

**“El Amparo Colectivo, Las Acciones de Clase, La Acción Popular y la legitimación del artículo 43 ,2° parte de la Constitución Nacional” (p. 199-241)**

**Obra Colectiva Director: Dr. Néstor Sagüés. Coordinadora: María Gabriela Abalos Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003**

## **AMPARO COLECTIVO, ACCIONES DE CLASE Y ACCIÓN POPULAR. LA LEGITIMACIÓN SEGÚN EL ARTÍCULO 43, 2° PARRAFO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.**

**Por Marcela I. Basterra**

**I.** Introducción. **II.** Concepto de bien colectivo. **III.** La legitimación en la defensa de los Derechos Colectivos. Los Intereses Difusos. **IV.** Formas de tutela de los Intereses Colectivos en el Derecho Comparado. Legitimación. **IV.1** Las Acciones de Clase o “*class actions*”. **IV.2** La Acción Popular. **V.** Formas de tutela de los Intereses Colectivos en nuestro Derecho. La Legitimación según el artículo 43 de la Constitución nacional. **V.1** Los Casos previstos en la Normativa Constitucional. **V.1.a** Discriminación **V.1.b** Ambiente, Competencia, Usuarios y Consumidores. **V. 2** Legitimación procesal. **V.2.a** El afectado. **V.2.b** El Defensor del pueblo. **V.2.c** Las Asociaciones Especiales o Registradas. **VI.** Conclusiones

### **I- Introducción.**

A partir de la reforma de 1994; con la incorporación de los llamados Derechos de “tercera generación” o de la “solidaridad”; considerando tales básicamente a aquellos contemplados en los artículos 41; 42 y 43<sup>1</sup> de la Constitución nacional; los derechos colectivos adquieren

---

<sup>1</sup> **Artículo 41.** Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se

vital importancia; y al constituir de alguna manera un aporte novedoso en nuestro derecho constitucional; justamente deben ser objeto de análisis e investigación a fin de resolver algunos problemas que se presentan en relación a determinar que son los bienes colectivos; cual es la fundamentación por la que necesitan protección jurídica; y quienes en definitiva son las personas o entidades legitimadas para accionar en protección de esos derechos.

No pretendemos de ninguna manera en este trabajo encontrar la solución a tamaño problema; en relación al que hay opiniones diametralmente opuesta en nuestra doctrina - que en párrafos posteriores analizaremos con detenimiento-. Solo pretendemos tratar de definir esos bienes colectivos y presentar nuestra idea acerca de la legitimación que en relación a los mismos surge.

## **II. Concepto de bien colectivo.**

Para poder analizar quienes son “aptos” para representar a otros en defensa de bienes colectivos; es necesario en primer lugar definir al “bien colectivo”.

Para Robert Alexy <sup>2</sup> es más fácil dar ejemplos de bienes colectivos que definir a los mismos. Así por ejemplo la seguridad colectiva es un caso bastante claro de bien, porque, primero, nadie que ese encuentre en el respectivo territorio puede ser excluido de su uso y, segundo, el uso por parte de una persona no impide ni afecta el uso por parte de la otra.

---

prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos. **Artículo 42.** Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control. **Artículo 43:** Toda persona podrá interponer acción rápida y expedita de amparo...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Otros ejemplos de gran claridad son el derecho a la integridad del medio ambiente o al patrimonio cultural de la humanidad.

Sin embargo el autor igualmente intenta formular una definición de bienes colectivos; estableciendo los tres elementos necesarios para que un bien revista carácter de tal, ellos son: a) la estructura no distributiva de los bienes colectivos; b) su status normativo y c) su fundamentación.

a) *La estructura no distributiva de los bienes colectivos*: “un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fácticamente o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárseles a los individuos . Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos”.

b) *El status normativo de los bienes colectivos*: el carácter no-distributivo no alcanza para conceptualizar al bien colectivo ; porque el mal colectivo también es no-distributivo; tal el caso de una alta tasa de criminalidad ; ¿qué es entonces lo que hace que sea un “bien colectivo”? . Básicamente hay tres versiones conceptuales en relación a las argumentaciones de dichos bienes, ellas son; *la versión antropológica*; utilizada para justificar la protección del bien colectivo , cuando se dice que hay que hacer prevalecer el interés en la seguridad exterior frente a un derecho individual; *la versión axiológica*; cuando se pondera el valor de la seguridad exterior, y; *la versión deóntica*; cuando se dice que la creación y conservación de la seguridad exterior está ordenada..

Para hablar de “bien colectivo” de un sistema jurídico, el interés puramente fáctico tiene que transformarse en un interés jurídicamente reconocido y, entonces justificado. Pero el interés justificado no es otra cosa que algo cuya persecución está ordenada “*prima facie*”. Así el interés adquiere status normativo; que es aprehendido mejor a través de la versión deóntica.

c) *Su fundamentación*: el autor se interesa en dos tipos de fundamentación del bien colectivo; la de la economía de bienestar; que se da cuando se intenta justificar ese bien como función de bienes individuales; utilidades, preferencia. Y la de la teoría del consenso; con un criterio muy poco exigente, un bien colectivo está justificado si lo aprueban

---

<sup>2</sup> Alexy Robert “El Concepto de Validez y otros ensayos”; Gedisa, Barcelona. 1987, p.186-190

fácticamente todos; con un criterio más exigente; si la aprobasen todos en caso de que se dieran determinadas condiciones de racionalidad<sup>3</sup>

En principio los intereses difusos se caracterizan porque en ellos confluyen dos elementos; por un lado su forma de titularidad o participación; por el otro el objeto preciso del interés en cuestión. En general podemos considerar caracteres esenciales a la definición de un “bien colectivo”; la no titularidad exclusiva sobre el mismo; la indisponibilidad del bien, la indivisibilidad; la inapropiabilidad; que como explica Peña Freire<sup>4</sup> de dicho carácter deriva uno de los aspectos más interesantes del fenómeno; y es la posibilidad de adscripción del bien a una sede jurídica o social concreta. Se reconoce en ese tipo de bienes un interés transindividual; que sin desconocer al individuo; sin embargo lo atraviesa para situarse en forma definitiva en la órbita colectiva.

Para Sagüés<sup>5</sup> Cuando el acto considerado lesivo perjudica a una serie indeterminada de personas, que incluso pueden cambiar cotidianamente; el derecho afectado es de “incidencia colectiva”, y defendible por el defensor y las asociaciones. El autor no se refiere al concepto de “bien colectivo”; sino a la “incidencia colectiva”; al número de personas- indeterminado y variable- que puedan resultar afectados por un acto considerado lesivo

Andrés Gil Dominguez<sup>6</sup> postula que *“para poder definir un bien como colectivo, deben conjugarse los siguientes elementos: a) pluralidad de los sujetos que disfrutan de un bien; b) una relación existente entre varios sujetos y un objeto por la que se pretende evitar algún perjuicio u obtener algún beneficio; c) un bien cuyo disfrute es colectivo pero que es insusceptible de apropiación individual; c’) un bien susceptible de apropiación exclusiva*

---

<sup>3</sup> Alexy Robert “Problems of Discourse Theory” en crítica 20, 1988,p.43 ss.

<sup>4</sup> Peña Freire, Antonio Manuel “La garantía en el Estado Constitucional de derecho”Trotta, España, 1997, p.69 ss. Citado por Gil Dominguez, Andrés en “Los Derechos de Incidencia Colectiva en General”; (ver cita n°5); p.233

<sup>5</sup> Sagüés Néstor, “Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo, en la obra colectiva “El Amparo Constitucional”, Depalma, Buenos Aires ,1999 p.25.

<sup>6</sup> Gil Dominguez, Andrés “Los Derechos de Incidencia Colectiva en General”; en el texto colectivo “La Reforma Constitucional de 1994”;- Coordinado por Gustavo Ferreyra y Miguel Ekmekdjian-, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 234.

*pero que convive en una situación de identidad fáctica que produce una sumatoria de bienes idénticos”*

En más o en menos al determinar los elementos de los bienes colectivos son los mismos; se trata de una pluralidad de sujetos indeterminados que son titulares de un bien no-distributivo y no divisible. No se puede determinar con claridad que porción del bien corresponde a cada quien.

Consideramos que quizá puede contribuir y; echar luz sobre el tema; intentar hacer una categorización de los bienes colectivos<sup>7</sup>:

**a)** La primera categoría estaría conformada por aquellos bienes colectivos que tienen el doble carácter de no-exclusivos y no-distributivos; nadie es titular indivisible del bien; “no son susceptibles de dividirse en partes”, por ejemplo el daño al medio ambiente;- en contraposición; podemos tomar un ejemplo de bienes individuales en que el daño es “partible”; es divisible, por ejemplo el daño a mi salud -. Estos bienes, que hemos denominado de la “primera categoría”, no pueden tener un dueño exclusivo tal el caso del patrimonio cultural de la humanidad; que en este caso, además de “indivisibles” podemos denominar “Universales”.

**b)** Una segunda categoría estaría constituida por aquellos bienes colectivos; que son la suma de bienes individuales afectados que distorsionan la afectación holística; pero no revisten el carácter de universales; sino podríamos denominar “grupales”; que se justifican en la necesidad de refuerzo de un bien como colectivo; en la necesidad de protección del grupo; tal el caso de la discriminación.

**c)** Una tercer categoría estaría dada cuando un bien se transforma en colectivo, como resultado de la sumatoria de bienes individuales; y cuyo fundamento es que no tienen incentivo suficiente para actuar en forma individual; que no tendría entidad suficiente el reclamo particular; economía procesal, etc. tal el caso de la noción de pleno empleo, o de

---

<sup>7</sup> Categorización realizada en el marco del curso de posgrado “Nuevos Derechos y Garantías” del Dr. Christian Curtis; (U.P), 1ºcuatrimestre; año 2000

los usuarios y consumidores. Son aquellos que en la doctrina italiana se denominan “intereses individuales homogéneos”; por supuesto son “grupales”, pero no “universales”

### **III. La legitimación en la defensa de los Derechos Colectivos. Los Intereses Difusos.**

Barbosa Moreira<sup>8</sup> define a los intereses difusos como aquellos que, subjetivamente, no pertenecen a una persona en particular ni a un grupo nítidamente determinados de personas, sino a un grupo indeterminado o de difícil o imposible determinación, cuyos integrantes también se hallan vinculados por una concreta relación jurídica y, objetivamente versan sobre un bien indivisible y no fraccionable, por ende, en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares.

En este rumbo se los ubicó conforme a las circunstancias del caso y en el ámbito del derecho administrativo en distintas categorías; Grecco<sup>9</sup> como coincidentes con los intereses simples y los intereses legítimos; con lo que siguiendo ese criterio solo podrían hacerse los reclamos por vía administrativa. Marienhoff<sup>10</sup> los asimila solo a los intereses simples con lo cual en muchos casos, dado que no existe la acción popular quedaría descartada toda protección, tanto administrativa como judicial. Mairal<sup>11</sup> en una concepción de mayor amplitud, guardando concordancia con el régimen constitucional que posteriormente se adopta con la reforma de 1994, los encuadra dentro de los derechos subjetivos.

Actualmente con la última reforma constitucional el artículo 43 es suficientemente claro cuando se refiere a “*los intereses difusos en general*”; lo que estando directamente relacionado con la legitimación; y todo lo que antes de la reforma pudo hacerse en favor de la ampliación de la legitimación; hoy tiene respaldo constitucional suficiente.

---

<sup>8</sup> Barbosa Moreira, “A legitimacao para defesa dos interesses difusos, , no direito brasileiro”, en Temas de direito processual San Paulo, Ed. Saravia, 1984, p.183. citado por Palacio Lino en “El Apagón de febrero de 1999. Los llamados intereses difusos y la legitimación del defensor del pueblo.

<sup>9</sup> Grecco, Carlos M. “Ensayo preliminar sobre los denominados intereses difusos o colectivos y su protección judicial”. L.L 1984-B, p.865

<sup>10</sup> Marienhoff, Miguel “Delfines o toninas y acción popular”, ED.105-244

<sup>11</sup> Mairal Héctor “Sobre legitimación y ecología”, L.L, 1984-B,779.

El tema más difícil y que, por cierto no tiene una respuesta unívoca es el problema que presenta determinar quienes son las personas o entidades legitimadas para la defensa de los llamados “intereses difusos”.

#### **IV. Formas de tutela de los Intereses Colectivos en el Derecho Comparado. Legitimación.**

En el derecho comparado existen distintas formas de tutela efectiva<sup>12</sup>. En muy apretada síntesis, los modelos referidos son los siguientes:

a) El “*Ombudsman*”; institución de origen escandinavo existente en algunos países como Francia, España, Portugal, Canadá y Estados Unidos. Este fiscal de los consumidores presenta la ventaja de su independencia funcional, pero sin embargo tiene la desventaja del carácter burocrático en algunos casos y el peligro de ser capturado por grupos de interés. También constituye estos casos cuando es el ministerio público el que está legitimado específicamente para casos especiales como en Brasil, en el tema específico del medio ambiente.

b) El “*denunciante*” o “*fiscal privado*”. Se trata de individuos u organizaciones de carácter no público. No querellan en su nombre, sino que deben tener autorización del Fiscal General; por ejemplo, en Gran Bretaña existe una delegación del “*Attorney*” en tal sentido.

c) El tercer modelo se configura a través de *organizaciones no gubernamentales* –ONG- registradas, autorizadas con legitimación para promover y llevar adelante el proceso (ha habido experiencias en diversos países europeos y Japón). La representación realiza sus planteamientos en nombre de “los consumidores”. El carácter pluralista de dichas asociaciones multiplica los esfuerzos individuales y disminuye los riesgos, afectando a todos la cosa juzgada. Su debilidad deriva de su misma estructura, pues no tiene obligación de rendir cuentas, además de su inhabilidad funcional para alcanzar una indemnización real

---

<sup>12</sup> Dalla Vía Alberto y López Alfonsín Marcelo “Aspectos Constitucionales del Medio Ambiente”; Editorial Estudio, Buenos Aires, 1994; p.53-54

y global, sin consideraciones individuales, con lo que desemboca en sumas nominales y simbólicas.

d) El cuarto modelo es el las denominadas “*class actions*” norteamericanas. En síntesis, se trata de un procesamiento de proyecciones sociales, en el cual el afiliado a la “clase” tiene derecho a estar bien representado. Se superan aquí gran parte de todas las diferencias de la segunda y tercera alternativa, ya que pueden ser iniciadas por los individuos, no hay una carga estructural ni un contralor directo o indirecto del Estado, y permite percibir las indemnizaciones en sumatoria y no parcializadas. Por otra parte, hace que sea ventajoso el pluralismo de las ejecuciones sin limitaciones, pues se comparte un interés común en nombre de una “clase”. Como desventaja, presenta el peligro de una representación inadecuada a lo largo del proceso, siendo el activismo judicial el encargado de vigilar el comportamiento de los legitimados principales.

e) El quinto modelo lo constituyen las llamadas “*acciones populares*”, por las cuales cualquier ciudadano podría accionar en nombre de todos, convirtiéndose –de hecho- en un representante del ministerio público (ejemplo Colombia)

f) Finalmente, consideramos que debe agregarse a esta clasificación quien en primer lugar está legitimado para accionar que es “*el afectado*”; precisamente determinar quien reviste este carácter, es uno de los temas más controvertidos en nuestro derecho.

#### **IV.1 Las Acciones de Clase o “*class actions*”**

Las acciones por “clase de personas”; como las denomina Cueto Rúa<sup>13</sup> son un típico instituto del *common law*, puesto que surgen en los Estados Unidos como consecuencia de los problemas acaecidos en las décadas de los años 50 y 60 para poner límites a la discriminación racial y para brindar protección jurídica a los ciudadanos de raza negra asegurando así sus derechos individuales. Más recientemente, aún, en las décadas de los años 70 y 80 para proteger a los consumidores frente a los riesgos originados como

---

<sup>13</sup> Cueto Rúa, Julio “La acción por clase de personas”; L.L 1988-C p.952 y ss.

consecuencia de la producción industrial masiva, y para cuidar a la población de los agentes contaminantes del medio ambiente.

Sin embargo su origen es mucho más remoto; nos remitimos a Inglaterra en el siglo XVII; en que se desarrolló el denominado “*bill of peace*”, cuando en el caso “*Adair v. New River Co.*”, de 1805; se crea una suerte de remedio procesal que permitía al tribunal de equidad “*equity court*” entender en una acción promovida ya sea por representantes de un grupo o contra representantes de un grupo, si la parte actora podía acreditar que la cantidad de personas involucradas revestía tal importancia que hacía imposible o impracticable la acumulación de todas las acciones o la de todas las defensas ; si todos los integrantes del grupo tenían un interés común en la materia sometida a decisión judicial ; y además si los representantes del caso lo hacían adecuadamente con los ausentes.

Si bien en el siglo XIX las acciones de clase estuvieron limitadas a los procedimientos de equidad; en el siglo XX existe un punto clave en las llamadas “*class action*”<sup>14</sup>. En 1938 se sanciona en los Estados Unidos la Regla 23 de procedimiento de justicia federal, lo que permitió extender el uso de estas acciones de los tribunales de equidad a los tribunales de derecho; sin embargo esta regla aún no resolvía algunos problemas, como por ejemplo el caso de los efectos de la sentencia para quienes no integraban la litis. Posteriormente se soluciona, al menos parcialmente en la actualización de la Regla 23 en 1966.

A partir de ese momento; su utilización ha ido “*in crescendo*”, lo que ha generado una importante disputa doctrinaria, mientras que para algunos es considerado uno de los recursos procesales de mayor utilidad; para otros constituyen una legitimación del “Chantaje”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Bianchi Alberto B., “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala”; Revista Argentina del Régimen de la Administración pública (RAP), abril de 1998; Año XX, n° 335;p. 19-20.

<sup>15</sup> Fuertemente criticadas por Miller, Arthur en “Of Frankenstein Monsters and Shinging Knights: Myth, reality and the class Actions Problems”, en 92 Harvard Law Review 664,1992. Sin embargo uno de los Tratados de Derecho civil más importantes de los EEUU; escrito en 1966 “Federal Practice and procedure” de Wrigth, Miller y Kane , dedican los tomos 7A y 7B, más de 100 páginas a las class actions.

Owen Fiss<sup>16</sup> justifica las AC en razón a los fines sociales que persigue, pero afirma que “ello no implica dejar de reconocer que estamos ante una forma no demasiado apropiada de representación”. Además resultaría un error -aclara el autor- ignorar que se opone a valores individualistas “Los valores individualistas que las acciones de clase cuestionan resultan rasgos persistentes y muy profundos de nuestro derecho, tal vez de todo derecho, y para bien o para mal, siempre van a ejercer una influencia restrictiva en la gran tentación de los reformadores sociales que se encuentran entre nosotros de crear agrupamientos colectivos que sirvan a sus fines”

Es un caso paradigmático el de “*Brown v. Board of Education*”<sup>17</sup>; es uno de los casos más notables del rol que puede tener la jurisprudencia para efectuar cambios sociales. En 1954, cuando se da el fallo de Corte la segregación existía en teatros, escuelas, restaurantes, baños y cualquier lugar público. Hasta entonces el tema de la discriminación racial se regía por “*Plessy v. Ferguson*”<sup>18</sup> “*Separados pero iguales*”; en el que se decidió que las personas de raza negra tendrían iguales derechos que las personas de raza blanca pero no estaban obligados a compartir los mismos lugares. Este caso sentó jurisprudencia en sentido de la protección de quienes padecían una discriminación; pero a los efectos que nos interesa revistió mayor importancia por el efecto de legitimar, en este caso a Linda Brown a representar sus propios intereses y la de los demás estudiantes de raza negra; lo que se constituyó sin duda una típica acción de clase.

Es a partir de dicho fallo que quien se considere representante de una clase puede accionar en nombre propio y en el de su clase; lo que en muchos casos es de gran utilidad; en sentido por ejemplo que reviste un doble carácter de practicidad y además es ahorrativo. En efecto, el ejercicio de una acción procesal, en representación de una clase o categoría, simplifica el alcance de la justicia aplicativa. Por lo general, la suma de las afectaciones ocasionadas por una misma situación de hecho o de derecho, en régimen exclusivo o sucesivo pero

---

Ampliar de Bianchi Alberto B. Ob.cit. notas n° 44 y 45; p.20.

<sup>16</sup> Fiss Owen “La teoría política de las acciones de clase”, (Traducción: Roberto Gargarella); Revista Jurídica de la Universidad de Palermo; Abril de 1996; p.11 -12

<sup>17</sup> 347 U.S. 483 (1954). Ver comentarios de: Miller Jonathan, Gelli María Angélica y Cayuso Susana “Constitución y Derechos humanos”, Astrea, Tomo 2, p.1554

<sup>18</sup> 163 US537 (1896)

idéntico, hace que el daño global sea de cuantificación considerable; de mayor envergadura, por supuesto, que si se hiciera de manera individual y separada.

Existe de esta forma una especie de “*ficción jurídica*”, en cuanto se da por una realidad de que todos los individuos que participan en la misma categoría objetiva de bienes afectados, litigan en forma individual, pero a través de un solo sujeto actor efectivo.<sup>19</sup>

Sin embargo no es tan sencillo plantear la representación en nombre de otros; y la Regla 23 prevé algunas pautas conformes a limitar los alcances de dichas acciones. Específicamente dice que en caso de plantearse una “*class actions*” el tribunal deberá dirigir a los miembros de la clase “la mejor notificación posible, según el caso” – Regla 23.b.(3). Esta norma es clara en sentido que permite a cualquier miembro de esa clase que renuncie a su participación en el litigio; y aún que pueda iniciar una acción individual; claro que esto implicaría que los efectos de la sentencia, sean estos negativos o positivos; no alcanzarían al miembro renunciante de dicha categoría.

Si bien en la Regla 23 a) se establecen los requisitos<sup>20</sup> para que proceda la acción de clase; es responsabilidad en definitiva del juez, decidir acerca de quienes han promovido la demanda; su aptitud y responsabilidad. No olvidemos que en muchos casos es una especie de “*automandato*”, puesto que en general los miembros de la clase muchas veces jamás han visto ni conocido a su representante.

Del análisis de la Regla 23 (b) surge que en los Estados Unidos existen tres tipos de acciones de clase<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Manrique Jiménez Mesa, “Justicia Constitucional y Administrativa”, 2º Edición, IJSA, Investigaciones jurídicas S.A, San José Costa Rica, año5, nº49, enero de 1991 p.238.

<sup>20</sup> **Regla 23:** (a) Requisitos para la interposición de una acción por clase de personas. Uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandados como partes representantes, en representación de todos solo si:

(1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable. (2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase. (3) las demandadas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y (4) las partes representadas protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente.

<sup>21</sup> Ampliar de: Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell “El Procedimiento de las Acciones de Grupo (class Actions) en los Estados Unidos de América.” Justicia 94, Número 1, JB, Editor, Barcelona, España, P. 62-120

1) La primera categoría está diseñada para los casos en que el ejercicio individual de las pretensiones en procesos separados pudieran perjudicar, respectivamente, al demandado o a los miembros del grupo. Creando riesgo de:

A) Sentencias contradictorias o diferentes con respecto a miembros individuales que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta del grupo.

B) Sentencias en relación a miembros individuales, que en la práctica sean dispositivas de los intereses de otros miembros no partes o sustancialmente menoscaben o eliminen la posibilidad de proteger sus intereses

2) La parte opuesta al grupo ha actuado, o en contrario se ha negado a actuar por motivos referidos, en general a todo el grupo, haciendo apropiado un *“final injunctive relief”* - sentencia condenatoria de hacer o de no hacer- o un *“corresponding declaratory relief”* - sentencias meramente declarativas.

Por medio de este tipo de acciones no es posible el ejercicio de pretensiones de carácter pecuniario. Sin embargo son las que más se utilizan en la actualidad, a partir del ya mencionado caso *“Brown v. Board of Education”* de 1954.

Está dirigida específicamente a la protección de derechos constitucionales *“civil rights”*, cuando se pretenda un remedio jurisdiccional de carácter no declarativo o una *“injunction”* a favor de un numeroso, en la mayoría de los casos indeterminado número de personas.

3) El tribunal declara que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo; predominan por sobre cualquier cuestión que afecte únicamente a miembros individuales; y que la acción del grupo siempre es superior a cualquier medio para la solución de la controversia.

En general se ejercitan este tipo de acciones cuando se trata de que muchas personas han sufrido un pequeño perjuicio económico; que litigando individualmente se pueden sentir menoscabados o intimidados ante un poderoso demandado; y litigando a través de este tipo de acciones se transforman en un demandante igual o más poderoso que el demandado.

El área donde más se ha desarrollado este tipo de CA es en los casos de responsabilidad extracontractual; por ejemplo casos de desastres en masa o casos de contaminación química.

Hay algunos temas relacionados con las CA que no abordaremos porque excede los límites de este trabajo; pero no porque sean problemas menores. Tal el caso de las notificaciones; su exigencia, la notificación a los miembros ausentes; la protección en general de los miembros ausentes; todos reglamentados en la mencionada Regla 23 de 1966. Las acciones de clase plantean muchos interrogantes y dudas; en orden a la admisibilidad; a cual es “la mejor notificación”; como se seleccionan los integrantes de la clase; que ocurre con los que se sienten excluidos; que ocurre si algunos miembros de la clase no están de acuerdo con la representación; estos son solo algunos de los problemas que las mismas plantean.

El derecho argentino no parece haber acogido este instituto. Desde la doctrina es un tema que se ha trabajado muy poco; con excepción de los autores citados. Desde la jurisprudencia ocurre algo similar y; nuestro texto constitucional con la reforma de 1994 establece en el artículo 43, 2º párrafo – que analizaremos con detenimiento en el punto V- el amparo colectivo, legitimando claramente para iniciar dicha acción *“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”*. Consideramos que no parece estar en el espíritu del constituyente que el “abrir las puertas” de un amparo encorsetado y sumamente restringido hacia la legitimación del amparo colectivo; para el que establecen específicamente los legitimados hayan querido prever, un instituto típico y –controvertido- del common law; prácticamente desconocido para nuestro derecho.

Sin embargo Quiroga Lavié<sup>22</sup> al interpretar el significado de “afectado” en el 2º párrafo del artículo 43 dice *“.. en el debate se sostuvo que la legitimación del titular del derecho afectado ya se encontraba regulada en el 1º apartado del artículo 43 (amparo de los derechos individuales). La apreciación es correcta; pero ocurre que habiendo incluido esta legitimación – la del afectado en el segundo párrafo, debe entenderse que la regulación constitucional no está reiterando una norma... dicha expresión está institucionalizando la “acción de clase” en nuestro texto constitucional”*.

---

<sup>22</sup> Quiroga Lavié, Humberto “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, Tercera Edición, Zavallía, Buenos Aires 1996, p.256

Nosotros reiteramos nuestra postura; además no olvidemos que si bien con la reforma constitucional queda incorporada la categoría de “derechos de incidencia colectiva”; superando en cierta medida las eternas disputas en relación a cuándo existe derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple; distinción que es incorporada del derecho continental.

Es muy distinto el caso de los Estados Unidos, donde funcionan las acciones de clase; sistema en el que son los jueces federales los que deciden la existencia de legitimación; que va construyéndose de acuerdo a los precedentes; caso a caso y al *standard* por ellos elaborados.

Coincidimos con Bianchi<sup>23</sup> cuando explica que resulta difícil establecer la conveniencia de adoptar para la Argentina las AC, en principio por las diferencias de variado orden que existe en los dos sistemas. La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos nos dice claramente que una de las primeras cuestiones que el juez verifica es si el o los representantes de la acción de clase están en condiciones operativas de llevar adelante el proceso. De modo que es necesario montar una organización profesional ad-hoc; si no la AC fracasa. *“Paralelamente el juez que interviene deja de desempeñar el papel que le asignan tradicionalmente nuestras leyes procesales para convertirse en el administrador de un sistema complejo que le exige adoptar decisiones no necesariamente jurídicas, para lo cual la estructura de nuestros tribunales no está preparada”*.

Que no surja del texto constitucional y que existan los problemas expuestos, no es óbice a que quizá por jurisprudencia o por ley pudieran crearse; puesto que tampoco a nuestro criterio serían inconstitucionales. Fijémonos que la que hemos descripto como el segundo tipo de acciones de clase (Regla 23. b.2); aquella que se interpone para reparar un acto lesivo de un derecho constitucional; y a través de la que no se pueden realizar reclamos de tipo pecuniario; no es incompatible con el diseño que el constituyente ha hecho de amparo colectivo.

---

<sup>23</sup> Bianchi, Alberto B. pb. cit. P.35

Sin embargo, nuestro país no está en condiciones de poner la AC en marcha; y de querer hacerlo queda muchos cambios estructurales y de base que realizar.

#### **IV.2 La Acción Popular**

Manrique Jiménez Mesa<sup>24</sup> define la acción popular y su naturaleza jurídica, explicando que se trata de una “*acción uti cives*”; esto es una acción para todos los ciudadanos nacionales y extranjeros; sean personas físicas o jurídicas. El recaer el derecho de accionar jurisdiccionalmente en la amplia generalidad ciudadana la derivación del ejercicio de ese derecho viene dado en forma directa e inmediata del mismo ordenamiento jurídico, sin que sea requisito necesario, la afectación previa individualizable de quien plantea la acción.

De allí que se plantea una relación de confianza entre el ordenamiento jurídico y el amplio panorama ciudadano. La acción popular en cuanto tal, eleva por sí el ejercicio de un derecho subjetivo público, el que a su vez debe ser acompañado de las mismas garantías procesales y materiales del debido proceso.

A su vez reconoce que la acción popular tiene sus propios límites materiales y procesales que son: a) es indispensable que el Ordenamiento jurídico sea la causa existencial; esto es que del mismo provenga y permita la acción popular; b) que el potencial actor tenga capacidad jurídica, según dicho Ordenamiento; c) es requisito que en el mismo Ordenamiento se establezca el ámbito material y sustancial para el ejercicio de tal acción; y d) debe existir la violación pública o privada, a un bien jurídico tutelado por dicho Ordenamiento en forma objetiva.

Según el autor costarricense; en cuyo Ordenamiento jurídico está prevista la acción popular; explica que el ejercicio de esta acción no es óbice a la interposición de una acción individual por lesión subjetiva a un derecho; lo que él llama “acción correlativa”; esto es se pueden interponer simultáneamente, la acción popular y además una segunda acción subjetiva. La simultaneidad procesal en modo alguno invalida una acción respecto de la

---

<sup>24</sup> Manrique Jimenez Mesa, ob.cit. p.224 y ss.

otra, toda vez que ambas tienen causas e implicaciones diferentes, aunque no significa por ello que sean contrapuestas y excluyentes.

El caso sería por ejemplo que un sujeto ejercite la acción popular en defensa de bienes de valor histórico que considera que pudieran ser destruidos y, simultáneamente inicia una acción subjetiva como vecino afectado; con el reclamo de daños y perjuicios en su favor.

De la lectura de estos párrafos y, de nuestro artículo 43, 2º parte surge con claridad que los constituyentes de '94 en ningún momento pensaron en una acción popular.

Acción popular significa “*cualquiera del pueblo*”; y la norma citada de nuestro Ordenamiento establece que el amparo colectivo solo será interpuesto por: el afectado; las asociaciones debidamente registradas conforme a una ley que dicte el Congreso y el defensor del pueblo.

Vimos en el ejemplo de Costa Rica, país donde existe la acción popular en la que se establecen determinados requisitos; por ejemplo que surja del propio Ordenamiento, el que a su vez le fija el ámbito material y sustancial de aplicación.

A mayor abundamiento podemos mencionar otro país en el que existe la acción popular; y está expresamente establecido en su constitución; tal el caso de Colombia -artículo 86<sup>25</sup>-

En la causa “*L. Rodríguez s/ acción de tutela. Procedencia*”, sentencia del 3-3-95; la Corte Constitucional de Colombia establece que “*de conformidad con el artículo 86 de la*

---

<sup>25</sup> El artículo 86 de la C. Colombiana establece: “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando crea que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.*”

*Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento de protección de los derechos constitucionales fundamentales que toda persona puede utilizar para la protección inmediata de esos derechos, cuando ellos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que establece la ley, y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Es decir, que efectivamente son dos las circunstancias que permiten la procedibilidad de la acción de tutela: a) Que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial contra la acción y omisión que da lugar a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de que se trate ; y b) Que disponiendo de otro medio de defensa judicial, se esté, ante la presencia de un perjuicio irremediable por la vulneración o amenaza de los citados derechos".*

A diferencia de los países en donde se consagra la acción de amparo, de origen mexicano, en virtud del cual se cobija la acción de habeas corpus, la excepción de inconstitucionalidad, las acciones administrativas de nulidad y reparación directa, el recurso extraordinario de casación , entre otros; en Colombia con la acción de tutela, simplemente se protegen los derechos constitucionales fundamentales. Se consagra entonces la acción de tutela como una garantía de jerarquía constitucional, a la cual se le definen sus elementos esenciales con el fin de prevenir, en su desarrollo legal, su desnaturalización, su limitación en sus alcances y su inoperancia. Como mecanismo subsidiario y residual, sólo procede en ausencia de otros mecanismos de defensa. No tiene el carácter de instancia adicional en la controversia de los derechos que ya han sido definidos judicialmente, como sí ocurre con el recurso de amparo.

*Tampoco procede con relación a los derechos colectivos pues estos en forma específica, son protegidos por las acciones populares.*

No es nuestro caso. La norma constitucional del artículo 43 puede suscitar confusión, cuando al referirse a la acción de amparo en el primer párrafo establece *“toda persona*

---

*puede interponer acción rápida y expedita de amparo*”; diferenciándose de la ley 16.986 que establece *“toda persona...que se considere afectada”*; sin embargo de la lectura del párrafo 1° *in fine*, surge que *“En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva”*. Esto significa que el juez puede declarar la inconstitucionalidad en caso concreto, y no con alcance general.

Además al referirse al “caso”; es muy clara la interpretación que de dicha expresión ha hecho la jurisprudencia de la Corte; con ello quedaría excluida la acción popular. Esta sería la primera pauta interpretativa en sentido de descartar la posibilidad de que el constituyente ha querido incorporar esta acción.

Otro elemento que abona esta interpretación es el 2° párrafo del artículo 43 al establecer la mencionada fórmula en la que especifica los legitimados en caso de intereses colectivos es muy concreta; y si “cualquiera” pudiera incoar esta acción carecería de sentido legitimar además del afectado; al defensor del pueblo y a asociaciones especiales que deben estar registradas y cumplir determinados requisitos que una ley del Congreso –aún no sancionada- determinará.

No cabe entender que cuando hay una afectación a un derecho subjetivo o interés legítimo; - caso del amparo individual -, existe acción popular y; si hay afectación a intereses colectivos o difusos sólo puede accionar el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones “que propendan a esos fines” – o reconocidas -. Resulta claro, entonces que no surge de nuestro texto constitucional la Acción de “cualquiera del pueblo”; ni aún en el caso de derechos colectivos vulnerados, en el que al menos se deberá demostrar un mínimo de interés razonable y suficiente.

Recientemente en un fallo de la CN Federal Contencioso administrativo *“Gambier Beltrán c/Estado nacional”*<sup>26</sup>; la misma establece que *“la acción de amparo deducida en la condición de ciudadano, a fin de que se ordene al Poder legislativo la integración de la Comisión Bicameral Permanente que prevé el artículo 99, inciso 3 de la Constitución*

---

<sup>26</sup> “Gambier, Beltrán c/ Estado nacional”, Cámara Nacional Fed. Contencioso administrativo, sentencia 13/10/98.

*nacional por ser la omisión arbitraria e ilegal debe ser desestimada por no alegarse un derecho o interés propio con protección jurisdiccional”* . Además establece que el recurso de apelación articulado en este caso debe ser rechazado pues su argumento en razón del interés que ostenta todo ciudadano argentino para promover acciones de esta naturaleza se aparta del criterio reiteradamente sostenido por la Corte. Según nuestra doctrina jurisprudencial, el poder judicial solo puede intervenir para resolver conflicto entre partes a efectos de determinar el derecho debatido entre las partes adversas, con motivo de un daño provocado por la conducta del oponente. Y que tal como lo establece el magistrado de primera instancia ; de tornar procedente a esta acción; estaríamos consagrando una tutela que el constituyente no previó en el texto constitucional; una suerte de “acción popular”.

Jiménez<sup>27</sup> al comentar la sentencia comienza con la siguiente frase: “Acerca de otro nuevo retroceso con grave perjuicio al interés social”; planteando en su trabajo; luego de explicar los fundamentos de los derechos de tercera generación; entre los que considera el derecho de participación política en procura de la de la defensa de las instituciones; que sin duda estamos ante una profunda crisis de representatividad . Por lo tanto – explica el autor- a) tenemos el derecho ( a la eficiencia y regularidad del sistema constitucional); b) también hay partes adversas; un ciudadano y los legisladores que han cometido inconstitucionalidad por omisión; c) hay daño efectivo provocado por la conducta del oponente ( el agravio social que implica un patente funcionamiento irregular del congreso que en cuatro años no legisló tal como debía hacerlo); d) la omisión por parte del congreso le impidió al ciudadano el reconocimiento de un derecho propio; e) en consecuencia es una acción incoada en defensa de los derechos humanos de tercera generación. El impetrante solo pretendía actuar en defensa de la legalidad constitucional . Concluyendo que *“Quizá debiésemos señalar en este punto, que cuando se trata de promover acciones populares (que personalmente sólo consideramos admisibles en materia de derechos humanos de tercera generación), no se puede señalar que la ilegalidad se desvincula del perjuicio, ya que el perjuicio es aquí social, y por eso nos involucra a todos”*

---

<sup>27</sup>Véase comentario al fallo de Jiménez, Eduardo P. en su artículo titulado “El alcance de la legitimación para interponer acción de amparo en calidad de ciudadano de la república”, L.L Suplemento de Derecho Constitucional; 28 de mayo de 1999.

Al margen de la agudeza del razonamiento de nuestro colega; y sin pretender hacer una valoración de los beneficios y desventajas de dichas acciones; insistimos en considerar que de ninguna manera surge del artículo 43 de la constitución nacional la legitimidad para iniciar acciones populares.

Ello es así considerado hasta para quienes abren un juicio de valor a favor de las mismas. Rivas<sup>28</sup> – aclara - *“lamentablemente y pese al carácter común de los derechos (intereses difusos), el artículo 43 no crea para su defensa una acción popular, o lisa y llanamente no permite asumirla a cualquier persona del pueblo aún cuando no sea afectado directo. Asigna su ejercicio al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que “propenden a esos fines”...”*

## **V. Formas de tutela de los Intereses Colectivos en nuestro Derecho. La Legitimación según el artículo 43 de la Constitución nacional.**

No fueron pocas las críticas que hemos realizado desde siempre a la figura del amparo, tal como está instrumentada en la ley 16.986, la que muchos denominaron “ley del desamparo”. Esta garantía además de tener su fundamento constitucional de manera implícita en el artículo 33; la ley establecía una figura, sumamente “cerrada”; a la que en muchos casos era imposible acceder.

Con la reforma constitucional de 1994; además de adquirir jerarquía constitucional de carácter explícito, indudablemente se pretendió “flexibilizar” la figura y abrir las “compuertas” facilitando el acceso a la justicia por esta vía.

Tal como lo explica Bidart Campos<sup>29</sup> *“la legitimación procesal es una herramienta de primer orden en la apertura de las rutas procesales, que poco o nada valen las garantías y*

---

<sup>28</sup> Rivas, Adolfo, “El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina”; L.L T.1994-E, Sección doctrina, p.1336

<sup>29</sup> Bidart Campos, Germán “El Derecho de la constitución y su fuerza normativa”, Ed. Ediar, Buenos Aires 1999 , p.309

*las vías idóneas si el acceso a la justicia se bloquea en perjuicio de quien pretende su uso y se le deniega la legitimación”.*

## **V.1 Los Casos previstos en la Normativa Constitucional**

No pretendemos en este trabajo abordar el amparo individual; por lo tanto yendo directamente al amparo colectivo de acuerdo al 2º párrafo del artículo 43 el mismo contempla la posibilidad de iniciar esta acción *“contra cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”*

Esta protección o herramienta que la constitución otorga a través del amparo colectivo, es sin duda un correlato de la jerarquía constitucional que se da a los denominados “derechos de tercera generación, de incidencia colectiva o de la solidaridad”; entre otros los que mencionamos en el párrafo anterior. Ello para cumplir con una de las reglas de oro del derecho constitucional; que es que “no hay derecho sin garantía”; de nada nos sirve reconocer estos derechos en nuestra Carta Magna; sin una debida garantía que podamos hacer valer en caso que los mismos sean vulnerados.

### **V.1.a Discriminación.**

La normativa en cuestión hace mención en primer lugar a *“cualquier forma de discriminación”*; otorga sin duda - además del derecho individual -, una protección colectiva; esto es a un grupo el derecho a no ser discriminado; lo que sin duda guarda relación; con la normativa constitucional del artículo 75, inciso 22 en la que se otorga jerarquía constitucional a los tratados de Derechos Humanos en dicha norma contemplados. Entre ellos la *“Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”*; la *“Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer”* además de los otros Tratados que contienen normas en las que se prohíbe la discriminación; tal el caso del *“Pacto de San José de Costa Rica”*, artículo 1º que establece la obligación de los Estados de respetar los derechos *“sin*

*discriminación alguna*". De manea que consideramos que es parte de una política adoptada por los constituyentes del 94 a favor de la no discriminación.

### **V.1.b Ambiente, Competencia, Usuarios y Consumidores.**

Al referirse a la protección del ambiente específicamente como uno de los derechos de incidencia colectiva protegidos por el amparo colectivo, está haciendo una directa remisión al artículo 41 de la Constitución; *"todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano..."*- ver nota al pié nº1 - . Este artículo y el 43, forman el núcleo del bien jurídico ambiental protegido. Procederá el amparo cuando los particulares o el Estado afectaren tanto la salud, como el equilibrio ambiental.

Es necesario tener en consideración, que la norma constitucional establece que el daño ambiental causado generará prioritariamente la obligación de "recomponer"; con lo cual no es el caso típico de daño por el que se deberá solamente indemnizar. Si además tenemos en cuenta la magnitud que en casos determinados trae aparejado el daño al ambiente; a tal punto que trasvasa fronteras y persiste en el tiempo, en la mayoría de los casos. Tal el ejemplo de lo ocurrido en Chernobyl (Rusia); que como consecuencia del escape radioactivo de una planta de tratamiento de uranio; se produjo una verdadera catástrofe. Se aprecia cómo en relación a este tipo de daños debe haber normas más o menos acordes en general en el mundo; o al menos en las regiones. Argentina se hace eco de ello y la norma constitucional guarda concordancia con las plasmadas anteriormente en otros ordenamientos normativos.

Coincidimos con Dalla Vía<sup>30</sup> en que *"El derecho constitucional va dando respuestas desde su óptica a una amplísima gama de intereses generales, públicos, fraccionados pero ciertos y con jerarquía que requieren de una protección de marcado carácter preventivo como es característico en el derecho ambiental"*

---

<sup>30</sup> Dalla Vía, Alberto y Basterra Marcela "Habeas data y otras garantías constitucionales", Ed. Némesis, Buenos Aires 1999, p. 29 (capítulo escrito por Dalla Vía)

Quiroga Lavié<sup>31</sup> comenta con preocupación y, - razón no le falta - que en la jurisprudencia de la Corte Federal se observa una llamativa ausencia de fallos a favor de la protección del ambiente, desproporcionada con otras instancias y jurisdicciones del país desde Ushuaia en el caso “*Finis Terrae*”<sup>32</sup> de 1996, hasta Salta en el caso “*Barrancos*”<sup>33</sup>

En 1994 en el fallo “*Louzan*”<sup>34</sup> la Corte en mayoría declara un recurso extraordinario improcedente, interpuesto como consecuencia del rechazo de un amparo ambiental. En 1995, la Corte toma un papel más activo, ocupándose del tratamiento del párrafo 3° del artículo 41 de la constitución nacional en el caso “*Roca*”<sup>35</sup>

El constituyente establece la tutela constitucional del amparo para los usuarios y consumidores; para la defensa de la competencia y para “los derechos de incidencia colectiva en general”; a nuestro criterio tiene un doble significado; en primer lugar establece que los mencionados son derechos de incidencia colectiva; y por lo tanto objeto de este amparo colectivo, en tanto la tutela se encuentra en relación con los derechos públicos de la sociedad. En segundo término al utilizar la voz “derechos de incidencia colectiva en general”, quiere decir que los supuestos anteriores no tienen carácter taxativo, sino meramente enunciativo, guardando concordancia con lo establecido en la norma de los dos artículos precedentes; 41 y 42 de la constitución nacional – ver pie de página n°1- .

Este quizá es uno de los rasgos en los cuales se advierte o se justifica el nombre que a estos derechos de tercera generación se da ; “de la solidaridad” o “derechos colectivos”; el constituyente argentino se aparta de el criterio individualista que caracteriza a las sociedades en general, - recordemos cuando citamos a Owen Fiss en el punto IV.1, párrafo 4° de este trabajo – criterio que en nuestra sociedad se da con mayor fuerza aún que en otras. Por eso nos atrevemos a decir que esta es una de las notas sobresalientes de la reforma constitucional de 1994; por el apartamiento del criterio individualista que siempre nos caracterizó y por la “apertura” de la vía del amparo como modo efectivo de la tutela de

---

<sup>31</sup> Quiroga Lavié, Humberto, ob.cit,p.250-251

<sup>32</sup> J.A. 1997-I-275

<sup>33</sup> J.A. 1990-IV-42

<sup>34</sup> F. 317:1658

<sup>35</sup> F.318:992

derechos, que era hasta entonces sumamente “cerrada”; a tal punto que en la mayoría de los casos se tornaba de imposible realización la tutela efectiva de un derecho.

Sin embargo es notoria la resistencia que parece existir desde nuestro más alto tribunal a tomar definitivamente un camino “aperturista”; un claro ejemplo de ello son las sentencias; en materia de usuarios y consumidores pronunciadas todas; en mayo de 1998 en las que la Corte recalca la necesidad de que para que proceda la admisibilidad del amparo es necesario que se configure una “causa” judicial, vinculada con la existencia de un interés de orden personal, particularizado y concreto. Nos referimos a los fallos “*Defensor del pueblo c/ P.E*”<sup>36</sup>; “*Prodelco*”<sup>37</sup> y “*Consumidores Libres*”<sup>38</sup>. Para ello se basó en un precedente dictado dos meses antes por la Corte Americana “*Raines v. Byrd*”<sup>39</sup> en el que se negó legitimación activa – “*Standing to sue*”- a legisladores que impugnaban en una demanda la ley de Veto Parcial de 1996; con fundamento en que no habían tenido ningún perjuicio de carácter personal.

## **V. 2 Legitimación procesal.**

De acuerdo a lo establecido en nuestra constitución se encuentran legitimados para iniciar esta acción: a) el afectado, b) el defensor del pueblo y c) las asociaciones especiales.

### **V.2.a El afectado**

Este término resulta totalmente extraño a la terminología jurídica clásica y a la utilizada en nuestro país.

---

<sup>36</sup> L.L 1998-C-556

<sup>37</sup> L.L 1998-C- 572

<sup>38</sup> L.L.1998-C-601

<sup>39</sup> “*Raines v. Byrd*”; 117, S.ct. 2312 del 26 de junio de 1997.

Ampliar de Carnota Walter “Nuevas Dimensiones de los Procesos Constitucionales. La Acción de Amparo Colectivo”. Obra Colectiva titulada “El Derecho Constitucional del siglo XXI”; Editorial Ediar; Buenos Aires, 2000; p.404-426

La afectación de un derecho – hemos estudiado y enseñado hasta el cansancio- puede ser directa o indirecta; la primera es la vinculada a la vulneración de un derecho subjetivo y; la segunda interesa a cualquier situación jurídica relevante que merece tutela jurisdiccional.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el concepto de persona “directamente afectada” reconociendo en esa posición, además del titular del derecho fundamental vulnerado, a toda persona que tenga u interés legítimo en restablecer la legalidad, aún cuando no sea víctima.

Se ha señalado que el concepto de “persona directamente afectada” de conformidad con el artículo 162 1) b. de la Constitución Española, hay que reconducirlo al de “interés legítimo” . Entonces no solamente tienen legitimación activa, para ejercitar el amparo, los titulares de la relación jurídica material que en él ha de discutirse; sino también los portadores de intereses generales, sociales, colectivos y difusos<sup>40</sup>.

A partir de la reforma constitucional, comenzaron las discusiones doctrinarias, sumamente controvertidas y opuestas en muchos casos en torno a la interpretación del significado de la palabra “afectado”.

Podemos advertir en primer lugar una postura que ya ha sido denominada en doctrina<sup>41</sup> como “**posición restringida**”; en la misma podemos citar a Barra<sup>42</sup>, quien, directamente dice *“la legitimación reside en el afectado, que es la persona que puede invocar el “daño diferenciado” que menciona Scalia; tal como ocurre con la situación prevista en el primer párrafo de la norma. Es el mismo afectado del artículo 5 de la ley 16.986”* “...no hay tampoco novedad en materia de legitimación para accionar, que siempre –con las excepciones que vamos a ver- queda reservada para el agraviado en un derecho o garantía personal, propio, directo, es decir lo que habitualmente se denomina derecho subjetivo”

---

<sup>40</sup> Dalla vía, Alberto y Basterra Marcela, ob. Cit. P.30

<sup>41</sup> Toricelli, Maximiliano, “Legitimación Activa en el Artículo 43 de la Constitución nacional”; trabajo perteneciente a la obra colectiva “EL Amparo Constitucional” – Perspectivas y Modalidades- ; Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, p.50-58 . Dalla Vía , Alberto, ob. Cit.p.30-33

<sup>42</sup> Barra, Rodolfo C. “La acción de amparo en la Constitución Reformada: la legitimación para accionar”, L.L 1994-E- Sección doctrina; p.1088-

Cassagne<sup>43</sup> considera *“que si bien la cláusula constitucional permite interponer esta acción a toda persona (art.43, 1º parte), la segunda parte de dicho precepto exige como requisito, para el acceso al proceso de amparo individual, que se trate de un afectado, es decir de una persona que ha sufrido una lesión sobre sus intereses personales y directos, por lo que no cabe interpretar que la norma ha consagrado una suerte de acción popular, al que, salvo los supuestos de excepción contemplados ( defensor del pueblo y asociaciones de interés público), la cláusula permita la legitimación de los intereses difusos o colectivos en cabeza de los particulares”*

En igual sentido se pronuncia Palacio de Caeiro<sup>44</sup> cuando explica que *“los legitimados activos reconocidos en la prescripción magna resultan ser: el afectado agraviado por algún acto u omisión que lesione en forma directa y concreta sus derechos subjetivos”*

Algunos autores no tienen una postura tan estricta pero tampoco los podemos situar entre los que adscriben a una posición amplia; tal el caso de Gozaini<sup>45</sup> sostiene *“que el artículo 43 distingue en la procedencia del amparo las tres categorías de individuos que pueden reclamar ante el acto ilegítimo, ...a) el afectado; b) el defensor del pueblo; c) las asociaciones registradas. Cada uno representaría las defensas del derecho subjetivo, el interés difuso y los intereses legítimos respectivamente”*.

En contrario; la doctrina<sup>46</sup> denomina **“posición amplia”** a la considera legitimados para accionar a quienes son titulares de un derecho subjetivo, interés legítimo o difuso.

Bidart Campos<sup>47</sup> explica que afectado es aquella persona ; que en forma conjunta con muchos otros, padece un perjuicio compartido; por ello su porción subjetiva; como lo señala el texto del artículo 43, *“merece concederle legitimación individual; bien aisladamente a él, bien en litisconsorcio activo con los demás , o con una asociación”*

---

<sup>43</sup> Cassagne, Juan Carlos; “Sobre la Protección Ambiental” L.L 4/12/95

<sup>44</sup> Palacio de Caeiro, Silvia; “La acción de amparo, el control de constitucionalidad y el caso concreto judicial”, ED, 1/8/97

<sup>45</sup> Gozaini , Osvaldo “La legitimación procesal del Defensor del Pueblo (ombudsman), L.L, 1994-E-1380

<sup>46</sup> Toricelli Maximiliano; ob.cit; Dalla Vía ; op.cit pié de pag. N°33.

<sup>47</sup> Bidart Campos, Germán “Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino”; T VI, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, p.318 ss.

Sagüés<sup>48</sup> nos dice que el segundo párrafo del artículo 43 estatuye dos casos peculiares de legitimación activa ... En concreto, se regula constitucionalmente la legitimación para promover amparos en estos temas: a) discriminación, b) derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, e intereses difusos ( derechos de incidencia colectiva en general). *“Para esta gama de situaciones, que por cierto había provocado una importante discusión en el derecho local, la constitución da legitimación a tres sujetos: a) el afectado ( ésta es una palabra indulgente , que puede abarcar tanto a quienes tengan derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple...”* En sentido parecido se pronuncia Morello<sup>49</sup> y Dromi y Menem<sup>50</sup>, al expresar que *“la protección de los intereses difusos no puede ser ilimitada, irrestricta o indiscriminada, sino que debe existir una relación de causalidad ...el interés colectivo debe traducirse en alguna afectación, aunque fuere indirecta o refleja, respecto del accionante. Será vecino, será usuario, radicado o turista, pero siempre deberá experimentar una vinculación en razón de consumo, vecindad, habitacionalidad u otra equivalente o análoga”*

De manera que esta posición, a la que adscribimos podemos sintetizarla diciendo que es aquella que considera que con la voz “afectado” se refiere a la legitimación para tutelar los intereses difusos o de incidencia colectiva en general. Debiendo acreditarse un mínimo de interés razonable y suficiente; sin caer en el extremo de tener que demostrar un derecho subjetivo lesionado; así como tampoco en el otro extremo de considerar que con esa palabra se abren las puertas de una acción popular.

Nos resulta claro, por otra parte que el derecho subjetivo lesionado, está abarcado en el primer párrafo de la norma del artículo 43 de la constitución; en cambio en el segundo párrafo no se refiere a derechos individuales; sino a derechos colectivos, o intereses difusos.

Al mes siguiente de producida la reforma constitucional, en un fallo de Cámara se hace por primera vez, - luego de la misma - una interpretación sobre la legitimación respecto del

---

<sup>48</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “Amparo, hábeas data y hábeas Hábeas en la reforma constitucional”;L.L; T.1994-D-Sección doctrina, p. 1157

<sup>49</sup> Morello Augusto, véase “ Posibilidades y limitaciones del amparo”; ED, 22/11/95

“afectado”; y fue en el fallo *“Schroder c/ Estado Nacional- Secretaría de Recursos Naturales”*<sup>51</sup>; Juan Schroder un vecino de la una localidad del partido de Tres de Febrero, provincia de Buenos Aires, en la que se trataba de instalar una planta de residuos peligrosos ; interpone la acción y se lo consideró “afectado”; por lo tanto válida su pretensión de anular el proceso licitatorio al respecto. En el caso la Cámara con un criterio de amplitud sostuvo *“ El problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada, concurriendo desde luego los requisitos señalados ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos , si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?”*

Es similar lo sostenido en otro fallo de Cámara, un año después en el caso *“Seiler, M.L c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”*<sup>52</sup> en la que se sostuvo *“Cualquiera sea la posición que se adopte frente al artículo 43 de la constitución nacional, no cabe duda que la actora se encuentra legitimada para reclamar por un predio cuyas condiciones son inconvenientes para los habitantes de la ciudad y para las personas que en él habitan y que se encuentran ubicados a pocos metros de su domicilio real. Ello es así, en tanto no pueda negarse que lo que allí acontece la afecta de un modo directo”*

Surge con claridad de esta jurisprudencia que revestir la categoría de “vecino “ de una ciudad; es un afectado en los términos de la norma constitucional en cuestión.

## **V.2.b El Defensor del pueblo**

La legitimación para la tutela de los derechos de incidencia colectiva por parte del defensor del pueblo en el capítulo de “nuevos Derechos y Garantías”, guarda relación con la normativa establecida por el constituyente en la parte orgánica.

---

<sup>50</sup> Dormí, Roberto y Menem , Eduardo “La Constitución Reformada”; Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 164

<sup>51</sup> “Schroder c/ Estado Nacional- Secretaría de Recursos Naturales”.Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo . Sala III, 8-9-94; L.L 1994-E-p.449; ED 14/12/94

<sup>52</sup> “Seiler, M.L c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo” ; Cámara Nacional Civil; Sala D; ED.22/11/95

El artículo 86 de la constitución nacional establece que es misión de este funcionario *“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...”*. Estableciéndose, expresamente que *“El defensor del pueblo tiene legitimación procesal”*

La legitimación del defensor del pueblo para accionar en nombre del pueblo, deja nuevamente ver con claridad que el derecho protegido, no es un derecho individual sino un derecho grupal. Está siendo legitimado para interponer acción de amparo en nombre de un sector o grupo cuyos derechos han sido lesionados. Al tratarse de “derechos de incidencia colectiva”; es este el caso en que se legitima a órganos para accionar en nombre de otros; en nuestra constitución el defensor del pueblo.

El hecho de legitimar a un órgano en especial o a Asociaciones - como seguidamente veremos- ; es la más clara demostración que esta dupla , más la categoría de “afectado”, forman una tríada que excluye de nuestro sistema la acción popular.

Esta postura de los constituyentes guarda concordancia con las potestades y capacidades reconocidas en la figura de derecho extranjero del *“ombudsman”*.

La Cámara Nacional Civil, ya en 1991 adelantándose a la reforma constitucional en el fallo *“Cartañá, Antonio, y otro c/Municipalidad de la Capital”*<sup>53</sup> había sentado su postura en sentido de considerar que *“en el campo de los “intereses difusos ” es evidente que no es solo la cosa pública la que aparece directamente dañada, sino que es el conjunto de los habitantes de una manera personal y directa la víctima respecto de la cual el derecho objetivo tiene necesariamente que acordar un esquema de protección dando legitimación para obrar al grupo o individuo que alegue su representación sin necesidad de norma específica al respecto.... El Controlador General Comunal tiene legitimación activa para interponer una acción de amparo en defensa de los intereses difusos que estima afectados”*.

---

<sup>53</sup> “Cartañá, Antonio y otro c/ Municipalidad de la Capital”, Cámara Nacional Civil , Sala K, sent. 28/2/91; JA. 1991-II, pag.501

Surge a nuestro criterio con claridad que el accionar del defensor del pueblo es en relación a todos los derechos constitucionales que puedan tener cualquier tipo de incidencia colectiva; y no se agota con la enumeración que realiza el 2° párrafo del artículo 43. Ello en primer lugar porque, tal como hemos sostenido en párrafos anteriores; al expresar la norma “así como los derechos de incidencia colectiva en general”; torna a los derechos expresados en dicho articulado en meramente enunciativos.

El problema se presenta cuando es una sola persona y no un grupo quién está afectado; pero sin embargo las consecuencias de esa sentencia va a su vez a tener efecto en relación a muchas otras personas; ¿podría actuar aquí el defensor del pueblo?. Pensamos que la respuesta es sí; por ejemplo que un estudiante de religión musulmana le sea vedado el ingreso a una universidad pública por ese motivo; podría optar por iniciar una acción de amparo por un acto lesivo en los términos del 1° párrafo del artículo 43; pero también podría solicitar que el caso lo iniciara el defensor del pueblo, conforme al 2° párrafo del artículo 43, pensando en el resto de los jóvenes de religión musulmana que pudieran ahora o en un futuro padecer un acto discriminatorio de ese tipo.

Además porque el artículo 86 es sumamente claro al respecto – ver 1° párrafo de este título V.2.b.-

La doctrina no es unánime en relación al ámbito de actuación del defensor del pueblo; en cuanto si; al serlo de la Nación; también puede intervenir en los ámbitos provinciales; o si los mismos quedan solamente bajo la órbita de Defensor del pueblo de cada Provincia. Además si solo se desempeña en el ámbito de la administración pública; vale decir Poder ejecutivo o también lo hace en el ámbito del Poder judicial

La posición “amplia” está encabezada por Quiroga Lavié<sup>54</sup>; quien reconoce a este funcionario facultades para actuar tanto en relación a la administración, como al poder judicial. En el ámbito nacional como provincial.

---

<sup>54</sup> Quiroga Lavié , Humberto “El Defensor del pueblo ante los Estrados de la justicia”; L.L; 1995-D-1059

Sin embargo hay autores más “cautos” al respecto y circunscriben la actuación del defensor del pueblo al ámbito exclusivo de la Nación; así Bidart Campos<sup>55</sup> explica que “*...el defensor del pueblo fue instituido en el artículo 86 como un órgano de control federal, circunscribe su competencia al ámbito exclusivamente federal, o sea, a las violaciones de autoría federal y a la fiscalización de funciones administrativas públicas de alcance federal....no puede intervenir en la zona que es propia de las provincias*”.

Barra<sup>56</sup>, por su parte excluye al Poder judicial y al legislativo totalmente del ámbito de competencia del Defensor del pueblo; agrega además que “*...quedaría por ver si esa exclusión comprende los supuestos en los que tales órganos superiores del Estado ejercen actividad administrativa, aunque la referencia constitucional a la “administración” parecería mantener la prohibición aún en tales casos.*”

Coincidimos con la postura de Bidart Campos; en sentido que se trata claramente de un órgano de control federal; instituido por el constituyente de 1994, para la defensa de los derechos humanos y garantías de la Constitución nacional.

Sin embargo pensamos como Toricelli<sup>57</sup>; que ello no es óbice a que; de no accionar en los Estados provinciales el defensor del pueblo de la provincia; no habría ningún impedimento a que actuara el defensor del pueblo de la Nación.

En ese sentido en 1995, la Cámara 3° Criminal de General Roca, Provincia de Río Negro, legitimó al Defensor del pueblo para actuar en defensa de los prisioneros de la cárcel de dicha ciudad; ante los planteos de violaciones sistemática de derechos humanos; tales como el derecho a la salud y a la dignidad que se efectuaban en dicho penal.<sup>58</sup>

### **V.2.c Las Asociaciones Especiales o Registradas.**

---

<sup>55</sup> Bidart Campos Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”; T. VI, Editorial Ediar Buenos Aires, 1995. P. 318-319

<sup>56</sup> Barra Rodolfo, “Los Derechos de incidencia Colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de justicia” ED,169-433.

<sup>57</sup> Ampliar este título de Toricelli , Maximiliano; ob.cit.p.63-69. Ver “A modo de síntesis” p. 85

<sup>58</sup> Cámara 3° en lo Criminal de General Roca, sentencia del 25/8/95. “Defensor del Pueblo de la Nación, Dr. Jorge L. Maiorano. L.I, 1996-A-747

Algunos autores<sup>59</sup> consideran que el origen de la inclusión de estas asociaciones son la “*class actions*” estadounidenses; otros<sup>60</sup> explican que las asociaciones como justo pretensor, merece verse como una “*acción de clase*” .

Nosotros ya hemos analizado nuestra postura en sentido que, el constituyente a nuestro criterio no ha establecido las acciones de clase en el artículo 43; sin embargo no sería inconstitucional la creación de las mismas por ley ; o quizá por jurisprudencia.

En la norma de marras aparece la legitimación colectiva a través del amparo para las asociaciones intermedias que tengan un objeto o fin específico “*que propendan a esos fines*”; es claro que se refiere a asociaciones que protejan a los consumidores o usuarios; asociaciones que protejan a las personas contra la discriminación, que tengan por objeto específico la protección de las especies naturales, etc. La legitimación es otorgada para promover acción judicial – de amparo colectivo – cuando se produzcan actos lesivos que afecten a los derechos de los asociados o de toda la comunidad, según los casos.

En el 2º párrafo *in fine* de la norma del artículo 43; los constituyentes han previsto que dichas asociaciones deberán estar “*debidamente registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización*”; es bien sabido por todos que el Congreso no ha sancionado dicha norma; a seis años de la reforma es una de la deudas que el mismo tiene con la sociedad. Sin embargo en razón de tratarse de una garantía constitucional; consideramos que la misma tiene carácter operativo; si bien sería de suma utilidad la sanción de la mencionada ley; no es imprescindible para que igualmente las asociaciones que tengan como objeto social los ejemplos anteriormente mencionados o similares puedan estar activamente legitimadas exhibiendo y probando su existencia y organización.

Esto traerá como consecuencia; claro está mayor discrecionalidad; en razón que mientras no exista la ley es el juez el que en cada caso ameritará si dicha asociación cumple

---

<sup>59</sup> Dalla Vía , Alberto, ob.cit. p. 35

<sup>60</sup> Véase Bidart Campos , Germán ; ob.cit.p. 319

Midón, Mario “Manual de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1997, p. 309

razonablemente con los requisitos y si su objeto es afín con la legitimación solicitada. El poder judicial; mientras tanto supe al legislador.

Como punto de partida es importante que el constituyente coherente con el fin de establecer en la Carta Fundamental derechos colectivos; haya querido dar jerarquía constitucional a estas asociaciones; que cumplen un papel destacado a los efectos del cumplimiento de fines comunitarios.

Recuerda Morello<sup>61</sup> que en el Derecho comparado ha habido bastas experiencias en Europa, Japón y América, Sostiene que en Alemania la ley de 1976 exige que dichas asociaciones tengan setenta miembros como mínimo (cantidad que resulta obviamente arbitraria). Destaca el autor que el *“matiz pluralista de las organizaciones multiplica los esfuerzos individuales, y disminuye los riesgos, afectando a todos la cosa juzgada”*

El comentario viene a tenor de dos puntos principales; el primero de ellos es resaltar la necesidad de que dicha ley; si bien va a tener un carácter organizativo con miras al cumplimiento de los fines que el constituyente previó; de ninguna manera deberá tener carácter restrictivo; la defensa de los derechos no debe ser materia de grupos especializados; más bien en contrario deberá contemplarse dentro de esa categoría a aquellas entidades que acrediten seria y razonablemente tener como fin la protección de cualquier derecho de incidencia colectiva, y de esta manera tornar posible el ejercicio de la acción.

El otro punto fundamental es en relación a los efectos que tienen las sentencia en los casos de amparos interpuestos por estas asociaciones; sobre todo si se trata de un caso de legitimación colectiva y el número de personas es indeterminado; ¿podemos seguir afirmando que nuestro control de constitucionalidad tiene efectos *“inter partes”* o podemos afirmar que en estos casos sus efectos son *“erga omnes”*? ¿está preparado nuestro sistema para la legitimación a gran escala?.

---

<sup>61</sup> Morello Augusto M, “Posibilidades y limitaciones del amparo”; ED, 22/11/95

Consideramos que a partir de esta incorporación de derechos y consiguiente legitimación colectiva se va dejando de lado el criterio individualista , para abrir paso a un sistema más “colectivista”; no es casualidad que a estos derechos de incidencia colectiva o grupales se los denomine derechos de la “solidaridad”.

En algunos casos dejaremos de considerar que los efectos de una sentencia son “*inter partes*”; para comenzar a pensar que en estos casos son “*erga omnes*”; según como esté planteado el caso.

Esto traerá como consecuencia un papel más activo del juez; erigiéndolo en muchos casos en “legislador”

*“Todos sabemos que los jueces pueden legislar. Lo hacen a través de los fallos plenarios y también a través de la fijación de ciertos principios generales que se trasladan a los fallos posteriores. Pero todo ello constituye una modalidad diferente y pequeña al lado de lo que ocurre al hacer lugar rechazar una acción en la que se discuten los derechos de individuos que no figuran como partes en el proceso ni están identificados . En este caso el juez está mucho más próximo a ejercer una función judicial”<sup>62</sup>*

El efecto de la cosa juzgada constitucional “*erga omnes*” en algunos casos; como los de incidencia colectiva , fue reconocido por la propia Corte Suprema en el fallo “*Monges, Analía c/UBA*”<sup>63</sup> cuando sostuvo “*Que sin perjuicio de la solución a la que aquí se arriba, dada la naturaleza de la materia de que se trata , corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la facultad de medicina, quienes, aún cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado , ante la razonable duda generada por éste , asistieron y eventualmente aprobaron el denominado “ Ciclo Básico Común” de la Universidad Nacional de Buenos Aires o , en su caso, el “Curso Preuniversitario de Ingreso” creado por el consejo directivo de la Facultad de Medicina . En tal sentido, cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos”*

---

<sup>62</sup> Bianchi; Alberto B, ob, cit, nota al pié de página n° 16; p.16

<sup>63</sup> L.L 1997-C-143

Esto motivó que en precedentes posteriores de Tribunales inferiores acataran el “*standard*” establecido por el más Alto Tribunal; en el caso “*Blas, Humberto c/UBA*”<sup>64</sup> y en “*Barsanti*”<sup>65</sup>; la Sala I de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, sostuvo que lo resuelto por la Corte atribuyó a su fallo efectos “*erga omnes*”, los que se proyectan sobre el caso *sub-examine*.<sup>66</sup>

Así Gordillo<sup>67</sup> concluye: “*El derecho de incidencia colectiva que tutelan el amparo y otras vías en similares situaciones servirá entonces –si triunfa el actor-, tanto para anular el acto “erga omnes” ( Monges, Blas y Barsati), como para ordenar una conducta positiva (Labatón y Viceconti), o canalizar una condena reparatoria en el caso de la pretensión de devolución a los usuarios de las tarifas cobradas en exceso*”

## **VI. Conclusiones**

Pensamos que el tema referido a los derechos de incidencia colectiva; es quizá uno de los más controvertidos ; aún después de la reforma de 1994; en que adquiere “carta de ciudadanía” el amparo colectivo; guardando coherencia con la incorporación a nuestra Carta Magna de los derechos de tercera generación o de “la solidaridad”.

Nosotros hemos expuesto dos institutos del derecho extranjero. Primero las acciones de clase o “*Class actions*” del derecho Americano; y en relación a ellas hemos sostenido que el derecho argentino no parece haber acogido expresamente este instituto en la reforma de 1994. Nuestro texto constitucional establece en el artículo 43, 2º párrafo la garantía de amparo colectivo, legitimando claramente para iniciar dicha acción “*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*”. Consideramos que no parece al menos surgir de la intención del constituyente que el “abrir las puertas” de un

---

<sup>64</sup> L.L. Suplemento de Jurisprudencia Derecho Administrativo 20/2/98; ED, 15/5/98

<sup>65</sup> ED. 15/5/1998

<sup>66</sup> Véase Gil Domínguez, Andrés ob. Cit, p. 246-247;

Gil Domínguez, Andrés “Autonomía Universitaria: la evanescencia consumada”; L.L, 1997-C-143

<sup>67</sup> Gordillo, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, T.2, p.III-7

amparo encorsetado y sumamente restringido hacia la legitimación del amparo colectivo; para el que establecen específicamente los legitimados hayan querido prever, un instituto típico y –controvertido- del common law; prácticamente desconocido para nuestro derecho.

No olvidemos que si bien con la reforma constitucional queda incorporada la categoría de “derechos de incidencia colectiva”; superando en cierta medida las eternas disputas en relación a cuándo existe derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple; distinción que es incorporada del derecho continental.

Es muy distinto el caso de los Estados Unidos, donde funcionan las acciones de clase; sistema en el que son los jueces federales los que deciden la existencia de legitimación; que va construyéndose de acuerdo a los precedentes; caso a caso y al *standard* por ellos elaborados.

Para poder incorporar estas acciones a nuestro derecho sería necesario realizar profundos cambios en nuestro sistema judicial; no solo en relación al funcionamiento; sino también desde otros aspectos. Empezando por conocer bastante el instituto; que – salvo los autores mencionados- ; no ha sido trabajado en nuestro país. Tampoco desde la jurisprudencia.

Reiteramos que la circunstancia de que no parecen surgir de la intención del constituyente en la norma del artículo 43; las torna – por ello- en inconstitucionales; pues tampoco las consideramos reñidas con la letra de la constitución; ni ello es óbice a reconocer que este tipo de acciones podrían ser creadas –operados dichos cambios en el funcionamiento del sistema judicial- por ley o por creación pretoriana.

Segundo. En relación a la Acción Popular; la situación es totalmente distinta. Consideramos que la norma constitucional del artículo 43 puede suscitar confusión, cuando al referirse a la acción de amparo en el primer párrafo establece “*toda persona puede interponer acción rápida y expedita de amparo*”; diferenciándose de la ley 16.986 que establece “*toda persona...que se considere afectada*”; sin embargo de la lectura del párrafo 1º *in fine*, surge

que *“En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva”*. Esto significa que el juez puede declarar la inconstitucionalidad en caso concreto, y no con alcance general.

Además al referirse al “caso”; es muy clara la interpretación que de dicha expresión ha hecho la jurisprudencia de la Corte; con ello quedaría excluida la acción popular. Esta sería la primera pauta interpretativa en sentido de descartar la posibilidad de que el constituyente ha querido incorporar esta acción.

De la lectura de estos párrafos y, de nuestro artículo 43, 2º parte surge con claridad que los constituyentes de '94 en ningún momento pensaron en una acción popular.

Acción popular significa *“cualquiera del pueblo”*; y la norma citada de nuestro Ordenamiento establece que el amparo colectivo solo será interpuesto por: el afectado; las asociaciones debidamente registradas conforme a una ley que dicte el Congreso y el defensor del pueblo.

Resulta claro, entonces que no surge de nuestro texto constitucional la Acción de “cualquiera del pueblo”; ni aún en el caso de derechos colectivos vulnerados, en el que al menos se deberá demostrar un mínimo de interés razonable y suficiente.

El constituyente establece la tutela constitucional del amparo para los usuarios y consumidores; para la defensa de la competencia y para “los derechos de incidencia colectiva en general”. A nuestro criterio tiene un doble significado; en primer lugar establece que los mencionados son derechos de incidencia colectiva; y por lo tanto objeto de este amparo colectivo, en tanto la tutela se encuentra en relación con los derechos públicos de la sociedad. En segundo término al utilizar la voz “derechos de incidencia colectiva en general”, quiere decir que los supuestos anteriores no tienen carácter taxativo, sino meramente enunciativo, guardando concordancia con lo establecido en la norma de los dos artículos ; 41 y 42 de la constitución nacional.

Adherimos a la postura que la voz “afectado” se refiere a la legitimación para tutelar los intereses difusos o de incidencia colectiva en general; cuando se pueda acreditar un mínimo de interés razonable y suficiente; sin caer en el extremo de tener que demostrar un derecho

subjetivo lesionado; así como tampoco en el otro extremo de considerar que con esa palabra se abren las puertas de una acción popular.

Nos resulta claro, por otra parte que el derecho subjetivo lesionado, está abarcado en el primer párrafo de la norma del artículo 43 de la constitución; en cambio en el segundo párrafo no se refiere a derechos individuales; sino a derechos colectivos, o intereses difusos.

La legitimación del defensor del pueblo para accionar en nombre del pueblo, deja nuevamente ver con claridad que el derecho protegido, no es un derecho individual sino un derecho grupal. Está siendo legitimado para interponer acción de amparo en nombre de un sector o grupo cuyos derechos han sido lesionados. Al tratarse de “derechos de incidencia colectiva”; es este el caso en que se legitima a órganos para accionar en nombre de otros; en nuestra constitución el defensor del pueblo.

El hecho de legitimar a un órgano en especial o a Asociaciones - como seguidamente veremos- ; es la más clara demostración que esta dupla , más la categoría de “afectado”, forman una tríada que excluye de nuestro sistema la acción popular.

Consideramos claramente positiva la reforma en este aspecto; al incorporar “nuevos derechos” y consiguientemente “nuevas garantías”; cumpliendo así una de las reglas de oro del derecho constitucional; cada derecho tiene su garantía. Justo es que si se incorporan “derechos colectivos”; exista una herramienta para hacer valer los mismos en caso de ser vulnerados; el “amparo colectivo”

Solo resta ahora que la misma sea acompañada desde el poder judicial; haciendo lugar a las “nuevas legitimaciones” ; que tienen ahora jerarquía constitucional. Y desde el Poder legislativo reglamentando a través de leyes que coadyuven a facilitar dicha tarea; tal sería el caso de sancionar una ley en la que se establezcan los “requisitos y formas de organización” de las asociaciones especiales ; en los términos del artículo 42 de la Constitución Nacional.