

¿Por qué el Ministerio Público?

Un análisis del rol que le cabe en la defensa del interés público

María Carlota Ucín

Sumario: I.- Delimitación preliminar. II.- Introducción: contextualización del tema. III.- Presentación de la experiencia brasileña. IV.-Análisis del sistema normativo e institucional argentino. V.- Conclusiones.

I.-Delimitación preliminar

Me propongo en el presente texto hacer una breve reflexión acerca del rol del Ministerio Público en la defensa del interés público en el contexto de los reclamos colectivos. El título pretende insinuar el punto focal de mis desarrollos. Sugiero en las líneas que siguen explorar las razones que justifican la intervención *necesaria* de dicho órgano en la tutela de los derechos difusos o de solidaridad.

Lejos del olvido en que la doctrina nacional lo ubica a la hora de analizar el catálogo de legitimados activos -salvo algunas excepciones, claro- defenderé la postura que sostiene que el Ministerio Público se ubica entre los legitimados constitucionales para la defensa del interés público en los procesos colectivos cuyo objeto sean derechos difusos.

Para tal fin, aportaré las razones institucionales positivas que demuestran que ello surge de una lectura sistemática de la Constitución Nacional y de la ley orgánica de la institución y que se refieren a las funciones del Ministerio Público en el ordenamiento jurídico nacional. El análisis se centrará en este ordenamiento pues resulta innovadora la reforma constitucional de 1994, cuando lo ubica como órgano extra-poderes y consecuentemente independiente del Poder Judicial o Ejecutivo. Esta situación, nos permite visualizar con mayor evidencia las semejanzas de dicho órgano con el del modelo brasileño, lo que a su vez nos invita a trazar líneas en paralelo y especular con posibles beneficios de la rica experiencia del país vecino.

II.-Introducción: contextualización del tema

Entiendo que sería incompleta la mirada del presente trabajo si se contentara con analizar las normas que prevén la legitimación extraordinaria para la tutela de los derechos de incidencia colectiva previstos en la Constitución Nacional, para desprender de ellas la participación que le cabe al Ministerio Público en dicho escenario. También lo sería, si analizara a los procesos colectivos como un fenómeno procesal aislado de su contexto social y cultural. Por ello, el análisis que propongo y que por razones de método he de ceñir al nivel nacional, parte de la consideración del conflicto colectivo en general y del litigio de interés público, en particular, como fenómenos cuya regulación y puesta en vigencia pueden realizarse a través de dichos procesos colectivos (como modelo adaptado a los sistemas del *Civil Law*) aunque no sea ésta la única opción posible.

Quiero decir, que la propuesta es comprender que los conflictos pluriindividuales trascienden nuestra experiencia legislativa y procesal y muestran un fenómeno que ha recibido respuestas diversas tanto desde el sistema del *Civil Law* cuanto del *Common Law*. Es abundante y proficua la doctrina nacional que se ha dedicado a la conceptualización y al análisis histórico de las acciones colectivas¹. Aquí, avanzando sobre dicho necesario punto de arranque, me interesa destacar que los conflictos de alcances pluriindividuales, han tenido recepción diversa en los distintos sistemas pero sin embargo, es posible establecer ciertas categorías de análisis compartidas así como también, hallar cierta tendencia evolutiva común. En este sentido, una mirada que sobrevuele los diversos sistemas normativos, nos ubica en una mejor perspectiva para comprender las implicancias y alcances que cualquier medida adoptada en el plano legislativo -y aun constitucional- pueda tener en relación con los fundamentos de las instituciones y derechos protegidos.

Por ello, comenzaré por apoyarme en la categorización de los procesos colectivos que conforme su finalidad ha realizado Taruffo². Señala este autor que si bien en la práctica los propósitos perseguidos por los litigios de clase o grupo pueden aparecer combinados de varias formas y en grados diversos, teóricamente conviene realizar la distinción por razones de claridad. Así, sostiene que el primer propósito importante de las acciones de clase es la *compensación de los daños*. La esencia de estos litigios reside en que persiguen la reparación económica compensatoria del daño, lesión o pérdida sufrida por un grupo de personas a partir de

1 Sin pretender ser exhaustiva remito para profundizar en el tema a: Morello, Augusto M.: “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, Librería Editora Platense, La Plata, 1999; Maurino, G., Nino E. y Sigal M.: “Las acciones colectivas”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005; Lorenzetti, Ricardo: “Justicia Colectiva”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010; Meroi, Andrea: “Procesos Colectivos. Recepción y problemas”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2008; Verbic, Francisco: “Procesos Colectivos”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007; entre otros.

2 Taruffo, Michele: “Some Remarks on group litigation in comparative perspective”, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 11:405 (pág. 407).

la misma acción ilegítima. En este sentido, este tipo de acciones se vería orientado hacia el daño, pues buscaría de un lado el reconocimiento para una clase o grupo de personas dañadas y de otro, cargar al que obró mal, con su reparación. Bajo esta categoría se pueden pensar diversos tipos de materias como la reparación a raíz de daños masivos por contaminación, por uso de productos defectuosos, medicinas dañosas, adicción al tabaco e incluso los daños derivados de un accidente aéreo.

El segundo propósito señalado por Taruffo se orienta a lograr la *reforma o modificación de ciertas conductas* legalmente relevantes o la práctica de ciertos sujetos. Este tipo de acciones persiguen obtener una nueva regulación de ciertos problemas o conductas acordes con ciertos valores considerados preferibles para la protección de los sujetos involucrados. Esta categoría es heterogénea y contiene diversos tipos de acciones diferenciadas entre sí. Las mismas pueden estar orientadas hacia la modificación de ciertas prácticas comerciales con el propósito de proteger a los consumidores (por la revisión de cláusulas contractuales, publicidad engañosa, competencia justa o identificación de productos e información de sus etiquetas), pero también se incluyen aquellas que persiguen un cambio de conductas o regulaciones con el fin de reforzar los derechos civiles. La finalidad directa de este último tipo de acciones sería la modificación de ciertas instituciones públicas o privadas, como por ejemplo el funcionamiento de las escuelas en casos de segregación racial, el estado de detención en prisiones y las condiciones de atención en hospitales, conduciendo en la mayoría de los casos a necesarias medidas de reforma estructural.

Se evidencia de lo expuesto que, bajo este segundo propósito, los cambios podrán versar tanto sobre regulaciones privadas, así en el caso de la eliminación o modificación de cláusulas ilegales en contratos masivos, impuestas por grandes compañías comerciales; cuanto sobre regulaciones públicas. En este último caso, sin que la modificación sea un resultado directo del litigio, puede serlo indirectamente. Por tanto, puede suceder que como consecuencia de un reclamo judicial la cuestión puede ser receptada por los poderes políticos en el seno apropiado para su reforma.

Tomando estas categorías de análisis, resulta interesante evaluar la evolución que han seguido los dos grandes sistemas de derecho comparado. Es interesante advertir, tal como lo hace el autor al que vengo refiriendo³, que en los Estados Unidos, las *class actions* fueron creadas en 1938 a partir de la regla 23 de las Reglas Federales de procedimiento civil, para proveer compensación a reclamos de pequeña monta, resguardando con ello el acceso a la justicia de cuestiones que de otra forma hubieran quedado fuera de toda posibilidad de ser reparadas.

3 Ibídem, pág. 409.

Sin embargo, entre los años 1960 y 1970, los reclamos encauzados a través de estas acciones ya no eran solamente los de menor cuantía. Las dimensiones de las clases involucradas y el monto de los daños tenían grandes consecuencias sobre la nueva fisonomía de las acciones de clase. Por un lado, impactando en una necesaria modificación en el funcionamiento del proceso, la que aparecía con la intervención de tipo administrativo de los tribunales para el seguimiento de las resoluciones y la administración de los fondos reparatorios fijados en condena. Pero también, y por las mismas razones de escala de los conflictos, se incluyó a nuevos actores privados en el manejo de los casos, introduciendo modificaciones administrativas para atender a nuevos asuntos emergentes de esta clase de litigio. Por último, y aunque de manera indirecta, esta clase de procesos, a partir del uso de los “*punitive damages*” (medidas tendientes a la fijación de una condena ejemplificadora, con un contenido reparatorio y también sancionatorio) terminó por lograr cierta reforma regulatoria, modificando la conducta de aquellos infractores concretos y la de posibles infractores futuros.

Como corolario de esta evolución, puede considerarse que el alcance de las *class actions* se ha ido ampliando hasta incluir diversos tipos de acciones con finalidades que hoy oscilan desde la reparación de daños hasta las de tipo regulatorio, orientadas a la política. Esto último resulta más evidente, en tanto se observe el desarrollo de la lucha por los derechos civiles seguida en los años 70⁴. El crecimiento del litigio de interés público, muestra claramente la utilización de los moldes procesales de las *class actions* para lograr la modificación de situaciones vigentes en dicha sociedad, intentando provocar cambios que adecuaran ciertas prácticas y regulaciones al respeto de estándares de protección de los derechos civiles de los ciudadanos.

Se ha señalado que la base de estos tipos de litigio no era la búsqueda de una compensación económica sino cierta corrección de una situación presentada como conflictiva ante un juez cuyo rol, por otra parte, se veía obligado a la innovación. Tal como se ha señalado su función lo obligaba en estos casos a diseñar remedios a medida para cada caso a través de un proceso de negociación con las partes, debiendo permanecer involucrado en la supervisión de la

4 Data de 1976 la obra de Abram Chayes en donde se refirió a este tipo de litigio naciente y común en las cortes federales de los Estados Unidos, como “Public Law Litigation” (Litigio de Derecho Público), por encargarse de asuntos de política pública emergentes de la implementación de las leyes del Derecho Público. Ver: “The role of the Judge in Public Law Litigation”, 89 Harvard Law Review 1281, 1284 (1976). Luego, también fue identificándose al mismo fenómeno con otras denominaciones tales como: “Litigios grupales”, “Litigio de interés público” o “Litigio estructural”, términos todos estos que aquí utilizaré de manera indistinta. Puede verse a este respecto: Fiss, Owen M.: “The Civil Rights Injunction”, Indiana University Press, 1978; Horowitz, Donald L. “The courts and social policy”, Brookings Institution, Washington, 1977; Cappelletti M. y Garth, B.: “Finding an appropriate compromise: A comparative Study of individualistic models and group rights in Civil procedure”, 2 Civ. Just. Q. 111 (1983).

implementación de dichas medidas⁵.

En los sistemas civilistas, por otra parte y según lo señala Taruffo, el interés por la protección de los derechos colectivos y difusos, así como la preocupación por el acceso a la justicia de sus titulares, se ubica recién a partir de fines de los años 60' y a través de los 70⁶. Siendo de destacar que en algunos países como Italia y también la Argentina, dicha inquietud se volvió patente en reformas legislativas recién en los años 90⁷. También señala este autor que en la mayoría de los países europeos, el fin perseguido por los legisladores al introducir este tipo de herramientas ha sido el de habilitar vías para la reforma o establecimiento de nuevas reglas en áreas específicas del sistema legal. Así por ejemplo, puede citarse la incorporación de herramientas judiciales para anular cláusulas abusivas en contratos comerciales masivos para la protección de consumidores, tanto en el sistema alemán cuanto en el italiano⁸. Y es por eso que las acciones tienden más a la modificación de un estado de cosas lesivo que a la reparación de daños individuales sufridos masivamente.

La tendencia evolutiva que se señaló en el caso del derecho americano parece llegar a cierto punto de contacto entonces, con el estado actual de los países romanistas. Así, hoy en día parece que el núcleo de las formas de litigio de tipo colectivo se ubica mayormente en el reclamo no tanto de daños, sino en la búsqueda de reformas de ciertas circunstancias generadas en ámbitos de derecho público o privado pero que, en ambos casos, se muestran contrarias a ciertos estándares o moral pública positiva que imponen su revisión.

El caso argentino no escapa a este decurso. De conformidad con lo que se describe como propio de los países civilistas, en el modelo argentino el mayor espacio lo ha ocupado el desarrollo del litigio de tipo “estratégico”, tendiente a poner en análisis omisiones legislativas o administrativas que consagran violaciones a derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente⁹. Esto no implica negar el amplio reconocimiento constitucional de todas las

5 Chayes, Abram: “Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court”, *Harvard Law Review* 4 (1982).

6 Fue Cappelletti quien por esos años teorizó acerca de un nuevo grupo de intereses emergentes de la sociedad moderna. En sentido análogo al fenómeno descrito por Chayes, el autor italiano sostuvo que la masificación que caracterizaba a la sociedad de su época tenía reflejos en la masiva organización del trabajo, la psicología moldeada por los medios masivos de comunicación social y el Estado Social o Benefactor que organizaba universalmente sus beneficios sociales. De allí, desprendía que los derechos comenzaban a ser cada vez más difusos y colectivos. Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant: “Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective—a General Report.” *Access to Justice: A World Survey* (vol. 1, book 1). Mauro Cappelletti and Bryant Garth, eds. (Milan: Dott. A. Guiffre Editore, 1978).

7 En la Argentina ello se vuelve patente a partir de la incorporación de los “nuevos derechos” entre los artículos 36 a 43 de la Constitución Nacional.

8 Taruffo cita como los ejemplos más significativos: la *Verbandsklage* Alemana (una acción tendiente a obtener la anulación judicial de cláusulas ilegales contenidas en contratos masivos) y similares dispositivos introducidos en países como Italia para proteger a los consumidores frente a las grandes compañías. Op. cit. págs. 411-412.

9 Para conocer el amplio desarrollo de este tipo de acciones puede verse: “La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos”, CELS, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008. También pueden consultarse los informes: “La Corte y los derechos”, 2003-2004 y 2005-2007, ADC, Siglo XXI Editores; e informes anuales del CELS,

posibles alternativas de derechos de incidencia colectiva que tienen cabida en nuestro ordenamiento nacional a partir de 1994, lo cual permitiría también la previsión de acciones colectivas dirigidas a la reparación de daños individuales sufridos masivamente. Basta para ello la figura prevista en nuestro ordenamiento a partir de la conceptualización de los *derechos individuales homogéneos*. Pero como ya ha quedado expuesto, son eventualmente estas dos, la reparatoria de daños y la reformadora, dos alternativas de fines perseguidos con las acciones colectivas que no se excluyen entre sí. Aquí, sin embargo, he delimitado el campo de análisis, centrándome en aquellas cuestiones que se vinculan con la tutela del interés público, buscando de manera privilegiada la modificación de situaciones ilegítimas antes que la reparación de un daño homogéneo producido en un colectivo de personas.

Por otra parte, y como se ha dicho en muchas oportunidades, los moldes procesales clásicos no resultan suficientes para contener estas nuevas modalidades de litigio que debe enfrentar la judicatura. Es decir, el clásico litigio donde dos partes (aun compuestas por más de un individuo pero con intereses comunes) ponían ante el conocimiento de un juez, tercero imparcial, la contienda que los vinculaba, resulta hoy una estructura insuficiente para contener aquellas demandas de reforma estructural.

Resulta a esta altura un hecho notorio que, el proceso se encuentra en plena modificación para receptar nuevas alternativas, en aras de procurar respuestas que logren solucionar problemáticas que involucran a particulares -grandes empresas, industrias- o al Estado, en conductas que lesionan gravemente derechos fundamentales, ya sea por acción u omisión. Pero este fenómeno responde a varias causas que lo explican. Puedo citar aquí, sin pretender ser exhaustiva, la constitucionalización de los derechos fundamentales y con ello la primacía de estos instrumentos por sobre la legislación y su incidencia sobre el contenido mínimo exigido a las políticas públicas, la consecuente juridificación de la política y la incontenible politización de la justicia. Y ello, nos permite comprender que acaso el exorbitante crecimiento del proceso, que parece andar en busca de cierta racionalidad que lo ordene, responda a la tan mentada inutilidad de los moldes clásicos.

Pero la inoperancia de tales moldes se entiende sólo si se comprende que este fenómeno de constitucionalización va acompañado de cierta actividad de control, ejercida por parte de la ciudadanía, para que aquellos cotos de la política, que aparecen vulnerando mínimos garantizados de respeto de los derechos, vuelvan a su cauce normal de cumplimiento. Insisto, no se entendería completamente la cuestión si no se mirara que el origen se encuentra en

pretender conocer y discutir desde un proceso judicial, cuestiones muy complejas de política pública o de contaminación ambiental o aún de negociación contractual masiva, cuyo inestable equilibrio lleva a que cualquier modificación que se pretenda operar sobre ellas, inevitablemente incidirá sobre otros aspectos o grupos afectados.

Es necesario partir de la premisa de que los recursos económicos de un Estado como el nuestro, son escasos¹⁰. Pero también son escasos los recursos del mundo para la satisfacción completa de las necesidades de toda la población, entonces, las consecuencias que aquí sostengo podrían generalizarse. Lo cierto es que las decisiones sobre políticas públicas obedecen a cuestiones muy complejas y técnicas de coordinación de intereses y fines cuyo equilibrio hoy ya no puede desentenderse del respeto obligatorio de ciertos derechos sociales garantizados en la Constitución y que en muchos casos, reflejan obligaciones internacionales asumidas por el Estado ante el concierto de naciones. Para mayor claridad, y pensando en una política concreta, puede afirmarse que cualquier reforma sobre una política pública de salud afecta, sin más la partida presupuestaria que entonces podrá no ser suficiente para solventar otro plan o programa público.

Entonces, cuando un reclamo particular llega ante la justicia, así sea un reclamo individual, pretendiendo la revisión de los alcances particulares de una medida de política pública propia de un Estado Benefactor -hoy por otra parte en crisis- indudablemente pone en jaque tales equilibrios. Y si bien no se discute la necesaria adecuación de los actos administrativos individuales a la Constitución Nacional, la cuestión no puede simplificarse ni reducirse a la orden judicial de adecuación de la conducta concreta para ese único caso en particular. La entrega de un costoso tratamiento médico en el extranjero puede dejar sin atención a un grupo de personas sub-representadas y que padezcan un mal que no por menos conocido pueda ser igual de costoso e inaccesible sin dicha cobertura asistencial. El que llegue último en la cola tendrá que ser quien escuche la respuesta de que los recursos se han agotado, y esto, como criterio de justicia para la asignación de recursos parece cuanto menos, opinable.

Por ello, el tratamiento de cuestiones complejas como la señalada quedan empobrecidas en un tratamiento ceñido a los moldes procesales clásicos. Es éste el verdadero alcance de la afirmación de su crisis. No se postula que el proceso individual haya pasado de moda ni mucho menos que habrá de abandonarse. Pero tampoco son superficiales los alcances de

¹⁰ Como tal vez lo sean por regla en el mundo. Si adscribimos a la tesis malthusiana según la cual el ritmo de crecimiento de la población responde a una progresión geométrica, mientras que el ritmo de aumento de los recursos para su supervivencia lo hace en progresión aritmética; entonces podría derivarse que de no intervenir obstáculos represivos como guerras, hambre o pestes, el crecimiento de la población conduciría inevitablemente a la pauperización gradual de la especie humana además de la bancarrota del Estado. Malthus, Thomas Robert: *"An Essay on the Principle of Population"*, London: John Murray. 1826. Disponible en línea en: Library of Economics and Liberty, url <http://www.econlib.org/library/Malthus/malPlong.html> (fecha de acceso 12-VIII-2011).

su crisis. El verdadero sentido de la necesaria superación de la clásica tríada: Cayo y Ticio frente a un Juez, es el que responde a un necesario tratamiento de conflictos complejos que involucran a varios sectores o grupos implicados y con intereses diversos y hasta contrapuestos pero que a la vez, y para su verdadera solución, requieren años de trabajo y de seguimiento en la etapa de ejecución de la sentencia. La clara incidencia de la intervención judicial sobre áreas antes reservadas a la política, ponen bajo análisis cuestiones y problemas de legitimación democrática, por ello los planos de análisis se acumulan y obligan a un tratamiento conjunto.

A los fines del presente, quiero destacar la importancia creciente del litigio de tipo estructural en la Argentina, como especie de litigio de interés público, tendiente a la revisión de burocracias estatales incursas en violación de derechos fundamentales. Este fenómeno es ciertamente novedoso pero lógico desprendimiento del innovador marco de herramientas y garantías, además de derechos, incorporados con la reforma constitucional de 1994. Por su parte, y como resultado destacable del actuar de nóveles organizaciones de la sociedad civil, encargadas de llevar adelante un litigio guiado por cierta “estrategia” para poder provocar cambios en ciertas áreas de su interés, la justicia ha ido brindando fallos muy ricos para el análisis y desarrollo de esta materia.

Resulta evidente que dicho desarrollo ha puesto en estudio novedosas cuestiones que antes quedaban limitadas al análisis individual y en esto ha tenido que ver el rol asumido por la Corte Suprema ante este nuevo tipo de acciones. He entendido que la incorporación de institutos como las audiencias públicas¹¹ y el *amicus curiae*¹² por la Corte han representado una clara evolución en este sentido, al incorporar nuevos actores enriqueciendo el debate judicial con mayor participación ciudadana¹³.

Sin desconocer la mencionada importancia de las organizaciones sociales conocidas como el “tercer sector” en este tipo de judicialización de las luchas políticas, entiendo que hay cuestiones que justificarían la participación de un legitimado estatal que resguarde el interés general, frente a la preponderancia de intereses que otro modo serían sólo parciales, por sectoriales. La distinción entre los derechos parciales -aún cuando estos sean grupales- y los intereses generales o el interés público, merece la pena ser referida. En este sentido, si bien se ha podido decir que el movimiento por los derechos civiles, la defensa de los consumidores o usuarios y el medioambiente son lo más cercano a la idea de interés público¹⁴, entiendo que aún

11 Reglamentado por la Acordada 30/2007.

12 Reglamentado por la Acordada 28/2004.

13 Ucin, María Carlota: “El rol de la Corte Suprema ante los procesos colectivos” en Revista de Derecho Procesal, 2009-1, pág. 329, Rubinzal Culzoni Editores.

14 Mc Dougall, Harold A.: “Lawyering and the Public Interest in the 1990s”, Fordham Law Review, vol. 60, 1991; pág. 32.

distan de coincidir e identificarse completamente con dicha noción. Es necesario advertir que la práctica del Derecho se identifica tal vez, como lo sostiene Mc Dougall¹⁵, con el manejo del conflicto de intereses. Y en este sentido, asumir la presencia dentro de la sociedad de esa suma de intereses diversos y por momentos en tensión, obliga al Derecho a generar foros en donde pueda otorgarse cierta salida al conflicto pero donde a la vez, no se pierda de vista el interés general que se supraordina a los intereses parciales.

Las circunstancias en las que se vuelva necesario tener presente el interés público pueden oscilar entre, aquellos casos en que los intereses afectados podrían verse sub-representados y aquellos otros, en donde la parcialización de los intereses impediría escuchar el interés de la comunidad como un todo en cohesión. Para estos casos, justamente, es que considero que se vuelve necesario evaluar la importancia del rol que puede ejercer el Ministerio Público. Para ello, y aprovechando los desarrollos experimentados por el Derecho brasileño, ilustraré en la sección siguiente la importancia que dicha institución ha tenido en la práctica del litigio de interés público.

III.-Presentación de la experiencia brasileña

El desarrollo de la cuestión que aquí analizo en el Derecho brasileño lleva ya varios años y puede decirse que también presenta un adelanto que enriquecerá nuestro estudio. Especialmente interesante se vuelve el resultado de su experiencia si tomamos en cuenta que es un país de América Latina -y por tanto del sistema civilista- que ha sabido adaptar el modelo angloamericano de las “*class actions*” con la prudencia necesaria para que se pueda hablar de un “trasplante responsable”¹⁶. Por su parte, destaco que es saliente en dicho escenario el rol asumido por el Ministerio Público en la defensa de los intereses colectivos y difusos¹⁷.

Y en ese sentido, se ha subrayado que el desarrollo y la riqueza de dicha experiencia no provienen del instrumento procesal que introdujo las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico, a través de la regulación de la Acción Civil Pública. En cambio, el centro gravitatorio, tal como seguidamente se verá, ha recaído especialmente en el crecimiento y especialización que el Ministerio Público ha tenido para la intervención y la defensa de estos casos¹⁸. De hecho, y pese a la circunstancia de que la sociedad civil y otras instituciones

15 Idem.

16 Para un cabal conocimiento del funcionamiento del sistema brasileño puede verse: Gidi, Antonio: “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, también: Maurino-Nino y Sigal: “Las acciones colectivas”, ya citado (nota 1).

17 Mc Allister, Lesley K.: “Revisiting a *promising institution*: Public Law Litigation in the Civil Law world”, Georgia State University Law Review, Vol 23: 693.

18 En sentido concordante, se ha llegado a sostener que resulta difícil imaginar el trasplante de una acción similar a

gubernamentales tienen legitimación para perseguir este tipo de acciones en el sistema brasileño, el 90% de las acciones Civiles Públicas son llevadas adelante por el Ministerio Público¹⁹.

Conviene entonces, detenernos en el marco legal que organiza la institución del Ministerio Público como actor protagónico en el desarrollo del litigio de interés público en Brasil. El mismo se compone de dos pilares: de un lado la Ley de Acción Civil Pública de 1985²⁰ y de otro la Constitución Federal, reformada en 1988.

La primera de ellas, la Ley de Acción Civil Pública, reconoció la legitimación del Ministerio Público, junto con otras entidades gubernamentales y de la sociedad civil²¹ para llevar adelante acciones de defensa del orden público en áreas tales como el medio ambiente y patrimonio cultural. Las materias alcanzadas por esta acción fueron luego extendidas a otros derechos colectivos y difusos a partir de su expreso reconocimiento en el Código de Defensa del Consumidor²², la Constitución reformada en 1988 y otras leyes sustantivas²³. Incluso antes de la vigencia de esta normativa, se ha señalado que ya el Ministerio Público ejercía la defensa de intereses difusos a partir de la tutela del medioambiente, regida por la Ley de Política Nacional del Medioambiente de 1981. Por tal motivo, su participación en la defensa del orden público, le permitió incluso tener una amplia participación en el proceso de redacción de la Ley de Acción Civil Pública, incidiendo sobre la definición de un reconocimiento amplio de funciones para la tutela de los derechos difusos en cabeza suya²⁴.

Gran trascendencia tuvo la reforma institucional introducida en 1988, a través de la cual el Ministerio Público Brasileño pasó de la órbita del Poder Ejecutivo -desde donde se encargaba de la persecución penal- a un lugar de independencia gubernamental que le atribuyó la más amplia misión de defender los intereses difusos y colectivos de la sociedad, manteniendo igualmente el monopolio de la persecución penal. Entre los artículos 127 y 129 de dicha Constitución, se ubican los principales lineamientos de la institución brasileña.

la “acción civil pública” a otros países sin el correspondiente rol del Ministerio Público de dichos países, *ibidem*. pág. 732.

19 *Ibidem*, pág. 703.

20 Ley 7347/85.

21 Se encuentran legitimados para interponer estas acciones además del Ministerio Público, las personas jurídicas de derecho público (los Estados, los Municipios, empresas públicas, sociedades de economía mixta) y las entidades y asociaciones de derecho privado cuya finalidad institucional sea la protección del medioambiente, el consumidor, el orden económico, la libre competencia o los bienes culturales tales como el patrimonio histórico, estético o paisajístico; pero que además cuenten con una antigüedad de un año desde su constitución.

22 Ley 8.078/90.

23 En 1989 se sancionó la ley 7.853, estableciendo los derechos de las personas con discapacidad y en 1990, la Ley 8.069 estableciendo el Estatuto del Niño y del Adolescente. En 1992, por su parte se sancionó la ley de “improbidad administrativa” y en 1994, la Ley Antitrust.

24 Mc Allister, Lesley K., *op. cit.*, pág. 706.

Sus textos definen al organismo como una institución permanente y esencial para la función jurisdiccional del Estado. Se le atribuye la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles (art. 127). El alcance que se atribuye al interés público cuya defensa se encarga al Ministerio es identificable con el interés del bien general. En tal sentido, sostiene Cappelli, que puede equipararse el interés público con el interés social y el interés de la colectividad o difuso. Agregando, que incluso el interés individual, en tanto sea indisponible será considerado como público²⁵. La defensa del orden democrático se hace manifiesta en la fiscalización del proceso electoral así como, cuando la falta de normativa reglamentaria haga inviable el ejercicio de derechos o libertades constitucionales, circunstancias en que le cabe la iniciativa para proponer el *mandado de injunção*.

Las funciones específicas son detalladas en el artículo 129, incluyendo la instancia exclusiva de la acción penal pública, la titularidad exclusiva del *inquérito civil*, de la Acción Civil Pública, titularidad de la representación necesaria para intervenciones en el Estado o del Estado en el Municipio, defensa de las poblaciones indígenas, notificaciones y requisitos administrativos para el ejercicio de sus funciones y control externo de la policía criminal. Mantiene por su parte, las funciones de fiscal de la ley en los procesos en que se presenten intereses indisponibles o de representación de alguna parte para su mejor defensa (incapaces, masa fallida, víctima de un accidente de trabajo) o aun, en aquellos casos en que por la naturaleza de la demanda exista un interés público a custodiar (cuestiones de familia, estado, testamento, mandado de seguridad y acción popular).

El artículo 127 establece que el Ministerio se organizará bajo los principios de *unidad, indivisibilidad e independencia funcional*. Por el primero, se entiende que la institución se organiza bajo una autoridad única, aún cuando se respete la división entre el Ministerio de la Unión y los Ministerios Públicos de los Estados locales. La *indivisibilidad* significa que, un miembro del Ministerio podrá sustituir a otro cuando se haga necesario, sin que ello comprometa la actuación ministerial. La *independencia funcional* importa considerar que, siendo el Fiscal un agente político, posee libertad y conciencia políticas. De esta forma, los miembros del Ministerio Público, sólo están sometidos a su conciencia y a los deberes profesionales impuestos por la Constitución y las leyes²⁶.

25 Cappelli, Silvia: "Experiencia del sistema de Fiscalías Ambientales en Brasil", documento producido para el Taller Nacional de Capacitación para Jueces y Fiscales en materia ambiental, organizado por SPDA Y PNUMA, Lima, enero de 2006, disponible en línea en: http://www.eclac.cl/dmaah/noticias/paginas/7/27987/LA_EXPERIENCIA-DE-LAS_FISCALIAS_AMBIENTALES_EN_BRASIL.pdf (fecha de acceso 12-VIII-2011).

26 Idem.

Resulta sumamente importante comprender la importancia esencial que tienen las garantías reconocidas a los funcionarios integrantes del Ministerio Público, pues ellas vienen a proteger las funciones que se le reconocen en el control del poder. Resultó claro en los debates propios de la reforma que la independencia política del Ministerio era un recaudo esencial para la Democracia constitucional y una garantía para la sociedad²⁷.

En cuanto a la puesta en funcionamiento de estas nuevas misiones encargadas al Ministerio Público, cabe recordar que la década del 80' se caracterizó en Brasil por la transición desde un régimen dictatorial hacia la democracia, y como tal fue un fecundo contexto para cuestionar la autoridad del gobierno y resguardar la vigencia de los derechos ciudadanos respecto de crímenes cometidos durante la dictadura²⁸. Pero luego, tal como lo ilustra el amplio reconocimiento de nuevos derechos de índole difusa, el desarrollo del litigio de interés público llevado a cabo por el Ministerio tomó otros senderos, hasta adoptar su fisonomía actual.

Avanzando en la presentación de la experiencia del vecino país, me interesa destacar que su interés se ubica más allá de la descripción estática de las facultades con las que cuenta el Ministerio Público para la defensa del orden público. Gran parte de la riqueza que podemos apreciar, reside en conocer que el desarrollo que hace de los casos no se limita al litigio judicial, sino que comprende el uso de sus poderes de negociación. Éstos le permiten una eficiente solución del conflicto en la mayoría de los casos, logrando cumplimiento de acuerdos voluntarios celebrados con los obligados, que terminan por modificar las conductas lesivas.

Actualmente, las áreas donde se desarrolla mayor parte del trabajo del Ministerio se ubica en cuestiones medioambientales, derechos constitucionales, niñez, salud y seguridad de los trabajadores, problemas de vivienda y urbanismo, protección de consumidores y personas con discapacidades. Su actividad comienza con el *inquérito civil*²⁹. Este procedimiento administrativo, de carácter pre-procesal e inquisitorial es presidido por el Fiscal o el Procurador de la República y permite la recolección de pruebas para el enjuiciamiento de las acciones judiciales que correspondiera, especialmente la acción civil pública. Esta instancia puede iniciarse de oficio, o responder a la denuncia realizada por algún particular u otro organismo de gobierno.

En este proceso los fiscales recaban evidencias sobre el daño real o potencial denunciado, reuniéndose para ello con los reclamantes y defensores, así como requiriendo

27 Arantes, Rogério B.: "Ministerio Público e Política no Brasil, 24 (2002), Édís Milaré, *Direito do Ambiente* 510 (2001), citado por Mc Allister, Lesley K.: op. cit., pág.694.

28 Mc Allister, Lesley K., op. cit., pág. 704.

29 Art. 8, párrafo 1º de la ley 7.347/85.

informes y documentación relevante de parte de entidades públicas y privadas. A diferencia de los demás legitimados para el enjuiciamiento de la Acción Civil Pública, el Ministerio Público cuenta con el poder de requerir la presentación de dichos exámenes, documentos y pericia, constituyendo delito la omisión o retardo doloso en su presentación. Esta etapa puede arrojar tres escenarios diversos. De un lado, puede concluirse en la falta de evidencia, lo que conduce al cierre de la investigación. También puede decidirse el inicio de la Acción Civil Pública, por contarse con los elementos suficientes para su instancia o bien, culminar con la celebración de un acuerdo compromisorio formal, por el que el responsable reconoce su responsabilidad y sujeta su conducta a lo allí establecido.

Para el caso de iniciar una acción judicial, el fiscal debe poder caracterizar el daño e identificar a un responsable. La acción podrá dirigirse para lograr la reparación de daños concretos, así como la evitación de daños potenciales. En el primer caso, el juez ordenará que el responsable repare dichos daños mediante el depósito de la condena en un fondo destinado a la reparación del daño de que se trate y en la medida en que esto sea posible. También puede condenar a la parte a que adopte determinado curso de acción o que se abstenga de realizar cierta conducta. Las sentencias civiles en estos procesos hacen cosa juzgada *erga omnes*, en los límites de la calificación territorial del órgano. La excepción se da si la pretensión se declaró improcedente por insuficiencia de pruebas. En esta hipótesis, cualquier legitimado puede intentar otra acción con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba³⁰.

Por su parte, cuando el daño es inminente, los fiscales pueden solicitar una medida precautoria (*mandado liminar*) por la que se ordena a la parte que se abstenga de ciertas acciones hasta la decisión final sobre el mérito de la causa³¹. Los recaudos de procedencia de este tipo de medidas incluyen la demostración del *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*, pero su procedencia no se considera excepcional, sino prácticamente habitual en virtud del riesgo de irreparabilidad de los daños en procesos ambientales³², que son un gran porcentaje de los reclamos judicializados.

En el curso de la investigación, como se adelantó, puede llegarse a la negociación de ciertos acuerdos donde se establezca el curso de acción que habrán de seguir los agentes responsables del daño (potencial o real), así como el establecimiento de cualquier penalidad económica. Estos instrumentos, llamados “*Compromiso de ajustamiento*”³³, son formalizados por escrito y en caso de no ser cumplidos habilitan su exigibilidad judicial. Estos juicios son ganados

30 Art. 16, Ley 7.347/85.

31 Art. 12, Ley 7.347/85.

32 Cappelli, Silvia, op. cit., pág. 25.

33 Art. 5 y 6 de la Ley 7.347/85.

casi automáticamente, pues hay un reconocimiento de los hechos por la parte responsable y voluntariamente obligada a su reparación.

Actualmente existe en Brasil una amplia preferencia por la solución extrajudicial de los conflictos supraindividuales. Este fenómeno puede explicarse, en primer lugar, porque el Ministerio debe haber agotado todos los medios alternativos para la solución del conflicto con carácter previo al inicio de la acción judicial. Sin embargo, también tiene incidencia sobre la preeminencia de este tipo de solución extrajudicial, la prevalencia de valores individualistas en la judicatura que haría prever la suerte adversa de ciertos reclamos de protección medioambiental, cuando la solución requerida importara una limitación al derecho de propiedad en sentido absoluto decimonónico o de iniciativa privada. Por último, también se destacan cuestiones relativas al acceso a la justicia tales como el menor costo de este tipo de solución, la mayor celeridad en contraste con la morosidad de las demandas judiciales y la mayor participación social que proporciona este tipo de solución a partir de las audiencias públicas en donde se prevé la intervención de la comunidad afectada³⁴.

IV.-Análisis del sistema normativo e institucional argentino

A la hora de analizar el sistema argentino, me veo obligada a comenzar por aclarar cuáles son los alcances que entiendo tiene el reconocimiento de los “derechos de incidencia colectiva” en el artículo 43 de la Constitución Nacional. En otro lugar³⁵ he desarrollado con más precisión los conceptos que aquí voy a defender, en el entendimiento que son tales nociones las que confieren mayor claridad a las categorías comprendidas en el fenómeno colectivo. Sin embargo, lejos de vanidades académicas, debo comenzar por hacer una síntesis del estado actual de la doctrina y jurisprudencia para luego presentar aquellos puntos en donde considero que aún puede hacerse algún aporte personal.

En primer lugar diré entonces, que existe cierto consenso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en reconocer que la Constitución incorporó dos categorías de derechos con incidencia colectiva. Con mayores o menores diferencias terminológicas, lo cierto es que se tiende a agrupar a los derechos según sean *natural* o *accidentalmente* colectivos. En el primer caso, se trata de aquellos derechos que protegen un objeto indivisible en el cual confluyen los intereses o expectativas de un número indeterminado de sujetos, cuyo uso, goce y disposición corresponde a todos ellos de manera conjunta, sin que alguno pueda excluir a los demás o apropiarse del bien comunitario. Bajo esta categoría suele

34 Cappelli, Silvia: op cit, págs. 35/36.

35 Ucin, María Carlota: “La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal”, Librería Editora Platense, La Plata, 2011.

agruparse indistintamente a los derechos difusos y colectivos reconocidos en la doctrina y legislación brasileña³⁶.

Por su parte, los *derechos accidentalmente colectivos* son aquellos individuales o subjetivos, naturalmente divisibles a los que por determinados motivos (generalmente asociados a la seguridad y certeza jurídicas, la igualdad de tratamiento y la economía procesal) resulta conveniente dar un tratamiento colectivo. Estos derechos son conceptualizados unánimemente como “individuales homogéneos” y se corresponden con igual categoría regulada en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil³⁷.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado estos criterios y ha dejado establecido que existen tres posibles categorías de derechos. De un lado, los tradicionales derechos individuales, luego los derechos que recaen sobre bienes colectivos y por último, aquellos derechos que, aún siendo individuales, agregan la nota de homogeneidad que es la que justifica un tratamiento conjunto. Así, puede verse lo dicho por la Corte en “Halabi”³⁸, donde establece que en relación a los *derechos que recaen sobre bienes individuales* la regla general en materia de legitimación es que su defensa sea ejercida por sus titulares. Que dicha regla no se ve excepcionada por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, sea como sujetos activos o pasivos, supuestos en los que se constituirá un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de acreedores o deudores o bien una representación plural³⁹.

Los *derechos de incidencia colectiva* tienen por objeto un bien colectivo que se caracteriza, según la Corte, porque el mismo pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Su defensa se atribuye a partir del reconocimiento de legitimación extraordinaria en ciertos sujetos que ejercen la defensa del mismo, sin atribuirse ningún tipo de apropiación particular sobre el bien que, en cuanto perteneciente a la comunidad e indivisible, resulta inapropiable. Como elemento esencial derivado de la señalada característica, este tipo de reclamos, señala la Corte, debe focalizarse sobre los aspectos colectivos del daño y no sobre los individuales que pudieran haberse producido de manera colateral⁴⁰.

36 Salgado, José M.: “Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010; siguiendo para ello a Barbosa Moreira, José C.: “A tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, en *Temas de Direito Processual*, Tercera Série, 1984, pág. 193 y Gidi, A. op. cit., pág.67. También coincide con esta distinción la propuesta por Giannini, Leandro J.: “La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos”, Librería Editora Platense, La Plata, 2007.

37 Idem.

38 “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873. dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sent. del 24-II-2009.

39 Cdo. 10.

40 Cdo. 11. Un ejemplo de este tipo de litigio lo configura claramente el caso “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, CSJN sentencias del 20/06/2006 y del 8/07/2008.

Los *derechos individuales homogéneos*, por su parte, no tienen por objeto un bien indivisible o colectivo en los términos arriba descriptos. Sin embargo, hay un hecho único o continuado que provoca la lesión de una pluralidad de derechos individuales. En estos casos, la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos los intereses involucrados, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Existe una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio, con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que se refiere a la prueba del daño sufrido por cada afectado, la que deberá hacerse de manera particularizada. Ha señalado la Corte, que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado⁴¹.

Como resultado de las doctrinas expuestas y de las recientes decisiones del Máximo Tribunal Nacional, ha expuesto Lorenzetti⁴², que el actual catálogo de acciones colectivas en el Derecho Argentino reconocería las siguientes alternativas:

-*Acciones colectivas referidas a bienes colectivos*: resultan admisibles en virtud del artículo 43 de la Constitución Nacional y la interpretación dada a este artículo por la CSJN en sus precedentes “Mendoza” y “Halabi”;

-*Acciones colectivas referidas a derechos individuales homogéneos no patrimoniales*: reconocen al igual que la categoría anterior, fundamento en la Constitución y la interpretación que de ella ha realizado el Máximo Tribunal;

-*Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales en las relaciones de consumo*, su fuente normativa específica además de la Constitución se ubica en la Ley de defensa del consumidor nacional (art. 54, ley 24.240, texto según ley 23.361);

-*Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales*. Este tipo de acción no se encuentra aún desarrollada aunque no encuentro óbice para su inclusión dentro del catálogo de posibilidades dadas por la Constitución.

De lo expuesto, creo que es posible advertir que en el ámbito nacional se ha receptado de manera amplia la protección de los derechos colectivos. Así, existe la posibilidad de encauzar reclamos dirigidos a la reparación de daños sufridos masivamente así como también, la reparación de una lesión a bienes colectivos. Con esta última finalidad, se podría alcanzar el

41 Cdo. 12.

42 Lorenzetti, Ricardo L., op. cit. (ver nota 1), pág. 23.

fin reformista que fue enumerado entre los posibles objetivos perseguidos con este tipo de acciones, conforme la categorización propuesta por Taruffo.

No obstante la aparente amplitud y el gran desarrollo que han tenido estos conceptos en los últimos años, creo que aún se puede hacer algún aporte enriquecedor. Entiendo que todo cuanto se ha avanzado es válido y que sólo sobre dicho piso de marcha deben ser consideradas las líneas que pretendo desarrollar aquí. Sostengo, sin embargo, que en el curso de los señalados desarrollos se ha perdido de vista una distinción que no por sutil debe ser dejada de lado. Me estoy refiriendo a la diversa naturaleza que presentan de un lado los derechos difusos y de otro, los colectivos. Algunos autores han desestimado la importancia de la distinción⁴³ sin embargo, entiendo que -al menos conceptual y teóricamente- cabe detenerse sobre ella, especialmente por las implicancias que tal distinción puede arrojar sobre los fundamentos de su defensa y las proyecciones de ésta sobre el rol de los legitimados extraordinarios al momento de ejercerla.

Entre quienes han defendido el interés de la distinción se destaca como factor relevante la extensión y determinación de los sujetos involucrados, agregando a ello en algunos casos, la vinculación previa o su ausencia, entre los agentes antes mencionados, como lo hace el derecho brasileño⁴⁴. Personalmente, creo que vale la pena insistir en ciertos matices que parecen perderse en la concepción bipartita de los derechos de incidencia colectiva. Desde la óptica que propongo, entonces cabe pensar en una concepción tripartita de las acciones colectivas en nuestro derecho, lo que conformaría el siguiente cuadro:

-Derechos difusos: esta categoría agrupa a aquellos derechos que recaen sobre un bien esencialmente indivisible y tienen la particularidad de aglutinar en torno del mismo a un grupo de personas que no tienen una relación jurídica entre sí o con la contraparte procesal. Así, se puede considerar que ingresan en esta categoría los derechos de solidaridad, que son aquellos que reúnen a todo el cuerpo social en la conciencia de los deberes y derechos comunes y derivan de una cierta concepción de la vida en comunidad. Esta categoría de derechos resulta sumamente cómoda para la defensa del orden público, bien indivisible que puede ser entendido como noción correctora de los abusos del Derecho e injusticias de la organización social. La defensa del orden o interés público puede encargarse en este sentido de asumir las necesidades de los otros también como propias, defendiendo a los más desprotegidos, en ejercicio de cierto

43 Véase Giannini, Leandro J.: op. cit. págs. 58/64.

44 Pellegrini Grinover, Ada: "Las acciones colectivas para la defensa del ambiente y los consumidores", en Revista de Derecho Procesal, 1988, N° 3, pág. 107; Bujosa Vadell, L. M.: "La protección jurisdiccional de los intereses de grupo" Bosch, Barcelona, 1995, página 103; citados por Meroi, Andrea, en op. cit. (ver nota 1), págs. 51. En igual sentido, Gidi, Antonio, op. cit. págs. 57/59.

“individualismo altruista”⁴⁵. Por ello, tal como lo he sostenido, reivindicó que una abogacía por la defensa del orden público, como bien meta-individual y con ello difuso, restablece la ética de la solidaridad y canaliza la vigencia de la justicia hacia parámetros de normalidad⁴⁶.

-Derechos Colectivos: son aquellos derechos que pertenecen a una categoría o grupo de personas que sí están ligados entre sí o con la contraparte procesal por una relación jurídica previa. Sin desconocer la titularidad individual de los derechos, es común que por la organización de estos grupos a partir de intereses comunes, su reivindicación se haga de manera unificada, ya sea en ámbitos de lucha política como en planos de reivindicación judicial. En general puede pensarse en la actividad de los gremios o colegios profesionales, así como todo tipo de organismo colectivo reunido en torno de intereses comunes para lograr su desarrollo y consecución. La importancia de reconocer la presencia de estos grupos en la sociedad reside en advertir la composición plural de la misma, donde diversos intereses particulares intentan predominar y lo harán en proporción a la fuerza que ganen las agrupaciones que los representan. Comprender este fenómeno, impone advertir la clara distinción entre el interés público antes descripto y equiparado al orden público, que pretende lograr la cohesión social, y el interés colectivo de diversos grupos que no por masivo dejará de ser sectorial.

Repárese sin embargo, cierto dato curioso que se deriva de la evolución que las asociaciones civiles han tenido en nuestro país. Ha de destacarse que las mismas ingresan dentro de los posibles actores colectivos con presencia en la reivindicación de intereses sectoriales aunque como ya se ha mostrado no sean las únicas que tienen dicha propiedad. A la vez, se encuentran expresamente legitimadas para la defensa de derechos de este tipo. Y paradójicamente, advierto que -si bien en sus orígenes la mayoría de ellas comenzaba teniendo por finalidad la defensa de algún interés sectorial específico de sus asociados⁴⁷, tales eran los litigios que llevaban adelante- la tendencia registrada por lo menos en nuestro medio, ha sido de un desplazamiento de la actividad de dichas asociaciones hacia una defensa del interés público⁴⁸. Sin poder extraer demasiadas proyecciones de este fenómeno por su inmediatez, creo

45 Esta actitud llevaría a que individuos particulares fueran activos y litigaran no sólo para su ventaja personal, sino también para proteger y reforzar los derechos e intereses de aquellos ubicados en una situación similar a la suya. Se trata de individuos que se sienten responsables por lo que les pasa a otros y que se ven inclinados a comprometerse en actividades que persiguen la protección de intereses públicos o colectivos. Taruffo, Michele: op cit págs. 417-420.

46 Ucin, María Carlota, op. cit. nota 35, pág. 103.

47 Lo que puede inferirse del tipo de acciones que llegaban a la justicia, tales como: “Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social- Estado Nacional s/amparo Ley 16.986, sent. Corte Suprema de Justicia del 1-IX-2000; “Fundación Mujeres en Igualdad v. Freddo S.A. s/amparo”, expte. 21.606/00, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 16 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H; “A.G.U.E.E.R.A. v. Provincia de Buenos Aires y ot. (Fallos 320:690); “Consumidores Libres”, (Fallos 321:1358); entre tantos otros.

48 Estoy pensando en el litigio desarrollado por organizaciones como el CELS, a través del patrocinio de diversos afectados en sus derechos fundamentales. A guisa de ejemplo, el conocido Habeas Corpus interpuesto en relación a las condiciones de detención en comisarías bonaerenses “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus”, CSJN, sent. del

que vale la pena observarlo para poder evaluar su progresión.

-Derechos Individuales Homogéneos: esta categoría se compone de aquellos derechos individuales que, en virtud de una vinculación causal, pueden presentar rasgos de uniformidad tal que ameriten dar origen al reclamo por la vía colectiva y única. Es esencial para conceptualizar esta noción la idea de “origen causal común” pues justamente la preponderancia de las cuestiones uniformes comunes por sobre las diferenciales, será la que confiera la viabilidad al tratamiento colectivo del reclamo. Las razones que justifican el tratamiento colectivo de estos derechos se enroscan detrás de los principios de economía procesal, seguridad jurídica, celeridad y efectivo acceso a la justicia.

Además de las características ya señaladas, existen diferencias en cuanto al origen histórico y a los fundamentos de la reivindicación de estos derechos, todo lo cual avala a mí entender la distinción propuesta. Así, los clásicos derechos civiles e individuales surgen a partir de las primeras constituciones, como producto del nacimiento del Estado Liberal. Su finalidad era imponerse como un límite o valladar frente a los avances arbitrarios del poder estatal sobre espacios librados a la autonomía individual. Como consecuencia de ello, su reivindicación sólo les interesaba a los propios particulares que se consideraran agraviados por injerencias abusivas o arbitrarias.

Los derechos sociales, en cambio, emergen como consecuencia de la nueva morfología del Estado Social en la primera mitad del siglo XX. La incorporación de nuevas funciones de un Estado, que asumía como propio el compromiso de garantizar cierto estándar de vida para sus ciudadanos, importaba el correlativo reconocimiento de derechos y políticas conducentes a la puesta en vigencia de tales valores sociales. La economía social y la aparición de diversas formas de asociación ligadas al trabajo, permitieron también la presencia de grupos colectivos que lucharan por la reivindicación de aquellos derechos cuya vigencia resultara de más difícil consecución. No cabe duda que la fuerza política de las luchas encabezadas por los gremios para el logro de las distintas reivindicaciones obreras, habla con total elocuencia de este fenómeno. Sin embargo, su importancia no se agota en ellos. Considero que bajo la misma idea podemos ubicar a toda asociación de personas que se nuclea en torno de intereses comunes, trabajando conjuntamente para su reivindicación. En este sentido, creo que no es desacertado ubicar aquí a las asociaciones sectoriales de cualquier índole, incluso las actuales asociaciones de defensa de usuarios y consumidores. La circunstancia de su aparición en épocas recientes y su aparente desvinculación del modelo del Estado Social, no nos impide sin embargo

3-V-2005, pero aún con menor trascendencia mediática, cabe mencionar toda su labor en otras áreas sociales, para cuyo conocimiento remito al libro: “La lucha por el derecho”, ya citado (nota 9).

considerar su semejanza con los actores colectivos ya mencionados. De hecho, lo que tienen en común es la defensa de intereses compartidos que, aunque colectivos, son parciales y difieren por tanto del interés público o general.

Por último, y en clara conexión con la defensa del orden público aparecen los conocidos derechos de solidaridad o de cuarta generación. Son los derechos que como se ha dicho no resultan divisibles y por tanto, no puede pensarse que sean apropiables individualmente. Esta nueva forma de derechos, aparece positivizada en las últimas oleadas de reforma constitucional y tiene clara vinculación con el derecho al desarrollo, a la vigencia de un orden socioeconómico que asegure la vigencia de los DESC, la defensa del medioambiente, la protección del patrimonio cultural de la humanidad, la autodeterminación de los pueblos, la institucionalidad de la República y la ética pública, entre otros.

La distinción entre estos dos últimos tipos de derechos, aunque hoy soslayada por la doctrina elaborada por el Máximo Tribunal Nacional, así como por la mayoría de los autores nacionales, merece la pena ser rescatada. Entiendo que su genealogía demuestra las distinciones valorativas implícitas de ambas categorías y con ello, la necesaria diferenciación de un tratamiento procesal para ser adecuado. Insisto, no creo pueda ser idéntico el tratamiento procesal, ni tampoco el reconocimiento de legitimación, cuando se trata de defender intereses de grupos -pero en definitiva sectoriales- que cuando estamos ante la reivindicación de la legalidad, el orden institucional o intereses, que por difusos, son de todos en general y de nadie en particular.

El interés público, como adelanté, en tanto no es un interés parcial o sectorial requiere para su tutela de cierta objetividad e integridad, además de una actitud que se ha calificado de “individualismo altruista”. Por ello, ubicada la cuestión como un fenómeno de suma actualidad, se ha pensado en la necesidad de comenzar revisando el rol de los abogados, poniendo en crisis para ello los métodos de enseñanza⁴⁹. Una adecuada formación de profesionales que puedan intervenir en el estado actual de evolución del Derecho y de la sociedad, importa abogados preparados para la intervención en defensa del orden público y de la defensa de aquellos intereses que por la organización del poder económico y político, pudieran aparecer sub-representados.

Esta consideración, respecto del necesario reenfoque de la profesión no prejuzga, sin embargo, sobre cómo debería distribuirse institucionalmente dicha responsabilidad. Los posibles modelos oscilan entre la asignación de dicha misión a órganos públicos, entidades

⁴⁹ McDougall, Harold A., op. cit.

privadas o hasta un sistema mixto. En el derecho angloamericano, el litigio de interés público, es llevado adelante por organizaciones civiles que, encarnando el referido altruismo, se atribuyen la responsabilidad de bregar por la defensa y reivindicación en juicio de los derechos de los más desfavorecidos. En la Argentina, el loable trabajo desarrollado por la mayor parte de las ONG's que han ejercido su actividad ante los tribunales locales, ha respondido en líneas generales a esta matriz.

Es evidente, por otra parte y de cuanto se expuso al ilustrar la experiencia brasileña, que dicho modelo se inclinó por un sistema de defensa pública de este tipo de derechos. Las razones que habrían primado no son de principio -pues dicho sistema admite la participación de las asociaciones civiles en este tipo de litigio- sino de tipo pragmático y organizativo. El crecimiento incesante del Ministerio Público, su especialización y profesionalismo, constituyeron seguramente las razones que lo erigieron en el defensor natural de estas cuestiones, frente a organizaciones carentes de estructura y financiamiento suficientes.

Ahora bien, podríamos preguntarnos -a la luz de la experiencia de nuestro país, donde insisto, es digna de ser destacada la actividad de las asociaciones para *“dar voz a los sin voz”*⁵⁰- si es necesario incluir al Ministerio Público como un legitimado activo para la tutela de los derechos difusos. Y en fin, si esto no resulta contradictorio o hasta ilusorio a la luz de su estructura actual.

Entiendo que su consideración como legitimado activo para la defensa de los derechos difusos es, desde un punto de vista funcional y axiológico, necesaria. Pero a la vez, voy a demostrar que ello se desprende del diseño institucional y del reconocimiento que a nivel constitucional y legal tiene dicho órgano estatal.

Antes de avanzar sobre la legislación argentina, quisiera referir en primer lugar que el Ministerio Público ha tenido históricamente diversas funciones que vale la pena referir a los fines de contextualizar la interpretación sistemática del articulado constitucional que propongo. En primer lugar, entre las funciones que se le reconocen se encuentra la de persecución criminal, instando la acción penal pública. Su segundo rol tradicional, ha sido la intervención promiscua en los procesos civiles para asegurar la representación de los intereses de la sociedad y de la ley. La representación de los intereses de menores e incapaces, así como de los ausentes es un claro ejemplo de esta segunda función. Se ha explicado que el fundamento para esta intervención está en que no puede reposar exclusivamente sobre las partes implicadas en el juicio la representación de todos los argumentos de defensa del interés público. Por tal motivo,

50 Ucín, María Carlota: “Litigio de interés público: la voz de los sin voz”, Revista de Actualidad Jurídica General, N° 180, Año 2010, págs. 393-402, Editorial Nuevo Enfoque, Córdoba.

la intervención del Ministerio Público se justifica para asegurar un punto de vista imparcial en la defensa del interés de la ley. De la extensión de esta última función, habría sostenido Cappelletti, que podría argumentarse la defensa de los intereses públicos emergentes de la sociedad de masas en cabeza del Ministerio Público⁵¹.

Aclarado dicho marco general y retomando el tema principal del presente, puede señalarse que es evidente que el artículo 43 de la Constitución Nacional -al enumerar los legitimados activos para la tutela de los derechos de incidencia colectiva- no incluye al Ministerio Público entre ellos. Sin embargo, si repasamos el artículo 120 de la Constitución reformada, la óptica puede ser diversa. De hecho, dicho artículo es claro al constituirlo como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, cuya función es 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. Se le reconoce y garantiza a sus miembros inmunidades funcionales e intangibilidad de las remuneraciones. Así, la Constitución Nacional se enrola en la tendencia más reciente en el Derecho comparado, que lo concibe como un órgano estatal pero independiente del resto de los poderes tradicionales. Imponiéndole como misión mantener la legalidad y el orden jurídico constitucional, defender los derechos de los ciudadanos y los intereses públicos colectivos, así como asegurar la paz social persiguiendo los delitos que la perturben⁵².

Por su parte, la Ley 24.946⁵³, Orgánica del Ministerio Público, reitera en su artículo 1º similares definiciones a las del artículo constitucional, reconociendo la independencia, autonomía funcional y autarquía financiera del organismo. Se reconocen también en dicha norma los principios de unidad de actuación e independencia, en concordancia con los perfiles señalados al describir su par brasileño.

De la ley orgánica resulta sumamente interesante considerar algunas de las funciones puestas en cabeza del Ministerio Público y que guardan relación con el sentido de lo que aquí vengo exponiendo. Así se enumeran: promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera, promover la acción civil en los casos previstos por la ley, velar por la observancia de la Constitución Nacional y las leyes

51 Cfr. McAllister, Lesley K. op. cit. pág. 701. No puedo eludir cierta ambivalencia del mencionado autor respecto de las capacidades efectivas del Ministerio Público para poder desarrollar estas tareas de control a los otros poderes estatales con absoluta independencia. Sin embargo, creo que la experiencia brasileña que vengo relatando disipa toda duda sobre la posibilidad de este órgano de encabezar la defensa del orden público. Puede verse a este respecto Gidi, op. cit. pág. 89, nota 216, donde refiere la opinión de Cappelletti.

52 Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido: "El Ministerio Público Fiscal", págs. 26-27, Colección Divulgación Jurídica, Editorial Aranzadi, 1999, España.

53 Promulgada el 18 de marzo de 1998.

de la República, así como velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal. También se le atribuye la misión 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; promoviendo a su vez, las acciones correspondientes cuando se verifique violación de los derechos fundamentales en su tratamiento (art. 25, incisos a, b, d, g, h y l).

En un sentido sumamente innovador, el artículo 41 enumera entre los deberes y atribuciones de los fiscales ante la Justicia Federal y Nacional de la Capital Federal, en lo Civil y Comercial, Contencioso-Administrativo, Laboral y de la Seguridad Social, el hacerse parte en todas las causas o trámites judiciales en que el orden público lo requiera de conformidad con el artículo 120 de la Constitución. En tal sentido, dicha norma es explícita al imponer su intervención para asegurar el respeto del debido proceso, la defensa del interés público, el efectivo cumplimiento de la legislación así como, prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico en los casos y mediante los procedimientos que la ley establezca (inc. a)⁵⁴.

Tal vez este detalle nos alcance para calificar, cuanto menos de injusto, el olvido en que a veces permanece esta institución cuando se habla de los legitimados para la defensa del interés público y de los derechos difusos. Pienso que la norma constitucional así como su ley orgánica le otorgan al organismo los poderes suficientes para encarar la defensa de estos derechos y del interés de la comunidad, dándonos un Ministerio Público “a la altura de nuestro tiempo”, como lo ha calificado Monti.⁵⁵ Más aun, se ha dicho que la modificación operada con la incorporación de este órgano a la Constitución no es superficial, situándolo en un rol dirigido al bien común, a la preeminencia del interés general sobre el particular o la defensa del orden jurídico y las garantías de los individuos⁵⁶.

De todo lo dicho, cabe deducir que existe un espacio para el desarrollo de las funciones del Ministerio Público orientadas a la defensa del orden público y del interés general, más allá de las limitadas y tradicionales misiones de persecución penal o defensa de pobres, ausentes e incapaces. Sin alterar su forma, pero profundizando su misión institucional, sugiero que el rol del Ministerio Público en los conflictos colectivos es *necesario* y *esencial*. Lo primero

54 En sentido concordante, la intervención del Ministerio Público aparece reconocida en el artículo 52 de la ley nacional de defensa del consumidor (24.240, texto según ley 23.361).

55 Monti, José Luis: “El Ministerio Público a la altura de nuestro tiempo”, ADLA 1998-A, 101.

56 Cafferata, Fernando J.: “El Ministerio Público: un nuevo órgano de control del poder en la Constitución Nacional”, La Ley 1996-C, 1341.

por cuanto es él quien institucionalmente tiene la misión de representar el interés general, más allá de los particulares en tensión, equilibrando los intereses en conflicto y representando a la comunidad toda. Se vuelve más evidente su necesidad, en aquellos procesos cuyo objeto fuera la tutela del interés público, a partir de su planteamiento como derecho difuso no apropiable por ningún individuo en particular pero sí defendible en nombre de la sociedad toda. Pero también, se vería justificada la intervención del Ministerio Público en aquellos procesos cuyo objeto fuera una reivindicación de derechos colectivos, pero que pudieran entrar en tensión con el interés de la comunidad o de otros grupos sub-representados. Por otra parte, las facultades reconocidas por la Constitución y la ley para la defensa de este tipo de derechos, funda la *esencialidad* de su participación en esta especie de procesos.

No me detendré en este lugar sobre la figura del defensor del Pueblo, prevista en el artículo 86 de la Constitución Nacional. Baste para apreciar las diferencias con la institución que vengo analizando, su ubicación dentro de la órbita del Poder Legislativo, aún cuando goce de plena autonomía funcional. Por otra parte, y si bien se le reconoce legitimación procesal en dicho artículo, confirmando el reconocimiento del artículo 43, la norma específica establece que su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esa Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. Creo que es evidente que la misión institucional del Defensor del Pueblo, aún cuando pudiera recaer sobre derechos de incidencia colectiva, incluso difusos, se encuentra referida a las violaciones en que incurriera la Autoridad Administrativa nacional. Ello, nos demuestra que sus funciones no se superponen con las que hemos visto corresponden al Ministerio Público en la defensa del interés público, las que por otra parte encuentran fundamento en el origen histórico de la institución.

V.-Conclusiones

De todo cuanto fue expuesto con relación a la estructura y funciones del Ministerio Público, puede inferirse que sus atribuciones resultan análogas a las que se reconocen al mismo en Brasil. Sin embargo, es cierto que aún no ha alcanzado en nuestro país idéntico desarrollo. Para intentar explicar ello, cabe pensar en primer lugar en lo reciente de la reforma constitucional argentina y en el paralelo crecimiento que la sociedad civil tuvo a la luz de los nuevos instrumentos reconocidos en la misma.

Ahora bien, ¿es ello un óbice para pensar en futuros desarrollos del Ministerio Público? No lo creo. Al contrario, estoy convencida de la necesidad de trabajar porque este órgano pueda crecer en el sentido seguido por su par brasileño. ¿Por qué? Justamente porque su

carácter estatal y a la vez independiente de los demás poderes, le confiere un estatus especial, como garante del bien común y del interés general, que aunque a veces parezca olvidarse, son fines esenciales del Estado.

La señalada particularidad de los derechos difusos, impone en primer lugar su conceptualización independiente, como lo he sostenido más arriba, pero también y como lógica consecuencia de ello, la tutela adecuada. El modelo que se elija para ello puede ser mixto, no se sugiere aquí descartar la intervención de asociaciones civiles para su defensa, ni tampoco la de los propios afectados particulares que quisieran hacerlo en resguardo de la legalidad. Lo que en cambio sí estoy sugiriendo, a partir de estas líneas, es la idea de pensar en la “necesaria” intervención del Ministerio Público en esta clase de litigios. No se desconoce que para ello hace falta dotarlo con mayores partidas presupuestarias, así como con una planta de profesionales capacitados. Pero todas ellas, no serían más que concreciones de las facultades y deberes que hoy detenta el organismo, conforme a la Constitución y su ley orgánica.

Pueden concebirse así varios escenarios posibles. De un lado, litigios iniciados directamente por el Ministerio Público, pero también, podemos pensar en litigios que, instados por cualquiera de los otros legitimados -sea el afectado o las asociaciones civiles (porque entiendo que el defensor del pueblo debería estar abocado a cuestiones de derechos colectivos)- vieran integrada su litis con éste. Esta última alternativa, lejos de pretender ser obstaculizante de este tipo de procesos, busca ser un reaseguro para su efectividad. En este sentido, no debe perderse de vista que el fin óptimo de un proceso colectivo es lograr el dictado de una decisión efectiva y de efectos *erga omnes*. Pero para ello, es necesario dar reaseguros en torno de la garantía del debido proceso para todos aquellos afectados, cuyos intereses se hubieran visto de alguna manera involucrados en el proceso. En este contexto, la defensa del interés general, evitando se convalide la preeminencia de algunos grupos más fuertes o poderosos por sobre otros, erige al Ministerio Público en un actor protagónico.

Por tal motivo, y antes de concluir, quiero volver sobre el interrogante que abriera estas líneas. Me preguntaba, retóricamente claro: ¿por qué el Ministerio Público? Buscando demostrar las razones por las que estoy convencida de su necesaria participación en los procesos colectivos. Me propuse con ello, rescatarlo de cierto olvido en el que se lo coloca al abordar el novedoso tema de la legitimación extraordinaria en los procesos colectivos. Pero también, intenté explicar que ante el creciente aumento de conflictos de índole colectiva, no es suficiente con reconocer legitimación a las agrupaciones que los representen, replicando en grado masivo la misma lógica adversarial presente en los procesos individuales. Al contrario, la complejidad de nuestras sociedades, nos impone una comprensión más aguda de los conflictos y

una adecuación de las herramientas jurídicas en general, y procesales en particular, a la medida de las nuevas necesidades.

En este sentido, el creciente desarrollo del litigio de interés público nos coloca ante la imperiosa adaptación de los paradigmas procesales clásicos, y con ello también nos impone una revisión de los roles que deben desempeñar los actores involucrados. En estas breves líneas, la propuesta entonces fue delinear los perfiles del Ministerio Público, como actor necesario en la efectiva discusión de los asuntos de interés público.

Como sucede en estas circunstancias, dejo abierto el juego para las réplicas, para el

d
i
á
l
o
g
o

c
o
n
s
t
r
u
c
t
i
v
o

q
u
e

a
p
o
r
t
e
.