

TUTELA COLECTIVA DE DERECHOS EN ARGENTINA

Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia

Francisco Verbic ^o

I. Introducción

El presente número especial de la RDP se publica con motivo de la primera Conferencia Internacional celebrada en forma conjunta por la Asociación Internacional de Derecho Procesal y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. La Conferencia lleva por título “*Acciones de Clase / Procesos Colectivos*” y estará dedicada al análisis y discusión de muchas de las cuestiones más importantes en materia de tutela procesal colectiva de derechos. En este contexto me pareció oportuno revisar el camino transitado hasta ahora sobre el tema en la República Argentina, especialmente a partir de lo que significó la incorporación de legitimaciones colectivas en el texto de la Constitución Nacional por medio de la reforma operada en el año 1994 (en adelante “CN”).

En este orden de ideas, comenzaré presentando una breve reseña histórica para dar cuenta de la evolución del tema y mostrar cuáles fueron los principales puntos de debate en las distintas etapas. Luego desarrollaré los alcances del modelo constitucional en materia de legitimación colectiva, ocupándome de pasar revista a los perfiles que han asumido –tanto en la legislación como en la jurisprudencia- los diversos actores sociales que pueden ejercer tal prerrogativa a nivel nacional. Sentado ello, me referiré al ámbito de aplicación de la tutela colectiva y finalmente, analizaré tres cuestiones prácticas que hacen a la efectiva vigencia de la misma: (i) las vías procesales habilitadas para canalizar pretensiones de este tipo; (ii) el requisito de “causa o controversia” como elemento habilitante de la competencia del Poder Judicial para intervenir en el conflicto; y (iii) el requisito de la representatividad adecuada como elemento determinante para la validez constitucional de todo el sistema.

^o Abogado (UNLP). LLM in International Legal Studies (NYU). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA). Profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial (UNLP). Prosecretario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y miembro de su Comisión de Jóvenes. Miembro Ordinario de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Más información y algunas publicaciones disponibles para descargar en www.franciscoverbic.com.ar

II. Evolución histórica de la tutela colectiva de derechos en la República Argentina

La evolución de la tutela procesal colectiva de derechos en la República Argentina puede ser dividida en 4 etapas históricas, marcadas por ciertos hitos que determinaron un antes y un después en la discusión sobre el tema. Estas etapas se presentan aquí con cierto margen de discreción y tal vez hasta con algo de arbitrariedad. Sólo persiguen como objetivo poner el tema en contexto y presentar la evolución operada en el tipo de discusiones generadas en torno al asunto.

1. Primera etapa

El inicio de la primera etapa histórica puede ubicarse a comienzos del año 1983 con el dictado del fallo “Kattan”,¹ y se extiende hasta la reforma de la CN operada en el año 1994.²

Durante este período la principal discusión en los tribunales de nuestro país y también en el campo doctrinario giró en torno al alcance de la noción de “intereses difusos”, los cuales eran considerados como algo diferente de las situaciones jurídicas reconocidas por la vieja trilogía administrativista “derecho subjetivo/interés legítimo/interés simple” (categorización que ha perdido prácticamente toda vigencia como punto de referencia para establecer si un sujeto se encuentra o no legitimado para accionar colectivamente).³ El

¹ “Kattan, A. E. y otro c. Gobierno nacional -Poder Ejecutivo”, Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso administrativo Federal N° 2, sentencia del 22/03/83, publicado en L.L. 1983-D-568 con nota de CANO, Guillermo J. “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino” (el caso fue promovido por un grupo de personas que se consideraban afectadas por permisos de pesca otorgados por el Gobierno Nacional a favor de barcos japoneses. El juez otorgó la medida de no innovar solicitada por los actores, reconociendo expresamente su legitimación para reclamar en sede judicial la protección de derechos colectivos. En tal sentido sostuvo que “un grupo de personas, en estos casos particulares, puede hacer oír su voz ante los estrados judiciales en representación de la comunidad que, si bien permanece silenciosa o ignorante del problema, no deja por eso de tener gravemente afectado su patrimonio y garantías esenciales”).

² Algunos trabajos de doctrina ya para entonces había señalado el camino a seguir con relación a ciertos puntos clave de la tutela procesal colectiva. Ver en particular MORELLO, Augusto M. – HITTERS, Juan C. - BERIZONCE, Roberto O “La defensa de los intereses difusos, ponencia nacional argentina al XI Congreso Internacional de Derecho Procesal”, JA, 1982-IV-700; GRECCO, Carlos “Ensayo preliminar sobre los denominados intereses “difusos” o “colectivos” y su protección judicial”, L.L. 1984-B-865.

³ Ver en este sentido GIANNINI, Leandro “La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos”, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, pp. 29-39 (sosteniendo que esta trilogía de situaciones jurídicas “fue pensada para la sistematización de la legitimación a título individual y no para el fenómeno del proceso colectivo”); VERBIC, Francisco “Procesos Colectivos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 113-114 (entendiendo necesario prescindir de estas nociones para comprender los alcances de la legitimación colectiva); SALGADO, José M. “Tutela individual homogénea”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 36-40 (destacando que carece de sentido útil “mantener distinciones teóricas que en la práctica han dejado de tener

fundamento de estos intereses difusos reposaba en los derechos implícitos reconocidos por el art. 33 de la CN, ya que no existía por entonces nada parecido al actual art. 43 de la CN.⁴

Asimismo, se discutía por entonces si el Poder Judicial contaba con competencia para entender en este tipo de asuntos. Sobre este punto hubo ciertos sectores de la doctrina que bregaron fuertemente por cerrar las puertas de la justicia a reclamos colectivos, argumentando sobre la supuesta falta de capacidad política y aptitud funcional del Poder Judicial para resolver conflictos que involucran grandes números de personas.⁵

Ya sobre el final de esta etapa fue sancionada la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240. Si bien se trata de una ley sustancial o de fondo, el texto sancionado por el Congreso contenía provisiones relativas a la legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor y también provisiones relativas al alcance de la cosa juzgada de los efectos de la sentencia a dictarse con motivo de la actuación de tales organizaciones. Sin embargo, al promulgar la ley el Poder Ejecutivo vetó el artículo sobre cosa juzgada y provocó una honda ruptura de la coherencia interna del sistema.⁶

Se trató en definitiva de una etapa embrionaria, donde la cuestión principal (enfocada desde diversas perspectivas) giraba en torno a determinar los límites del Poder Judicial para juzgar asuntos que involucraban grupos de personas y que –justamente por tal motivo– desbordaban el cauce tradicional de debate en sede jurisdiccional. Esta tarea era sumamente difícil de llevar

importancia, puesto que se ha reconocido la facultad del administrado de acudir a la esfera judicial a defender sus prerrogativas”).

⁴ “Art. 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

⁵ Entre otros ver BARRA, Rodolfo “Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial”, ED 146-829 (sosteniendo que las acciones en defensa de derechos colectivos o difusos “convierten al juez en un árbitro de las disputas políticas, lo que no es su papel constitucional e institucional y, seguramente por esa razón, no se encuentra preparado para ello”); y “

⁶ El art. 54 establecía que “la sentencia dictada en un proceso promovido por el consumidor o usuario, sólo tendrá autoridad de cosa juzgada para el demandado, cuando la acción promovida en los términos establecidos en el párr. 2º del art. 52 sea admitida y la cuestión afecte un interés general”. Esta previsión fue vetada por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto N° 2089/93. El fundamento invocado para ello en los considerando del mencionado Decreto fue que “en el proyecto de ley ha quedado claramente establecida la legitimación de las asociaciones de consumidores a fin de promover acciones judiciales cuando la cuestión afecte el interés general de un grupo de consumidores, pero ello no permite prescindir, respecto de ellas, de un instituto procesal que como el de la cosa juzgada resulta esencial a fin de garantizar los preceptos constitucionales de defensa en juicio, debido proceso adjetivo e igualdad ante la ley, así como también para preservar la seguridad jurídica de las personas demandadas por dichas asociaciones y evitar una indebida proliferación de causas judiciales, cuyos costos redundarían en perjuicio de los productores y en definitiva del propio consumidor”. Por supuesto, un dislate. ¿De qué legitimación colectiva podemos hablar si la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia no se expandirá sobre el grupo representado?

adelante en el contexto de un ordenamiento jurídico que carecía de normas constitucionales y procesales que pudieran sustentar y guiar semejante actuación. Tal vez haya sido por tal motivo que la respuesta del sistema de justicia ante pretensiones de índole colectiva fue negativa en la mayoría de las oportunidades.⁷

2. Segunda etapa

La segunda etapa se inicia con la reforma constitucional de 1994 y se extiende hasta mediados del año 2006, cuando la CSJN dictó el fallo “Mendoza I”.⁸ La reforma construyó un modelo constitucional híbrido en materia de legitimación colectiva. Sus raíces pueden rastrearse tanto en el sistema de acciones de clase estadounidense (de allí la figura del individuo “afectado” como alguien capaz de representar a todo un grupo de personas), como en el modelo asociativo y de participación de organismos públicos propio de los países europeos (de allí la figura de las asociaciones intermedias y el *ombudsman* como sujetos con capacidad para accionar colectivamente, a las

⁷ Pertenecen a esta etapa decisiones judiciales tales como “*Baeza, Anibal R. c/Estado nacional*”, CSJN, sentencia del 28/8/84, ED 110-357 (rechazo de una acción de amparo tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de un Decreto por medio del cual el Poder Ejecutivo nacional había convocado una consulta popular sobre los términos del arreglo de límites con el vecino país de Chile en la zona del Canal de Beagle. En su demanda argumentó que el decreto en cuestión invadía atribuciones del Poder Legislativo y constituía un acto de autoridad pública que vulneraba el sistema representativo establecido en la Constitución nacional. La CSJN rechazó por mayoría la acción intentada con fundamento en la inexistencia de “causa” o “controversia” debido a la falta de legitimación del actor); “*Dromi, José R. s/avocación en: Fontela, Moisés W. c/Estado nacional*”, CSJN, sentencia del 06/09/90, L.L. 1990-E-97 (rechazo de una acción de amparo promovida por un diputado nacional con el objeto de obtener que la figura jurídica que adoptara la empresa Aerolíneas Argentinas –como consecuencia del trámite de privatización a que ésta se sometía por ese entonces– se encuadrara dentro de alguno de los tipos societarios vigentes. La CSJN sostuvo que la condición de ciudadano esgrimida por el actor no era apta para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción debido a que dicho carácter es de una generalidad tal que no permitía, en el caso, tener por configurado el interés directo, inmediato y sustancial que llevara a considerar la situación planteada como una “causa”, “caso” o “controversia”); y “*Polino, Héctor y otro c/Poder Ejecutivo*”, CSJN, sentencia del 07/04/94, L.L. 1994-C-291 (rechazo de una acción de amparo promovida por dos diputados nacionales con la finalidad de obtener la declaración de nulidad del proceso legislativo que concluyó con el dictado de la ley 24.309, declarativa de la necesidad de reforma de la carta magna. Los actores invocaron en esta oportunidad su doble calidad de ciudadanos y representantes del pueblo. La CSJN reiteró la doctrina sentada en “*Dromi*” y sostuvo que los actores no habían alegado un interés particular que permitiera considerar configurada una “causa” o “controversia” que habilite la intervención del Poder Judicial en el asunto).

⁸ “*Mendoza, Beatriz y o/s. c/ Estado Nacional y o/s. s/ Daños y perjuicios*”, CSJN, sentencia del 20/6/06, LL 2006-F-355.

cuales puede agregarse el Ministerio Público habida cuenta la nueva fisonomía que acordó a éste el art. 120 CN).⁹

El reconocimiento de actores sociales con legitimación colectiva y el reconocimiento de una nueva categoría de derechos (“de incidencia colectiva”) en el 2do párrafo del art. 43 CN llegaron prácticamente sin aviso previo y produjeron una verdadera revolución en la comunidad jurídica.

A partir de entonces quedó bastante claro que el Poder Judicial se encuentra habilitado para resolver conflictos colectivos (lo cual, por supuesto, no implica que el tema se siga discutiendo hasta el día de hoy). Es que el constituyente impuso con la reforma un límite de principio al legislador, un punto de partida ineludible: el ordenamiento argentino contempla la existencia de situaciones jurídicas colectivas y también contempla la posibilidad de que los conflictos que involucren situaciones del género sean dirimidos en sede judicial. La competencias de los jueces en la materia, entonces, se presenta como algo innegable.

A partir de entonces también quedó bastante claro el sinsentido de exigir al legitimado que demuestre ser titular de la relación jurídica que busca discutir en sede judicial (si bien hasta la propia CSJN lo hizo con relación al Defensor del Pueblo, tal como veremos más adelante). En este punto la reforma nos hizo volver a revisar las clásicas enseñanzas de Calamandrei en cuanto a la necesidad de separar ambas nociones y aceptar que puede existir legitimación en la causa sin que necesariamente el sujeto resulte titular del derecho que pretende defender.¹⁰

Se trata de un período rico en debates y profuso a nivel jurisprudencial. Al inicio, gran parte de la discusión giró en torno al significado y alcance de cuatro cuestiones: (i) la noción “derechos de incidencia colectiva”; (ii) la legitimación colectiva de cada uno de los sujetos contemplados en el art. 43 CN; (iii) el alcance subjetivo de la cosa juzgada; y (iv) la vía procesal por medio de la cual debían canalizarse este tipo de pretensiones.

Luego, el debate se centró más específicamente en la posibilidad de tutelar situaciones que no involucraban un objeto mediato indivisible -como podría ser la recomposición del medio ambiente- sino situaciones pluriindividuales homogéneas -como por ejemplo el recupero de sumas

⁹ Ver MEROI, Andrea A. “*Procesos Colectivos*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pp. 269-320 [realizando una profunda crítica al modelo adoptado por la reforma constitucional en materia de legitimación colectiva, al cual califica de “*desconcertante (sin explicitación de fuentes), múltiple (constituyéndose, precisamente, en polirrecepción), equívoco (con abuso de conceptos indeterminados), indiscriminado (ignorando la distinción entre intereses supraindividuales y plurales homogéneos), incompleto (sin la necesaria reglamentación de las cláusulas constitucionales), legitimante (en el sentido de perseguir adicionalmente otras finalidades que las propias de su sanción)*”].

¹⁰ CALAMANDREI, Piero “*Instituciones de derecho procesal civil*”, Tomo I, pp. 257-268. En la misma línea, DEVIS ECHANDÍA, Hernando “*Teoría general del proceso*”, Tomo I, p. 287; PALACIO, Lino E. “*Derecho procesal civil y comercial*”, Tomo I, pp. 405- 411; REDENTI, Enrico “*Derecho procesal civil*”, Tomo I, pp. 150-151.

pagadas en demasía con causa en un cargo indebidamente percibido por una entidad financiera.

Vale señalar que durante esta etapa se aprobó el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, una iniciativa desarrollada en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal durante la presidencia del Dr. Roberto Berizonce y de la cual formaron parte los juristas más importantes de la región (encabezados por tres profesores brasileños que cuentan con sobrados antecedentes en la temática).¹¹

En el orden interno fue durante este período que el Congreso de la Nación sancionó la Ley General del Ambiente N° 25.675, incluyendo allí diversas previsiones procesales en materia de legitimación, cosa juzgada y otros aspectos del trámite del proceso por daño colectivo.¹² Por su parte, la CSJN no se quedó atrás y reguló la figura del *amicus curiae* para causas de trascendencia institucional (Acordada N° 28/2004),¹³ ampliando de este modo las posibilidades de participación en el contexto de casos colectivos.

Ya arribando al final de esta etapa, la CSJN se pronunció en la causa “*Verbitsky*” haciendo lugar a un habeas corpus colectivo promovido por el CELS en representación de todas las personas privadas de su libertad y alojadas en comisarías de la Provincia de Buenos Aires.¹⁴ Esta decisión confirmó que la vía del amparo no era la única habilitada para promover este tipo de reclamos colectivos, y también puso en evidencia que –aun a falta de regulación especial– ciertas cuestiones que iban más allá del medio ambiente y el derecho del consumo también podían canalizarse en clave colectiva hacia el seno del Poder Judicial.

3. Tercera etapa

¹¹ Me refiero a Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi. La versión final del Código Modelo puede descargarse acá: http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdireitoprocessual.org.br%2FfileManager%2FCodigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.docx&ei=Fr6CT6reJdKatwfug9CPBq&usq=AFQjCNEdMIZARIGjws7XTRfFyc_4UCIUJg

¹² Disponible acá: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

¹³ Disponible acá: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/96742/norma.htm>

¹⁴ “*Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus*”, CSJN, sentencia del 03/05/05, Fallos 328:1146. La implementación de las órdenes dispuestas por la CSJN quedó en manos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. El proceso de implementación de la decisión dista de ser satisfactorio, si bien ha habido algunos avances en la materia. En el mes de marzo de 2010 algunos profesores de derecho presentaron un memorial de *amicus curiae* ante dicho tribunal local, exhortando a la SCBA a que “*Se adopte, en definitiva, una decisión jurisdiccional que limite los efectos ilegales de las políticas penales de la provincia de Buenos Aires y establezca un mecanismo de remediación idóneo, eficaz, y capaz de prevenir nuevas violaciones constitucionales*” (el texto completo del memorial puede consultarse acá: <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2010/08/amicus-de-profesores-para-el-caso-de.html>).

La tercera etapa comienza a mediados del año 2006 con la sentencia recaída en “Mendoza I” y se extiende hasta comienzos del año 2009, cuando la CSJN dictó el fallo “Halabi”.¹⁵ La causa “Mendoza” versa sobre la contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo. Se trata de un conflicto de carácter interjurisdiccional que tramita en instancia originaria de la CSJN y afecta a más de cinco millones de personas.

El conflicto fue llevado a la justicia por un pequeño número de sujetos afectados, quienes demandaron al Estado Nacional, la Ciudad de Buenos Aires, la Provincia de Buenos Aires, 14 Municipios y 44 empresas para obtener de ellos la recomposición del daño ambiental colectivo y la indemnización de los perjuicios sufridos individualmente por todos los miembros del grupo.

En “Mendoza I” La CSJN abrió la instancia luego de aproximadamente tres años de discusión interna y efectuó un deslinde de pretensiones que generó nuevos debates y aclaró en gran medida algunos de los interrogantes por entonces planteados. Así, la pretensión enderezada a obtener la recomposición del bien colectivo dañado quedó tramitando ante el máximo tribunal, mientras que las situaciones de daño individual -en cambio- fueron derivadas ante los jueces que correspondiera según las reglas ordinarias de competencia (situaciones que “eventualmente, podrían ser calificadas como *intereses individuales homogéneos*” según manifestó la Corte en el considerando 17 de esta sentencia).

Durante esta tercera etapa creo que lo más relevante fue el avance sobre la discusión de distintas cuestiones de trámite que hasta entonces habían sido opacadas por la legitimación y la cosa juzgada. Sucede que el caso “Mendoza” mostró en todo su esplendor las limitaciones del instrumental procesal vigente y comenzó a exigir la revisión de aspectos tales como los requisitos específicos en materia postulatoria, la intervención de terceros, las reglas de competencia territorial y por conexidad, los sistemas de publicidad y notificaciones, la celebración de audiencias públicas y la participación de *amicus curiae* en el contexto de causas colectivas, entre otras.

En este período vio la luz la Acordada de la CSJN N° 30/2007, por medio de la cual dicho tribunal reguló las audiencias públicas a celebrarse en determinadas causas que tramitan ante sus estrados. Para proceder a utilizar este mecanismo basta la decisión de tres de sus miembros, lo cual hizo que fueran más de una las causas en que discutió públicamente sobre distintos aspectos de relevancia.¹⁶ Asimismo, fue durante esta etapa que el Congreso de la Nación reformó la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 por medio de su similar N° 26.361. La reforma incorporó al estatuto del consumidor

¹⁵ “Halabi, Ernesto c/ PEN -Ley 25.873, Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” CSJN, sentencia del 24/02/2009, Fallos 332:111.

¹⁶ La Acordada puede buscarse acá: http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons_tipo.jsp?tipo=AC.

numerosas previsiones procesales de tipo colectivo, incluyendo la posibilidad de tutelar derechos individuales homogéneos, el mecanismo de *fluid recovery* como modo de liquidación colectiva de la sentencia, el Defensor del Pueblo como sujeto habilitado para actuar en este campo (cuestión hasta entonces muy debatida en la jurisprudencia a pesar de la claridad del texto constitucional), el beneficio de justicia gratuita para quienes promuevan acciones colectivas, los requisitos para arribar a una transacción válida y el alcance de la cosa juzgada, entre otras.¹⁷

Mientras tanto, en el campo jurisprudencial se dictaron relevantes decisiones por parte de la CSJN. Decisiones que -especialmente a través de sus disidencias- pocos meses después "*Mendoza I*" instalaron nuevos aspectos en la mesa de discusión, interpelaron al poder legislativo con motivo de la falta de sanción de una ley en la materia, y comenzaron a vislumbrar lo que habría de ser la posición mayoritaria del tribunal en el caso "*Halabi*" (sin lugar a dudas, el hito más relevante en la materia luego de la reforma de 1994).¹⁸

Y como si esto fuera poco, durante este período la CSJN también se expidió sobre el fondo de una de las pretensiones que tramitaban en la causa "*Mendoza*", condenando al Estado Nacional, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires a realizar una serie de actividades tendientes a lograr la recomposición del ambiente dañado ("*Mendoza II*").¹⁹ Esta sentencia obligó a repensar una cuestión más en torno al tema que nos ocupa, cuestión teñida para ese entonces por los poco satisfactorios resultados logrados en la ejecución de la decisión recaída en el caso "*Verbitsky*". Me refiero a cómo proceder para implementar decisiones estructurales y qué rol puede jugar la sociedad civil en el monitoreo y control de dicha ejecución.²⁰

4. Cuarta etapa

¹⁷ Para un análisis detallado de la reforma me remito a VERBIC, Francisco "*La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley N° 26.361*", RDP, Rubinzal Culzoni, 2009-I.

¹⁸ "*Monner Sans, Ricardo c. Fuerza Aérea Argentina s/amparo 16.986*", CSJN, sentencia del 26/09/06, Fallos 329: 4066; "*Ministerio de Salud y/o Gobernación*", CSJN, sentencia del 31/10/06, Fallos 329: 4741; "*Mujeres por la Vida -Asociación Civil sin Fines de Lucro- filial Córdoba- c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación*", CSJN, sentencia del 31/10/06, Fallos 329: 4593; y "*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Secretaría de Comunicaciones resol. 2926/99 s/amparo ley 16.986*", CSJN, sentencia del 31/10/06, Fallos 329:4542. Un buen análisis de todas estas decisiones puede consultarse en SALGADO, José M. "*La Corte y la construcción del caso colectivo*", L.L. 2007-D-787.

¹⁹ "*Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots.*", SCJN, sentencia del 23/07/08, L.L. 10/09/2008.

²⁰ Para un análisis de estas cuestiones me remito a VERBIC, Francisco "*El caso 'Mendoza' y la implementación de la sentencia colectiva*", JA 2008-IV-336; y "*El Remedio Estructural del Caso 'Mendoza'. Antecedentes, Principales Características y Algunas Cuestiones Planteadas en el Proceso de su Implementación*", de próxima publicación en un libro editado por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el Vance Center for International Justice de Nueva York.

La cuarta y última etapa comenzó en febrero del año 2009 con el dictado del fallo “*Halabi*” por parte de la CSJN, y aun se encuentra en pleno desarrollo. Si las cosas continúan avanzando como deberían, entiendo que la culminación de esta etapa tendría que estar marcada por la sanción de una ley procesal adecuada para reglamentar el art. 43 CN.

El caso “*Halabi*” involucraba un planteo de inconstitucionalidad contra una ley formal del Congreso y su Decreto reglamentario, por medio de los cuales se exigía a las empresas de telecomunicaciones el registro de conversaciones privadas y su almacenamiento por diez años a fin de ser observadas remotamente por el Ministerio Público Fiscal. A diferencia del caso “*Mendoza*”, el conflicto ventilado en “*Halabi*” llegó a la CSJN en instancia de apelación extraordinaria e involucraba un número aun mayor de interesados (el grupo afectado por la normativa impugnada comprendía absolutamente todos los usuarios del servicio telefónico).

En esta decisión la CSJN se expidió sobre distintas cuestiones de relevancia en la materia. Primero, confirmó el alcance colectivo que la Cámara de Apelaciones había acordado a la cosa juzgada de la sentencia, reconociendo las raíces constitucionales de esta expansión. Segundo, determinó los alcances de la noción “derechos de incidencia colectiva” y estableció que los derechos individuales homogéneos forman parte de ella (y que, por tanto, los legitimados colectivos pueden accionar en su defensa). Tercero, estableció las pautas adjetivas mínimas que debe respetar el proceso colectivo en tutela de derechos individuales homogéneos para que pueda ser considerado constitucional en términos de debido proceso legal.

Cuarto, reconoció que la configuración de la “causa o controversia” necesaria para habilitar la intervención del poder judicial se configura de manera diferente según el tipo de derechos que se pretendan defender en justicia (avanzando en este sentido hacia la idea de “causa o controversia colectiva”). Quinto, reconoció la necesidad de controlar la idoneidad del legitimado colectivo para actuar en representación del grupo (requisito de “representatividad adecuada” tomado del modelo federal de acciones de clase estadounidense). Sexto, además del control de idoneidad estableció otros requisitos de admisibilidad y procedencia de la acción colectiva tales como la precisa indicación del grupo afectado, la necesidad de que el planteo se enfoque en las cuestiones comunes y homogéneas a todo el grupo, la importancia de contar con un sistema de publicidad y notificaciones adecuado, y el derecho de los miembros del grupo a optar por salirse del proceso o bien participar como parte o contraparte. Por último, pero no por ello menos importante, la CSJN intimó al legislador a sancionar una regulación procesal adecuada en la materia.

Las derivaciones del precedente “*Halabi*” aun no están del todo claras. Si bien su dictado provocó numerosos comentarios y análisis doctrinarios,²¹ habiendo transcurrido más de tres años desde entonces la CSJN sólo volvió sobre su alcance en un par de oportunidades y de modo más bien tangencial.²² Además, si bien la decisión fue realmente importante en términos políticos y como toma de posición del tribunal con respecto al tema, lo cierto es que su contenido presenta diversas inconsistencias y deja planteados numerosos interrogantes que no han merecido mayor atención entre nosotros hasta el día de la fecha.

Los tribunales y el resto de los operadores jurídicos, mientras tanto, se encuentran utilizando las pautas procesales establecidas por la CSJN en este precedente como guía primordial para la tramitación de las pretensiones colectivas que continúan ingresando, cada vez con mayor fuerza y en mayor número, al seno del Poder Judicial. Es que a pesar de la interpelación que la CSJN hizo al Congreso, éste aun no ha sancionado una regulación adecuada sobre la materia (haré alguna referencia a los proyectos en trámite más adelante, sólo destaco aquí que todos contienen problemas sistémicos y, en algunos casos, contienen lisa y llanamente **serios** errores conceptuales).

²¹ Ver entre otros BADENI, Gregorio “*El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos*” L.L. 2009-B-255; BOICO, Roberto J. “*La nueva etapa del amparo colectivo. El caso Halabi y el actual escenario del art. 43 de la C.N.*”, L.L. 2009-B-208; CATALANO, Mariana - GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena “*Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema*”, L.L. 2009-B-598; CASSAGNE, Juan C. “*Derechos de incidencia colectiva. Los efectos ‘erga omnes’ de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva*”, L.L. 2009-B-646; DE LA RÚA, Fernando - SARAVIA FRÍAS, Bernardo “*Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal*”, L.L. del 06/05/2009; GARCÍA PULLES, Fernando R. “*Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?*”, L.L. 2009-B-186; GÓMEZ, Claudio D. - SALOMÓN, Marcelo J. “*La Constitución Nacional y las acciones colectivas: Reflexiones en torno al caso ‘Halabi’*”, L.L. Sup. Const. 2009 (mayo), 41; GELLI, María A. “*La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso ‘Halabi’*”, L.L. 2009-B-565; RODRÍGUEZ, Carlos A. “*Las acciones colectivas a la luz de un fallo de la CSJN*”, D.J. del 25/03/2009; ROSALES CUELLO, Ramiro - GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D. “*Nuevas consideraciones sobre el caso ‘Halabi’*”, L.L. 2009-D-424; SABSAY, Daniel A. “*El derecho a la intimidad y la ‘acción de clase’*”, L.L. 2009-B-401; TORICELLI, Maximiliano “*Un importante avance en materia de legitimación activa*”, L.L. 2009-B-202; SAGÜÉS, Néstor P. “*La creación judicial del ‘amparo-acción de clase’ como proceso constitucional*”, SJA 22/4/2009; OTEIZA, Eduardo – VERBIC, Francisco “*La Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo ‘Halabi’?*”, SJA 10/03/2010; SALGADO, José M. “*Aristas del caso Halabi*”, DJ 07/10/2009.

²² Ver “*Thomas*” CSJN, causa T.117.XLVI, sentencia del 15/06/2010, Fallos 333:1023, Considerando 4º, último párrafo; y “*Mendoza*”, CSJN, causa M.1569.XL, sentencia del 10/11/2009, LL 2010-A-350.

III. El esquema constitucional en materia de legitimación colectiva creado por la reforma de 1994. Los arts. 43, 86 y 120 de la Constitución Nacional

Enfoquémonos ahora específicamente en el modelo constitucional creado por la reforma de 1994 en materia de legitimación colectiva.²³ Como fuera señalado brevemente en el capítulo anterior, la reforma constitucional de 1994 incorporó un nuevo artículo 43 al texto de la carta magna. Por medio del mismo acordó jerarquía constitucional a la garantía del amparo, el habeas data y el habeas corpus. En lo que más nos interesa para este trabajo, tenemos que el segundo párrafo del art. 43 CN reconoció el derecho del afectado, el Defensor del Pueblo de la Nación y ciertas organizaciones del tercer sector para actuar en defensa de “derechos de incidencia colectiva” (noción también novedosa incorporada por la reforma). Este segundo párrafo establece:

“Podrán interponer esta acción [se refiere al amparo regulado en el primer párrafo] 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”.

El art. 43 CN configura sin lugar a dudas la principal norma atributiva de legitimación procesal colectiva. Sin embargo, el esquema constitucional en la materia se completa con otras dos previsiones: los arts. 86 y 120 de la CN. El primero de ellos se ocupa de regular la figura del Defensor del Pueblo de la Nación en los siguientes términos:

“El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

²³ Ver MORELLO, Augusto M. “El impacto de las reformas constitucionales en el sistema de justicia”, E.D. 176-909 (sosteniendo que la reforma operada en 1994 sobre la constitución nacional significó una “clara adhesión al Modelo del Acceso a la justicia” al reconocer la directa operatividad de las garantías procesales y reforzar las mismas mediante —entre otras cosas— la constitucionalización del amparo en todas sus variantes, incluyendo el colectivo).

La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.”

El art. 120 CN, mientras tanto, hace lo propio con el Ministerio Público. Podemos ver en su contenido las notas que permiten perfilar a este organismo como un potencial actor de relevancia en materia de tutela colectiva de derechos en sede judicial. Notas que han llevado a ciertos autores ha sostener que luego de la reforma el Ministerio Público se convirtió lisa y llanamente en un cuarto poder del Estado.²⁴ Me refiero a su independencia (garantizada por el expreso reconocimiento de inmunidades funcionales e intangibilidad de las remuneraciones que perciben sus miembros), autonomía funcional y autarquía financiera. Todas ellas alineadas en pos de un objetivo tan abarcador como promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad:

“El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

La incorporación de todas estas previsiones en el articulado de la CN vino a zanjar algunas discusiones sobre al alcance de la tutela colectiva de derechos pero, al mismo tiempo, fue el punto de partida para muchas otras. En los apartados que siguen me ocuparé de precisar algunas cuestiones y mostrar las idas y vueltas que se produjeron en torno al alcance de la legitimación colectiva del afectado, las organizaciones intermedias, el Defensor del Pueblo de la Nación y el Ministerio Público. .

1. El afectado

Mucho se ha discutido sobre los alcances de la legitimación colectiva del “afectado”.²⁵ Y gran parte de esas discusiones se originan en la falta de

²⁴ LOÑ, Félix *“Enfoque sistémico de la división de poderes después de la reforma constitucional de 1994”*, L.L. 1998-B-1115; STOLLER, Enrique A. *“¿Adiós a la doctrina de Montesquieu? La separación de los poderes en la República Argentina”*, LLNOA, 1998-1171

²⁵ El debate terminó por perfilar dos corrientes. Una de ellas de tono más bien aperturista, proveniente en su mayoría de constitucionalistas y procesalistas. Entre los trabajos que se orientan en este sentido pueden consultarse MORELLO, Augusto M. *“La legitimación de obrar como mecanismo facilitador, en Argentina, de la tutela jurisdiccional de las libertades fundamentales y de los intereses difusos y colectivos”* J.A. 1990-II-718 (sosteniendo esta línea incluso antes de la reforma); EKMEKDJIAN, Miguel A. *“Tratado de derecho constitucional”*, Tomo IV, p. 67; AGOGLIA-BORAGINA-MEZA *“La lesión del medio ambiente y el acceso a la justicia”*, J.A. número especial 80º Aniversario, 1998-15; GÓMEZ, Claudio D. *“La legitimación del “afectado” del art. 43, 2º párrafo de la Constitución nacional: doctrina del Tribunal Superior*

antecedentes sobre su incorporación al texto de la CN. En este sentido, interesa señalar que durante el proceso de reforma constitucional el despacho de mayoría de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías no incluía a la figura entre los sujetos con aptitud para promover acciones colectivas.

Fue recién una vez agotado el debate sobre el art. 43 de la CN que uno de los convencionales sugirió añadir la expresión “el afectado” junto con el resto de legitimados extraordinarios allí reconocidos.²⁶ Esta sugerencia fue receptada por la Comisión e incorporada al texto definitivo del artículo sin brindar mayores precisiones.²⁷

Más allá de la notoria falta de explicaciones sobre su origen y la consiguiente falta de antecedentes que permitan encontrar fuentes de interpretación a donde acudir, lo cierto es que los constituyentes parecen haber buscado cumplir un objetivo bien claro al dotar de legitimación colectiva al afectado. Esto es: permitir que aquella persona vulnerada en su esfera individual pueda promover una acción de amparo ya no sólo en defensa exclusiva de su derecho sino también en defensa de todos aquellos que se encuentran en su misma situación (de todos los miembros del grupo al cual pertenece el afectado en cuestión).²⁸

De este modo, el constituyente se apartó del modelo brasileño de tutela colectiva de derechos (donde los sujetos individuales carecen de legitimación para accionar) y se acercó fuertemente al modelo estadounidense de acciones de clase (donde uno o varios individuos pueden defender en sede judicial su situación y la de otros situados en una posición similar).²⁹

de Justicia de la Provincia de Córdoba, L.L.Córd, 2002-521; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María “*La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia*”, L.L. 2003-B-1333; BIDART CAMPOS, Germán “*La legitimación del afectado en materia de derecho ambiental*”, L.L. 2004- D-787; PRADA, Marina “L.L. 2006-E-1205; GORDILLO, Agustín “*Tratado de derecho administrativo*”, Tomo II, p. III-16. La otra corriente buscó, sobre todo en los primeros años que siguieron a la reforma, limitar la actuación del afectado en el campo colectivo. Entre los trabajos que siguen esta línea pueden consultarse BARRA, Rodolfo “*La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar*”, L.L. 1994-E-1087; CASSAGNE, Carlos “*Sobre la protección ambiental*” L.L. 1995-E-1217; “*El amparo ambiental y la legitimación para accionar*”, L.L. 1997-A-56; “*El daño ambiental colectivo*”, L.L. 2004-E-1426; ARAZI, Roland “*Análisis de los proyectos de ley sobre procesos colectivos*”, de próxima publicación (allí el autor considera un error otorgar legitimación a usuarios y consumidores individuales para promover acciones colectivas).

²⁶ Convencional Cullen.

²⁷ Las actas de la Convención Nacional Constituyente sobre este tema se encuentran disponibles en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm#Art. 43>

²⁸ SALGADO, José M. “*Tutela Individual homogénea*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 149-152 (destacando que necesariamente el afectado debe formar parte del grupo).

²⁹ Sobre los presupuestos y ámbito de aplicación del sistema federal de acciones de clase estadounidense en general puede consultarse NAGAREDA, Richard A. “*The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*”, Foundation Press, 2009; ISSACHAROFF, Samuel “*Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*”, 1999 Sup. Ct. Rev. 337, 366 (1999);

En términos generales puede decirse que la recepción del afectado en los estrados judiciales fue mayormente positiva en materia de medio ambiente,³⁰ mientras que en el área del derecho del consumo la suerte de la figura tuvo algunos vaivenes y fue opacada en gran medida por la actuación de las asociaciones de defensa del consumidor.³¹ Vale destacar que en ambos

AA.VV. *"Principles of The Law Of Aggregate Litigation"*, American Law Institute Publications, 2010.

³⁰ Ver entre muchos otros los precedentes *"Schroder, Juan c/Estado nacional –Secretaría de Recursos Naturales–"*, CNContAdmFed, Sala III, sentencia del 08/09/94, L.L. 1994-E-449 (reconociendo la legitimación de un individuo para impugnar un proceso licitatorio para instalar una planta de residuos peligrosos. Para así resolver la Cámara señaló que el afectado tenía un interés personal y directo en el caso y había promovido *"una pretensión exclusivamente anulatoria con la cual no pretende, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su eventual restablecimiento"*); *"Don Benjamín SA y otro c/ ENRE"*, CFed Bahía Blanca, Sala II, sentencia del 24/02/99, J.A. 1999- III-242 (reconocimiento de la legitimación sin mayores desarrollos); *"Breti, Miguel A. y otro c/Ente Nacional de Regulación de la Electricidad"*, CFedBahía Blanca, Sala II, sentencia del 17/03/99, J.A. 1999-III-242 (reconocimiento de la legitimación sin mayores desarrollos. En este caso no había sido siquiera impugnada por la demandada); *"Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado nacional y otros s/daños y perjuicios"* (Mendoza I), CSJN, sentencia del 20/06/06, L.L. 2006-F-355 (reconociendo sin mayores desarrollos la legitimación de los actores para interponer demanda por recomposición de daño ambiental).

³¹ Ver entre muchos otros *"Monner Sans c/PEN"*, JuzgFedContAdm N° 1, sentencia del 30/10/97, L.L. 1998-D-219 (reconociendo la legitimación del afectado para promover acción de amparo tendiente a invalidar un decreto de necesidad y urgencia dictado por el Poder Ejecutivo nacional. El juez destacó que la segunda parte del art. 43 de la Const. nacional involucra *"una atribución de legitimación en función de circunstancias puramente objetivas"*); *"Yousseffian, Martín c/Secretaría de Comunicaciones"*, CNContAdmFed, Sala IV, sentencia del 23/06/98, L.L. 1998-D-712 (reconociendo la legitimación del actor para impugnar un procedimiento administrativo por no prever la participación de los usuarios en su desarrollo. La Cámara señaló que *"la circunstancia de no haberse previsto la posibilidad de intervención de los usuarios – garantizada en el art. 42, Const. nacional– basta para reconocerle un interés suficientemente concreto, directo e inmediato, merecedor de tutela judicial en los términos del art. 2º de la ley 27"*); *"Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN) s/ amparo – ley 16.986"*, sentencia del 07/12/99, Fallos 322:3008 (caso promovido por un usuario del servicio de subtes de Buenos Aires por medio del cual se buscaba declarar inconstitucional una tarifa por redondeo. La disidencia del Ministro Petracchi puso en evidencia la necesidad de tutelar colectivamente pretensiones homogéneas individualmente no recuperables como las que se encontraban en juego); *"Gil Domínguez, Andrés c/Multicanal - Operador televisivo"*, CNCont. Adm. Fed., Sala IV, sentencia del 18/05/00 (reconocimiento de la legitimación de un usuario del servicio de televisión que pretendía establecer a través de una acción meramente declarativa cuáles eran los alcances y modalidades de la transmisión operada por la demandada bajo la modalidad de sistema de televisión cerrado codificado respecto de los partidos que el seleccionado argentino de fútbol disputaría como local o visitante en las eliminatorias para el campeonato mundial Corea-Japón 2000); *"Monner Sans, Ricardo c/Fuerza Aérea Argentina"*, CSJN, sentencia del 26/09/06, D.J. 2006-564 (interesa en particular el voto en disidencia de la Ministro Argibay, quien puso de resalto que el actor debía ser considerado *"como un afectado singular al que el art. 43 de la Const. nacional reconoce legitimación activa para buscar un pronunciamiento que proteja el interés colectivo o público en cuestión"*, y destacó que a partir de la reforma de 1994 la sola circunstancia de que el actor no pueda invocar un daño "particularizado" a un derecho

contextos (medio ambiente y consumo), las leyes de fondo sobre la materia contemplan la posibilidad de que personas individuales promuevan acciones colectivas, tanto para obtener el cese o la ejecución de determinada conducta como para reclamar una declaración de responsabilidad que permita obtener una indemnización o la restitución de sumas de dinero debidas a los miembros del grupo representado por el afectado.³²

La legitimación del afectado también fue reconocida –si bien aisladamente- en otras esferas de actuación como por ejemplo en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Ello a pesar de no existir una previsión de derecho positivo que expresamente habilite tal actuación, como sí ocurre en el campo del derecho de consumo y el medio ambiente.³³ En lo que respecta a planteos relacionados con el correcto funcionamiento del sistema democrático, la respuesta del sistema de justicia ha sido claramente adversa para quienes pretendieron llevar a discusión este tipo de asuntos en clave colectiva.³⁴

2. Las organizaciones del tercer sector

propio no resulta suficiente para negarle legitimación si ha invocado la defensa de un bien colectivo); *“Halabi, Ernesto c/ PEN -Ley 25.873, Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”*, CSJN, sentencia del 24/02/09, *Fallos* 332:111 (usuario del servicio de telecomunicaciones promovió acción de amparo individual para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su decreto reglamentario por considerar que afectaba el derecho a la intimidad. La Cámara de Apelaciones, al confirmar la decisión de primera instancia, acordó cualidad de cosa juzgada expansiva a los efectos de la sentencia, lo cual fue confirmado por la CSJN).

³² Art. 30 Ley N° 25.675 (legitimación del afectado para reclamar la recomposición del daño ambiental colectivo); Art. 52 Ley N° 24.240 (legitimación de consumidores y usuarios para promover acciones cuando sus intereses se encuentren afectados o amenazados).

³³ *“Viceconte, Mariela C/ Ministerio de Salud y Acción Social”*, CNCont. Adm. Fed., sentencia del 02/06/98, L.L. 1998-F-102 (acción de amparo por la cual se pretendía lograr la ejecución de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina. Partiendo de la premisa que la vacuna no resultaba un negocio comercialmente redituable –debido a que la enfermedad es exclusiva de nuestro país y que las personas afectadas no representan un número de suficiente entidad para ameritar los costos de las investigaciones necesarias– se condena al Estado Nacional a hacerse cargo de la producción de la vacuna).

³⁴ *“G. B. c/Estado nacional argentino”*, CNCont. Adm. Fed., Sala III, 31/08/98, L.L. 1999-C-255 (un ciudadano pretendió obtener una orden dirigida al Poder Legislativo de la Nación para que integrara la Comisión Bicameral Permanente prevista por el art. 99, inc. 3, de la Const. nacional, establecida por el constituyente durante la reforma de 1994 con el objeto de controlar la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo nacional. El tribunal confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado *in limine* la acción por falta de legitimación activa y argumentó que no existía causa o controversia que habilitara la actuación del Poder Judicial); *“Thomas, Enrique c/ ENA s/ Amparo”*, CSJN, sentencia del 15/06/10, *Fallos* 333:1023 (rechazo de la legitimación invocada por un diputado nacional en carácter de afectado en el marco de una pretensión por la cual pretendía lograr la suspensión de aplicación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual N° 26.522).

Las organizaciones del tercer sector han sido sin lugar a dudas las participantes más activas en materia de tutela colectiva de derechos. Es importante tener en cuenta que ya con anterioridad a la reforma constitucional existían algunos antecedentes de habilitación normativa para que determinado tipo de organizaciones pudiera accionar colectivamente en sede judicial. Me refiero a las Asociaciones Sindicales con personería gremial³⁵ y a las Asociaciones de Defensa del Consumidor.³⁶ El art. 43, 2do párrafo de la CN, como vimos, jerarquizó esta competencia y la extendió a cualquier tipo de organización que se encuentre en regla con las pautas de la ley especial que debe regir su actividad.

Dos aclaraciones resultar pertinentes sobre el alcance de la previsión constitucional. Primero: si bien el art. 43 se refiere a “asociaciones”, la jurisprudencia ha reconocido también legitimación colectiva a fundaciones sin dar mayores explicaciones al respecto. Esta interpretación parece lógica si se piensa desde el punto de vista de la pertenencia de ambas figuras (asociación y fundación) al campo del “tercer sector”, pero no es una interpretación necesaria ya que -además de no estar comprendidas en el texto del art. 43 CN- las fundaciones cuentan en la República Argentina con una ley específica que regula su constitución y actuación³⁷ (no ocurre lo mismo con las asociaciones civiles, las cuales se rigen por disposiciones locales dictadas por los organismos de aplicación).³⁸

La segunda aclaración es que la ley especial a que se refiere el art. 43 CN no ha sido dictada hasta el día de la fecha. Sin perjuicio de ello, aun frente a esta falta de reglamentación tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido casi sin excepción la plena operatividad de la norma en cuanto confiere legitimación colectiva a las asociaciones intermedias.³⁹ Para proceder en tal sentido, los tribunales han limitado el análisis al objeto estatutario de la organización. En este sentido, para reconocer la legitimación colectiva se ha

³⁵ Ley N° 23.551, arts. 23 y 31, inc. a). La habilitación es para promover acciones judiciales en defensa de todos los trabajadores del sector respectivo, sean o no afiliados a la organización.

³⁶ Ley N° 24.240, arts. 55 y 56 de su redacción original (antes de la reforma operada por la Ley 26.361). El art. 55 establecía que “*las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores*”. Para poder actuar como asociación de defensa del consumidor, previamente la organización debe obtener la pertinente autorización y registración de conformidad con lo dispuesto por el art. 56.

³⁷ Ley N° 19.836, disponible acá: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/65478/norma.htm>

³⁸ Ver CROVI, Luis D. “*Asociaciones Civiles. Necesidad de una ley especial*”, L.L. 2007-A-701 (señalando que la normativa relacionada con lo que podría denominarse *Derecho de las Asociaciones Civiles* ha ido surgiendo de manera espontánea por la labor de la jurisprudencia, por las escasas disposiciones que contienen leyes especiales para determinados tipos asociativos, y por las disposiciones reglamentarias dictadas por los organismos de control).

³⁹ Ver en especial MORELLO, Augusto M. – VALLEFIN, Carlos “*El Amparo. Régimen Procesal*”, 5ta edición, Librería Editora Platense, La Plata, 2004.

exigido que dicho objeto contemple la defensa de derechos de incidencia colectiva de determinados grupos de personas o en determinadas materias.⁴⁰

Si bien el tránsito de este tipo de organizaciones por el Poder Judicial cuando intentaron promover acciones colectivas no ha sido lineal, lo cierto es que son quienes encontraron menos dificultades para acceder al sistema en pos de obtener la solución de conflictos que involucran a grandes números de personas.⁴¹ Esta actuación ha sido favorecida por las expresas previsiones que

⁴⁰ Ver por ejemplo el caso *“Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina c/Estado nacional”*, CNCont. Adm. Fed., Sala IV, sentencia del 07/07/05, J.A. 2005-IV-235 [el examen realizado por la Cámara concluyó en rechazar la legitimación invocada porque del estatuto de la organización resultaba *“en defensa de los intereses de sus asociados sólo está autorizada a canalizar denuncias (...) lo que, claro está, no le impide ser actora o demandada por derecho propio”*]; *“Mujeres en Igualdad c/Freddo”*, CNCom. Sala H, sentencia del 15/09/00, L.L. 2001-B-798 (el estatuto de la asociación determinaba como objeto *“promover la eliminación de toda discriminación o restricción basada en el sexo, y procurar sobre la base de la igualdad, el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales por parte de las mujeres en las esferas política, económica, social, cultural, laboral y civil”*).

⁴¹ Ver entre otros *“Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (AGUEERA) c/Provincia de Buenos Aires”* CSJN, sentencia del 22/04/97, L.L. 1997-C-322 (el tribunal sostuvo que el art. 43 de la CN faculta para interponer acción de amparo a las asociaciones que propendan a la defensa de derechos de incidencia colectiva, entre las cuales cabía considerar comprendida a la actora aya que había sido creada por decreto *“con la finalidad de proveer a la defensa de los intereses de sus asociados”*); *“Asociación de Superficialarios de la Patagonia c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA y otros s/amparo”*, CSJN, sentencia del 13/07/04, L.L. 2004-F-386 (la actora invocó la representación de *“los derechos de dueños, ocupantes, poseedores o meros tenedores de las tierras de la Patagonia”*, para demandar a YPF y las restantes concesionarias de la explotación y exploración de las áreas hidrocarburíferas de la Cuenca Neuquina con el objeto que se las condenara a recomponer integralmente los daños colectivos ambientales causados por su actividad y a conformar el fondo de restauración ambiental previsto por el art. 22 de la ley 25.675. El voto de la mayoría reconoció la legitimación de la entidad sin mayores desarrollos); *“ADECUA –Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Argentina– c/ENARGAS, res. 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310/96”*, CNCont. Adm. Fed., Sala IV, sentencia del 09/03/98, E.D. 182-1172 (se reconoció legitimación a la actora para interponer el recurso de apelación directo previsto por el marco regulatorio del servicio de gas -art. 52 de la ley 24.076- contra las resoluciones que habían aprobado diversos cuadros tarifarios de distribución); *“Sindicato Argentino de Docentes Particulares –SADOP– c/Estado nacional –Poder Ejecutivo nacional– s/acción de amparo”*, CSJN, sentencia del 04/07/03 (proceso iniciado con el objetivo de obtener la declaración de inconstitucionalidad de un decreto que había excluido a todos los docentes privados universitarios del país del régimen general de asignaciones familiares previsto en la ley 24.714. La actora invocó la representación de los docentes privados universitarios de todo el país en los términos del art. 43 de la Const. nacional y en atención a los alcances personales y territoriales de su personería gremial. La CSJN sostuvo lacónicamente –remitiendo al dictamen del procurador general– que *“no aparece indebida la legitimación procesal que se ha otorgado al sindicato amparista, asociación que cuenta con la respectiva personería gremial, y por lo tanto encargada de representar frente al Estado y los empleadores, tal es el caso de autos, los intereses individuales y colectivos de los trabajadores (art. 31, ley de asociaciones sindicales 23.551)”*; *“Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’ Oi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”* CSJN, sentencia del 08/09/03, L.L. 2004-C-276 (confirmación de un fallo del superior tribunal salteño que había anulado dos actos administrativos en tanto

sobre legitimación colectiva contienen diversas leyes sustanciales,⁴² y seguramente también por el carácter de representantes colectivos que por naturaleza revisten este tipo de entes asociativos.

3. El Defensor del Pueblo de la Nación

Según vimos, el art. 86 CN establece entre las funciones del Defensor del Pueblo de la Nación proveer a la “...defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”. Igualmente, reconoce expresamente que “El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal”, reforzando la previsión contenida en el 2do párrafo del art. 43 CN que establece dicha legitimación en materia colectiva.

A pesar de la claridad del texto constitucional, en los diez años que siguieron a la reforma esta figura fue la que más complicaciones encontró a la hora de abrirse camino en sede judicial cada vez que buscó defender los derechos de un grupo determinado de personas.⁴³ Lo más curioso de todo es

autorizaban el desmonte de determinados inmuebles rurales, la legitimación de la actora no fue siquiera abordada por el tribunal); “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/Poder Ejecutivo de la provincia de Salta”, CSJN, sentencia del 15/06/04 (otro reconocimiento implícito. El caso se originó en una acción de amparo promovida por la actora con la finalidad de obtener la suspensión de efectos y declaración de inconstitucionalidad de cierta normativa que adjudicaba fracciones de un lote de terreno a diversas comunidades aborígenes de la zona); “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus”, CSJN, sentencia del 03/05/05, Fallos 328:1146 (reconocimiento de la legitimación del Centro de Estudios Legales y Sociales para promover habeas corpus colectivo a favor de las personas detenidas en comisarías).

⁴² Nuevamente, hacemos referencia aquí a la Ley General del Ambiente N° 25.675 y a la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, a lo cual cabe agregar la ya mencionada Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551.

⁴³ “Frías Molina, Nélide N. C/ Instituto Nacional de Previsión Social -Caja Nacional. de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles” (“Frías Molina I”), CSJN, sentencia del 21/03/95 1995, LL 1995-C-357 (rechazo de un pedido de pronto despacho sobre más de 65.000 causas previsionales pendientes ante la CSJN); “Frías Molina, Nélide N. C/ Instituto Nacional de Previsión Social -Caja Nacional. de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles” (“Frías Molina II”), CSJN sentencia del 12/09/96, LL 1997-A-67 (rechazo de la pretensión del Defensor de ser tenido como parte en todos los procesos previsionales que tramitaban ante el máximo tribunal; el fundamento de la decisión giró en torno a una supuesta falta de legitimación que se desprendería de los arts. 16 y 20 de la Ley N° 24.284); “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria”, CSJN, sentencia del 07/05/98, L.L. 1998-C-602 (rechazo de la intervención como tercero del Defensor del Pueblo en un caso de consumo. Nuevamente aquí la Corte sostuvo la falta de legitimación de la figura con sostén en los arts. 16 y 21 inc. “b” de la Ley N° 28.284); “Defensor del Pueblo c/ Poder Ejecutivo Nacional. Dec.1517/98”, CSJN, sentencia del 21/12/00, Fallos 323:4098 (rechazo de un amparo promovido por la figura contra la modificación de la alícuota del IVA para las empresas de medicina prepaga. La falta de legitimación se fundó en el precedente “Consumidores Libres” y en los arts. 16 y 21 de la Ley N° 28.284); “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud –Estado Nacional- s/ Acción de amparo – medida cautelar”, CSJN,

que la mayoría de los argumentos de la CSJN para repeler sistemáticamente la participación de la figura en el terreno colectivo se apoyaban en la Ley N° 24.284, orgánica del Defensor del Pueblo, sancionada con anterioridad a la reforma constitucional.⁴⁴ Recién en el año 2005 y con una nueva composición, la CSJN pareció comenzar a revisar su posición en torno al tema,⁴⁵ pero volvió a rechazar la legitimación del Defensor en el contexto del caso colectivo que éste había promovido en defensa de los usuarios de servicios financieros

sentencia del 18/12/03, causa A.891.XXXVIII, disponible en www.cjsn.gov.ar (rechazo de su legitimación por diversas razones invocadas en los precedentes que hemos mencionado hasta aquí, a saber: no ser titular de la relación jurídica sustancial sobre la cual pretendía discutir, falta de competencia para actuar ante el Poder Judicial, y obligación de suspender su actuación en caso de que se interpusiera por persona interesada una acción judicial o recurso administrativo). Las excepciones a la (realmente difícil de justificar) postura de la CSJN se dieron en los tribunales inferiores, lo cual podía ser leído como una clara muestra de la falta de argumentos convincente por parte de la CSJN para mantener a la figura fuera del terreno colectivo. Ver entre otros “*Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones*”, CNFed en lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23/06/98, LL 1998-D-712 (reconocimiento de la legitimación del Defensor del Pueblo para actuar como tercero litisconsorcial en un caso colectivo de consumo promovido por un usuario afectado. Se fundó lacónicamente en lo dispuesto por los arts. 43 y 86 de la CN); “*Defensor del Pueblo c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional Decreto n° 1570/01 y 1606/01*”, CNFed en lo Contencioso Administrativo, Sala V, sentencia del 13/12/02, LL 2001-E-818 (reconocimiento de la legitimación de la figura en un caso colectivo de usuarios del sistema financiero. Se apoyó en el art. 86 y no en el art. 43 de la CN por considerar que los derechos que el Defensor del Pueblo buscaba proteger no eran “de incidencia colectiva”); “*Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional*”, Cámara Federal de la Seguridad Social, sentencia del 10/09/02, sumarios disponibles en LL 2002-F-322 (reconocimiento de la legitimación del Defensor del Pueblo tanto en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad solicitada como en lo que hace a la pretensión de reintegro de las sumas descontadas a jubilados y pensionados por la Ley N° 25.453. El tribunal sostuvo que tal legitimación no reviste carácter residual y puede ejercerse, por tanto, con independencia de la actuación individual de miembros del grupo representado).

⁴⁴ Sancionada el 01/12/03 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. Sólo la ley modificatoria pudo tener en cuenta la reforma constitucional operada en el mes de Agosto de 1994. Sin embargo, no se advierte que hubiera habido contemplación alguna de la nueva constitución al sancionarse dicha ley.

⁴⁵ “*Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. – P.E.N. – M°. E. – dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento*”, CSJN, sentencia del 24/05/05, causa D. 90. XXXVIII, disponible en www.cjsn.gov.ar [proceso ordinario iniciado por la figura para obtener la declaración de inconstitucionalidad de la tarifa de gas natural. La Corte rechazó el planteo por cuestiones formales, pero los “según su voto” de los Ministros Maqueda, por un lado, y Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti, por el otro, presentaron ciertos argumentos que habrían de marcar el inicio de una apertura en la materia. Entre tales argumentos se destacan dos en particular: (i) resulta absurdo considerar que la legitimación del Defensor del Pueblo se encuentra limitada a la acción de amparo ya que una interpretación del género tornaría en letra muerta al art. 86 de la CN; y (ii) es necesario interpretar la ley reglamentaria de la figura a la luz del texto constitucional, y no al revés].

afectados por las medidas de gobierno que hacia fines de 2001 limitaron la disponibilidad de los depósitos y luego modificaron su moneda de origen.⁴⁶

En la actualidad todo parece indicar que la legitimación colectiva de la figura es una cuestión zanjada, no sólo por sus raíces constitucionales sino también porque la Ley 26.361 incluyó al Defensor del Pueblo en la ley de Defensa del Consumidor y la Ley General del Ambiente también lo contempla entre las figuras habilitadas para promover acciones por daño colectivo.⁴⁷

El panorama se presenta de este modo al menos en lo que hace a la posibilidad de promover pretensiones que tengan por objeto mediato un bien indivisible.⁴⁸ Hago esta aclaración ya que todavía está por verse cómo interpretará el asunto la CSJN cuando llegue a sus estrados un caso donde el Defensor pretenda proteger derechos individuales homogéneos de un grupo de personas. Si bien no debería haber obstáculos para reconocer su legitimación en este último tipo de supuestos (de hecho, ya se ha reconocido en alguna ocasión aislada),⁴⁹ aun queda pendiente ver el alcance de la “reserva” que

⁴⁶ “Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dto. 1316/02 c/E.N. P.E.N. dtos. 1570/01 y 1606/01 s/amparo ley 16.986” CSJN, sentencia del 26/06/07, Fallos 330:2800 (el tribunal sostuvo que la legitimación procesal del actor constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia, y estimó que el Defensor carecía de la misma para promover pretensiones del género. Se trataba de un claro supuesto de derechos individuales homogéneos).

⁴⁷ Art. 52 Ley N° 24.240; Art. 30 Ley N° 25.675.

⁴⁸ Ver “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional - P.E.N - M° de Eco. Obras y Serv. Púb. y otros s/amparo ley 16.986”, CSJN, sentencia del 11/08/09, Fallos 332: 1759 (La Corte, haciendo suyo el dictamen de la Procuradora Fiscal, sostuvo que “el reconocimiento implícito de su carácter de legitimado activo supone la existencia de una especial vinculación con la cuestión debatida y que las consecuencias de lo resuelto, pese a que se trata de un sujeto diferente de los afectados, producirá de todos modos efectos jurídicos, ya que, al haber tenido éxito su pretensión, reportará alguna utilidad o beneficio a quienes representa o evitará un perjuicio o un menoscabo en sus derechos”. De este modo revocó la decisión de Cámara que había negado efectos expansivos a la declaración de nulidad de ciertas resoluciones administrativas obtenida por el Defensor del Pueblo, y en lo que a nosotros más interesa agregó que “Tratándose de la participación del Defensor del Pueblo en una acción de amparo en la que un usuario de un servicio público alega una afectación de sus derechos en forma directa, no corresponde interpretar que esa intervención se limita a acompañar al afectado, pues, ello privaría de contenido a la actuación procesal de quien, pese a encontrarse habilitado a procurar una adecuada tutela judicial a tenor de lo dispuesto por los arts. 43 y 86 de la Constitución Nacional, sólo obtendría sentencias sin mayor eficacia que meras declaraciones de carácter teórico en caso de que sus pretensiones fueran admitidas, con total desconocimiento de las funciones encomendadas por la Ley Fundamental”).

⁴⁹ “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento”, CSJN, sentencia del 18/09/07, Fallos 330:4134 (haciendo lugar a una medida cautelar solicitada por el Defensor, por medio de la cual se obligó al gobierno de la Provincia de Chaco y al Estado Nacional suministrar agua potable y alimentos a ciertas comunidades indígenas que habitan en dicha provincia).

General San Martín de esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de

Highton de Nolasco efectuó sobre el tema en “Halabi” (a pesar de haber suscripto el voto mayoritario).⁵⁰

4. El Ministerio Público de la Nación

Este organismo es quien tiene la mayor deuda pendiente con la tutela colectiva de derechos en sede judicial. Como vimos, la nueva silueta que le confirió la reforma constitucional de 1994 permite al Ministerio Público asumir un papel de relevancia en esta arena. Incluso su ley orgánica N° 24.946 contiene expresas previsiones que pueden ser consideradas como habilitantes de su competencia en este aspecto. Me refiero en particular al art. 25 de dicho cuerpo legal.⁵¹

A pesar de contar con una clara habilitación constitucional y legal, el Ministerio Público de la Nación no ha tomado un rol protagónico como representante de grupos de personas en sede judicial.⁵² Si esto se debe a las tradicionales críticas que se han presentado para negar su legitimación en esta arena, sólo podríamos entenderlo en cuanto se refieran a su falta de recursos y capacitación específica en la temática (no así en lo que hace a su independencia ya que la misma ha sido reconocida por el art. 120 de la CN en términos bien claros).⁵³

⁵⁰ Ver el considerando 28° de dicha decisión.

⁵¹ “ARTICULO 25. — Corresponde al Ministerio Público: a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. b) Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera (...) g) Velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes de la República. h) Velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal. i) Promover o intervenir en cualesquiera causas o asuntos y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos (...) l) Velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación”

⁵² Entre los escasos fallos que pueden identificarse sobre la actuación de la figura en el orden nacional vale destacar el recaído en la causa “Don Benjamín SA y otro c/ ENRE”, CFed Bahía Blanca, Sala II, sentencia del 24/2/99, J.A. 1999- III-249 (reconociendo la legitimación colectiva del organismo en uno de los votos del tribunal, con fundamento en el art. 120 de la CN, art. 25 de la Ley N° 24.946 y la característica comunitaria, colectiva y general que revestía el tipo de derecho en disputa).

⁵³ Ver el documento “Fiscales y defensores en la agenda democrática. Propuestas para el fortalecimiento del Ministerio Público”, elaborado en conjunto por ADC - CELS - FARN - Fundación Poder Ciudadano - INECIP - Unión de Usuarios y Consumidores (disponible en http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/839-

IV. **Ámbito de aplicación de la tutela colectiva**

Para comprender a cabalidad el modelo constitucional argentino en materia de legitimación extraordinaria resulta necesario dedicar al menos unos párrafos a explicar cuál es el ámbito de actuación de tales legitimados. En otros términos, cuál es el objeto, qué tipo de derechos o en qué clase de situaciones los actores sociales que hemos analizado hasta aquí pueden ejercer su rol de legitimados colectivos.

La necesidad de pasar revista a esta cuestión se desprende del desarrollo conceptual que la CSJN realizó en “*Halabi*” en torno a la noción de “derechos de incidencia colectiva” contenida en el segundo párrafo del art. 43 de la CN. En dicho precedente la Corte se refirió a tres categorías de derechos: (i) individuales; (ii) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y (iii) derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.⁵⁴

Según el tribunal, los últimos dos tipos de derechos mencionados conforman la noción de “derechos de incidencia colectiva” receptada por el art. 43, 2do párrafo de la CN. Por tanto, a partir de este precedente los legitimados colectivos pueden promover acciones para enfrentar tanto conflictos que involucran bienes colectivos, como conflictos que involucran una pluralidad de situaciones individuales homogéneas (homogeneidad dada por el origen común de la lesión).

En este aspecto del tema la Corte parece haber seguido el modelo del Código de Defensa del Consumidor Brasileño, donde fueron establecidas reglamentariamente tres categorías de derechos que pueden ser objeto de tutela colectiva: difusos, colectivos e individuales homogéneos.⁵⁵ Según afirma GIDI, las conceptualizaciones contenidas en el art. 81 de dicho Código permitieron en Brasil facilitar la aplicación judicial de las nuevas reglas

[fiscales-y-defensores-en-la-agenda-democratica-propuestas-para-el-fortalecimiento-del-ministerio-publico-\). Allí se hace expresa referencia a la falta de participación activa del organismo en defensa de derechos de incidencia colectiva, señalando que “no se ha ocupado de delinear políticas que incidan eficazmente en el accionar de la justicia para garantizar mejores condiciones de acceso”.](#)

⁵⁴ Considerando 9º de la sentencia.

⁵⁵ Ver el art. 81 del Código de Defensa del Consumidor, donde se catalogan y definen estos tres tipos de derechos colectivos. Los derechos difusos son aquellos transindividuales e indivisibles que pertenecen a un grupo indeterminado de personas previamente vinculadas por una circunstancia de hecho o situación específica común; los derechos colectivos también son transindividuales e indivisibles, pero pertenecen a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte por una relación jurídica base; y los derechos individuales homogéneos, que si bien son derechos individuales y divisibles, comparten un origen común.

procesales y ayudaron a determinar el objeto del proceso colectivo.⁵⁶ No sería arriesgado sostener que la Corte buscó el mismo objetivo con la catalogación presentada en “*Halabi*”, si bien entiendo que el análisis allí desplegado es pasible de serias críticas (especialmente porque las características que pretenden explicar y diferenciar cada categoría no se relacionan con cuestiones que hagan al derecho en sí mismo considerado).⁵⁷

Más allá de eso, hay un tema que juega a favor de la enumeración y descripción de determinado tipo de derechos como pasibles de ser tutelados por los legitimados del art. 43, 2do párrafo de la CN. Me refiero a que un avance del género comulga con nuestra tradición jurídica y sin dudas facilitaría la aplicación del instrumental colectivo.⁵⁸ El Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, recientemente anunciado y enviado al Senado de la Nación por el Poder Ejecutivo, seguía esta línea al incorporar una categorización similar a la que desarrolló la CSJN en “*Halabi*” junto con diversas previsiones que hacen al proceso colectivo (representativada adecuada, cosa juzgada, legitimación).⁵⁹ Lamentablemente dicha categorización y las previsiones de tipo procesal colectivo fueron eliminadas de la versión original del anteproyecto que fuera elevada por la comisión redactora al Poder Ejecutivo. Sólo se dejó la mención a los “derechos de incidencia colectiva”, por lo cual el asunto seguirá estando a merced de la interpretación jurisprudencial.

V. Tres cuestiones fundamentales para garantizar la efectiva vigencia de la tutela colectiva de derechos en la República Argentina

1. Vías procesales habilitadas

Si bien el artículo 43 de la CN se refiere al “amparo colectivo”, tanto la doctrina como la jurisprudencia argentina ha determinado que el amparo no es la única vía disponible para los legitimados colectivos allí previstos. En este sentido, al igual que con las legitimaciones en sí mismas, podría decirse que también se considera a dicha vía excepcional como un piso y no como un techo. La posibilidad de que los sujetos contemplados en el 2do párrafo del art. 43 CN pueden promover otro tipo de procesos además del amparo resulta de

⁵⁶ GIDI, Antonio “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*”, UNAM, México, 2004, p. 50.

⁵⁷ Para el desarrollo de esta crítica y la presentación de un modo alternativo de enfocar la cuestión, me remito a VERBIC, Francisco “*Los Procesos Colectivos. Necesidad de su regulación*”, L.L. 2010-A-769.

⁵⁸ Tradición continental-europea o de *civil law*, opuesta a la tradición anglosajona o de *common law*. Ver al respecto el tradicional trabajo de MERRYMAN, John H. “*La tradición jurídica romano-canónica*”, Ed. Fondo de Cultura de México, México, 1era. reimpresión, 1979 (si bien la distinción entre ambas tradiciones se encuentra cada vez más cuestionada).

⁵⁹ Arts. 14 y Arts. 1745 a 1748.

pura lógica si tenemos presentes que esta vía no procede –según inveterada jurisprudencia- cuando el conflicto a resolver exige una mayor amplitud de debate o prueba.

Tengo para mí que como regla los conflictos colectivos exigen siempre una amplitud de debate mucho mayor que la que habilita la acotada vía del amparo. Esta necesidad de contar con una robusta discusión sobre el asunto encuentra razón en las implicancias sociales, políticas y económicas que su resolución en sede judicial puede involucrar. Consecuencias que, a su turno, son fruto del carácter colectivo del conflicto y del remedio (también colectivo) a proveer por el Poder Judicial. Consecuencias que se producen independientemente del tema de fondo sobre el cual verse la discusión (derechos humanos, derechos económicos, sociales y culturales, ambiente, consumo, etc.).

En cuanto a la mayor amplitud probatoria que debe permitir la vía procesal utilizada para discutir sobre el conflicto colectivo, entiendo que también será la regla en la mayoría de los contextos (si bien pueden encontrarse algunas excepciones en ciertos casos de consumo, como por ejemplo en aquéllos donde basta con decidir la interpretación de una cláusula contractual para resolver el asunto).

Sea por una razón (necesidad de mayor debate) o por la otra (necesidad de producir más prueba), la vía del amparo difícilmente pueda canalizar en forma eficiente la discusión sobre un conflicto colectivo.⁶⁰ No podemos pretender encontrar soluciones a conflictos complejos utilizando una vía que es sencilla y rápida. Sostener que los legitimados colectivos sólo pueden promover acción de amparo colectivo resultaría en serios problemas para una efectiva implementación de la tutela grupal que el constituyente estableció en el año 1994. Como adelantamos, así parece haberlo entendido la doctrina y la jurisprudencia al reconocer que la protección de derechos de incidencia colectiva puede ser operativizada por medio de otros procesos. Incluso la propia CSJN ha ordenado de oficio la reconducción de acciones de amparo para garantizar un adecuado debate sobre el conflicto.⁶¹

A la fecha en que termino de escribir este trabajo hay al menos 8 proyectos de ley para regular el asunto en el Congreso de la Nación. La

⁶⁰ Ver OTEIZA, Eduardo *“La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los “ampare”*, en la obra *“Procesos Colectivos”*, OTEIZA, Eduardo (coordinador), Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006, pp. 32 y ss.

⁶¹ Ver entre otros *“Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA y otros s/amparo”*, CSJN, sentencia del 13/07/04, L.L. 2004-F-386 (por mayoría se recondujo el trámite de la causa como un juicio ordinario con fundamento en la amplitud probatoria necesaria para dilucidar los eventuales daños ocasionados por las demandadas); *“Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (AGUEERA) c/Provincia de Buenos Aires”* CSJN, sentencia del 22/04/97, L.L. 1997-C-322 (el tribunal sostuvo que el hecho de haberse canalizado la pretensión por la vía del art. 322 del CPCCN no constituía óbice para la aplicación del art. 43 CN en materia de legitimación habida cuenta la analogía existente entre la acción declarativa de certeza y el amparo).

mayoría de ellos siguen el modelo de acciones de clase previsto en la Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23 de los Estados Unidos de América. Algunos lo hacen mediante una copia casi textual, otros incorporan modificaciones de diversa índole pero sin alterar las premisas sobre las cuales se asienta aquél modelo, y por supuesto no faltan los proyectos que insisten con la figura del amparo colectivo.⁶²

Todos ellos adolecen de serios defectos sobre los cuales no es posible profundizar aquí. Sólo quiero destacar que, en líneas generales, el mayor error es pretender copiar la Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23 de los Estados Unidos de América sin efectuar ninguna adaptación que tenga en cuenta las diferencias constitucionales, políticas, de tradición jurídica, de estructura jurídica positiva, sociales y culturales que existen entre aquél país y la República Argentina. No se está procediendo a efectuar lo que debería ser, en palabras de KHAN-FREUND, un “transplante responsable” de dicho mecanismo de resolución de controversias.⁶³

2. La exigencia constitucional de “causa o controversia” para habilitar la intervención del Poder Judicial en el conflicto y su relación con la legitimación colectiva.

En la gran mayoría de los casos que han sido citados a lo largo de este trabajo como ejemplos del rechazo de pretensiones promovidas por legitimados colectivos podemos observar que la supuesta falta de legitimación deriva en el rechazo de la pretensión por ausencia de “causa o controversia”. Para comprender el modelo constitucional argentino en materia de legitimación colectiva se torna necesario conocer cuál es el alcance de esta noción y cómo opera en la práctica cotidiana.

En este orden cabe comenzar por recordar que, en el marco constitucional y legal histórico (no modificado en este aspecto por la reforma de 1994) la actuación del Poder Judicial se encuentra condicionada a un requisito fundamental que la distingue de los otros dos poderes constituidos del Estado: para que un tribunal de justicia, de la instancia que sea, pueda ejercer su competencia e intervenir en un asunto determinado debe existir una “causa o controversia” que así lo habilite (art. 116 de la CN, Ley N° 27).⁶⁴

⁶² Expedientes en la Cámara de Senadores: S-1045/11, S-0204/11, S-3396/10, S-018/11. Expedientes en la Cámara de Diputados: 4055-D-2011, 4033-D-2011, 2540-D-2011, 5996-D-2010. Todos ellos disponibles en la página oficial de cada una de las Cámaras (<http://www.senado.gov.ar/> - <http://www.diputados.gov.ar/>)

⁶³ KHAN-FREUND, Otto “*Sull’uso ed abuso del diritto comparato*”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1975, p. 785 y siguientes.

⁶⁴ Sigo en este punto lo expuesto en VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007, pp. 91 y ss.

A su turno, la CSJN ha señalado en distintas oportunidades que para la configuración de dicho requisito (esto es, para la existencia de una “causa” o “controversia” que habilite la actuación del Poder Judicial en la resolución de un conflicto determinado) debe pretenderse en la demanda la determinación en concreto de un derecho debatido entre “*partes adversas*”.⁶⁵ Esto significa que la noción de “caso contencioso”, “causa” o “controversia” presupone la de “parte”, lo cual –a su turno– impone la necesidad de avanzar a fin de determinar qué se entiende por “parte”.

Si acudimos nuevamente a la jurisprudencia de la CSJN encontramos que “parte” es aquel sujeto que puede demostrar “*la existencia de un interés especial, directo, o sustancial, o sea que los agravios alegados tengan suficiente concreción e inmediatez para poder procurar tal proceso*”.⁶⁶ Es justamente en este punto del razonamiento donde llegamos a la relación entre “caso”, “causa” o “controversia” y legitimación. Es que la inexistencia de legitimación procesal deviene en la inexistencia de parte, lo cual a su vez impide la configuración del caso y, por tanto, la actuación del Poder Judicial en el asunto.

Esto quiere decir que si no hay legitimación procesal el Poder Judicial carece de competencia para entender en el asunto. Y es justamente por ello que los magistrados del Poder Judicial deben analizar la existencia de legitimación aun de oficio y en cualquier instancia. Sucede que la legitimación *ad causam* es un verdadero requisito intrínseco de admisibilidad de la pretensión procesal, por lo cual su ausencia en el caso constituye un impedimento sustancial para que el juez pueda dictar la sentencia de mérito.

Palacio explica muy claramente este punto al señalar que el control de la legitimación es previo a la evaluación de la procedencia de la pretensión, ya que antes de saber quién tiene razón el juez debe verificar si la demanda fue promovida por y contra quienes se encontraban legalmente en condiciones de discutir sobre el asunto (legitimación activa y pasiva).⁶⁷ Además, esta es la postura que la CSJN ha sostenido en reiteradas oportunidades y en fallos relativamente recientes.⁶⁸ Fallos recientes que fueron dictados en causas que involucraban pretensiones colectivas promovidas por legitimados extraordinarios. Entre ellos cabe mencionar especialmente dos.

Primero, la sentencia dictada en los autos “*Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos- (monotributo) dto. 885/98 s/ amparo-ley 16.986*”.⁶⁹ En esta

⁶⁵ Fallos, 311:2580, 322:528 y 324:2388, entre otros.

⁶⁶ Fallos, 322:528; 324:2388, entre muchos otros.

⁶⁷ PALACIO, Lino E. “*Derecho Procesal Civil y Comercial*”, Tomo I, pp- 405-411

⁶⁸ Postura también compartida por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, donde se ha sostenido que “*no se lesiona principio de congruencia al abordar de oficio la legitimación, desde que éste constituye un requisito esencial de la acción*” (“*Institutos Médicos SA c/Asociación Agentes de Propaganda Médica Secc. Oeste s/acción de amparo*”, Ac. 82.123, entre otras).

⁶⁹ CSJN, sentencia del 21/08/03, Fallos 326:2777.

oportunidad el tribunal hizo propio el dictamen del Procurador General de la Nación, quien sostuvo que correspondía abordar la legitimación invocada por la parte actora antes de avanzar sobre cualquier otra cuestión a resolver ya que de corroborarse su inexistencia el resto del planteo deviene inoficioso. Asimismo, sostuvo que tal análisis debe efectuarse aun cuando no hubiera sido objeto de agravio. La razón esgrimida para proceder en tal sentido es la que hemos mencionado: la legitimación configura un presupuesto necesario para que exista causa o controversia y, por tanto, para que el Poder Judicial pueda expedirse sobre el conflicto en discusión.⁷⁰

El segundo fallo que cabe mencionar data del año 2007 y es el recaído en la causa *“Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dto. 1316/02 c/E.N. P.E.N. dtos. 1570/01 y 1606/01 s/amparo ley 16.986”* (la causa colectiva por el “corralito financiero”). Allí, la CSJN rechazó la pretensión promovida por la figura y ratificó su postura en cuanto a que la legitimación procesal del actor constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia.⁷¹

Para terminar con este tema vale destacar que en el fallo *“Halabi”* la CSJN reconoció un aspecto fundamental a fin de interpretar correctamente el requisito de “causa o controversia”. Y lo hizo al dejar en claro que éste se configura de manera diferente en casos individuales y en casos colectivos. Más específicamente, la Corte sostuvo que la “causa o controversia” se configura de distinta manera dependiendo del tipo de derecho que el legitimado busque defender en justicia. Esta evolución hacia la idea de “causa o controversia colectiva” se presenta como un aspecto de suma relevancia de cara a la efectiva posibilidad de discutir conflictos colectivos en sede judicial. Ello así por cuanto limita en cierta medida el alcance de la función política del requisito, el cual ha sido aprovechado en numerosas ocasiones para evitar el abordaje de esta clase de asuntos.⁷²

⁷⁰ CSJN, causa D. 628. XXXVI, sentencia del 21/08/2003, Fallos 326:2777 (*“en primer lugar, corresponde examinar el punto relativo a la legitimación procesal que ha esgrimido en autos el señor Defensor del Pueblo de la Nación pues si bien no ha sido objeto de agravio concreto por parte del Fisco, al configurar un presupuesto necesario para que exista un “caso” o “controversia” que deba ser resuelto por los tribunales federales, su ausencia tomaría inoficiosa la consideración de los planteamientos formulados por el apelante (arg. Fallos 322:528), ya que la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (arg. art. 2° de la ley 27)”*).

⁷¹ CSJN, sentencia del 26/06/2007, Fallos 330:2800 (*“Dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal, pues la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2° de la ley 27)”*).

⁷² Sobre la función política de la legitimación, su relación con la noción de “causa o controversia” y esta idea de “causa o controversia colectiva” me remito a VERBIC, Francisco *“Procesos Colectivos”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 91-103.

3. El necesario control sobre la calidad del representante del grupo: Legitimación en abstracto Vs. Legitimación en concreto

La CSJN estableció en “*Halabi*” que el control de la idoneidad del representante de la clase o grupo es una de las pautas adjetivas mínimas que debe contener la regulación procesal que sobre el tema sancione el Congreso. Los estándares brindados por la Corte para administrar el control de tal requisito distan de ser satisfactorios,⁷³ pero las razones para exigirlo no dejan por ello de ser claras y sumamente relevantes.

Por un lado, la sentencia sólo podrá imponerse a los miembros del grupo ausentes en el debate en la medida que quien ejerza la legitimación colectiva actúe adecuadamente. Se trata de una cuestión de sentido común, apoyada en la garantía de debido proceso legal. Sin ese control no hay modo (constitucional, al menos) de imponer a un grupo de personas los efectos de una decisión judicial obtenida por alguien a quien éstas no eligieron como su representante.⁷⁴

Por otro lado, es importante tener en cuenta que esta cuestión constitucional tiene como correlato directo serios problemas sistémicos. Sucede que si la decisión no puede ser hecha valer frente a los miembros ausentes porque éstos no fueron debidamente representados en el proceso colectivo, la finalidad de economía procesal perseguida por este tipo de procesos se vería claramente impedida. Cualquier miembro del grupo podría presentarse invocando la inoponibilidad de la decisión, y ello significaría que el conflicto colectivo no estaría resuelto. Es por tal motivo que el control de este requisito configura un aspecto fundamental para la efectiva vigencia del modelo constitucional argentino en materia de tutela colectiva.

Es por ello que entiendo debemos distinguir la legitimación que con carácter general y abstracto reconocen los art. 43, 2do párrafo, 86 y 120 de la CN y sus leyes reglamentarias, de la legitimación que en concreto debe tener

⁷³ Me remito a la crítica efectuada en OTEIZA, Eduardo – VERBIC, Francisco “*La Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo “Halabi”?*”, SJA 10/03/2010.

⁷⁴ Ver OTEIZA, Eduardo – VERBIC, Francisco “*La Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo “Halabi”?*”, SJA 10/03/2010 (“Este tipo de sistema procesal colectivo descansa sobre la ficción de considerar presentes en el debate a los integrantes del grupo a través de un representante que, como ya fue señalado, no escogieron voluntariamente. Es por ello que el derecho a ser oído por el juez se limita aquí a ser oído a través de tal atípico gestor de intereses ajenos. Así, ante un cuadro de situación que se presenta como excepcional y que acarrea serias consecuencias a gran cantidad de personas, es evidente la necesidad de establecer algún mecanismo de control para evitar que los titulares de los derechos ejercidos por el representante (esto es, los miembros del grupo representado) puedan ver perjudicada su situación por una sentencia judicial dictada en el marco de un proceso en el cual –al menos en principio- no participarán en modo alguno”).

cualquiera de estos legitimados para actuar en un caso específico. Sucede que las características del caso particular pueden hacer del legitimado colectivo alguien no adecuado para la defensa del grupo. Las razones para que ello ocurra son de diversa índole. Una de las más interesantes, por ejemplo, es la que involucra un “conflicto de agenda” que impide a determinado sujeto dar una discusión robusta sobre el asunto por conflictos de interés.

A partir de “*Halabi*” los tribunales de todo el país han comenzado, tímidamente y en ocasiones aisladas, a exigir el cumplimiento de este requisito esencial del sistema procesal colectivo. El Anteproyecto de Código Civil contenía en su versión original un artículo dedicado específicamente al tema. Como ya mencioné, es una verdadera lástima que se haya eliminado esta previsión ya que no sólo hubiera establecido el requisito en el texto de la ley, sino que además lo hubiera establecido de una buena manera (proveyendo estándares para su evaluación mucho más aptos que los que brindó la CSJN en “*Halabi*”).⁷⁵

VI. Cierre

El modelo constitucional argentino en materia de tutela colectiva de derechos se encuentra en una etapa de plena maduración. Maduración acelerada debido a la multiplicación de este tipo de acciones en sede judicial. En este contexto, sería interesante que los legisladores encargados de darle forma a un mecanismo procesal adecuado en la materia tengan en consideración todo el desarrollo jurisprudencial y doctrinario elaborado en torno al tema durante –al menos- los últimos 20 años. Y también sería interesante que, teniendo en cuenta la relevancia del asunto, se proceda a utilizar un mecanismo más participativo durante el trámite parlamentario de la ley.

La necesidad de ampliar el debate se deriva de la importancia del resultado de estas discusiones. Tengamos especialmente en cuenta que en materia de legitimación, objeto de tutela, vías procesales y representatividad adecuada esas discusiones adquieren una importancia superlativa por determinar, ni más ni menos, el alcance y la efectiva vigencia de los derechos

⁷⁵ El Anteproyecto contenía la siguiente previsión, eliminada por el Poder Ejecutivo: “**ARTÍCULO 1747.- Presupuestos de admisibilidad.** Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos, se debe exigir que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta: a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses; b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda. Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados”.

de incidencia colectiva en el ordenamiento jurídico argentino. Todo esto hace que ante cualquier opinión sobre el tema (incluso la que se ofrece en este trabajo) debamos interrogarnos sobre quién es el autor que la presenta, en qué contexto histórico y social lo hace, y qué rol juega entre los operadores jurídicos del sistema. Es que las interpretaciones en torno a este asunto no son ingenuas. Al menos no pueden serlo desde el momento en que se toma conciencia de las derivaciones sociales, políticas y económicas que involucra el acceso de pretensiones colectivas al sistema de justicia. Es por ello que la ley a sancionarse debe contar con la mayor participación posible de parte de todos los operadores jurídicos, ciudadanos, organizaciones del tercer sector y miembros de la comunidad política en general.

Estoy seguro que las discusiones que habrán de desarrollarse durante la Conferencia nos permitirán despejar algunas dudas sobre estos temas. Y también estoy seguro que podremos sacar de ese debate importantes conclusiones que sirvan para avanzar en el proceso de consolidación de este tipo de dispositivos procesales en la República Argentina.