sí misma desechable para legitimar una acción de amparo colectiva, o es que ningún actor que haya incoado una acción de esta clase ha acreditado suficientemente los elementos configuradores de la causa caso o controversia? Al respecto, la respuesta está en la postura doctrinaria que se abrace, y la Corte Suprema ha sido coherente en el tiempo y en sus fundamentos al respecto. Por lo cual, en función de lo expuesto: una postura amplísima que admita legitimación para accionar ante la acreditación de un mero interés simple, en el sistema de derechos nacional, no tiene acogida por la doctrina jurisprudencial.

III. 3. h. La legitimación activa en el caso “Universidad Nacional”

La Universidad Nacional de Rosario⁵⁰ al promover una acción de amparo contra la Provincia de Entre Ríos, a fin de que se ordene el cese de las quemadas de pastizales que se practicaban de manera reiterada y sistemática en las islas del ecosistema del humedal del Alto Delta del Río Paraná. Fundó su legitimación en los términos del art. 41 de la Constitución Nacional, en el art 30, tercer párrafo, de la Ley General del Ambiente (ley Nro. 25.675) y, en los arts. 3 y 28 de Ley de Educación Superior (ley 24.521), además del art 1º de su estatuto.

El Estado provincial contestó el informe de ley y opuso excepción de falta de legitimación activa de la Universidad, entendiendo que la actora carece de un interés legítimo y directo, y que no surge de la Ley de Educación Superior ni de su estatuto Universitario que se encuentre jurídicamente habilitada para iniciar la acción. Agregó que no se trata de una asociación cuyo objeto de creación propenda a defender los derechos ambientales, y que el invocado artículo 30 -tercer párrafo- de la ley 25.675 no le resulta aplicable.

Al respecto, la Corte Suprema, en un fallo de sólo tres carillas, expuso los fundamentos por los cuales correspondía hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la Provincia de Entre Ríos repitiendo su jurisprudencia relacionada con la posibilidad de que las Universidades puedan demandar en cuestiones ambientales que afecten a los derechos colectivos en esta materia.

Siguiendo la línea definida en fallos anteriores⁵¹, planteó que el primer presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto

⁵⁰ CSJN, “Universidad Nacional de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de s/ Amparo (daño ambiental)”, del 11 de diciembre de 2014, Fallos:337.2:1447 (2014)

⁵¹ CSJN, “Defensor del Pueblo c/ Poder Ejecutivo Nacional. Dec.1517/98” del 21/12/2000. Fallos: 323.3:4098 (2000)

por el Tribunal, consiste en tratar la cuestión atinente a la legitimación de la demandante para promover el amparo, habida cuenta que *“la justicia nacional no procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”* (art. 2° de la ley 27).

Asimismo, recordó que, de la ampliación de los sujetos legitimados por la reforma constitucional de 1994, no se sigue una automática aptitud para demandar, antes de lo cual debe examinarse la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción, en atención a que *“no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de ‘causas’”* (art. 116 de la Constitución Nacional).

En cuanto a la existencia de legitimación procesal (entendida como la aptitud para ser parte en un determinado proceso), dice que *“está dada por la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito”*. A su vez, expuso sobre el alcance de la autonomía universitaria, sosteniendo que la legitimación pretendida por la actora excede sus propias facultades, toda vez que las personas públicas tienen un campo de actuación limitado por su especialidad. En conclusión:

...la Universidad Nacional de Rosario no puede fundar su legitimación en el caso en la previsión contenida en la parte final del citado artículo 30 de la ley 25.675, que dispone que *“toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras del daño ambiental colectivo”*, dado que no puede asumir la gestión de los asuntos ambientales sin invadir las esferas de competencia institucional propias del órgano integrante del Estado Nacional con competencia específica en la materia, cual es, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Tal conclusión no se ve alterada por la autonomía

universitaria, desde que ésta no implica su aislamiento respecto del entramado institucional; está inmersa en el universo de las instituciones públicas, es afectada por aquéllas y debe responder a los controles institucionales propios del Estado de derecho⁵².

Por amplia que sea la autonomía de la universidad, no deja de estar engarzada en el ordenamiento jurídico en general, sin que pueda sostenerse que es por sí misma un poder en sentido institucional, equiparándola a la situación de las provincias que son expresión pura del concepto de autonomía, cuyos poderes originarios y propios, son anteriores a la Constitución y a la formación del Estado general que ahora integran⁵³.

Conclusión

A partir de las posturas doctrinaria y de las citas jurisprudenciales que se han traído a consideración en el presente capítulo, se puede avizorar que la legitimación del afectado para interponer una acción de amparo colectivo, en defensa de los derechos de incidencia colectiva que fueron transgredidos, aún no halla una sólida aceptación. Doctrinariamente parece prevalecer la denominada postura amplia, lo cual se ve reafirmado por el esfuerzo docente que realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en especial a partir de las categorizaciones de los derechos colectivos en general y de las demás regulaciones pretorianas sobre los requisitos de procedencia de la acción de amparo colectiva.

Por otra parte, aunque parezcan términos coloquialmente equivalentes, la calidad de ciudadano difiere sustancialmente del concepto de vecino en cuanto a

⁵² Conf. causa CSJN 67/2010 (46-U) “Universidad Nacional de Río Cuarto c/ Córdoba, Provincia de y otro s./ acción declarativa de inconstitucionalidad” (2010)

⁵³ CSJN, “Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) c./ Universidad Nacional de Luján s/ aplicación ley 24.521” Fallos: 322.1:842 (1999)

aquel sólo le sería reconocido un interés seimple, dado el grado de abstracción y generalidad que representa; mientras que el vecino, estaría dado en la figura de aquel ciudadano que puede acreditar su localía en un determinado poblado ciudad o localidad, por su domicilio, actividad que desarrolla, servicios que utiliza, etc.

En los próximos capítulos se tratarán los demás legitimados extraordinarios reconocidos por el ordenamiento constitucional a partir de la reforma de 1994.

Capítulo IV: La legitimación colectiva del Defensor del Pueblo

“La institución que auspicio constituye una magistratura de sólida base moral y ética que goza de profundo prestigio y autoridad cívica en los países donde ha sido creada; que ejerce una influencia fundamentalmente docente sobre la Administración; no a través de la confrontación sino de la colaboración crítica, y que erige a la opinión pública en auténtica sombra ética del poder, a fin de que él se comporte bajo el imperio de la moral...”

Maiorano, Jorge (2006)

Introducción

De la misma manera que se ha legitimado a las asociaciones a partir de la reforma constitucional de 1994, de acuerdo a lo dispuesto por el art 43 segundo párrafo de dicho texto fundamental, el Defensor del Pueblo se encuentra legitimado para interponer una acción de amparo contra *“cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”*.

Este reconocimiento del derecho a incoar acciones colectivas a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa por el acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, en el sentido de lo normado en el primer párrafo de dicho artículo, representó un cambio del paradigma constitucional, pues, por esta disposición, un sujeto singular puede arrogarse la representación de un grupo o clase indeterminado de personas, petitionar en su nombre y obtener una sentencia judicial con efectos expansivos.

En los capítulos previos se han adelantado los aspectos relacionados con la legitimación extraordinaria, por lo tanto, sobre este tema en particular, se hará foco en algunos aspectos doctrinarios relacionados con la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en referencia a la conciliación de la legitimación del Defensor del Pueblo con el principio de caso, causa o controversia y los derechos de incidencia colectiva.

A los fines de este trabajo, se aclara que el término Ombudsman se utilizará como sinónimo de Defensor del Pueblo de la Nación.

IV. 1. Fundamentos de la legitimación colectiva del Defensor del Pueblo

Es sabido que la doctrina del Alto Tribunal en materia de derechos de incidencia colectiva, se basa en dos puntos centrales. Estos, por una parte, plantean la existencia de un caso, causa o controversia judicial, en los términos del art 116 de la Constitución Nacional y del art. 2 de la ley 27. Y por la otra, la distinción entre los derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos de contenido extrapatrimonial y patrimonial (Rivera, s/f).

Sin profundizar demasiado en cuanto a la existencia de causa o controversia, como se dijo, se asume que es un principio cardinal del sistema judicial argentino, definido por la jurisprudencia como *“aquellas en las que se persigue en concreto la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes los demandan”*⁵⁴. Es por esta razón que los jueces nacionales no pueden emitir opiniones consultivas ni resolver casos abstractos.

⁵⁴ CSJN, “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Expte. Feria 5/94) s/ amparo” Fallos: 317:335 (1994)

En relación a dicho principio, la cuestión de legitimación recogida por la constitución de 1994, alteró la doctrinaria imperante, pues el principio de causa o controversia judicial, que exige la adecuada legitimación activa⁵⁵, a partir de la reforma, admite acción a quien no es titular del derecho afectado.

Por otra parte, se destaca que la ley 24.284⁵⁶, reguladora de las funciones del Defensor del Pueblo, fue acogida en el orden nacional con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 y tiene dos objetivos fundamentales: la misión de velar por los derechos humanos y las garantías constitucionales, por una parte; y en segundo término, constituir un órgano de control de la administración pública nacional. Para que pueda cumplir con dichos fines, la Constitución Nacional lo ha investido de una característica sustancial: la legitimación procesal.

En efecto, de acuerdo a lo determinado en el artículo 86 de la Carta Magna reformada, la función del “*Ombudsman*”, consiste en proveer a la “...*defensa y la protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución Nacional y leyes ante hechos actos u omisiones de la Administración*”, y expresamente le otorga “*legitimación procesal*”, en forma genérica. Mientras que en el art 43, segundo párrafo, le es reconocida específicamente la legitimación para promover acción de amparo

... contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general

⁵⁵ Ver de este trabajo, capítulo III – La legitimación del afectado, inciso 3. g.

⁵⁶ Ley Nro. 24.284, sancionada el 01/12/93 y publicada en el B.O. el 02/12/93; modificada por la Ley 24.379, publicada en el B.O. el 12/10/94.

Expresa Maiorano (2010) que el fundamento de la atribución de legitimación procesal al Defensor del Pueblo, radica prioritariamente, en la necesidad de asignarle a esta figura un instrumento más efectivo y contundente que el mero poder moral. Asimismo, que esa legitimación haya sido reafirmada para interponer la acción de amparo, debería entenderse como una corroboración de la norma constitucional acerca del alcance de este instituto. Subyace la idea entonces, que el Ombudsman siempre tiene legitimación procesal, la cual no puede serle denegada por los jueces, bajo ningún aspecto, sin atentar contra las funciones que le han establecidas a través del texto constitucional.

Esta facultad de contar con legitimación procesal, lo habilita a intervenir en las causas de incidencia colectiva -derechos de los consumidores, derechos ambientales y derechos de incidencia colectiva en general-, convirtiéndolo en un garante del acceso a la justicia colectiva. Es pues, un defensor de todos los colectivos de personas que por actos, hechos u omisiones de la administración pública sufran restricciones o vulneraciones en sus derechos.

IV. 2. Alcance de la legitimación colectiva del Ombudsman

Rossi (2000) se plantea dos interrogantes, congruentes con la problemática general de la legitimación colectiva planteada al introducir este trabajo: en qué casos y contra quiénes el Defensor del Pueblo puede iniciar la acción de amparo colectivo. Las respuestas, en principio, son: en contra los actos de la Administración Pública Nacional⁵⁷ y en los casos donde un acto u omisión lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y

⁵⁷ Constitución Nacional, art. 86.

garantías de incidencia colectiva en general reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley⁵⁸.

No obstante, fuera de esta situación hay otras cuestiones que no resultan tan evidentes relacionadas con: los servicios públicos privatizados, las administraciones públicas provinciales y municipales, y los actos u omisiones de particulares, puntos que se analizarán a continuación aprovechando el esquema propuesto por Rossi (op. cit) además de la jurisprudencia seleccionada.

IV. 2. a. Servicios públicos privatizados

La Carta Magna, asigna al Defensor del Pueblo el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas, concepto que se entiende, tiene mayor amplitud que el de administración estatal. En este sentido, alcanza no sólo a esta última sino a las personas físicas o jurídicas que sean titulares de contratos para la prestación de servicios públicos. La jurisprudencia tiene dicho al respecto:

Su participación lo es en defensa de un derecho de usuarios y consumidores: el de participación en el control de los servicios públicos, que se vería afectado por una ilegítima omisión de la Administración⁵⁹.

En el mismo sentido, la ley 24.284 (Defensor del Pueblo) establece en su artículo 1 que puede instar, de las autoridades administrativas competentes, el ejercicio de las facultades otorgadas por ley en referencia a: “... *las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicios públicos...*”.

⁵⁸ Constitución Nacional, art. 43.

⁵⁹ CNFed Cont. Adm., Sala IV (23/06/98), “Youssefian, Martín c/ E.N. -Secretaría de Comunicaciones s/ amparo ley 16.986”, voto del Dr. Uslenghi (1998).

IV. 2. b. Administraciones públicas provinciales y municipales

La competencia del Defensor del Pueblo, bajo una postura doctrinaria amplia, se hace extensiva a toda la Nación, sin limitación territorial alguna. Incluso le estaría permitido controlar el ejercicio de las funciones administrativas públicas de las provincias o los municipios. Este razonamiento se desprende del análisis del art. 86 constitucional antes mencionado, en la medida que el mismo no asigna límites de competencia territorial. No obstante, es menester tener presente que, la función del Ombudsman es complementaria y no sustitutiva de las funciones de otros organismos públicos nacionales, provinciales y municipales.

El caso testigo que confirma esta idea, nace a partir de un pronunciamiento de la Cámara 3° del Crimen de General Roca⁶⁰. En este caso, el Defensor del Pueblo de entonces, Dr. Maiorano, tomó conocimiento de las violaciones a los derechos humanos en la Cárcel de Encauzados de General Roca, provincia de Río Negro, confirmadas por un informe de una Comisión investigadora que mostró los graves deterioros en la estructura edilicia y las pésimas condiciones de habitabilidad.

Ante esta evidencia, el Ombudsman promovió una acción de amparo contra el Gobierno de la Provincia fundada en las violaciones a los arts. 18 y 23 de la Constitución Provincial; 18, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; art 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 5°, incisos 2°, 4°, 5° y 6° del Pacto de San José de Costa Rica; los arts. 7° y 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ley 23.313) y art. 16.1 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (ley 23.338).

⁶⁰ Cámara 3° del Crimen de General Roca en los Autos “Defensor del Pueblo de La Nación c/ Gobierno de la Provincia de Río Negro s/ amparo”.

El Tribunal admitió la presentación y en un fallo que quedó firme condenó y emplazó al Gobierno de la Provincia de Río Negro a solucionar esos problemas. Siguiendo el razonamiento de Rossi (op. cit.), cuando están en juego los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, los Tratados Internacionales y las leyes, “*el Defensor del Pueblo tiene legitimación para actuar, cualquiera sea el agente provocador de la violación del derecho*”.

IV. 2. c. Actos u omisiones de particulares

Que el derecho como materia va evolucionando, no caben dudas. Por caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el citado caso Kot⁶¹, ya había reconocido pretorianamente los derechos sociales:

... además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que solo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales.

Estos derechos hallan protección ante los actos u omisiones sean de la administración o de particulares. Si la transgresión de derechos de incidencia colectiva se origina en omisiones o actos de particulares, la pregunta que se intenta responder es ¿tiene el Defensor del Pueblo legitimación para accionar por la vía del amparo en representación de ese colectivo afectado?

⁶¹ CSJN, “Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus” Fallos: 241:291 (1958)

Para responder esto, se debe seguir el método clásico: en primer lugar, la legitimación del Defensor del Pueblo, queda habilitada si se cumplen los requisitos específicos de la acción de amparo colectivo, que se recuerda, son:

a) el acto u omisión del particular debe lesionar, restringir, alterar o amenazar en forma actual o inminente y con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley;

b) el derecho violado debe tener incidencia colectiva, es decir, debe trascender los intereses de un afectado en particular.

En la medida que éstos se correspondan con aquellos garantizados y protegidos por la Ley Fundamental, en principio podrán ser defendidos por el Defensor del Pueblo.

Por otra parte, Gozaíni (1994b) entiende que el Ombudsman puede actuar de oficio o por denuncias, porque la legitimación que le ha sido reconocida constitucionalmente le otorga representación suficiente. Si la acción se intentara solitariamente, su legitimación para obrar no admite discusión técnica por estar respaldada en la Constitución Nacional; sin embargo, la pretensión no podrá ser motivada por un interés personal porque la función es preventiva y sancionatoria de conductas negligentes o imprudentes que afecten al ciudadano.

En definitiva, no se percibe que existan restricciones doctrinarias que impidan al Ombudsman intervenir por la vía del amparo colectivo en defensa de derechos de incidencia colectiva cuando los daños o lesiones provengan de actos u omisiones de particulares, y siempre y cuando se configuren las exigencias que hacen a la urgencia y excepcionalidad de esta acción constitucional.

IV. 3. Reconocimiento jurisprudencial del Defensor del Pueblo

A pesar de la claridad meridiana con que el texto constitucional en su art. 86, otorga imperativamente legitimación activa del Defensor del Pueblo de la Nación, del repertorio jurisprudencial que a continuación se desarrolla, puede verse que este instituto aún no ha encontrado el reconocimiento categórico como sujeto legitimado iure et de iure. Los primeros fallos de la Corte Suprema sobre acciones iniciadas por el Defensor del Pueblo, tuvieron respuestas denegatorias, desconociendo la legitimación que la constitución le otorga, en todo caso, admitiéndole a lo sumo un carácter residual a la misma (Verbic 2005).

No obstante, en “*Youssefian*”⁶² la Sala IV de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, resolvió favorablemente el amparo planteado por un particular que perseguía se hiciera efectiva la posibilidad de intervención de los usuarios del servicio telefónico durante el procedimiento previo a dictar resolución sobre la prórroga del período de exclusividad de las licenciatarias del Servicio Básico Telefónico Nacional e Internacional.

En esta causa, el Defensor del Pueblo de la Nación se había presentado en primera instancia adhiriendo a la pretensión del accionante en carácter de litisconsorte. La Cámara le reconoció legitimación general y específica fundada en los arts. 86 y 43 de la Carta Magna y contradiciendo la doctrina de la Corte Suprema.

Uno de los precedentes donde la Corte Suprema reconoce la legitimación procesal del Ombudsman fue en el caso conocido como “rebalanceo telefónico”⁶³. Por decreto 92/97 del Poder Ejecutivo se estableció el rebalanceo telefónico que

⁶² CNFed Cont. Adm., Sala IV (23/06/98), “*Youssefian, Martín c/ E.N. -Secretaría de Comunicaciones s/ amparo ley 16.986*” (1998)

⁶³ CSJN, “*Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*”, Fallos: 321.1:1207 (1998)

permitía a las empresas compensar sus ingresos, aumentando las tarifas domésticas y reduciendo las de media y larga distancia.

Como esta medida afectaba a gran parte de la población, porque utilizaba el servicio mayormente para llamadas locales, el Defensor del Pueblo presentó primero una medida cautelar solicitando la suspensión del art 2 del decreto 92/97 y luego interpuso una acción de amparo con el objeto que se declare la inconstitucionalidad del mismo. El Alto Tribunal reconociendo la legitimación procesal del Defensor del Pueblo, acepta a este instituto como parte actuante y consolidó un antecedente para fundamentar la efectiva legitimación procesal del Ombudsman en materia de derechos de incidencia colectiva. A tal efecto, afirmó que:

El Defensor del Pueblo se encuentra legitimado para accionar en la protección de los derechos de incidencia colectiva en general y en particular los de los usuarios del servicio público telefónico, en virtud de lo dispuesto en los arts. 42, 43 y 86 de la Constitución.

Sin embargo, la Corte, en nuevo fallo continuó con su doctrina desestimando la legitimación del Defensor del Pueblo⁶⁴, quien impetró una acción de amparo que tenía por objeto la declaración de la inconstitucionalidad del Dto. 1517/98 (por el cual el Poder Ejecutivo elevaba la alícuota de IVA a las prepagas, con el consiguiente aumento del costo para el afiliado).

Siguiendo con su postura tradicional, el Alto Tribunal consideró que no se había configurado la causa o controversia habilitante de la actuación de la jurisdicción toda vez que el Ombudsman no tenía legitimación para actuar en este

⁶⁴ CSJN, “Defensor del Pueblo c/ Poder Ejecutivo Nacional. Dec.1517/98” Fallos:323:1098 (21/12/2000)

caso, fundada en lo dispuesto por el art. 21 de la ley 23.284, por el solo hecho que otros legitimados hayan planteado acciones judiciales. Esta posición, resulta cuestionable constitucionalmente porque no se entiende cómo puede la Corte Suprema invertir la jerarquía normativa, desconociendo la norma constitucional dispuesta en su art. 86. Por otra parte, consideraba que el Defensor del Pueblo carecía de titularidad de la relación sustancial que pretendía defender ante la justicia.

En la otra causa⁶⁵, la Corte falló a favor del Recurso Extraordinario interpuesto por el demandado que, entre otros aspectos, se agraviaba por el reconocimiento del tribunal a quo de la legitimación del Defensor del Pueblo. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V) había hecho lugar al amparo deducido por el Defensor del Pueblo que tenía por objeto la declaración de la inconstitucionalidad de art. 2º del dto. 1570/01 y arts.1º, 2º y 3º del dto. 1316/02.

La Cámara había sostenido el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal de acuerdo a lo dispuesto por el art 86, párrafo segundo de la Constitución, por lo tanto, su habilitación para promover este proceso es indiscutible, aun cuando reconoce que es evidente que en el caso se ha denunciado la lesión de derechos individuales (el de propiedad). Este punto fue el eje de estudio del caso por la Corte advirtiendo que, en primer lugar, corresponde examinar los agravios enderezados a cuestionar la legitimación del Ombudsman para promover el presente amparo pues, de prosperar resultaría inoficiosa la consideración de los restantes planteos.

⁶⁵ CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dto. 1316/02 c/ EN- PEN- dto. 1570/01 y 1606/01 s/amparo ley 16.986" Fallos 330: 2800 (2007)

Recordó que previo es necesario un examen de la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción (causa) y, que el principio de legitimación procesal en cuanto aptitud para ser parte en un determinado proceso, está dado por la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica controvertida en el pleito. Sin embargo, reconoce en el ordenamiento jurídico, casos de legitimación anómala o extraordinaria que se caracterizan por la circunstancia de que, personas ajenas a la relación jurídica sustancial en el que aquel se controvierte, resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legítimas.

Centrada en esta cuestión, la Corte entiende que para determinar los supuestos en que la figura del Ombudsman tiene aptitud para demandar, corresponde examinar el derecho transgredido cuya reparación se pretende a la luz de los arts. 43 y 86 de la Carta Magna. Es decir, que la ampliación del universo de los sujetos legitimados para accionar, tras la reforma constitucional de 1994, no se ha dado para la defensa de todo derecho, sino como medio para proteger derechos de incidencia colectiva.

Así, estableció que éstos son los derechos “supraindividuales” o “colectivos”, cuya característica radica en tener por titulares a una pluralidad indeterminada de personas que presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal. Estos se hallan en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, *ipso facto*, lesión a la entera comunidad.

Por esta razón, cuando el valor en juego es lo colectivo, debe existir la posibilidad de construir nuevos tipos de tutela. Señaló entonces la Corte Suprema

que, en la búsqueda de estos tipos de tutela, el constituyente le otorgó, de previo, al Defensor del Pueblo una legitimación anómala, extraordinaria, diferente de la general, cuya característica reside en que habilita a un sujeto que no es el titular de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito.

Por contrapartida, la Corte determina que el Defensor del Pueblo no tiene legitimación para impetrar una acción de amparo cuando el objeto consiste en la protección de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, divisibles, porque su ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada afectado, actual o en potencia. Agrega a su vez, que esta solución no se modifica por el hecho de que, como en el *sub lite*, sean cientos de miles los supuestos afectados por las normas cuestionadas.

Vale comentar los votos de dos Ministros de la Corte, porque muestran la dispersión interpretativa del texto constitucional. Al respecto, el Dr. Fayt entiende que la legitimación amplia estipulada en el art. 86 debe verse acotada por el art. 43 del mismo cuerpo normativo, el cual restringe su aptitud procesal a los derechos de incidencia colectiva en general⁶⁶. Asimismo, expresa que la invocación de los derechos de los ahorristas no autoriza la intervención de sujetos distintos de los afectados en los términos del art. 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional, pues no se trata de derechos de incidencia colectiva⁶⁷. Por otra parte, el mismo Ministro enfatiza que el Defensor del Pueblo no está legitimado para investigar la actividad concreta del Poder Judicial, en función de lo normado en el art.16 de la ley 24.284⁶⁸.

⁶⁶ CSJN, Fallos 330: 2800, Voto Dr. Fayt, Considerando 8)

⁶⁷ CSJN, Fallos 330: 2800, Voto Dr. Fayt, Considerando 10)

⁶⁸ CSJN, Fallos 330: 2800, Voto Dr. Fayt, Considerando 12)

En un sentido diferente al recién comentado, el Dr. Maqueda⁶⁹ expresa que la voluntad del constituyente se efectuó interpretando integradora y armónicamente los arts. 43 y 86 de la constitución, en compatibilidad con las disposiciones de la ley 24284. Por esta razón se descartó la subordinación del art. 86 al art 43 mencionados, lo cual significaría una confrontación normativa entre disposiciones de igual jerarquía. De esta manera:

... elaborar un criterio restrictivo de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo con sustento en los tipos de proceso conduce a contradicciones manifiestas, ya que no considera que la acción de amparo, en su condición de vía excepcional, no es admisible para el tratamiento de cuestiones que por su complejidad requieran mayor debate y prueba, circunstancia que demuestra que si la convertimos en la única vía procesal habilitada para el Defensor del Pueblo, en la práctica el mandato constituyente del art. 86 se convierte en una mera declamación sin efectos constitucionales concretos.

Por otra parte, sobre el ámbito de competencia del Ombudsman estipuladas en el art. 16 de la ley 24284, dice este Ministro que, tiene exceptuada la actividad de investigación administrativa al Poder Judicial, entre otras, lo cual no guarda relación alguna con la legitimación procesal para iniciar acciones judiciales. En consecuencia, a efectos de excluir un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente debe realizarse una interpretación conforme a la norma fundamental.

En el mismo sentido, en relación al art. 21 de la mencionada ley del Defensor el Pueblo, que establece su falta de legitimación en los casos donde las personas interesadas hayan interpuesto recurso administrativo o acción judicial, dice el Dr. Maqueda que sólo se refiere a la representación del afectado directo, lo

⁶⁹ CSJN, Fallos 330: 2800, Voto Dr. Maqueda, Considerando 6)

cual no es óbice para su intervención en los supuestos que constituyen problemas generales capaces de afectar los intereses difusos o colectivos. Por lo tanto, excluir la actuación del Defensor del Pueblo por la intervención del particular afectado, o de una asociación, desnaturaliza el texto constitucional en la materia.

A continuación, se transcribe los considerandos del Ministro Maqueda que interesan a los fines de este trabajo, porque dan claridad sobre los fundamentos del amplio alcance de la legitimación colectiva del Defensor del Pueblo:

... por aplicación del principio de supremacía constitucional, y en razón del carácter operativo del art. 86 de la norma fundamental, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo para iniciar acciones judiciales ha sido expresamente reconocida, por lo que debe interpretarse que ella le es otorgada para el ejercicio de sus funciones, en todo aquello que hace a su competencia, tanto en el ámbito nacional como ante órganos o tribunales internacionales⁷⁰.

La hermenéutica desarrollada no impide interrogarse acerca del alcance de dicha legitimación en relación con la naturaleza de los derechos que pretende proteger. En tal sentido, su intervención responde a la facultad amplia para promover diversos tipos de 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 general⁷¹.

... quedan excluidos del ámbito de competencia del Defensor del Pueblo los derechos que representan intereses patrimoniales propiamente dichos. En estos casos, la condición de divisibles, generalmente no homogéneos y caracterizados por la búsqueda de reparación de un daño esencialmente individual y propio de

⁷⁰ CSJN, Fallos 330: 2800, Voto Dr. Maqueda, Considerando 6) párrafo 10.

⁷¹ CSJN, Fallos 330: 2800, Voto Dr. Maqueda, Considerando 8)

cada uno de los afectados, lo que puede conducir a eventuales posturas contradictorias entre unos y otros, determina que su ejercicio y tutela corresponda sólo y en forma exclusiva a los titulares⁷².

La legitimación del Defensor del Pueblo se liga a derechos de incidencia colectiva o a aquellos en los cuales prevalecen aspectos ligados a intereses colectivos o grupales. Si bien es posible que involucren también intereses patrimoniales, en tales supuestos cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo, la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados o, en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte y, al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido aquél como el de la sociedad en su conjunto [...] La legitimación del Defensor del Pueblo para accionar contra actos u omisiones de la administración que afecten a derechos de incidencia colectiva responde al objetivo preeminente de la Constitución que según expresa su preámbulo, es lograr el bienestar general⁷³.

Más recientemente, en el caso “CEPIS”⁷⁴, que se analizará en el próximo capítulo -referido a la suspensión del aumento de las tarifas de gas, derechos de los usuarios-, la Corte Suprema señaló la importancia de esta institución en los términos antes enunciados, ante la actual acefalía-vacancia en ese cargo desde el año 2009:

Por otra parte, no puede dejar de señalarse que el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la C.N. como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva, en los términos de sus artículos

⁷² CSJN, Fallos 330: 2800, Voto Dr. Maqueda, Considerando 9)

⁷³ CSJN, Fallos 330: 2800, Voto Dr. Maqueda, Considerando 10)

⁷⁴ CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” Fallos: 339:1098 (2016), Considerando 45.

86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios.

Conclusión

No caben dudas que la figura del Ombudsman tiene una significancia procesal que excede a la legitimación de los particulares y las asociaciones de interés público para interponer acciones de amparo, pues en palabras de Cassagne (1995, p. 1217-1225), es quien mejor puede y debe representar los intereses de los colectivos de personas afectados. Precisamente, el Defensor del Pueblo juega un rol esencial en la tutela de intereses colectivos de naturaleza indivisible.

De esta manera, debe adecuarse el principio tradicional del “*caso o controversia judicial concreta*” y la legitimación anómala conferida por el art. 43, segundo párrafo, para acceder a la tutela judicial, debiendo acreditarse la existencia de lesión, restricción, alteración o amenaza de los derechos de incidencia colectiva fundamentales, para incoar la acción expedita y rápida de amparo colectivo.

Así como la amplia legitimación procesal de este instituto es propiciada para accionar en defensa de *intereses homogéneos indivisibles*, parecería igualmente importante no extender irrazonablemente los alcances de la legitimación del Defensor del Pueblo a la tutela de *intereses patrimoniales divisibles*, los cuales en principio no gozan de la protección que otorga la vía del amparo colectivo.

Por otra parte, tampoco se observan impedimentos para que el Defensor del pueblo de la Nación participe en acciones de amparo colectivo, toda vez que los actos u omisiones de particulares afecten los derechos de los consumidores y se corresponda con un caso de incidencia colectiva, esto es, por ejemplo, cuando se

esté afectando en forma actual o inminente los derechos de "los consumidores" en general.

Capítulo V: La legitimación colectiva de las Asociaciones

Las asociaciones de defensa del consumidor tienen *“relevancia institucional, porque tienen actuación en un nivel intermedio, entre el Estado y el ciudadano o consumidor, defendiendo intereses específicos y como un verdadero contrapeso”*.

Arias Cáu, E. (2011)

Introducción

Habiéndose tratado en los capítulos anteriores la legitimación activa del afectado y del Defensor del Pueblo, en el presente se analiza la cuestión de la legitimación activa colectiva de las asociaciones previstas en el art 43 de la Carta Magna, para lo cual se describen las posturas doctrinarias mayoritarias y se comentan algunos casos a partir de los cuales la jurisprudencia va indicando el direccionamiento procesal de este instituto.

Por otra parte, surgen algunos interrogantes: ¿la legitimación de esas organizaciones podría cuestionarse hasta tanto sean sancionadas dichas normas? O también, ¿podrá decirse que la plena operatividad de las garantías constitucionales, por su solo reconocimiento en el texto fundamental soporta la legitimación procesal de aquellas asociaciones sin necesidad de legislación específica, pese a la exigencia prevista en el mismo texto constitucional?

Haciendo un breve repaso, la legitimación extraordinaria puede entenderse como una especie de legitimación procesal, tal como se analizó en el Capítulo II, en el marco de una ampliación doctrinaria del instituto de la legitimación tradicional a partir de su reconocimiento constitucional en el art. 43, segundo párrafo de la Carta Magna. No obstante, desde la reforma de 1994 en adelante, la jurisprudencia se

inclinó por reafirmar el criterio en torno a la extensión del alcance de la legitimación anómala.

En este sentido, estudiando algunos fallos relevantes de la Corte Suprema, y ante la reiterada mención de ausencia normativa, se podrán confrontar los temperamentos que dicho tribunal ha ido adoptando sobre esta figura, que luego han sido reafirmados en sus sucesivos fallos, con la sola restricción, y no siempre que, de tratarse de asociaciones intermedias, la pretensión debe enmarcarse dentro de las finalidades de sus estatutos.

V. 1. Posturas doctrinarias sobre la legitimación colectiva de las asociaciones

Se reconoce un amplio espectro dogmático acerca de la operatividad de las normas constitucionales sobre la legitimación de las asociaciones en general a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 43 de la Carta Magna. Siguiendo la clasificación de Toricelli (1999), pueden diferenciarse tres posiciones:

V. 1. a. Doctrina Restrictiva

Autores como Barra, Gozáni, Sabsay, Onaindia y Sagüés (éste con algunos matices), proponen que la legitimación procesal de las asociaciones es admisible, si además de tener por objetivo la defensa de los derechos de incidencia colectiva en general para los cuales se han constituido, han sido registradas conforme la ley reglamentaria que debería determinar los requisitos y forma para su organización. Es decir, se debe cumplir inexorablemente con ambos requisitos: objeto y forma legal.

En definitiva, la operatividad de la constitución va a estar atada al cumplimiento de los requisitos establecidos en la misma carta fundamental. La cuestión es que hasta la fecha ninguna ley ha sido sancionada para regular tales

requisitos, lo cual, desde esta postura teórica, implicaría el rechazo a toda asociación que se presentase con este objeto procesal.

V. 1. b. Doctrina Amplia

Reúne a autores como Bidart Campos, Carnota, Quiroga Lavié y Spisso. Para estos estudiosos, las asociaciones que se han constituido regularmente conforme las leyes vigentes y que han fijado dentro de su objeto la defensa de los intereses que ampara el artículo 43, párrafo segundo de la Constitución Nacional, se encuentran procesalmente legitimadas para promover la acción colectiva, más allá de que el Congreso haya o no legislado sobre el registro, los requisitos y la forma de las asociaciones que propendan a tales fines.

El criterio prevaleciente dentro de esta corriente, entiende que es facultativo para la jurisdicción legitimar a tales asociaciones en la medida que justifiquen su idoneidad en relación con la defensa de los derechos colectivos en disputa. De otra manera, citando a Bidart Campos (1995a), se constituiría un caso de inconstitucionalidad por omisión -plausible a su vez de un reclamo por la vía de la acción de amparo- al haberse frustrado completamente la decisión del constituyente de brindar efectiva protección a dichos derechos.

Por otra parte, en virtud del principio *in dubio pro actione*, o “*el de la mejor solución para la defensa de los derechos*”, tal como expresa Bidart Campos (1996), habiéndose transgredido un derecho de incidencia colectiva social, de manera arbitraria o manifiestamente ilegítima, la asociación grupalmente representativa, está legitimada para actuar y reclamar. Como apéndice que surge a partir de esta tesis, se podría sostener que la holgura de la legitimación consagrada en el plexo constitucional trasciende a la acción de amparo colectivo, por lo tanto, la misma resultaría aplicable a cualquier otro proceso judicial.

V. 1. c. Doctrina muy amplia

Esta tercera corriente doctrinaria incluye a autores para quienes no es necesaria la reglamentación de la acción de amparo por ser operativa desde su incorporación en la Constitución Nacional (Maraniello, 2011). A pesar de la realidad en la materia, donde la jurisprudencia y la doctrina van por delante de la legislación, se puede percibir que esta tesis encerraría postulados cuasi-utópicos, que escapan al objetivo del presente trabajo.

V. 2. Jurisprudencia seleccionada

V. 2. b. La legitimación activa en el caso “Portal de Belén”⁷⁵

A pesar de tratarse de una jurisprudencia de la justicia ordinaria de la Provincia de Córdoba, se la ha seleccionado porque la cuestión de la legitimación de las asociaciones tiene un tratamiento muy completo y en línea con la interpretación judicial federal. En efecto, la asociación civil actora, como se verá más adelante, está legitimada para promover una acción de amparo a fin de cuestionar la validez constitucional de una resolución del Ministerio de Salud de Córdoba que aprueba un procedimiento de atención para abortos no punibles, pues posee personería jurídica otorgada por la Dirección de Personas Jurídicas del Ministerio de Justicia de la Provincia, y de su estatuto social surge que entre sus fines están la defensa y protección del derecho pleno a la vida y el respeto a la dignidad de la persona humana desde el momento mismo de su concepción.

El caso en cuestión, versa sobre una acción de amparo que se promueve en defensa de los derechos de un grupo indeterminado de personas que todavía no han

⁷⁵ C3aCivyComCordoba, “Portal de Belén Asociación Civil c./ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba” (2013)

nacido pero que, no por eso, son menos titulares de los derechos fundamentales de los que ya nacieron. Se trata, en consecuencia de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos

Ante la defensa de parte del demandado oponiendo falta de legitimación de la actora, la Cámara se avoca a decidir respecto de este planteo de excepción, a partir del cual entiende que se podría definir el resultado del pleito sin necesidad de entrar a considerar otras cuestiones.

Para el caso de acciones de amparo de “derechos de incidencia colectiva”, la norma constitucional dispone que podrán interponerla, entre otros, “las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley”, siendo idea original del constituyente limitar la legitimación activa a aquellas asociaciones reguladas por una ley especial que debía dictar el Congreso al efecto. No obstante, el tiempo transcurrido sin que se sancionara esa ley, trajo como consecuencia que se impusiera una interpretación jurisprudencial flexible sobre este punto.

De esta manera, la jurisprudencia nacional admite legitimación a cualquier asociación con las únicas condiciones de encontrarse inscripta como persona jurídica ante la autoridad competente y que la defensa de los derechos por los que pretende accionar se encuentre contemplada entre sus fines estatutarios. Y por contrapartida, la ha negado toda vez que tales asociaciones pretendan la protección de intereses económicos o patrimoniales divisibles de los damnificados.

Concluye la Cámara, sobre esta cuestión, admitiendo la legitimación a la asociación cuya acción se dirige contra la amenaza de lesión a un conjunto de derechos individuales homogéneos que resultan afectados por una causa fáctica común, lo cual no es óbice para reconocer la legitimación que cuestiona la demandada.

V. 2. c. La legitimación activa en el caso “Asociación DE.FE.IN.DER”

En el marco de un recurso de hecho deducido por la actora⁷⁶, el Alto Tribunal reconoció que la “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos” (Asociación DE.FE.IN.DER) y la Asociación Civil “Pequeña Obra de la Divina Providencia” se encuentran habilitadas para interponer una acción de amparo contra el “Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados” (INSSJP) con el objeto de que se reconozcan los derechos de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas.

Asimismo, esta Corte resaltó que al encontrarse en juego la calidad de vida y las necesidades básicas y elementales de niños, jóvenes y adultos con discapacidad, la demanda iniciada supera los intereses individuales de cada uno de los afectados y adquiere trascendencia social, resultando las asociaciones actoras legitimadas para estar en juicio en defensa de los intereses de quienes integran un colectivo altamente vulnerable.

Cabe destacar que esta resolución no parte de consideraciones referidas a la calidad de legitimado de dichas asociaciones, pues admite su legitimación obviando cualquier análisis previo de sus estatutos en referencia a la finalidad de las mismas. Y así lo hace el cimero Tribunal porque entiende que está frente a cuestiones atinentes al derecho a la salud prestado por el Estado en desigualdad de condiciones a una pluralidad indeterminada que a su vez está compuesta por un grupo social vulnerable, como lo son: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

⁷⁶ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo”, Fallos: 338.1:36, Considerandos 8, 9 y 10 (2015)

A esta situación, se agrega la vulnerabilidad económica del grupo, conformándose así una situación fáctica a la que debe dársele preferente tutela, a los fines de no violentar el derecho a una tutela judicial efectiva, garantizada por la acción de amparo colectivo. En este sentido, puntualiza que, de considerarse aisladamente el interés en juego, cabría argumentar que deberían sostenerse tantas demandas como pretensores hubiera, aunque los caracteres propios del colectivo involucrado, no permitirían un análisis de esta naturaleza.

Por otra parte, comparando esta resolución con otras de casos anteriores pero próximos en el tiempo, parecería que la Corte Suprema se contradice, en particular si se analiza la sentencia en relación a la causa “Berazategui”⁷⁷. En efecto, en el fallo en comentario, este tribunal se enfoca sólo en el derecho que se encuentra en debate y no en la naturaleza de la asociación intermedia promotora del caso.

En consecuencia, a partir de este fallo, el Alto Tribunal parecería dejar alguna incertidumbre a quien pretenda atribuirse la legitimación para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva, en este caso referido a intereses individuales homogéneos patrimoniales, al admitir la procedencia en algunos casos y en otros no, más en consonancia con una postura interpretativa restrictiva.

V. 2. d. La legitimación activa en el caso “CEPIS”

El debate instalado en la sociedad en el año 2016 a raíz de la causa “CEPIS”⁷⁸ en referencia al esquema tarifario de los servicios públicos de transporte

⁷⁷ CSJN, “Municipalidad de Berazategui v. Cablevisión s/ amparo” Considerando 5 Fallos: 337.2:1024 (2014). En resumen, la Corte Suprema no le confirió legitimación activa a la Municipalidad pese a ser un Estado local, con responsabilidades de velar por el interés común y bajo el prisma de la juridicidad, habida cuenta que el asunto en marras era propio del derecho administrativo, por fuera del alcance de la ley 24240.

⁷⁸ CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ acción de amparo colectivo” Fallos: 339:1098 (2016)

y distribución de gas autorizados por el gobierno nacional sin la previa convocatoria de la audiencia pública requerida para garantizar la debida participación de todos los usuarios, consumidores y asociaciones que los nucleen, ha colocado nuevamente a la acción de amparo colectivo en el centro de gravedad del paradigma de la defensa de los derechos sociales.

En el caso mencionado, la Corte estableció que el límite del alcance de la sentencia se circunscribía exclusivamente a los usuarios residenciales del servicio. Al respecto recordó que las asociaciones de usuarios y consumidores gozaban de legitimidad para iniciar acciones relativas a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, en la medida que aquellas cumplieren los requisitos ya determinados en fallos anteriores, a saber:

a) Que exista una *pluralidad relevante de individuos afectados* (en el caso se accionaba en nombre de todos los usuarios de gas del país).

b) Que se verifique la existencia de un *hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos* (en el caso se trata del cuestionamiento a las resoluciones ministeriales que fijaron nuevos precios y tarifas).

c) Que la pretensión esté concentrada en los “*efectos comunes*” para toda la clase involucrada (en este caso se halla concentrada en la necesidad de audiencia previa).

d) Que de no reconocerse la legitimación procesal, *podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya*

*representación se pretende asumir*⁷⁹ (la asociación actora se presentó en representación de la totalidad de los usuarios de gas del país, los cuales podría presumirse que estaban en una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional⁸⁰).

V. 2. e. La legitimación activa en el caso “Abarca”

Apenas finalizado el tratamiento del caso CEPIS, la Corte debió resolver el caso “Abarca”⁸¹. A este efecto, empezó proponiéndose dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal de los actores como presupuesto necesario para determinar la existencia de un caso o controversia a la cual debiera abocarse.

Esta causa podría analizarse en cada uno de los capítulos anteriores dada la inclusión de las tres figuras a las cuales la Constitución Nacional les reconoce legitimación para accionar por la vía del amparo colectivo en defensa de derechos de incidencia colectiva vulnerados. Sin embargo, se la estudia en este capítulo porque de entre todos los actores, el único con posibilidad de ser admitido como legitimado colectivo, es el club social, en cuanto asociación que podría representar intereses individuales homogéneos de algún grupo de clubes.

El particular conjunto de actores incluía a varios diputados de la provincia de Buenos Aires (Abarca, entre otros), al Secretario General de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, un partido político y un club social que pretendían cada uno representar como asociación a todos los usuarios de energía eléctrica de la provincia de Buenos Aires a fin de que se declarasen nulas

⁷⁹ CSJN, “PADEC”, Fallos: 336:1236 (2013); “Unión de Usuarios y Consumidores”, Fallos: 337:196 (2014) y “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa”, Fallos: 337:753 (2014)

⁸⁰ CSJN, “Halabi”, Fallos: 332:111 considerando 13, 4º párrafo ((2009)

⁸¹ CSJN, “Abarca, Walter José y otros c. Estado Nacional – Ministerio de Energía y Minería y otros./ amparo ley 16.986”, Fallos: 339:1223 (2016)

determinadas resoluciones ministeriales que autorizaban un aumento en los precios del servicio básico de energía eléctrica toda vez que no se habían realizado las correspondientes audiencias públicas previas.

Claramente, el caso en cuestión, versa sobre intereses individuales homogéneos, comprobándose que no hay un derecho colectivo en juego sino intereses individuales plenamente divisibles, aunque no patrimoniales. En estos casos, la regla básica es que la legitimación compete a su titular, pero, existiendo homogeneidad fáctica y normativa referida al derecho vulnerado, amén de configurarse el peligro de cercenar el acceso a la justicia, queda habilitada la acción de amparo colectiva, que podrá ser ejercida por cualquiera o todos los legitimados del art. 43, segundo párrafo de la Constitución reformada.

En esta oportunidad, la Corte determinó que los legisladores no son legitimados extraordinarios de acuerdo dicha norma, respuesta que también halló suficiente en relación a la inhabilidad del partido político interviniente. Explicó que no está en cabeza de los mismos (legisladores, partidos políticos) la representación ni defensa de usuarios ni consumidores. También hizo referencia a fallos donde había fijado la regla que la ausencia de legitimación de tales actores no empece la legitimación de aquellos otros en los cuales tal legitimación pudiera ser reconocida⁸².

En tales casos, por ejemplo, la Corte Suprema ya había puntualizado que la calidad de diputado nacional que investía al actor, no le confería legitimación procesal para actuar en representación del pueblo, toda vez que su quicio

⁸² CSJN, “Thomas”, Fallos: 333:1023 (2010); “Gómez Diez”, Fallos: 322:528 (1999); “Garréu”, Fallos: 323:1432 (2000); “Raimbault”, Fallos: 324:2381 (2001), entre otros.

constitucional se circunscribe al ámbito del Poder Legislativo⁸³. Con este mismo criterio, niega la legitimación para accionar por la vía del amparo a un diputado nacional toda vez que su generalidad no permite tener por configurado un interés concreto, inmediato y sustancial que habilite la jurisdicción⁸⁴.

En relación a la pretendida legitimación de los diputados nacionales, nada se dijo acerca de su legitimación en cuanto a usuarios, lo cual difícilmente podría haberles sido negada en cuanto obran los precedentes ya estudiados en la jurisprudencia seleccionada del Capítulo III - La legitimación colectiva del afectado.

Con referencia al partido político que intentaba legitimarse, la Corte hizo extensible su razonamiento para fundamentar la carencia de legitimación procesal de los legisladores. Esto es, refiriéndose específicamente al contenido expreso del artículo 38 de la Constitución Nacional⁸⁵, la tutela judicial pretendida por los partidos políticos tampoco puede ser concedida si no media un interés suficiente y concreto, lo cual no aparece acreditado en la cuestión de marras.

En referencia al Secretario General de la Defensoría del Pueblo que se presentaba en carácter de Defensor del Pueblo interino por vacancia del cargo, la Corte planteó que el funcionario actuaba de facto invocando un título que ostensiblemente no tenía, ni se había seguido el procedimiento legal para designar el reemplazo. De este modo ni siquiera era necesario tratar la cuestión de fondo acerca de la legitimidad de esa autoridad local para litigar en sede federal.

⁸³ CSJN, “Dromi”, Fallos: 313:863 (1990)

⁸⁴ CSJN, “Polino”, Fallos: 317:335 (1994)

⁸⁵ Constitución Nacional, art. 38, referente a los partidos políticos.

El otro accionante que pretendía legitimidad era el Club Social y Deportivo 12 de Octubre, que tampoco acreditó la representación colectiva general de todos los usuarios de esa provincia, aunque sí invocó una representación colectiva más restringida, que podría resultar en alguna categoría determinada de clubes, lo cual tampoco delimitó ni precisó. Sobre este particular, el Alto Tribunal interpretó que se referiría a intereses individuales homogéneos por lo cual, en su reenvío al juez de primera instancia, a los fines de otorgar el carácter colectivo al proceso iniciado, le recomendó que examinase si la tutela de tales intereses mediante procedimientos individuales podría haber comprometido “*seriamente*” el acceso a la justicia, tal como lo expresara en los ya citados fallos Halabi, Padec y CEPIS.

Cabe destacar, observa Verbic (2015, 2016) que, a pesar de invocarse los precedentes anteriormente enunciados, la calificación “*seriamente*” sobre los problemas de acceso individual a la justicia exigidos por la CSJN para admitir acciones colectivas en tutela de derechos individuales homogéneos, no se explica ni se fundamenta en ningún principio ni norma constitucional. Toda vez que la carga de trabajo de los juzgados en casos con pretensiones similares, donde los demandados son los mismos legitimados pasivos, y los legitimados activos constituyen un colectivo de titulares de derechos individuales homogéneos, parecerían un contrasentido establecer exigencias que diluyan la posibilidad del accionar colectivo.

Por esta razón, continúa razonando este autor, la regla de la Corte resulta cuasi-arbitraria toda vez que el “*ejercicio individual no plenamente justificado*” como límite para la acción colectiva en general, sin distinguir la excepcionalidad del amparo, resulta ser una excepción tan amplia que finalmente se convierte en la regla, y resulta ser la misma Corte quien decide casi absolutamente cuándo existe

un fuerte interés estatal para conferir a los titulares de derechos individuales homogéneos la legitimidad para accionar en tutela de los mismos.

De este modo, no se aprovecha la ventaja que importa el tratamiento en clave colectiva y se deterioran la eficiencia y economía judicial que la acción de amparo colectivo como valor intrínseco del sistema judicial y no como un mero resultado indirecto de la política judicial vigente podría proveer.

Conclusión

Al analizar la procedencia de una acción de amparo en defensa de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos, es de suma importancia que la clase o el colectivo se encuentre debidamente identificado para que luego puedan verificarse los demás requisitos exigidos a partir de “Halabi”, que posibilitan el ejercicio de dicha acción constitucional cuya finalidad sea la tutela judicial de tales intereses.

La representación procesal atípica, anómala o excepcional, junto con los efectos erga omnes de la sentencia, es una cuestión que distingue al proceso de amparo colectivo, en la medida que los demás requisitos para la admisión de esta acción sean cumplidos. La representación a través de las asociaciones que propendan a estos fines, exige que al menos en su estatuto social se halle determinado esta finalidad, aunque, como se ha podido analizar, la Corte suprema se reserva la última interpretación para decidir cuándo una asociación está legitimada colectivamente, al evaluar antes que su calidad de parte, la significancia jurídica de los derechos conculcados.

Quedan sin resolverse, seguramente, varios interrogantes más. Uno de ellos es el relacionado con la necesidad de contar con una legislación especial que regule

a tales asociaciones que, como establece la norma constitucional en el art. 43, segundo párrafo ya estudiada, propendan a los fines de la defensa de los derechos de incidencia colectiva en general, o bien, si basta la plena operatividad de la Constitución Nacional para que las mismas puedan ejercer el derecho como legitimados extraordinarios sin más requisito que las condiciones de admisión que sean razonables y suficientes para la jurisdicción, lo cual podría conllevar otro problema de estudio, relacionado con el activismo judicial, lo cual se deja planteado pero no se trata por escapar a los límites de este trabajo.

Conclusiones finales

El verdadero secreto para la salvación de los regímenes democráticos radica en la circunstancia de que, para hacer vivir una democracia, no es suficiente la razón codificada por los preceptos de una constitución democrática, sino que se requiere que detrás de la Ley Fundamental se encuentre la laboriosa presencia de las costumbres democráticas con las que se pretenda y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada y razonable realidad.

Piero Calamandrei, *Proceso y democracia* (1960, p. 56)

Los institutos clásicos del derecho procesal han sido concebidos para ejercer acciones individuales, tal cual ha sido tradicionalmente la hipótesis jurídica en la cual se ha desarrollado la mayor parte de la legislación, doctrina y jurisprudencia. El cambio de paradigma hacia la “constitucionalización del derecho privado” sin entrar en disquisiciones dogmáticas, importa también el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales donde hallan sustento los derechos colectivos, en función del pregonado bien común.

Sin ninguna duda, este nuevo estado de los derechos trajo aparejado una nueva realidad jurídica y social, con importantes implicancias políticas. En este marco, los constitucionalistas de 1994, instituyeron una garantía fundamental que permitiera restablecer el derecho violentado de manera rápida y expedita, la cual se establece a través del instituto del amparo, ampliando la acción regulada para el caso individual al colectivo.

Para esto, otorga legitimación expresa a los afectados, al Defensor del Pueblo, y a las asociaciones que propendan a los fines de los derechos de

incidencia colectiva, tal como lo detalla el ya citado art. 43, segundo párrafo de la Constitución. En consecuencia, los litigios por la vía del amparo colectivo en defensa de estos intereses colectivos podrán iniciarse en cabeza de quien demuestre ser afectado, a través del Defensor del Pueblo en todos los casos (en conformidad con las precisiones de los arts. 86 y 43.2 de la Constitución), y/o por intermedio de las asociaciones que propendan a tales efectos, aun cuando no se encuentren debidamente registradas, pero en cuyos estatutos se prevean estos fines.

Asimismo, el principio de causa o controversia contenidos en el art. 116 de la Constitución Nacional y art 2 de la ley 27, presupone la existencia de parte, que se constituye sobre el legitimado para promover la acción. A su vez, éste requiere la demostración de un interés “especial” o “directo”, “inmediato”, “concreto” o “sustancial” existente en acto o en potencia, que permita tener por configurado un “caso contencioso”.

Definida esa relación jurídica, por la vía del amparo colectivo, según enseña la doctrina y jurisprudencia y, asumiendo la plena operatividad de las garantías constitucionales, es posible entablar demandas representativas de todos aquellos grupos de personas cuyos derechos fundamentales han sido transgredidos en los términos del artículo 43, primer párrafo, con la salvedad que no se correspondan con intereses patrimoniales. Una única demanda y un único proceso iniciado puede lograr decisiones con efectos generales para el conjunto de personas cuyos derechos sean vulnerados

En este contexto, los presupuestos básicos, son: a) la verificación de una causa fáctica común (hecho único o complejo); b) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de ese hecho; c) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado; d) existencia de hecho único

susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos; e) la pretensión de la actora debe estar concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase de los sujetos afectados, en tanto la conducta cuestionada afectaría por igual a todos; y, f) pese a tratarse de derechos individuales, que exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

Para que la protección de tales derechos e intereses no devenga en una mera abstracción, esto es, para que la tutela de los mismos sea efectiva, ineludiblemente es imprescindible disponer de las herramientas normativas que hagan previsible y materializable su ejercicio. En otras palabras, se requiere de normas claras, de una legislación acorde a la actualidad histórica. No debería ser suficiente la actividad docente del pretor, porque esto implica la desnaturalización de los poderes del estado: el que debe interpretar se convierte en legislador y, el que debe legislar, en una especie de espectador.

Si existe una herramienta jurídica que permita la defensa -en un solo proceso- de todas las personas que estén en la misma situación procesal, más aún cuando se hallan en juego derechos de la esfera constitucional, sin duda habrá de preferírsela. Esta misma disposición permite superar problemas relacionados con los costos económicos del litigio judicial, cuando es bien sabido que los factores económicos resultan impeditivos para el acceso a la justicia de los sectores más empobrecidos.

En este sentido, definir normativamente cuáles son esos derechos colectivos, cuáles las acciones que garantizan su ejercicio y, particularmente, reglamentar el marco procesal que determina a las mismas, es el desafío que el legislador debe resolver con la técnica legislativa adecuada, a fin de que el

instrumento normativo resultante derive, en definitiva, en provecho de la sociedad en su conjunto.

Al introducir este trabajo, se planteó como objetivo describir en qué casos los diferentes actores reconocidos por la norma constitucional se hallan legitimados para interponer una acción de amparo colectiva. La respuesta, hoy, está en las diversas posiciones teóricas que se abracen, enfatizando que la postura mayoritaria e imperante en la jurisprudencia es la denominada amplia, donde los afectados, el Defensor del Pueblo y las Asociaciones registradas pueden invocar su parte en la relación colectiva que los involucra en virtud de un interés colectivo del que coparticipan.

La legitimación para accionar por la vía del amparo colectivo en el orden federal, es una problemática vigente que podría hallar su solución a través de la adecuada técnica legislativa que será responsabilidad de los congresistas proveer, a fin de dotar, a los ciudadanos, las herramientas procesales adecuadas para que los sujetos legitimados puedan ejercer, con plenitud, los derechos colectivos reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional.

Su regulación no puede escindirse de la actualidad social, política y jurídica. Una norma anacrónica, de difícil implementación o resistida por la sociedad puede significar un sinsentido, un dispendio, o una voluntad legislativa a la medida de una democracia que aún no ha madurado como sistema democrático semidirecto, que implica la garantía de accionar, a todas las partes de la sociedad, en resguardo de sus derechos fundamentales en la medida de la afectación de sus intereses colectivos.

En el caso específico de los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos, debe primar la interpretación *pro homine* y de garantías efectivas que tutelen a los derechos tanto en la idoneidad del afectado como en los demás requisitos exigidos, a efectos de que la fuerza normativa de la Constitución y la construcción de la práctica constitucional, no resulten una mera ilusión y sean el eje central del Estado constitucional de derecho argentino.

Finalmente, en razón de la jerarquía constitucional de los derechos de incidencia colectiva en general puestos en juego que requieran la tutela judicial urgente, reconociendo las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Nacional al suscribir los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional y, admitiendo ampliamente la disponibilidad de la acción de amparo colectivo como herramienta jurídica aplicable en salvaguarda de estos derechos fundamentales, podrán sortearse las cuestiones procesales en virtud de los diferentes argumentos que se han expuesto en diferentes casos a lo largo del presente trabajo.

De este modo, reconocer la legitimación procesal activa colectiva con la mayor amplitud que admita el debate, será uno de los caminos a elegir en aras de cumplimentar la manda constitucional que importa un deber no sólo para la jurisdicción, sino conjuntamente para con los demás poderes del estado. Esta es, posibilitar y garantizar efectivamente el acceso a la justicia, el debido proceso y la tan anhelada recomposición de los derechos que fueran transgredidos, en pos del tan pregonado bien común.

Referencias bibliográficas

I. Doctrina

I. 1. Libros

1. Alsina, Hugo (1963). *Tratado teórico práctico de derecho procesal, civil y comercial* (2a ed). Buenos Aires: Ediar.
2. Balbin, C. (2001). *Sobre la legitimación en el proceso de amparo*. La Ley 2001-B-1172.
3. Bidart Campos, G. J. (1993). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I. Buenos Aires: Ed. Ediar
4. Bidart Campos, G. J. (1995a). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. La Reforma Constitucional de 1994*, Vol. V. Buenos Aires: Ed. Ediar.
5. Bidart Campos, G. J. (1995b, 1999). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires, Rep. Argentina: Ed. Ediar.
6. Bustamante Alsina, J. (1995). *Derecho Ambiental – Fundamentación y Normativa*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
7. Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia. Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México*. CABA: Ed. Ejea.
8. Carranza Torres, L. R. (2004). *Práctica del amparo*. Córdoba, Córdoba, Argentina: Alveroni Ediciones.
9. Cassagne, J. C. (1995). *Sobre la Protección Ambiental*. Buenos Aires: Ed. La Ley.
10. Cassese, Sabino (2003). *La crisis del estado*. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot.
11. Couture, Eduardo (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3era edición). Buenos Aires: Ed. Depalma.
12. Ekmekddjian, M. A. (1991). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma.
13. Ferreyra de de la Rúa, A. - González de la Vega de Opl, C. (1999). *Derecho Procesal Civil*. Córdoba: Ed. Adocatus.

14. Fucito, F. (2013). *Tesis, Tesinas y otros Trabajos Jurídicos*. Buenos Aires: Ed. La Ley.
15. Gianinni, L. (2005). Tipología de los derechos de incidencia colectiva, en *Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados – XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Mendoza: Ed. La Ley.
16. Giannini, L. (2007). *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*. La Plata, Buenos Aires, Argentina: Librería Editora Platense S.R.L.
17. Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2003). *La tutela de los derechos difusos, colectivos, e individuales homogéneos, hacia un Código modelo para Iberoamérica*, México: Ed. Porrúa.
18. Gilardi Madariaga de Negre, C. (2012). La legitimación de las asociaciones y las acciones colectivas-Las acciones de clase, en *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo* (Director Marcelo A. Bruno dos Santos), Capítulo III. (1ra ed.), Buenos Aires: FDA. Recuperado de https://www.gordillo.com/pdf_unamirada/03denegre.pdf
19. Gordillo, A. (2014). La defensa del usuario y el administrado, en *Tratado de derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 2 (10ma ed.) Recuperado de <http://www.gordillo.com/tomo2.html>
20. Gozaíni, O. A. (1994). *La justicia constitucional*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
21. Gozaíni, O. A. (1995). *El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos. Vínculos y autonomías*. México: Ed. U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México.
22. Gozaíni, O. A. (1996). *La Legitimación en el Proceso Civil*. Buenos Aires: Ed. Ediar.
23. Gozaíni, O. A. (2002). *Amparo (Doctrina y Jurisprudencia). Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni.
24. Gozaíni, O. A. (2005). *Los Problemas de Legitimación en los Procesos Constitucionales*. México: Ed. Porrúa. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, N° 4.
25. Gozaíni, O. A. (2006). *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni.

26. Gozaíni, O. A. (2010). *El amparo y la defensa de los derechos colectivos*. México: Ed. U.N.A.M. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3047/7.pdf>
27. Jeanneret de Pérez Cortéz, María (2011). La Legitimación, en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo* (Juan Carlos Cassagne Director), Tomo I, Capítulo 1ro. (2da ed. actualizada). Buenos Aires: Ed. La Ley.
28. Jiménez, E. P. (2013). *Juicio de amparo individual* (1ra ed.). Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
29. Kelsen, Hans (1928). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Traducción del original en francés por el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (1974). Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf>
30. Knave, Verónica, Erran, Maite (2007). *Problemas que suscita la legitimación de la cosa juzgada en los procesos colectivos*. Ed. DJ.
31. Lorenzetti, Ricardo L. (2010). *Justicia Colectiva* (1ra Ed.). Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni.
32. Maiorano, Jorge (2006). Amparo colectivo. Legitimación del Defensor del Pueblo. Cosa juzgada, en *Derecho procesal constitucional* (Masciotra Director, Carelli Coordinador). Ed. Ad Hoc.
33. Montero Aroca, Juan (1994). *La legitimación en el proceso civil*. Madrid: Ed. Cívitas.
34. Morello, A. (1998). *El amparo. Régimen Procesal* (3ra ed.). La Plata: Librería Editora Platense S.R.L.
35. Morello, A. M. (1999). *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino: legitimaciones, medidas cautelares, trámite y efectos del amparo colectivo*. La Plata, Buenos Aires, Argentina: Librería Editora Platense S.R.L. Recuperado de <http://www.ebrary.com.bibliotecadigital.idm.oclc.org>
36. Morello, A. (2001). *La eficacia del proceso*. Ed. Hammurabi.
37. Orgaz, A. (1961). *El recurso de amparo*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
38. Palacio, Lino Enrique (2003). *Manual de derecho procesal civil* (17ma edición). Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
39. Palacio de Caeiro, Silvia (2011). “*Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”. La Ley, 2011

40. Quiroga Lavié, H. (1994). El amparo, el hábeas data y el hábeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional, en *La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión de Redacción* (H. Quiroga Lavié). Santa Fé, Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni.
41. Quiroga Lavié, H. (1998). *El amparo colectivo* (Tomo I). Ed. Rubinzal Culzoni.
42. Ramos Méndez, Francisco (1987). *Derecho y Proceso*. Barcelona: Ed. Bosch.
43. Ramos Méndez, Francisco (1992). *Derecho procesal Civil*. Barcelona: Ed. Bosch.
44. Rivas, Adolfo (1994). *El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina*, Ed. La Ley, 1994-E-1330.
45. Rivera, J.& (2008). *La noción de derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores*. J.A. 2008-II 1141. Recuperado de <http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera-h-la-nocion-de-derechos-de-incidencia-colectiva-en-la-jurisprudencia.pdf>
46. Conf. Sáenz, Luis R. & Silva, Rodrigo en Vázquez Ferreyra, Roberto A.- Picasso, Sebastián, *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, Tomo I. Buenos Aires: Ed. La Ley.
47. Sagüés, N. P. (1982). Constitucionalismo Social, en *Tratado de Derecho del Trabajo* (Antonio Vázquez Vialard Director) Tomo 2. Buenos Aires: Ed. Astrea.
48. Sagüés, N. P. (2006). *Derecho Procesal Constitucional, Logros y obstáculos*. Ed. Ad-Hoc.
49. Salgado, A. J. (1987). *Juicio de amparo acción de inconstitucionalidad*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
50. Salgado, J. M. (2014). *Una ley de procesos colectivos*. RCyS2014-V, 227, AR/DOC/638/2014.
51. Sampieri, R. (2006). *Metodología de la Investigación*. México: Ed. Mcgraw-Hill.
52. Toricelli, Maximiliano (1999). *El amparo Constitucional*. Ed. Depalma.

53. Verbic, Francisco (2005) La (negada) legitimación activa del Defensor del Pueblo de la Nación para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva. Buscando razones a la doctrina de la Corte Suprema, en *Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados – XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Mendoza: Ed. La Ley y en *Revista de Derecho Procesal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007-1.

54. Verbic Francisco (2007), *Procesos Colectivos*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

55. Yuni, J., & Urbano, C. (2006). *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*, Vol. 1 y 2. (2da ed.). Córdoba: Ed. Brujas.

I. 2. Revistas

1. Arias Cáu, E. J.- Vera Mohorade, G. M. (2011) “Participación de las asociaciones de consumidores en los organismos de control en los servicios públicos”, *La Ley, Noroeste*, abril 2011.

2. Bidart Campos, G. J. (1996). La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución. *Revista El Derecho*, 6/2/96, Año XXXIV, N° 8933.

3. Berra, Elizabeth y Tambussi, Carlos (2016). El amparo colectivo y los sujetos legitimados. LA LEY 15/09/2016, 15/09/2016, 2 - LA LEY2016-E, 81 - *Sup. Doctrina Judicial Procesal* 2016 (diciembre), 05/12/2016, 13. AR/DOC/2858/2016

4. Birri, Vilma (2013). Un tema vigente: la legitimación ad causam. *LLPatagonia* 2013 (febrero), 01/02/2013, 710 - *Sup. Doctrina Judicial Procesal* 2013 (marzo), 01/03/2013, 1. AR/DOC/239/2013.

5. De las Carreras, F. (7 de mayo de 1999). El derecho constitucional de amparo, la acción de amparo y las normas de procedimiento. *Revista El Derecho*.

6. Ferreyra de De la Rúa, Angelina (1996). La protección de los llamados intereses difusos en la Constitución Nacional y la Constitución de la provincia de Córdoba, LL 1996-B-789.

7. Giannini, L. (2008). Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los procesos que suscita la noción de “derechos de

incidencia colectiva” (a propósito del fallo de la CSJN in re “Defensor del Pueblo de la Nación”). LA LEY 2008-A-97.

8. Giannini, L. (2012a). Apuntes para el tratamiento de los proyectos de ley sobre procesos colectivos y acciones de clase. *Revista de Derecho Procesal* (Número Extraordinario), 15-50.

9. Gil Domínguez, A. (2011). *Afectado, derechos e incidencia colectiva individuales homogéneos y acción colectiva*”, LA LEY 16/06/2011, 1

10. Gil Domínguez, A. (2013). Vigencia del caso “Halabi”. LA LEY 24/10/2013, 24/10/2013, 3 - LA LEY2013-E, 589 -LA LEY24/10/2013, 3, AR/DOC/3809/2013.

11. Gil Domínguez, A. (2014). Legitimación procesal colectiva y representación colectiva adecuada. LA LEY 06/06/2014, 06/06/2014, 6 - LA LEY2014-C, 399, AR/DOC/1341/2014.

12. Gozaíni, O. A. (1994b). La legitimación procesal del Defensor del Pueblo (Ombudsman). L.L. 1994-E-1378

13. Gozaini, O. (2004). Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal. *Revista Jurídica La ley*, 387.

14. Maiorano, Jorge Luis (2010). La legitimación del Defensor del Pueblo para cuestionar judicialmente las decisiones de la administración. *Revista de Derecho Público*, editorial Rubinzal Culzoni, número 2, año 2010. Buenos Aires.

15. Maraniello, P. A. (enero-junio de 2011). El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales. (U. N. México, Ed.) IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, V(27), 7-36. ISSN 1870-2147.

16. Rossi, Jorge Oscar (22/11/2000). El Defensor de Pueblo y el amparo colectivo en defensa de los usuarios y consumidores. *Diario Judicial*. Recuperado de <http://www.diariojudicial.com/nota/39212>

17. Sabsay, D. A. (1996). El amparo como garantía de los derechos procesales. *Revista de Derecho Procesal*. La Ley (5), 41.

18. Sabsay D. A. (1996b). El Amparo como Garantía para la Defensa de los Derechos Fundamentales. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes* (6), 28-34. Buenos Aires. Recuperado de <http://farn.org.ar/wp-content/uploads/2014/06/art02.pdf>

19. Sabsay, D. A. (abril de 1997). El “Amparo Colectivo” Consagrado por la Reforma Constitucional del 1994. Felipe Gonzáles Morales Ed. *Cuadernos de análisis jurídico* (7), 387-405. Buenos Aires.

20. Sabsay, D. A. (octubre 2000). El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos. Ed. Rubinzal y Asociados S.A.. *Revista de Derecho Procesal* (5). Buenos Aires.

21. Sagüés, N. P. (2009). La creación judicial del “amparo - acción de clase” como proceso constitucional. *SJA Lexis* N° 0003/014385.

22. Salmieri Delgue, P. N. (17 de abril de 2016). La acción de amparo - El amparo colectivo - Acción “de clase” y el afectado - vacío legal - Parámetros de la Corte - Código Unificado. *Revista pensamiento penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/04/doctrina43225.pdf>

23. Salthú, J. G. (agosto de 2008). Derechos sociales y garantía del amparo colectivo (Tratamiento del principio de progresividad en la Constitución Provincial). Recuperado de <http://www.estudiojuridicomdp.com.ar/userfiles/file/amparo.doc>

24. Saux, E. I. (1994). Acceso a la tutela de los "derechos de incidencia colectiva" dentro del nuevo texto constitucional. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (7), 111-156.

25. Serra Domínguez, M. (1987). Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación. *Revista Justicia*.

26. Sigal, Martín (2006). Los derechos de incidencia colectiva y su relación con los derechos individuales y colectivos. *SJA* 21/6/2006 – *JA* 2006-II-1191. *Lexis* N° 0003/012635.

27. Solá, Juan Vicente (02 de marzo de 2009). El caso Halabi y la creación de las “acciones colectivas”. *Revista La Ley* (6).

28. Verbic, Francisco (26 de agosto de 2015) Acciones de clase y eficiencia del sistema de justicia. Abeledo Perrot N°: AP/DOC/400/2015.

I. 3. Varios

1. Aberastury, P. (setiembre de 2014). Recuperado de www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/Amparo-Nuevas-perspectivas.doc

2. Bär, M. M. (s.f.). *Acción de amparo en la Provincia de Santa Fe*. Reseña. Recuperado de [http://www.academia.edu/25282580/Acci%C3%B3n de Amparo en la Provincia de Santa Fe. Rese%C3%B1a](http://www.academia.edu/25282580/Acci%C3%B3n_de_Amparo_en_la_Provincia_de_Santa_Fe_Rese%C3%B1a)
3. Giannini, L. J. (2012b). *Los derechos de incidencia colectiva en el proyecto de Código Civil y Comercial (Aportes para su redefinición)*. La Plata, Buenos Aires, Argentina del 13 de setiembre de 2012. Recuperado de Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación: http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/Leandro_Giannini.pdf
4. *Arbitraria modificación de la competencia en los amparos contra el estado. Debilitamiento institucional de la justicia de Córdoba, documento de trabajo elaborado por la Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables* (abril de 2015). Recuperado de [http://www.fundeys.org/sites/default/files/articulo_reforma_ley_de_amparo_2015 - con diseno.pdf](http://www.fundeys.org/sites/default/files/articulo_reforma_ley_de_amparo_2015_-_con_diseno.pdf)
5. Rivera, Julio César *Los alcances de la legitimación del defensor del pueblo de la nación y de las asociaciones del art. 43 segundo párrafo de la cn para la tutela de los derechos de incidencia colectiva*. Recuperado de [http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/riverah_los_alcances_de_la_legitimacion del defensor del pueblo y de las asociaciones2.pdf](http://www.rivera.com.ar/sites/default/files/riverah_los_alcances_de_la_legitimacion_del_defensor_del_pueblo_y_de_las_asociaciones2.pdf)
6. Verbic, Francisco (06 de setiembre de 2016). *La CSJN revocó por falta de legitimación activa la cautelar que había suspendido el aumento de la tarifa de luz eléctrica en la Provincia de Buenos Aires y ratificó la exigencia de problemas “serios” en el acceso individual a la justicia como requisito de admisibilidad de las acciones colectivas*. Recuperado de <https://classactionsargentina.com/2016/09/06/la-csjn-revoco-por-falta-de-legitimacion-activa-la-cautelar-que-habia-suspendido-el-aumento-de-la-tarifa-de-luz-electrica-en-la-provincia-de-buenos-aires-y-ratifico-la-exigencia-de-problemas-serios/>

II. Legislación

II.1. Internacional

1. Constitución de la República Italiana (1947)
2. Constitución Española (1978)
3. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (23 de mayo de 1949 (Constitución Alemana)
4. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Caracas, (28 de octubre de 2004). Relatores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi; Presidente de la Comisión de Revisión Roberto O. Berizonce (2004)
5. Federal Rules of Civil Procedure, recuperado de <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>

II.2. Nacional

1. Constitución de la Nación Argentina (1994)
2. Ley 27, Organización de la Justicia Nacional, sancionada el 13 de octubre de 1862
3. Ley 24.759 sancionada el 4 de diciembre de 1996, Aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción firmada en la tercera sesión plenaria de la Organización de los Estados Americanos (1996)
4. Ley 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación (2014)
5. Ley 17.454, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (T.O. 1981)
6. Ley 16.970, Defensa Nacional, sancionada el 6 de octubre de 1966, derogada. Id SAIJ: LNS0001319 (1966)
7. Ley 16.986, Amparo Individual Nacional (1966)
8. Ley 19.549, Procedimientos Administrativos (1972)
9. Ley 24.284, Defensoría del Pueblo (1993)
10. Ley 24.240, Defensa del Consumidor (1993), actualizada por ley 26.361 (2008)
11. Ley 25.018, Régimen de Gestión de Residuos Peligrosos (1998)
12. Ley 25.188, Ley Nacional de Ética Pública (1999)
13. Ley 25.326, Protección de los Datos Personales (2000)
14. Ley 25.675, Ley General del Ambiente (2002)
15. Proyecto de ley de acción gratuita de amparo ante posibles enriquecimientos injustificados de funcionarios de dirigentes sindicales y

empresarios de actividades especialmente reguladas. Régimen. Expte Nro. 0295-D-2016 recuperado de

<http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0294-D-2016&tipo=LEY> (2016)

16. Proyecto de ley de amparo. Régimen. Expte Nro. 0294-D-2016, recuperado de <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0295-D-2016&tipo=LEY> (2016)

II.3. Estatutos y convenios

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Recuperado de:

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B_32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

2. Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789).

Recuperado de:

<http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>

3. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, París, Resolución 217 A III (10 de diciembre de 1948).

Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

4. Convención Interamericana contra la Corrupción firmada en la tercera sesión plenaria de la Organización de los Estados Americanos (1996). Recuperado de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.pdf

III. Jurisprudencia

1. CSJN, “Domingo Mendoza y hermano, contra la Provincia de San Luis”, Fallos: 3:131 (1866)

2. CSJN, “Don Pedro Miguel, Esteban Juan y otros, deduciendo recurso de amparo en la libertad”, Fallos: 117:165 (1913)

3. CSJN, “Lázaro Nieto Arana s/ habeas corpus”, Fallos: 139:154 (1923)

4. CSJN, “San Miguel, José S. s./ recurso de amparo”, Fallos: 216:611 (1950)

5. CSJN, “Siri, Ángel s./ interpone recurso de hábeas corpus”, Fallos: 239:459 (1957)
6. CSJN, “Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus”, Fallos: 241:291 (1958)
7. CSJN, “Manuel R Pedreira vs Cirilo Nassif y otro s./ recurso extraordinario”, Fallos: 253:469 (1962)
8. CSJN, “Ribas, Riego y otros s/ usurpación y desobediencia, recurso extraordinario”, Fallos: 258:267 (1964)
9. CSJN, “Bonorino Però, Abel y otros c/ Estado Nacional s/ amparo”, Fallos: 307:2174 (1985)
10. CSJN, “Cerámica San Lorenzo”, Fallos: 307:1096, Considerando Nro. 2 (1985)
11. CSJN, “Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires – Facultad de Ingeniería y Medicina s/ ejecución fiscal”, Fallos: 308:647 (1986)
12. CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. vs. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos: 315:1492 (1992)
13. CSJN, “Cartañá, Antonio E.H. y otros Municipalidad de Buenos Aires” (07/07/1993), publicado en *Revista Jurídica La Ley*, 1994 A (1993), Fallos: 316.2:1648 (1993)
14. CSJN, “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Expte. Feria 5/94) s/ amparo”. Fallos: 317:335 (1994)
15. CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” Fallos: 321.1:1207 (1998)
16. CSJN, “Prodelco c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 07/05/1998, LL 1998-C574 (1998)
17. CSJN, “Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) c./ Universidad Nacional de Luján s./ aplicación ley 24.521” Fallos: 322.1:842 (1999)
18. CSJN, “Fernández Raúl c/ Poder Ejecutivo Nacional (PEN) s/ amparo – ley 16.986”, del 07/12/1999. Fallos: 322:3013 (1999), LL 2000-A-179 (1999)

19. CSJN, “Defensor del Pueblo c/ Poder Ejecutivo Nacional. Dec.1517/98” del 21/12/2000. Fallos: 323.3:4098 (2000)
20. CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)”, Fallos: 329:2316 (2006), LL 2006-D-86 (2006)
21. CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dto. 1316/02 c/ EN-PEN- dto. 1570/01 y 1606/01 s/amparo ley 16.986", del 26 de junio de 2007. Fallos 330.2: 2800 (2007)
22. CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. – P.E.N.– dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986”, del 26/06/2007. Fallos: 330.2:2809 (2007), LA LEY, 2007-E, 145 (2007)
23. CSJN, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 Dto.1563/04”, Fallos: 332:111 (2009). LA LEY 02/03/2009, 8, con nota de Juan Vicente Sola; LA LEY 2009-B, 157, con nota de Juan Vicente Solá; AR/JUR/182/2009 (2009)
24. CSJN, “Schröder, Juan c. INVAP S.E. y E.N. s/ amparo”, Fallos:333.1:570 (Junio 2010). Sup. Adm 51 - DJ30/06/2010, 1771 - LA LEY2010-D, 29 - LA LEY 10/09/2010, 5, con nota de Eduardo Pablo Jiménez; LA LEY 2010-E, 203, con nota de Eduardo Pablo Jiménez; LA LEY 23/02/2011, 8, con nota de Alan A. Jalife; LA LEY 2011-A, 517, con nota de Alan A. Jalife; AR/JUR/11015/2010 (2010)
25. Conf. causa CSJN 67/2010 (46-U) “Universidad Nacional de Río Cuarto c/ Córdoba, Provincia de y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (2010)
26. CSJN, “PADEC c. Swiss Medical S.A.”, Fallos: 336:1236 (2013). LA LEY 23/09/2013, 23/09/2013, - LA LEY2013-E, 290 - LA LEY 24/10/2013, 24/10/2013, 3 - LA LEY2013-E, 589 - LA LEY24/10/2013, 3 - LA LEY 05/12/2013, 05/12/2013, 3 - LA LEY2013-F, 447 - DJ 19/02/2014, 11, con nota de Esteban Javier Arias Cáu; Maximiliano Rafael Calderón; Fernando E. Shina; DT2016 (febrero), 234 AR/JUR/44235/2013 (2013)

27. CSJN, “Roquel, Héctor Alberto C/ Santa Cruz, Provincia de - (Estado Nacional) S/ Acción De Amparo”. Fallos: 336.2:2356 (2013) LA LEY 06/06/2014, 06/06/2014, 6 - LA LEY2014-C, 399 - AR/DOC/1341/2014

28. CSJN, “Municipalidad de Berazategui v. Cablevisión s/ amparo”, del 23/9/2014. Fallos: 337.2:1024 (2014); Id SAIJ: FA14000143 (2014)

29. CSJN, “Universidad Nacional de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de s/ Amparo (daño ambiental)”. Fallos: 337.2:1447; LA LEY 06/02/2015, 06/02/2015, 5 - LA LEY2015-A, 201. AR/DOC/209/2015 (2014)

30. CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo”. Fallos: 338.1:36, Considerandos 8, 9 y 10. IJ-LXXVIII-805 (2015)

31. CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ acción de amparo colectivo”, del 18 de agosto de 2016. Fallos: 339:1098 (2016)

32. CSJN, “Abarca, Walter José y otros c. Estado Nacional – Ministerio de Energía y Minería y otro s./ amparo ley 16.986”, del 06 de setiembre de 2016. Fallos: 339.2:1223 (2016)

33. Cfr. CNFed. Cont. Adm., Sala IV, 05/08/1997, Fernández, Raúl c/ Poder Ejecutivo Nacional, LL. 1997-E-535 (1997)

34. CNFed. Civil y Com. Sala I “Guezamburu, Isabel c. Instituto de Obra Social” (1995)

35. CNFed Cont. Adm., Sala IV, “Youssefian, Martín c/ E.N. -Secr. de Comunicaciones s/ amparo ley 16.986”, del 23 de junio de 1998; Id SAIJ: FA98100364 (1998) C; Id SAIJ: FA98100364 (1998)

36. JNCAF N° 2, “Kattan, A. E. y otro c. Gobierno Nacional – Poder Ejecutivo Nacional”, del 10/05/1983, Fallo Nro. 82.362, en *Revista Jurídica La Ley*, 1983-D, 576 (1983)

37. C3aCivyComCordoba, “Portal de Belén Asociación Civil c./ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba” (21/05/2013) LLC2013 (junio), 523 - LLC 2013 (junio) , 594, con nota de Eduardo A. Sambrizzi; LA LEY 22/07/2013 , 7,

con nota de Walter F. Carnota; LA LEY 2013-D , 264, con nota de Walter F. Carnota; DFyP 2013 (julio) , 210, Con nota de Héctor P. Iribarne; DFyP 2013 (septiembre) , 210, con nota de Eugenia Fleming Cánepa; Renato Rabbi-Baldi Cabanillas; DJ23/10/2013, 83 - Sup. Const. 2013 (noviembre), 08/11/2013, 41 - LA LEY2013-F, 143 - AR/JUR/16255/2013 (2013)

38. C3CrimGral Roca en los autos “Defensor del Pueblo de La Nación c/ Gobierno de la Provincia de Río Negro s/ amparo”.