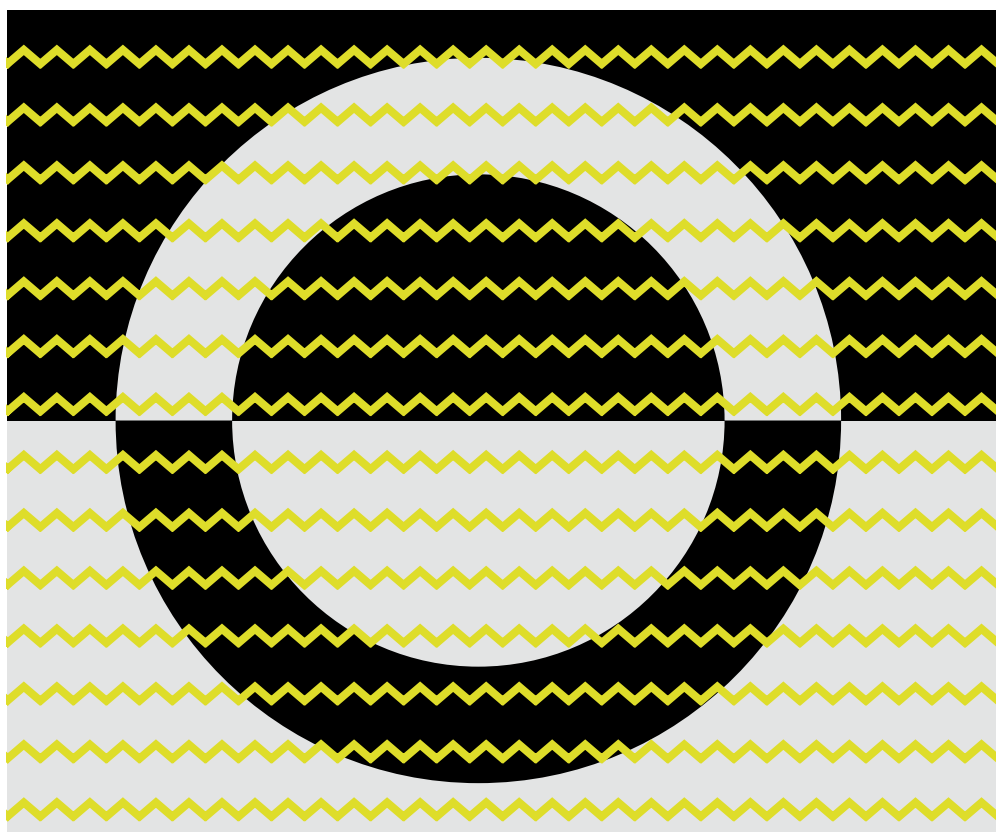


LA LEGITIMACIÓN PARA OBRAR EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

María Fernanda del Huerto Silva



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura



La legitimación para obrar en los procesos colectivos

Evolución de la jurisprudencia
de la Corte Suprema de Justicia
de la Nación Argentina

María Fernanda del Huerto Silva
Prólogo de Osvaldo A. Gozáini



www.editorial.jusbaire.gob.ar
editorial@jusbaire.gob.ar
fb: /editorialjusbaire
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Silva, María Fernanda del Huerto

La legitimación para obrar en los procesos colectivos : evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina / María Fernanda del Huerto Silva. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaire, 2021.

Libro digital, PDF Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-177-2 1.

Derecho Constitucional. I. Título.
CDD 342.009

© Editorial Jusbaire, 2021

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial

Presidenta:

Ana Salvatelli

Miembros:

Alberto Maques

Francisco Quintana

Fabiana Haydeé Schafrik

Mariana Díaz

Jorge Atilio Franza

Alejandra García

Editorial Jusbaire

Coordinación General: Alejandra García

Dirección: Gerardo Filippelli

Coordinación de Contenidos: Julia Sleiman

Edición: Martha Alejandra Barsuglia y María del Carmen Calvo

Corrección: Daniela Donni, Leticia Muñoz, Mariana Palomino y Manuel Vélez Montiel

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Carla Famá y Esteban J. González

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora Omnibus-Type y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente 1º

Francisco Quintana

Vicepresidenta 2ª

Fabiana Haydeé Schafrik

Consejeros

Alberto Biglieri

María Julia Correa

Anabella Hers Cabral

Gonzalo Rúa

Ana Salvatelli

Juan Pablo Zanetta

Secretaria de Administración General y Presupuesto

Genoveva Ferrero

ÍNDICE

Prólogo	
Oswaldo A. Gozaíni.....	8
Introducción.....	13
Capítulo I	
Cambio de paradigma: legitimación y caso colectivo.....	18
Recapitulación.....	22
Capítulo II	
El afectado del artículo 43 de la Constitución Nacional.....	23
Naturaleza jurídica del afectado.....	23
Reconocimiento jurisprudencial.....	26
Definición del Máximo Tribunal: derechos indivisible e individual homogéneo.....	29
Recapitulación.....	37
Capítulo III	
Defensor del Pueblo, sujeto legitimado.....	39
Naturaleza jurídica de la institución.....	39
Legitimado colectivo: el camino recorrido en la construcción de “caso”.....	44
Recapitulación.....	55
Capítulo IV	
Las asociaciones legitimadas para la protección de derechos colectivos.....	56
Controversia respecto de la ley reglamentaria.....	56

Actuación en defensa de derechos de incidencia colectiva.....	68
Causa fáctica común y otros requisitos respecto de los derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos.....	71
Recapitulación.....	75

Capítulo V

El Ministerio Público, legitimado colectivo.....	76
Naturaleza jurídica.....	76
Legitimación colectiva.....	81
Registros de actuación.....	83
Recapitulación.....	87
Conclusión.....	88
Bibliografía.....	90
Fallos citados.....	94

*A mi papá y a mi mamá, el origen de mi todo.
A mi amor Omar y a mis orgullos Felicitas y Tomás.
A mis hermanos queridos, compañeros en el camino.*

Prólogo

Esta obra de María Fernanda del Huerto Silva se suma a la colección “Estudios de Derecho Procesal Constitucional”, con la fina idea de observar el tratamiento jurisprudencial que hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina a la legitimación para obrar en los derechos colectivos.

El estudio particulariza cada una de las situaciones del artículo 43 de la Constitución Nacional que faculta a individuos y entidades a representar este tipo de derechos que aun no tienen definido en forma clara su perfil.

En efecto, cuando aparecieron al comienzo del siglo XX se pensaron primero como derechos de las masas, de alguna manera sindicalizados o representados por un colectivo que asumiera la generalidad del derecho alcanzado. Es el fenómeno que atendió rápidamente el Derecho Laboral y el de la Seguridad Social, dando respuesta a un cambio de la sociedad.

Poco después, se imaginó al hombre como usuario de servicios o consumidor de bienes. Mostraba esa relación cierta inequidad de fuerzas, alguna probable subordinación al mercado de la oferta que había necesidad de equilibrar. Es el tiempo que requiere imaginar nuevas instituciones y ajustar soluciones concretas a problemas antes nunca planteados. Es un pensamiento que debe encontrar respuestas modernas a conflictos derivados de esa mudanza de hábitos y costumbres en vinculaciones que se presentaron diferentes. Las relaciones de consumo trajeron una categoría imprevista al catálogo de los intereses potables para estar en juicio. Fueron derechos instalados en un sector que no resultó fácil individualizar y, por ello, contó con restricciones inmediatas al no poder hacer justicia para una persona diluida o abstracta por su generalidad.

No estaba claro quién era consumidor, al punto que los modelos legislativos fueron poco uniformes, y mientras algunos optaron por una lectura amplia que incluyó a “todo ciudadano”, otros prefirieron restringir el alcance a la persona que adquiere bienes o servicios para darle un destino final. Lo cierto es que el Derecho Procesal tuvo que encontrar una categoría propia para dar entrada a este modelo de pretensiones

justas y razonables, y lo hizo a través de lo que se denominó *derecho individual homogéneo*, porque siendo de alguien que se podía visualizar, representaba también a otros sujetos invisibles, pero que tenían posibilidades ciertas de quedar definidos.

Después llegaron los *derechos o intereses difusos*, que son bienes colectivos de todos, sin que ninguno pueda apropiarse de ellos en forma individual. Es el espacio del ambiente, el patrimonio artístico, cultural, arquitectónico, etcétera.

Vale decir que si adoptamos el nominado por la Constitución Nacional y se cuadran los derechos que se pueden representar por: *a)* el sujeto afectado; *b)* el usuario o consumidor en iguales condiciones; *c)* cualquiera que promueva acción de amparo relativo a los derechos que protegen al ambiente; *d)* defensa de la competencia; y en general, *e)* todos los ejercicios destinados a tutelar derechos de incidencia colectiva, se podrá constatar que el listado del artículo 43, constitucional, es restrictivo y urge solucionarlo. Precisamente este es el objeto de estudio que presenta la profesora Silva.

Dicho esto, porque la legitimación procesal se acuerda al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que institucionalmente estén registradas conforme a la ley con un objeto compatible con los fines de protección. Si observamos este contexto con el que trae el actual Código Civil y Comercial, pronto se advertirá el déficit que ocasiona haber dejado sin resolver los derechos de incidencia colectiva en sus dos manifestaciones. Sean como derechos que tienen por objeto bienes colectivos de pertenencia indiscriminada, como los relacionados con intereses individuales homogéneos, tal como se habían insinuado en el considerando nueve (9) del caso “Halabi” que se cita en el texto de la obra.

En este libro, cuando se explica la noción de “afectado” se cita un estudio que me instala dentro de un sector reduccionista de la legitimación procesal en el amparo. Puede ser que lo manifestado por mí –allá lejos y hace tiempo– en el artículo de doctrina que se cita sea correcto y bien transcrito, pero no es ese mi actual pensamiento.

Desde hace un tiempo largo vengo diciendo que en los presupuestos de admisión al amparo no se debe mirar la cara del afectado, sino considerar que este sea el derecho. Es decir, el derecho afectado otorga legitimación a quienes representan ese colectivo que sufre el impacto. Quizás la propuesta no sea revolucionaria, porque la idea de

tener legitimación por representación, que en otras legislaciones se conoce como representación “virtual o legal”, no es nueva al reconocer su origen en la representación de obreros por conjuntos agrupados bajo una forma asociativa de defensa al sector. Es una conexión con la representatividad global y una delimitación en sectores que, bajo la forma de sindicatos y delegaciones específicas (por ejemplo, en cada empresa) permiten confirmar actuaciones ejercidas por todos, como es la negociación colectiva, en beneficio de cada integrante del sector.

Asimismo, es la tesis que fomenta la legitimación de asociaciones o la que se verifica en instituciones puntuales como el Defensor del Pueblo. Y, de igual modo, muestra restricciones cuando se exhorta el interés general de quien, invocando esa representación adquirida del conjunto de la sociedad, judicializa problemas colectivos (*v. gr.*: legitimación de legisladores).

El libro analiza la evolución de la Corte Suprema argentina; pero el sentido de la doctrina jurisprudencial pierde consistencia cuando no se entiende, adecuadamente, el entorno procesal donde se aplica. Sucede que, muchas veces, el tribunal observa la legitimación para obrar dentro de los procesos colectivos como un caso de legitimación anómala o extraordinaria, sin advertir que la actuación del grupo representado no es un supuesto de sustitución procesal sino de legitimación representativa, tal como lo formula el artículo 43 de nuestra Constitución.

El error se repite, porque aplica un estándar de legitimación institucional con tanta apertura que se olvida observar el objeto destinado en su formación. Es decir, si hablamos de una asociación de usuarios y consumidores, no tendría sentido ni orientación apropiada que la representación en juicio persiguiera reparar un daño ecológico. Lo curioso está en que no se cuestiona la legitimación para obrar sino la definición precisa del sujeto representado. Para ser más claros, la Corte no le está diciendo a las asociaciones que “carecen de legitimación por representatividad del derecho”, sino que no ha definido con precisión el universo de la clase afectada, o la unidad de afectación entre los sujetos que dice representar.

Y es este un dilema que suma incertidumbre, pues visto desde esta perspectiva, sería en el derecho americano “la certificación de la clase”, que se entiende en “Halabi” como demostrar la unidad de los bienes colectivos alterados; lo cual es difícil de sostener en nuestro derecho

cuando hay desigualdades de afectación. Es cierto que también es posible postergar el tratamiento de la legitimación cuando se interpreta que ella depende de cuanto se pruebe en la acreditación. Solo que al ser parte de un proceso quedaría integrado en la limitación del conocimiento, no siendo propio ni razonable en un modelo o tipo especial de proceso como exigen los procesos colectivos.

Lo expuesto en forma muy simplificada tiene el interés de poner en evidencia que en los procesos colectivos la legitimación para obrar no puede tratarse dentro de varios supuestos de representación de personas agrupadas en un colectivo identificado o identificable que permite encontrar legitimación procesal en quienes actúan, sea ya por un mandato conferido, o bien por la correspondencia con una autorización legal para ejercer esa representación apropiada. La personalidad del colectivo no se mide por la capacidad de cada uno de quienes componen el conjunto, sino por el poder de representación de personas que, en última instancia, siempre podrán quedar individualizadas. El problema son aquellos derechos que sufriendo igual afectación no tienen reconocido al sujeto titular, porque el gravamen lo tienen todos por igual sin que nadie sea un afectado exclusivo.

En estos casos, la Constitución Argentina orienta hacia la representación establecida en el artículo 43 donde siempre hay intervencionismo estatal directo o indirecto, de allí que sea imprescindible para auspiciar el mecanismo funcional de estas entidades que se relativice la actuación del Estado. Tal como actualmente se dispone, agrupar estas entidades entre autorizadas o no carece de la suficiente importancia que debiera tener por el rol que ellas vienen a cumplir.

El Código Civil y Comercial no siguió el anteproyecto que tuvo presente a los derechos de incidencia sobre bienes colectivos, dejando para una ley especial este espacio que aún no llega. Por eso, seguir los lineamientos de la representación convencional, o acreditar la personalidad jurídica como lo pide el Código Procesal, significa ser poco receptivos con el modelo que se ejerce para representar derechos antes que personas.

Además, estos entes intermedios, en los hechos, muchas veces son producto de contradicciones y conflictos que tienen los derechos pluriindividuales que se expresan en motivaciones culturales o espirituales del ciudadano. Las entidades, así, responden a esa necesidad de expresar la queja: son movimientos espontáneos en torno de

cuestiones precisas como el ambiente o el consumo. La realidad que se describe muestra la dificultad de asumirlas en un molde jurídico abstracto y estático.

El sentido amplio que se propicia no pretende ser caótico a los fines de precisar la legitimación para obrar; bastaría con reconocer la fórmula que tiene el derecho comparado, conocido como *representatividad adecuada*, la cual proyecta definiciones útiles a la hora de resolver tanto el acceso como los problemas de eficacia de la sentencia y extensión de la cosa juzgada. Sin embargo, el ensamble no es fácil ni tiene uniformidad de criterios. La representación adecuada encuentra varios enfoques y posiciones que, en última instancia, son ideologías al servicio de un interés particular, respetable o cuestionable, pero intereses al fin que promueven modelos procesales diferentes para el proceso colectivo.

Desde esta perspectiva, es el juez quien debe controlar los presupuestos de admisibilidad y no imponerlos el Estado mediante una burocracia limitativa. No podría eludirse, asimismo, otro hecho significativo del mensaje que transmite el artículo 43 de la Norma Fundamental al mencionar estos entes intermedios. Más allá del recaudo reglamentario que dispone, existe una decisión expresa para auspiciar una forma más de participación democrática a través del reconocimiento institucional de los entes intermedios de gestión y representación de intereses sociales.

Es una apertura nueva que relega el individualismo dominante de las legislaciones codificadas, y una cobertura suficiente para ser interpretada con amplitud como “fórmula mínima” de representación de la clase o del grupo al que se adscriba.

De algún modo es este el colofón de la obra de María Fernanda, una esforzada e inteligente mujer de la justicia argentina que, empeñada en atender la vida institucional y jurisprudencial de la Corte Nacional, nos pone frente a una evolución jurisprudencial significativa, que pone claros allí donde hay muchas oscuridades.

Osvaldo A. Gozaíni

Introducción

El reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva en la reforma constitucional de 1994¹ revolucionó el Derecho Procesal, porque generó simultáneamente la recepción de una nueva categoría de procesos, así como la obligación de hacerlos operativos. Las reglas que tradicionalmente guiaban el inicio y curso de un proceso judicial no eran adecuadas para resguardar la discusión y la efectivización de estos nuevos derechos de grupo, con sujetos legitimados indefinidos que representan a un sujeto colectivo, y una cosa juzgada que podía extenderse al abarcar derechos de incidencia colectiva.

Como estos derechos tuvieron acogida en otros países con anterioridad al nuestro, no fue extraño que la clasificación y definición más utilizada al comienzo por nuestros doctrinarios fuera la del artículo 81 del Código de Consumidor de Brasil² que los clasificaba en difusos, colectivos e individuales homogéneos:

A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I- Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. II- Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III- Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Si bien había existido un adelanto de la definición de derechos en alguna disidencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³ o en

1. Constitución de la Nación Argentina, arts. 41, 42 y 43.

2. Ley N° 8078, sancionada el 11/09/1990, publicada en el Diario Oficial del 12/09/90.

3. CSJN, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones - Resolución N° 2926/99 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 31/10/2006. Disidencia de los Doctores Eugenio Raúl Zaffaroni y Ricardo Lorenzetti. Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/6299/2006).

casos de menor repercusión pública,⁴ fue recién en el año 2009 que el Superior Tribunal, en el fallo “Halabi”,⁵ a pesar de que ya había fallado respecto de los Derechos de Incidencia Colectiva, en ejercicio de una tarea docente, y ante la omisión legislativa del dictado de una ley procesal, definió y distinguió los derechos individuales de los de incidencia colectiva y clasificó a los últimos arrojando claridad respecto de sobre qué tipos de derechos los conformaban. Indicó que existen tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Los individuales son los ejercidos por su titular, lo que no varía si son varias las personas que se presentan en el proceso conformando litisconsorcios activos o pasivos derivados de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, acreedores o deudores. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. Los derechos son individuales y propios de los afectados; divisibles y no homogéneos⁶ [...] En los derechos sobre bienes jurídicos colectivos, la petición tiene por objetivo un bien colectivo, es decir, un bien que pertenece a toda la comunidad; es indivisible y no admite exclusión alguna. Se concede legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún supuesto se protege o están en juego derechos individuales subjetivos.⁷ [...] Cuando el fallo señala que se trata de un derecho que pertenece a toda la comunidad hace referencia a un derecho transindividual o supraindividual, no es individual, ni es una mera colección de derechos individuales, trasciende al individuo. Se trata de una entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos.⁸ Para

4. *Ibíd*em, Fallos: 329:4741, “Ministerio de Salud y/o Gobernación s/ley de amparo”, sentencia del 31/10/2006.

5. *Ibíd*em, Fallos: 332:128. “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.783 dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986”, sentencia del 24/02/2009, en LL 02/03/2009.

6. Considerando 10.

7. Considerando 11.

8. Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil* (trad. de Lucio Cabrera Acevedo), México, Universidad Autónoma de México, 2004, p. 53.

clarificar la definición, el fallo indica que “estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno”.⁹

Decimos que un derecho es indivisible porque no puede ser dividido en pretensiones individuales independientes. El derecho a un medio ambiente sano y la veracidad en los anuncios publicitarios pertenece a todos en la comunidad, y, al mismo tiempo, no pertenece a nadie en particular. En el caso de la contaminación en una bahía, por ejemplo, es evidente que la bahía no pertenece a nadie en particular. La contaminación de sus aguas dañaría a la comunidad en su conjunto, y la limpieza del agua beneficiaría al grupo en su totalidad: es una pretensión indivisible. Este derecho pertenece a la comunidad como un todo, no a los miembros individuales del grupo.¹⁰ La Constitución Nacional también admite en el artículo 43, párrafo 2, una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Es el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles.

Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay 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 hace a la prueba del daño.¹¹

Por su parte, el régimen clásico de los límites subjetivos de la cosa juzgada frente al reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva y su tramitación se transformó por resultarle inaplicable. En el proceso individual la cosa juzgada alcanza tan solo a los que han litigado y

9. Considerando 11.

10. Gidi, Antonio, *op. cit.*, p. 57.

11. Considerando 12.

quienes no han sido parte en el juicio no son afectados por ella y pueden proclamarse ajenos a esta aduciendo el principio romano *res inter alios iudicata aliis neque prodesse neque nocere potest*, en virtud del cual lo que haya sido juzgado entre dos personas no aprovecha ni perjudica a los terceros.¹² De este principio se desprende que la decisión adoptada en la sentencia resulta inoponible a los terceros que no han tomado intervención en la causa, afectando solo a las partes y a los terceros interesados que se insertaron en el proceso mediante el trámite normado al efecto.

La naturaleza de los derechos de incidencia colectiva y la legitimación de sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa son causa lógica de la transgresión de los límites subjetivos tradicionales de la cosa juzgada, desde que la sentencia dictada en un proceso individual solo obliga a las partes contendientes, y la colectiva rige, en principio, sobre la totalidad del grupo damnificado. En estos procesos se defienden los derechos de todo el grupo, aunque no actúan personalmente presentes sino a través de un representante que es la voz de todos sus miembros.

Respecto de la legitimación, como frente al inicio de una acción colectiva, es el nexo operativo entre los derechos discutidos, porque los sujetos que pretendan presentarse en el procesos solo podrán intervenir en aquellos en los que estén en juego esos derechos; como así también porque conforma la causa/consecuencia –junto a los derechos– de los efectos de la cosa juzgada que alcanzará a todo el grupo afectado, es que ha sido elegida como objeto de este trabajo –presentado y aprobado en el marco de la Maestría en Magistratura y Derecho judicial de la Universidad Austral– para cuyo análisis deberemos transitar obligatoriamente junto con los otros elementos.

Es importante, entonces, ver la influencia que ha tenido la reforma constitucional del año 1994 para observar la evolución de la legitimación colectiva desde el reconocimiento de los nuevos derechos.

En consecuencia, en este ensayo nos detendremos en cada uno de los sujetos referidos en la Carta Magna para accionar colectivamente, en su íntima y necesaria correlación con la construcción de caso colectivo. Se circunscribirá a esos sujetos porque al tener expreso reconocimiento constitucional no podrán ser desconocidos sino solo ampliados por

12. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, T. V, 1990, p. 521.

otras disposiciones legislativas o jurisprudenciales toda vez que las leyes pueden ampliar los sujetos de la enumeración constitucional habilitando a otros no incluidos, pero nunca excluir a los constitucionalizados.

La investigación que realiza esta obra aborda el análisis y evolución de la doctrina del Máximo Tribunal, quien a través de sus trascendentes fallos ha ido delineando la intervención de los diferentes sujetos legitimados ante la ausencia de una legislación procesal que los regule. Doctrina que seguirá siendo válida y de consulta aun cuando se salde la deuda legislativa de regulación.

En el primer capítulo vamos a señalar por qué el paradigma individual es incompatible con el colectivo. Específicamente se introduce –cómo– con el surgimiento de los Derechos de Incidencia Colectiva cambia la conceptualización de legitimación procesal y consecuentemente también la de caso Judicial, en su reformulación respecto de la causa o controversia que habilita la intervención del Poder Judicial.

Toda vez que de acuerdo al texto constitucional son legitimados para promover acciones en defensa de estos derechos, el afectado, el Defensor del Pueblo, las Asociaciones y el Ministerio Público, cada uno tiene un reconocimiento diferente porque la enumeración constitucional no significó una aceptación lisa y llana en los procesos en los que solicitaron intervención, tal como veremos de inmediato.

En cada caso se recorrerá el camino transitado para terminar definiéndolos y entender en qué circunstancias cada sujeto se encontraría en calidad de ser legitimado colectivo y cuándo se configura el “caso colectivo” sobre el que podrá decidirse.

El aporte que pretende esta investigación es el conocimiento acabado de las condiciones que deben detentar los diferentes sujetos para ser legitimados en un proceso colectivo, por ser ese análisis el primero que debe hacer un profesional antes de interponer una demanda, y el primero que hace el magistrado al tomar contacto con el expediente sobre el que debe decidir para analizar si se encuentra frente a un caso judicial sobre el que deba decidir.

En definitiva, es el primer análisis sobre los sujetos que pretenden presentarse o ser admitidos para proteger derechos de incidencia colectiva, con la lógica consecuencia de que sus efectos se expandirán al colectivo que representen.

Capítulo I

Cambio de paradigma: legitimación y caso colectivo

La incorporación de los Derechos de Incidencia Colectiva y el reconocimiento de legitimados anómalos en la Constitución llegaron prácticamente sin aviso y produjeron una revolución en la comunidad jurídica.¹³ En este capítulo, repasaremos las concepciones tradicionales, concebidas y usadas para la protección de los derechos individuales razonando sobre los motivos que impiden su aplicación, y sobre la necesaria reconceptualización, con mirada colectiva, para la protección de los nuevos derechos reconocidos en la Constitución Nacional.

La legitimación es el derecho que tiene quien se presenta a la jurisdicción para obtener una decisión o pronunciamiento sobre el derecho sustancial invocado, sea favorable o no;¹⁴ de hecho, cuando una de las partes carece de ella, el juez se limitará a inhibirse porque es una condición para que pueda dictarse sentencia de fondo.¹⁵

En general, la aptitud para demandar coincide con la titularidad activa de la relación jurídica sustantiva controvertida en el proceso y la aptitud para ser demandado con la titularidad pasiva de esa misma relación jurídica sustantial. En la explicación de la legitimación *ad causam*, Piero Calamandrei señalaba en el 1900 como regla general que cuando se controvierte en juicio sobre una relación de Derecho Privado, la legitimación para obrar y para contradecir correspondía respectivamente al sujeto activo y al sujeto pasivo de la relación sustantial

13. Verbic, Francisco, "Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia", en *Revista de Derecho Procesal 2012 Número extraordinario - Procesos Colectivos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 56.

14. Arazi, Roland, "La legitimación como elemento de la acción", en Morello, Augusto M. (coord.), *La legitimación: homenaje al Dr. Lino Enrique Palacio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 23.

15. Davis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, p. 255.

controvertida.¹⁶ Tal coincidencia es propia de la legitimación normal. Ella cede, y se denomina anormal, en los casos en que la controversia se refiere a derechos subjetivos, intereses difusos o también, en determinadas circunstancias, derechos subjetivos privados, supuestos en los que una pluralidad de sujetos pueden ser los titulares de la relación jurídica sustancial y otro sujeto el legitimado.¹⁷

Hasta el surgimiento de los nuevos procesos colectivos, solo en situaciones excepcionalísimas el juez resolvía con carácter previo la falta de legitimación, lo normal era que la misma sea dictada en la sentencia definitiva. En la actualidad es indispensable, para la eficacia de los derechos y de las vías tutelares, atender a la legitimación procesal. El problema de la legitimación no puede recluirse en el Derecho Procesal como cuestión a resolver exclusivamente por sus normas. El cordón umbilical que anuda lo procesal con lo constitucional no tolera cortarse porque, de ocurrir tal cosa, se puede frustrar el sistema de derechos y el sistema de garantías. Las normas constitucionales que reconocen derechos, como los colectivos, se tornan inocuas si luego, en el área procesal, no se les adapta en reciprocidad simétrica la legitimación para hacerlas valer en juicio.¹⁸

Como consecuencia lógica del nacimiento de una legitimación extraordinaria o anómala, el requisito cardinal de causa o controversia judicial también muda a clave colectiva porque hasta entonces siempre se reclamó que el titular del derecho subjetivo esté presente para configurarse.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 116 de la Constitución Nacional y el artículo 2 de la Ley N° 27, los tribunales judiciales solo ejercen su potestad jurisdiccional en el marco de una causa.

La causa o controversia fue y sigue siendo un elemento necesario para la intervención y decisión del Poder Judicial. Se encontraba configurada en la doctrina tradicional como aquellas en las que se perseguía en concreto la determinación del derecho debatido entre partes

16. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Editorial Depalma, 1943, p. 187.

17. Morello, Augusto M.; Sbdar, Claudia B., *Acción Popular y Procesos Colectivos*, Buenos Aires, Ed. Lajouane, 2007, pp. 41-42.

18. Bidart Campos, Germán J., "El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación", en Morello, Augusto M. (coord.), *op. cit.*, pp. 17-19.

adversas, con un interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar lo discutido dentro de un caso o controversia, único supuesto en que la función judicial podía ser ejercida.

Solo se admitían como causas aquellas en las que se perseguían en concreto la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegaban quienes demandaban, como sentenció la Corte en el caso “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo s/ amparo”.¹⁹

Hasta el nacimiento de los nuevos derechos, los jueces, y la consolidada doctrina del Máximo Tribunal, reclamaban que el derecho subjetivo esté presente para que exista causa o controversia, elemento necesario para la intervención y decisión por parte del Poder Judicial.

Vale como ejemplo el precedente “Roque Perez, José”²⁰ en el que la Corte se declara incompetente adhiriéndose al dictamen del Procurador que señaló que no se trataba de una demanda sino de una consulta y que la misión de un Tribunal de Justicia era aplicar las leyes a los casos ocurrentes, y que la facultad de explicarlas e interpretarlas se ejercían solo aplicándolas a las controversias que se suscitasen ante ellos para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones; y no podía pedirse que el Tribunal emitiera su opinión sobre una Ley, sino aplicándola a un hecho señalado en el contradictor.

En “Baeza, Aníbal Roque c/ Nación Argentina. Founrouge, Alberto M.”²¹ sentenció que no se trataba de una causa o caso de los contemplados en la Constitución Nacional y Ley N° 27, únicos supuestos en los que cabría el ejercicio del Poder Judicial atribuido por aquellas normas constitucionales y las leyes reglamentarias del Congreso de la Nación a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Nación habiendo ya referido que causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas.

En Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ avocación en autos: “Fontenla, Moisés Eduardo c/ Estado Nacional”²² sostuvo que la condición de ciudadano del actor no era apta para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su

19. CSJN “Polino Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo” considerando N° 4, sentencia del 07/04/1994, LL 1994-C-294.

20. *Ibidem*, sentencia del 14/11/1965. Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/6/1865).

21. *Ibidem*, sentencia del 28/08/1984, LL 1984-D-108; DJ 1985-1-415. Cfr. Voto mayoritario.

22. *Ibidem*, sentencia del 06/09/1990, LL 1990-E-97.

jurisdicción. Ello por cuanto dicho carácter era de una generalidad tal que no permitía en el caso, tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que llevase a considerar a la presente como una causa, caso o controversia, único supuesto en que la mentada función podía ser ejercida.²³

Los fallos citados valen como un recordatorio de la doctrina tradicional; con la protección de los derechos de incidencia colectiva, se habilita una legitimación extraordinaria o anómala de la mano de órganos que actúan en representación del colectivo damnificado. Circunscribir la legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo o de las asociaciones con fines colectivos o del Ministerio Público, a la idea tradicional en la que los tribunales judiciales solo ejercen su potestad jurisdiccional en el marco de una causa concebida tradicionalmente es utilizar una teoría creada para la defensa de los derechos subjetivos de los particulares.

Para la configuración de causa colectiva de derechos indivisibles, los sujetos se encuentran relevados de probar un perjuicio particular, sobre una persona o el patrimonio, debiéndolo hacer sobre el daño al bien colectivo. En los conflictos sobre derechos referentes a intereses individuales homogéneos, la existencia de controversia no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.²⁴

Así lo señaló la CSJN en el caso “Halabi” frente al caso de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objetos bienes colectivos “a prueba de la causa o controversia se halla relacionada con la lesión a derechos sobre el bien colectivos y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes este representa”.²⁵

El caso en los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, la existencia de causa o controversia “no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho”.²⁶

23. Considerando 12, voto mayoritario.

24. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 105.

25. Considerando 11.

26. Considerando 13.

Recapitulación

Desde el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva como así también frente al surgimiento de conflictos que involucraron situaciones del género que debían ser dirimidos en sede judicial, resultó claro el sinsentido de exigirle al legitimado que demuestre ser titular de la relación jurídica que busca discutir y nos obligó a revisar las clásicas enseñanzas en cuanto a la necesidad de separar ambas nociones y aceptar que podía existir legitimación en la causa sin que necesariamente el sujeto resultara titular del derecho que se pretendiera defender.²⁷

Con el surgimiento de estos nuevos derechos, y sobre todo, frente a la posibilidad de debatir sobre ellos –con el fin de reconocerlos– en un proceso judicial, la legitimación procesal y el caso judicial se transformaron en la clave colectiva. Surge una legitimación anómala en la que la idea tradicional de caso circunscripta a la actuación procesal de los titulares de la relación jurídica sustancial se escinde para dar cabida a nuevos sujetos procesales que actuarán como representantes del colectivo damnificado.

27. Verbic, Francisco, *op. cit.*, p. 57.

Capítulo II

El afectado del artículo 43 de la Constitución Nacional

El segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional confiere legitimación para promover acción de amparo en defensa de los derechos de incidencia colectiva al afectado.

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

En este capítulo se pretende delinear a este legitimado, entender quién sería el afectado de los derechos colectivos que podría presentarse ante un juez para exigirle decida sobre un derecho social o de grupo.

Naturaleza jurídica del afectado

Cuando se dictó la norma, y durante algún tiempo, no existió una opinión doctrinaria uniforme respecto del “afectado” que legitimaba la Carta Magna. Maximiliano Torricelli clasificó a los autores en tres posiciones, una restringida en la que enroló a Rodolfo Barra, Osvaldo Gozaíni y Silvia de Caeiro, una amplia seguida por Néstor Sagüés, Augusto Morello, Germán Bidart Campos, Roberto Dromi, entre otros, y una amplísima seguida por Eduardo Jiménez y Andrés Gil Domínguez.²⁸

Quiénes consideraban que el afectado era el titular de un derecho o garantía personal, propio, directo; es decir, el titular de un derecho subjetivo, conformaban la tesis restringida. Rodolfo Barra, refiriéndose a las modificaciones introducidas por la última reforma de la Constitución, en análisis del segundo párrafo del artículo 43 sostuvo que la norma constitucional creó dos tipos de legitimados especiales,

28. Toricelli, Maximiliano, “La legitimación en el artículo 43 de la Constitución Nacional”, en Toricelli, Maximiliano (coord.), *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pp. 50-52. Del mismo autor “Los alcances del artículo 43, párrafo 2, ¿Una doctrina consolidada?”, en *LL*, Suplemento de Derecho Constitucional, 09/09/97.

el Defensor del Pueblo y las asociaciones, conservando al que podemos denominar “legitimado natural” que es el afectado, es decir, el titular del derecho diferenciado en condiciones de alegar el padecimiento de un agravio, también individualizado. Consideraba que el afectado no era otro que el efectivo titular del derecho agraviado porque no era posible considerar legitimada a una persona que no pudiera acreditar un perjuicio concreto, susceptible de generar un caso en la tradicional concepción del artículo 116 de la Constitución. Para así concluir se valía de la letra de los artículos 43 y 116 de la Constitución en lectura conjunta e integrada, entendiendo que ninguna norma de la Constitución prevalece sobre otra, sin poder suponer que el constituyente pueda haber incurrido en contradicciones o incongruencias.²⁹

Gozáini consideraba que la norma constitucional únicamente había extendido la calidad de sujetos exponenciales –en el amparo– a las asociaciones que propendan a fines ligados a los derechos de incidencia colectiva y al Defensor del Pueblo, posibilitando –sin llegar a consagrar un derecho subjetivo a la pura legalidad– que determinados sujetos no vinculados estrictamente a una concreta relación material puedan, sin embargo, deducir la acción.³⁰

De acuerdo a la posición amplísima, el “afectado” sería aquel que actuaba en el solo interés de la defensa de la legalidad, en la aplicación o restablecimiento del ordenamiento jurídico, en la actuación del derecho subjetivo.³¹ Enfrentando el argumento, Bidart Campos señaló que la interpretación del término afectado como sujeto con legitimación procesal para promover el amparo no debía equipararse a la admisión lisa y llana de la acción popular. En efecto, en tanto la acción popular legítima a cualquier persona, aunque no titularice un derecho, ni sea afectada, ni sufra perjuicio, la legitimación del afectado presupone que, para ser tal, el derecho o el interés que se alega al iniciar la acción de amparo tiene

29. Barra, Rodolfo C., “La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional”, en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo 1*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, pp. 601, 602, 606, 608.

30. Gozáini, Osvaldo A., “El poder cautelar de los jueces”, en *LL 30/08/2005-E.*; Comentario a Fallo JFedSalta N° 1, sentencia del 03/08/2005, “Unión de Consumidores de Argentina c. Telecom Personal S.A.; Telefónicas Móviles Argentina S.A. y Compañía de Teléfonos del Interior S.A.”.

31. Toricelli, Maximiliano, “La legitimación en el artículo 43...”, *op. cit.*, pp. 50-52.

que presentar un nexo suficiente con la situación personal del actor, que no requiere ser exclusiva de él. Tal nexo existe aunque sean muchas las personas que se encuentran en una situación equivalente porque comparte un derecho o interés que les es común a todas.³² Asimismo, cuando el tema fue tratado en la Comisión de Redacción constituyente de 1994 no figuraba la expresión “el afectado”. Tan es así que dado que algunos convencionales tenían dudas sobre el alcance de esta legitimación,³³ en el plenario se propuso incorporar la palabra “afectado” en lugar de “también” para evitar que se entendiera que se estaba consagrando una acción popular.^{34 35} De hecho, al plasmar la expresión “toda persona” del primer párrafo, de haberse pensado en una acción popular, hubiera sido sobreabundante haber incluido al Defensor del Pueblo o a las asociaciones especiales entre los sujetos legitimados y no tenía sentido el mencionar en forma expresa al “afectado”.³⁶

Para la tesis amplia el afectado no era solamente quien tenía un derecho subjetivo lesionado sino que comprendía a los portadores de un interés legítimo o simple (Néstor P. Sagüés). Quien se encontraba aquejado o molestado por una acción u omisión arbitraria que lesionara o amenazara los derechos o intereses mencionados en el artículo 43 de la Constitución Nacional (Morello, Ekmekdjian).³⁷ Estaba bien exigir la pertenencia del derecho o del interés que invoca, pero esa pertenencia no se esfumaba ni desaparecía cuando cabía hablar de una cotitularidad en un interés difuso o colectivo o común, porque quien alegaba su cuota parte en él estaba postulando, simultáneamente, lo que le pertenece subjetivamente y lo que comparte con otros.³⁸

En la clasificación de los derechos que la Corte de la Nación hace de los derechos en el citado fallo “Halabi” señala que en todos los supuestos la comprobación de la existencia de caso es imprescindible ya

32. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, T. II, 1998, p. 382.

33. 17ª Reunión Comisión de Redacción del 28/07/94, pp. 13 y 15.

34. Diario de Sesiones - 31ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 16/08/94, p. 4259.

35. Torricelli, Maximiliano, “Un importante avance en materia de legitimación activa”, 04/03/2009, LL 2009-B- 202.

36. Torricelli, Maximiliano, “La legitimación en el artículo 43...”, *op. cit.*, p. 47.

37. *Ibidem*, p. 51.

38. Bidart Campos, Germán J., “El acceso a la justicia...”, *op. cit.*, p. 20.

que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición,³⁹ con lo que derrumbó los argumentos de la tesis amplísima. Por su parte, cuando describió los derechos sobre bienes jurídicos individuales indicó que eran ejercidos por su titular –así se conformen litisconsorcios– y señaló que a esa categoría de derechos se refiere el párrafo 1 del artículo 43 y que la acción de amparo prevista en ese párrafo estaba destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos, caracterizada por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.⁴⁰ En contraposición, enumeró al Defensor del Pueblo, a las asociaciones que concentran el interés colectivo y al afectado para ejercer los derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos⁴¹ terminando con las especulaciones de la tesis restringida.

Reconocimiento jurisprudencial

La jurisprudencia, previo a la reforma constitucional; es decir, al reconocimiento expreso del afectado como legitimado colectivo, ya le había dado intervención al afectado en la protección de los derechos indivisibles. En la cautelar dictada en el fallo “Kattan Alberto y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional”,⁴² conocido como el caso de las toninas overas, dos particulares solicitaron la prohibición de cazar o pescar toninas overas en nuestro mar hasta tanto existan estudios acabados acerca del impacto ambiental y faunístico que dicha caza pudiera provocar. La acción fue motivada por dos autorizaciones dadas por el Poder Ejecutivo para pescar 14 toninas overas. Este fallo tiene cimera importancia, porque el cambio constitucional todavía no se había manifestado y el magistrado se vio en la necesidad de explicar el porqué de la apertura de intervención a dos particulares corriéndose con su decisión de los límites tradicionales de la legitimación. Se refirió a la

39. Considerando 9.

40. Considerando 10.

41. Considerando 11.

42. Cfr. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, “Kattan, Alberto E. y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia cautelar del 22/03/1983 y sentencia del 10/05/1983”, en *LL* 1983-D-568 y 1983-D-576, respectivamente. Disponible en: *LL online* (referencia: AR/JUR/2037/1983).

letra de la Ley N° 22421, llamada Ley de Conservación de la Fauna, la necesidad e importancia de que las leyes puedan mutar con los cambios sociales para que sean útiles. En lo específico consideró:

... que el administrado, en un Estado de Derecho, no actúa, solo pasivamente ante la administración y puede, o debe poder, por lo menos potencialmente, asumir la titularidad de situaciones activas ante ella [...] Si toda vez que el habitante quisiera protección para sus eventuales derechos estuviera necesitado de invocar un específico derecho subjetivo, el grueso de la legalidad administrativa quedaría fuera de su alcance, aun en la hipótesis de que el perjuicio o el daño fuese cierto o irreversible.

Ya en la sentencia sobre el fondo, el reconocimiento del derecho reposaba en los derechos implícitos reconocidos por el artículo 33 de la Constitución Nacional considerando que debía reconocerse a los actores el derecho a accionar⁴³. Estimó que el derecho de todo habitante a que no modifiquen su hábitat constituía un derecho subjetivo. Entendió que la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo, defender su “hábitat” constituía una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensas.⁴⁴

Asimismo, y al muy poco tiempo de la reforma constitucional se resolvió el caso “Schroeder, Juan c/ Estado Nacional Secretaría de Recursos Naturales s/amparo”⁴⁵ en el que se interpretó que resultaba procedente la legitimación activa del actor afectado, un vecino de la provincia de Buenos Aires que interpuso acción de amparo mediante la que solicitaba la nulidad del concurso nacional e internacional para la selección de proyectos de inversión, instalación y operación de plantas de tratamiento de residuos peligrosos tipificados en la Ley N° 24051 instruido por Decreto PEN N°22487/93. Si bien se descartó la falta de legitimación del actor porque su calidad de vecino no había sido cuestionada oportunamente, se resaltó que la reforma constitucional había consagrado expresamente que todos los habitantes gozaban del derecho

43. *Ibidem*. Considerando VI.

44. Cfr. Considerando XVIII.

45. CNFed.CAdm, Sala III, “Schroeder, Juan c/ Estado Nacional Secretaría de recursos naturales s/amparo”, sentencia del 08/09/94, en LL 1994-E-449.

a un ambiente sano, equilibrado y 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. Indicó que estableció una protección procesal especial para ese nuevo derecho así consagrado, mediante la acción de amparo que el nuevo diseño de la Constitución le confiere. Indicando también que cuando se trate de la protección de los derechos relativos al ambiente, la acción podía ser interpuesta por el afectado.

En la causa “Dalbón, Gregorio c/ gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”⁴⁶ se le reconoció legitimación al actor que solicitaba, mediante amparo, la remoción de carteles publicitarios emplazados sobre la avenida Lugones de la Ciudad de Buenos Aires. El fallo resaltó que el artículo 43 de la Constitución estatuyó un aumento de los sujetos legitimados con una legitimación procesal especial para los amparos en tutela de los derechos de incidencia colectiva en general. Y haciendo una enumeración de los sujetos enumerados en el artículo 43, segundo párrafo, otorgó legitimación al actor como afectado por ser ciudadano.

En el caso “Fernández Raúl c/ Poder Ejecutivo Nacional”⁴⁷ en el que el actor interpuso una acción de amparo contra una resolución del Ministerio de Economía que autorizaba el redondeo de las tarifas del transporte público de pasajeros de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires por encima del centavo, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal indicó que bastaba con que el actor, quien se había presentado como usuario de la red de subterráneos, se encuentre domiciliado en la ciudad y su lugar de trabajo se ubique también en ella. Concluyó que eso le alcanzaba para demostrar la calidad de afectado, requerida en el artículo 43 para promover una acción de amparo en los términos deducida y para reconocerle un interés suficientemente concreto, directo e inmediato, merecedor de tutela judicial en los términos del artículo 2 de la Ley N° 27.

En el caso “Youssefian Martín c/ Secretaría de Comunicaciones”⁴⁸ en el que el actor inició un amparo con el fin de que no se prorrogue el período de exclusividad a los titulares de las licencias del servicio básico

46. Juzg. Nac. Civil N° 54, sentencia del 02/09/1994, en LL 1997-F-221.

47. CNFed, Sala IV, sentencia del 05/08/1997, en LL 1997-E-535.

48. *Ibidem*, Sala IV, sentencia del 23/06/1998, en LL 1998-D-712.

telefónico porque estos no cumplieron con el trámite de audiencia pública de carácter previo y obligatorio, consideró que el actor como vecino de la ciudad y usuario de la telefonía pública podría verse afectado por la decisión atinente a la prórroga de la exclusividad en la prestación del aludido servicio, en el caso que ella se adoptara con desconocimiento de las normas constitucionales. Como así también que la posibilidad de no haberle previsto la posibilidad de intervención como usuario –garantizada en el artículo 42 de la Constitución– bastaba para reconocerle un interés suficiente concreto, directo e inmediato, merecedor de tutela judicial en los términos del artículo 2 de la Ley N° 27.⁴⁹

La jurisprudencia citada, de tribunales inferiores, muestra que la inclusión del afectado como legitimado no presentó mayores inconvenientes para ser aceptado. Encontró su admisión, aunque a veces forzándose un poquito las concepciones de raíz individual para ajustarlas al caso colectivo, haciendo del afectado un damnificado titular de intereses de grupo.

Definición del Máximo Tribunal: derecho indivisible e individual homogéneo

La CSJN, en “Daneri Jorge O. y otros s/ P.E.N. s/ recurso de hecho”,⁵⁰ caso en el que un grupo constituido por vecinos de la Ciudad de Paraná, abogados, legisladores, representantes de entidades ambientalistas y especialistas en temas ambientales, promovieron acción de amparo para obtener la declaración de invalidez del decreto que había aprobado los términos del estudio de factibilidad del proyecto de desarrollo para la zona de Paraná Medio porque carecía de dictamen y recomendación de la Comisión de Evaluación y seguimiento creada al efecto, señaló que el juego de términos jurídicos habitante y afectado utilizados por el convencional en los artículos 41 y 43 de la Constitución, permitía inferir que los habitantes cuyo medio ambiente se veía afectado por actos de autoridades públicas o privadas dictados con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta podían interponer acción de amparo. Cabe señalar que la decisión del presente no fue unánime, los doctores Eduardo Moliné O’Connor y Guillermo López disintieron. Advirtieron que la ampliación constitucio-

49. Considerando XXIV.

50. CSJN, sentencia del 23/05/2000. Disponible en: *LLonline* (Referencia: O4_323v1t243).

nal de los sujetos a quienes se reconocía legitimación procesal para deducir acción de amparo no llevaba la automática aptitud para demandar, que no podía avanzarse sin el examen previo de los recaudos habilitantes del ejercicio de la jurisdicción, es decir, la constatación respecto de la existencia de causa judicial y daño diferenciado. Con fundamento en el control referido señalaron que en el caso no existía agravio actual o inminente a los derechos que protegen el ambiente porque no se avizoraba la concreción de medida alguna que pudiese incidir en el sistema ecológico; que los demandados no habían demostrado tener un interés diferenciado del general en que se cumplan la Constitución y las leyes que los habilita a instar la jurisdicción. Asimismo indicaron que en los autos no había sido definida la relación existente entre el acto atacado y el riesgo de que se ocasione una lesión a los derechos de incidencia colectiva para que se habilite la acción de amparo, para concluir que el caso no existía interés concreto para demandar en los términos del artículo 43. No obstante la disidencia, el reconocimiento por parte de la mayoría sentó precedente.

La Corte Suprema repite y refuerza la doctrina de Daneri en la causa conocida como cuenca Matanza-Riachuelo,⁵¹ en la que un grupo de 17 vecinos domiciliados en la Capital Federal y en la provincia de Buenos Aires demandaron al Estado Nacional, a la provincia de Buenos Aires, al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y a 44 empresas que desarrollan su actividad industrial en las adyacencias de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo a fin de –entre otras pretensiones– dar término y recomponer el medio ambiente dañado. Encontrándose en juego el derecho a un ambiente sano que la Corte acogía exclusivamente, refiriéndose a la prioridad absoluta de prevenir, recomponer y luego resarcir cuando ha sido lesionado; hizo hincapié en los deberes de cada uno de los ciudadanos respecto al cuidado del ambiente como correlato de los mismos ciudadanos de disfrutar de un ambiente sano para sí y para las generaciones futuras. Si bien no hizo un análisis de la legitimación de los ciudadanos apersonados, claramente la exclusiva legitimación tradicional ligada a la concepción de caso individual ha cambiado y es natural y aceptado el interés de los nuevos sujetos para acercarse a los estrados de la justicia a reclamar por sus derechos.

51. CSJN, “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros”, sentencia del 20/06/2006, en LL 2006-D- 88.

La legitimación dibuja la competencia específica de alguien con relación al derecho para pedir tutela y ser escuchado.⁵² El afectado, como sujeto legitimado en la protección de los derechos de incidencia colectiva, va a variar de acuerdo al tipo de derecho que deba protegerse.

Para la protección de los derechos que participan de la cualidad indivisible no es afectado el sujeto particular y directamente lesionado; el “afectado” es cada sujeto que compone un grupo humano agraviado en ese derecho. Es afectado aunque personalmente no sume a ese perjuicio colectivo otro perjuicio personal y directo que sea diferente al de todos los demás. Es lo que los derechos colectivos indivisibles significan en la letra y en el espíritu del artículo 43. El aire, la atmósfera, el agua, y tantas otras cosas de titularidad indivisible y pluriindividual que suscitan en los sujetos una cotitularidad del derecho que es de cada uno y es de todos, que no pierde su esencia cuando el afectado es uno o cualquiera de ese grupo, sin la añadidura de un perjuicio personal y directo, porque personal y directo viene a ser el perjuicio compartido por todos en esa co-titularidad.⁵³

En el conocido fallo “Halabi”, la Corte señaló:

Que en materia de legitimación corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.⁵⁴

En todos los supuestos, la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional, art. 2 de la ley 27...) ya que no se admite una acción que permita el mero control de la legalidad de una disposición...⁵⁵ [...] los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el afectado.⁵⁶

52. Morello, Augusto M., “Legitimaciones plenas y semiplenas en renovado derecho procesal civil. Su importancia”, en Morello, Augusto M. (coord.), *La legitimación:..., op. cit.*, p. 77.

53. Bidart Campos, Germán J., “La legitimación del afectado en materia de Derecho Ambiental”, en LL 2004-D-787.

54. Considerando 9.

55. Ídem.

56. Considerando 11.

Indicó que la petición debía tener por objeto la tutela de un bien colectivo, que pertenezca a toda la comunidad, que es indivisible y no admite exclusión alguna y es por esa razón que se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección. Como consecuencia de las características particulares del derecho debatido “en este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes este represente”.⁵⁷

Respecto de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, también tienen al afectado como sujeto legitimado del mismo modo que los indivisibles.

En la doctrina constitucional tradicional la solución de casos que tenían muchas personas afectadas era resuelta a través de la doctrina de la ejemplaridad del precedente; es decir, del *stare decisis*. Sin embargo, esta situación requería que cada afectado iniciara una acción independiente y cumpliera con todas las etapas del proceso hasta obtener el reconocimiento de su derecho, a pesar de que contara con un precedente a su favor. Con el agravante que, en algunos casos, los costos de transacción del proceso judicial eran superiores a los beneficios que podían obtenerse con una decisión favorable.⁵⁸

El reconocimiento del derecho de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, y en consecuencia de las acciones que se ejercitan al efecto, sirve para evitar la reproducción innecesaria de idénticos procesos, como una solución de economía que beneficia a la clase afectada como directa perjudicada, evita el abarrotamiento judicial, y a la sociedad como receptiva de un correcto sistema de justicia, beneficiada ante el dictado de sentencias que protegen los derechos, en tiempos prudentes que son los de la verdadera justicia.

El afectado, legitimado de derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, será aquel que juntamente con otros ha sido afectado por el mismo hecho generador del perjuicio de una clase determinada, articulador de un proceso en defensa de este derecho en el que debe demostrar que actúa en representación del grupo y no en lo que como particular puede peticionar individualmente. El le-

57. Ídem

58. Sola, Juan V., “El caso Halabi y la creación de las acciones colectivas”, LL 2009-B-154.

gitimado debe ser parte del grupo o de la clase que se trate, es una pauta de legitimación extraordinaria que se ha fijado para definir quiénes son aquellos habilitados para demandar en nombre de la clase.⁵⁹

En el fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich”⁶⁰ también dictado con anterioridad a la reforma constitucional, el Máximo Tribunal se apartó de su criterio restrictivo de caso judicial abriendo el acceso y la legitimación extraordinaria para obrar. El actor, quien se sintió agraviado por manifestaciones irrespetuosas sobre la Virgen María vertidas en un programa de televisión que consideró agraviantes respecto de sus creencias religiosas, interpuso acción de amparo, la Corte entendió que

... la ofensa afecta la honra personal, por tanto a uno de los derechos subjetivos que mayor protección debe recibir por parte del ordenamiento jurídico [...] A diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal.⁶¹

Si bien la CSJN resolvió conflictos de clases, como el caso Monges,⁶² que fue uno de los primeros fallos de la Corte en el que un grupo de afectados obtuvo una sentencia favorable cuyos efectos se proyectaron al resto de la clase. Expediente en el que si bien se solicitó en el marco del procedimiento previsto por la Ley de Educación Superior, la nulidad de una resolución dictada por el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires dejó sin efecto la dictada por el Consejo Superior de la Facultad de Medicina por la que se creaba un curso preuniversitario de ingreso; la Corte resolvió el conflicto de toda la clase.

En la sentencia indicó que, sin perjuicio de la solución a la que se arribaba, dada la naturaleza de la materia que se trataba, correspondía declarar que la autoridad de sentencia debería empezar a regir para el futuro, con el fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto

59. Salgado, José María, *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 41.

60. CSJN, “Ermekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo y otros s. amparo”, sentencia del 07/07/92, en LL 1992-C-540.

61. Considerando 25.

62. CSJN, “Monges Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires”, sentencia del 26/12/1996, en LL 1997-C-150.

y ante la razonable duda generada por este, asistieron y aprobaron el curso de la Universidad o en su caso, el curso creado por la Facultad de Medicina. En tal sentido, cada estudiante podría proseguir hasta la conclusión el régimen por el que hubiese optado.⁶³

Otro fallo es el de educación mixta del Colegio Monserrat de Córdoba,⁶⁴ en el que los actores, padres de alumnos regulares del Colegio de Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, interpusieron amparo en los términos de los artículos 43 de la Constitución Nacional y los artículos 1 y 5 de la Ley N° 16986, a fin de obtener que el Consejo Superior de la citada Universidad se abstenga de aprobar el Proyecto de Ordenanza N° 02/97 en virtud del cual se transformaría a dicho colegio en un establecimiento de carácter mixto. El Sr. Juez de Primera Instancia hizo lugar parcialmente al amparo; a su vez, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, por mayoría, rechazó la acción de amparo en todos sus términos y declaró la validez de la ordenanza cuestionada en autos. Contra el pronunciamiento de la Cámara, los actores interpusieron el recurso extraordinario. Frente a la denegatoria del mismo interpusieron recurso de queja el que admitido, y mediante sentencia, confirma la dictada por la Cámara, declarando la validez de la ordenanza en cuanto había ordenado que las inscripciones en ese establecimiento se efectuaran sin distinción de sexo.⁶⁵

Es con el fallo “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04”⁶⁶ en el que reconoce expresamente la categoría de los derechos individuales homogéneos. En el caso confirió legitimación al actor, un abogado y usuario del sistema de telecomunicaciones que interpuso una acción de amparo para la anulación de la llamada ley espía⁶⁷ y del Decreto N° 1563/2004⁶⁸ reglamentario de esta última, en lo tocante a la responsabilidad de los prestadores de servicios de telecomunicacio-

63. Considerando 34 del voto mayoritario.

64. CSJN, “Gonzalez de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba S/ Amparo”, sentencia del 19/09/2000, en LL 2000-F-128.

65. Dictamen del Procurador y resolutive del voto mayoritario.

66. CSJN, Fallos: 332:128, “Halabi, Ernesto...” *fallo cit.*

67. Ley N° 25873, sancionada el 17/12/2004, promulgada de hecho el 06/02/2004, publicada en el BO N° 30335 del 09/04/2004, ADLA LXIV-A, 151.

68. Decreto N° 1563/2004, publicado en el BO N° 30523 del 09/11/2004, ADLA LXV-A, 109.

nes respecto de la captación y derivación de comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o Ministerio Público.

La Corte clasificó los derechos discutidos dentro de la categoría de los individuales homogéneos, e indicó que la pretensión del actor no se circunscribía a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos debatidos, era representativa de los intereses de la clase, conformada en el caso por todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también por todos los abogados.⁶⁹

Con el reconocimiento del derecho individual homogéneo y el reconocimiento de una legitimación representativa, rompió de manera expresa con la idea tradicional de caso construida hasta entonces.

Es esa misma sentencia la que indica que en estos supuestos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Advierte que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay 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 hace a la prueba del daño.⁷⁰

Es la misma Corte la que, ante la falta de legislación –mora que explícita en la sentencia– señala que la procedencia de las acciones que involucren estos derechos 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 justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

El fallo enseña que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas

69. CSJN, Fallos: 332:128, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04”, 24/02/2009.
70. Considerando 12.

y que pueden motivar acciones de la primera categoría. Para concluir que en estos supuestos, la existencia de causa o controversia, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.⁷¹

La legitimación del afectado en la defensa de los derechos individuales homogéneos quedó reconocida por la Corte en este fallo, señalándose en el mismo cuáles son los elementos con los que se conforma el caso sobre el que se puede decidir.

Con posterioridad a este precedente, la Corte dictó diferentes fallos de gran trascendencia, de los que a modo de ejemplo mencionaremos: el dictado en los autos “Lavado, Diego J. y otros c/ Provincia de Mendoza y otros”⁷² en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Poder Ejecutivo Nacional y al Gobierno de Mendoza, que en determinado plazo le comuniquen al Tribunal sobre las medidas que se habían llevado a cabo para cumplir las medidas cautelares dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del hacinamiento en las cárceles de Mendoza. Los reos que promovieron la acción aseguraron que la situación carcelaria no había cambiado e incluso indicaron que ocurrieron dos muertes por esa razón. La Corte afirmó que la orden no se realizaba en menoscabo de las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional ni en la autonomía de las provincias, sino con el fin de hacer cumplir la Constitución Nacional y evitar que se genere responsabilidad internacional por parte del país.

Y más cercano en el tiempo, el fallo dictado en la causa “Castillo Carina y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ Amparo”⁷³ en el que un grupo de madres de alumnos de escuelas públicas salteñas y la asociación Civil iniciaron acción de amparo colectivo contra la Provincia de Salta por medio de la cual plantearon la inconstitucionalidad del artículo 27, inciso ñ de la Ley Educación de la Provincia de Salta, Ley N° 7546, en cuanto disponía que la instrucción religiosa integraba los planes de estudio y se impartía dentro de los ho-

71. Considerando 13.

72. CSJN, sentencia del 13/02/2007, en LL 19/02/2007-7; LL 2007-B-5. Disponible en LL online (Referencia: AR/JUR/42/2007).

73. *Ibidem*, sentencia del 12/12/17, en LL 27/12/17-9. Disponible en LL online (Referencia: AR/JUR/88049/2017).

rarios de clase. Peticionaron el cese de la enseñanza católica en las escuelas y de toda práctica religiosa dentro del horario escolar. La Corte de Justicia de Salta confirmó la declaración de constitucionalidad del artículo 49 de la Constitución provincial y de los artículos 8 inciso m y 27 inciso ñ de la mencionada ley. Asimismo ordenó que las prácticas de usos religiosos tuvieran lugar únicamente durante el horario fijado para la enseñanza de la materia de religión, y que se arbitrara un programa de formación alternativo para quienes no desearan ser instruidos en la religión católica durante el horario escolar. Interpuesto recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó parcialmente la sentencia impugnada, declarando inconstitucional la normativa. Puede observarse que los fundamentos de la sentencia se centran en el conflicto de la constitucionalidad de las normas sin haberse detenido en el análisis de los legitimados. Los sujetos actores no fueron impugnados como tales y el máximo tribunal no se refiere a ellos en su sentencia, lo que no significa que no los hayan analizado como presupuestos necesarios de la petición; no obstante, las discusiones con relación al afectado se han diluido quedándole claro a los justiciables y a los tribunales, quienes detentan la calidad de sujetos legitimados para intervenir en defensa de estos derechos.

Recapitulación

Si bien, conforme con la tradicional construcción de caso, el término afectado era fácilmente confundible con el titular de un derecho subjetivo, se desprende de la doctrina y de la jurisprudencia que el afectado no es el particular damnificado. El afectado como sujeto legitimado fue definiéndose de la mano de derecho colectivo que se encontrase vulnerado.

El afectado, respecto del derecho de incidencia sobre bienes colectivos de característica indivisible, sería quien se encuentre menoscabado en ese derecho, teniendo esa calidad cada sujeto dañado en un derecho que es de todos en el todo y que por tal motivo no puede fraccionarse. La pretensión debe tener como objeto ese bien, que para reforzar su protección goza de una legitimación extraordinaria. La prueba de caso o controversia en este supuesto se encuentra relacionada a la lesión del derecho indivisible que se pretende proteger.

Respecto del derecho de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, son las mismas características del derecho las que tornan razonable el resarcimiento en un solo pleito. Cuando se pretenda sobre estos derechos, el Afectado será quien forme parte de una clase o grupo que ha sido damnificado por el mismo hecho que ha perjudicado su grupo. El afectado del pleito es quien se presenta como representante del colectivo acreditando la existencia de la causa común que hace razonable la realización de un juicio con efectos expansivos para todo el colectivo. La prueba que el afectado haga de los elementos homogéneos es esencial para su intervención y consecuentemente para la construcción del caso judicial.

Capítulo III

Defensor del Pueblo, sujeto legitimado

Más dudas y preguntas surgieron respecto de los legitimados reconocidos por ley y que por su propia Naturaleza quedaba claro que no eran los titulares de los derechos subjetivos ni parte de la relación jurídica sustancial convirtiéndose en referentes de la ampliación del concepto de legitimación conocido hasta entonces y de la nueva construcción de caso o causa sobre las que el Poder Judicial puede decidir. En este capítulo recorreremos las desavenencias del Defensor del Pueblo hasta ser reconocido como legitimado y la redefinición de caso tradicional a colectivo a la que contribuyó su actuación.

Naturaleza jurídica de la institución

El Defensor del Pueblo u *Ombudsman* –como suele llamárselo en el mundo– quiere decir *hombre que da trámite*, y está referido a la persona que busca dar trámite y proteger los derechos de los individuos.

El origen del Defensor del Pueblo se remonta al 1660. La institución suele remontarse a figuras afines de antigua data, como el *Nomofilax* griego.⁷⁴ También refiere al Justicia Mayor de Aragón o *Sahib-Al-Mazlain* de la España musulmana, juez de extraordinarias y excepcionales facultades y atribuciones, nombrado por el Sultán para la especial tarea de sustanciar las quejas de contrafuero o agravio de autoridades y empleos públicos.⁷⁵

El Justicia Mayor de Aragón surge como un largo proceso de resistencia de la nobleza aragonesa al ejercicio del omnímodo poder real. Nace como un claro movimiento de presión para actuar en representación de la clase cuando veía perjudicados sus derechos adquiridos en una interpretación perjudicial por los peritos en leyes que trabajaban al servicio del Rey. La institución evoluciona hacia una inamovilidad

74. Gozáini, Osvaldo A., “El ‘ombudsman’”, en LL 1983-D-840.

75. Barraza, Javier I. y Schafrik, Fabiana H., *El control de la Administración Pública*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 195.

y obligatoriedad de sus sentencias, incluso para el Rey, así como que su responsabilidad fuese exigible ante las cortes, lo que parece situarlo claramente como un instrumento de defensa de los derechos de la nobleza frente al Rey. En primer momento surgió para defender a la nobleza, pero se proyectó para salir en auxilio de todos los ciudadanos.⁷⁶

No obstante lo referenciado, hay quienes afirman que sus antecedentes se remontan al año 1660 con la creación de la figura del *Grand Senechal*, en Suecia, cuya misión fundamental era vigilar, bajo la autoridad suprema, el buen funcionamiento y administración de justicia en el reino –recuérdese que en la antigua monarquía sueca, la justicia y la administración no se encontraban separadas y constituía la judicatura una función esencial del rey–. Este funcionario recibía la información de los diferentes tribunales y señalaba al rey las faltas y negligencias que constataba en los jueces inferiores, proponiendo las eventuales reformas.⁷⁷ La prolongada ausencia del monarca Carlos XII en el reino le hacía virtualmente imposible un adecuado control de gestión; instituyó la existencia del Canciller de Justicia como su representante, con el fin de que supervise la actuación de los funcionarios de la administración. La figura adquiere consagración constitucional más tarde en la Carta Fundamental de 1809, con el nombre de *justitieombudsman*. Posteriormente, hacia 1915, se designa en ese país la figura del *Militieombudsman*, con el objeto de descargar al *ombudsman* del control referido a los asuntos del ejército. Finalmente, en 1968 se designó un tercer *justitieombudsman*, ya que al decir de Francisco Astarloa Villena, con ese mismo nombre se designó desde entonces en Suecia al encargado de los temas militares. Se unificó el nombre pero se dividieron las funciones entre los tres.⁷⁸

Sobre lo que no hay dudas es que ha nacido para controlar el funcionamiento de los poderes del estado en resguardo de los derechos de los ciudadanos. Es la sublime misión de defender las libertades de

76. *Ibidem*, p. 196 citando a Gamiz Valencia, Carmen, “El Defensor del Pueblo en España”, en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XLVII, N° 4, 1981, pp. 349-355.

77. Legrand, André, “L’Ombudsman scandinave”, París, Librairie Générales de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 23, citado por Damsky, Isaac A. en *El defensor del pueblo* (“Reflexiones acerca de su función promocional del cambio”) en *JA* 1997-II-991.

78. Jiménez, Eduardo P. y Gil Domínguez, Andrés, “El defensor del pueblo en Argentina y Perú: dos propuestas constitucionales latinoamericanas”, en *LL* 1997-F-1431.

los administrados frente a los atropellos estatales, la que la mayoría de los regímenes políticos modernos han encomendado al *Ombudsman*.⁷⁹

Surgió para integrarse a los cuerpos existentes de control, y con sus medios, a provocar una nueva fórmula de opción: un nuevo carril de información para el ciudadano; una corriente generadora de participación, remozando el intento aperturista que ello provoca y alentando, en definitiva, una suerte de gran defensa frente a los órganos de gobierno.⁸⁰

Ser el “mediador” entre la sociedad y la administración o poder político es la función principal que corresponde a un *Ombudsman* que se pone en contacto diariamente con las vulnerabilidades de la sociedad, con las necesidades de sus miembros y con las injusticias que provoca el uso abusivo del poder, tanto público y privado como político y económico. Solo así estará en condiciones de brindar una radiografía sobre el estado social de un país y sobre el grado de reconocimiento y respeto de los derechos de quienes lo habitan. Se trata de que el Defensor del Pueblo no puede adoptar una actitud conformista ante la patología que llega a su conocimiento. Debe estar comprometido con una visión de la sociedad más justa que permita la dignificación del ser humano y actuar sobre los factores que distorsionan los valores en una comunidad. Debe ser un innovador, casi un rebelde con causa; porque quien ejerce esta responsabilidad no puede menos que ser rebelde frente a las injusticias que su trabajo le muestra.⁸¹

Para la protección de los derechos en juego, el artículo 14 de la Ley N° 24284 lo faculta para realizar

... cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos.

79. Maiorano, Jorge L., “Alternativas para el establecimiento del ombudsman en América Latina”, en LL 1990-C-1015.

80. Gozaíni, Osvaldo A. “Técnica y contenido del defensor del pueblo (Ombudsman)”, en LL 1988-E-851.

81. Maiorano, Jorge, “Defensoría del pueblo de la nación (camino se hace al andar...)”, en LL 1997-E- 1591.

Esta actividad investigadora la puede iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte –persona física o jurídica– afectada por los actos, hechos u omisiones referidos. No constituye un obstáculo para ello la nacionalidad, residencia, internación en centro penitenciario o reclusión y cualquier relación de dependencia con el Estado (art. 18).

Las quejas deben ser interpuestas por escrito y con la firma del interesado hasta dentro de un año calendario desde la producción del acontecimiento, su tramitación es gratuita y no requieren patrocinio letrado para su admisión y tratamiento (art. 19). Ante el supuesto que lo requerido no se encuentre bajo la competencia del Defensor o si se formulara fuera del tiempo indicado, está facultado para derivar la queja a la autoridad competente informando de tal circunstancia al interesado (art. 20). Admitida la queja debe promover la investigación sumaria para su esclarecimiento dando cuenta de su contenido al organismo o entidad pertinente a fin de que por medio de autoridad responsable y en el plazo de 30 días se remita informe por escrito (art. 9 Ley N° 24379 modif. del art. 23 de la Ley N° 24284). Todos los organismos, entes y sus agentes, están obligados a prestar colaboración a la Defensoría del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones, de lo contrario incurren en el delito de desobediencia que prevé el artículo 239 del Código Penal, y de persistir la actitud entorpecedora por parte de cualquier organismo, puede ser objeto de un informe especial además de destacarla en la sección correspondiente del informe anual (Ley N° 24379, art. 10 modifica al art. 24 de la Ley N° 24284). También puede pedir la intervención de la justicia para obtener la remisión de la documentación que le hubiera sido denegada por quienes estaban obligados a proporcionarse, según artículo 25 de la Ley N° 24284, modificada por artículo 11 de la Ley N° 24379.

En Argentina primero surgieron los Defensores del Pueblo locales, provinciales y/o municipales; luego de varios intentos frustrados, el Poder Legislativo Nacional sancionó el 1° de diciembre de 1993 la Ley N° 24284⁸² que reglamentó la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo a nivel nacional. Esa ley fue promulgada por el Poder Ejecutivo el día 2 de diciembre, mediante Decreto N° 2469/93, pero la necesidad de introducirle algunas modificaciones llevó al Congreso

82. Ley N° 24284, sancionada el 01/12/1993, promulgada el 02/12/1993, publicada en el BO N° 27780 del 06/12/1993.

Nacional a sancionar la Ley N° 24379,⁸³ aprobada el 28 de septiembre de 1994 y promulgada mediante Decreto N° 1756/94. Entre las fechas de sanción de ambas normas (diciembre de 1993 y septiembre de 1994) se produjo la reforma de la Constitución Nacional que incorporó la Institución en el artículo 86.⁸⁴

El artículo 86 de la Constitución Nacional facultó al Defensor para actuar en la protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución Nacional y las leyes, ante hechos actos u omisiones de la Administración. A pesar de la ubicación en la órbita del Poder Legislativo, el Defensor del Pueblo es un órgano independiente dotado de plena autonomía funcional que no recibe instrucciones de ninguna autoridad motivo por el que se considera que es un órgano extrapoder.

Eduardo Jiménez y Andrés Gil Domínguez sostienen que los órganos extrapoderes son aquellos que pueden manejarse con independencia de criterio; es decir, con autonomía funcional, aun cuando se encuentren en la órbita de alguno de los poderes tradicionales. Para esta interpretación son extrapoderes el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura, los Jurados de Enjuiciamiento, la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo; en cambio serían intrapoderes aquellos que están subordinados al titular del poder como lo son el gabinete y su jefe y la Comisión Bicameral Permanente. La diferencia entre los órganos extrapoderes y los intrapoderes radica en la capacidad que tiene el titular del poder respectivo para asumir las tareas encomendadas a su subordinado, resulta claro que en los extrapoderes esta asunción está prohibida.⁸⁵ La independencia de su función se preserva por la autonomía que cobra respecto del organismo que lo designa. En general, y siguiendo el arquetipo clásico, el *ombudsman* es seleccionado por el Poder Legislativo, pero no depende de este, más allá del informe anual que debe presentarle a modo de rendición de cuentas de su gestión⁸⁶ en el que traduce un balance de

83. Ley N° 24379, sancionada el 28/09/1994, promulgada el 11/10/1994, publicada en el BO N° 27994 del 12/10/1994.

84. Bulat, Sergio, "El Defensor del Pueblo de la Nación y la defensa del medioambiente", en JA 1998-IV- 938.

85. Jiménez, Eduardo P. y Gil Domínguez, Andrés, "El defensor del pueblo en Argentina...", *op. cit.*

86. Gozaíni, Osvaldo A., "Técnica y contenido...", *op. cit.*

la situación del país y sobre lo que más afecta a la gente.⁸⁷ El informe configura la mayor contundencia crítica, y aquel que contiene mayor fuerza disuasoria en el ánimo de los funcionarios incorrectos, quienes para evitar su mención en dicho resumen de actividades, se ocupan de prevenir sus actos de modo más natural y eficiente.⁸⁸

No todos los autores estuvieron de acuerdo en que la Institución del Defensor del Pueblo era un órgano extrapoder. Carlos Salvadores de Arzuaga manifestó que si bien no forma parte del Congreso, la misma norma dice que fue creado en su ámbito: “es un ‘órgano del Congreso’ y actúa como un ‘delegado’ de este en las actividades de investigación que desarrolla”. Consideró que aunque es independiente, fundamentalmente como resultado de la estabilidad que tiene su titular, fruto de las mayorías agravadas para su designación y remoción (dos tercios de los votos de los miembros presentes de cada Cámara) y por la duración en el cargo (cinco años con la posibilidad de una reelección); ninguna de esas características permiten calificar al Defensor del Pueblo como órgano extrapoder, más aun cuando las funciones que le asigna la Constitución son natas del Poder Legislativo.⁸⁹ Roberto Dromi y Eduardo Menem ubicaron a la institución

... dentro del Congreso de la Nación [...] El Defensor del Pueblo, el *ombudsman*, no tiene personalidad jurídica propia, no es una entidad jurídica, no es una persona de derecho, no es un ente demandable, no es un nuevo poder, no es un órgano extrapoder; es un órgano independiente, pero independiente funcionalmente que está instituido en la órbita del Congreso de la Nación.⁹⁰

Legitimado colectivo: El camino recorrido en la construcción de “caso”

Con el fin de cumplir con la defensa de los derechos fundamentales, la reforma constitucional de 1994 le otorgó al Defensor del Pueblo

87. Bulat, Sergio, “El Defensor del Pueblo de la Nación...”, *op. cit.*

88. Gozaíni, Osvaldo A., “Técnica y contenido...”, *op. cit.*

89. Salvadores de Arzuaga, Carlos, “Los controles institucionales en la Constitución reformada”, en JA-1996-I-843.

90. Dromi, Roberto y Menem, Eduardo, *La Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, p. 1.

legitimación procesal como una herramienta más para la protección de los derechos, en virtud de la cual puede interponer acciones judiciales.⁹¹ El párrafo segundo del artículo 86 de la Constitución Nacional dice “el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal”.

No obstante el reconocimiento constitucional de legitimación procesal, el Defensor del Pueblo no tuvo una aceptación lisa y llana en los procesos. Las características propias del proceso tradicional se encontraban arraigadas en el razonamiento judicial.

Conforme lo ya referido en el desarrollo del Afectado, que exista una causa o controversia judicial es un principio cardinal de nuestro sistema judicial. Con la enumeración de los sujetos legitimados del artículo 43, el texto reformado de la Constitución amplía el concepto de legitimación conocido hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico, al reconocérsela a sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa y, en consecuencia, tampoco titulares de la relación jurídica sustancial. Es el artículo 86 de la norma fundamental el que le confiere al Defensor del Pueblo su identidad institucional. La derivación de tal precepto es que se trata de un órgano que integra la trama de controles horizontales y que ha sido dotado de una legitimación especial en la que prevalece el rol que juega en el sistema y los objetivos para los que ha sido creado. Por ello, y descartando la concepción clásica, no integra la relación jurídico sustancial, sino que actúa en nombre y representación de aquellos que sí la conforman y que son los que sufren la afectación a sus derechos como consecuencia de hechos, actos y normas que eventualmente involucran tanto al Estado como a particulares.⁹²

El Defensor del Pueblo encontró reconocimiento en los tribunales inferiores, quienes dictaron diversos y variados fallos considerándolo legitimado para la protección de los derechos de incidencia colectiva. No obstante la nueva redacción del texto constitucional que legitima al Defensor del Pueblo, y la apertura de la judicatura en general, en un comienzo la Corte Suprema de la Nación falló muy apegada a la jurisprudencia tradicional que exigía el cumplimiento del principio referido y

91. Cayuso, Susana, “El Defensor del Pueblo de la Nación. Consecuencias de su reconocimiento constitucional”, en *LL* 14/07/2008-1.

92. Ídem.

rechazó diversas acciones de amparo interpuestas por el Defensor del Pueblo en la ausencia de causa o controversia judicial concreta.⁹³

En “Consumidores Libres”,⁹⁴ uno de los primeros fallos dictados después de la reforma, en el que se discutía respecto de derechos de los consumidores, que fue interpuesta por una asociación a la que se adhirió el Defensor del Pueblo, la Corte, si bien hizo alusión a que la Constitución había reconocido legitimación a sujetos potencialmente diferentes a los afectados en forma directa, señaló que de esa ampliación constitucional no se seguía la automática aptitud para demandar sin examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción. Indicó que no había sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de causas, entendidas como aquéllas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas. Que la incorporación de los intereses difusos a la protección constitucional en nada enervaba la exigencia de exponer cómo tales derechos se ven lesionados por un acto ilegítimo o por qué existía una seria amenaza de que ello ocurra, a los efectos de viabilizar la acción de amparo. Como consecuencia de lo manifestado, sentenció que no podían admitirse los agravios del Defensor del Pueblo en cuanto había expresado que se incluía un recaudo que ni la ley ni la Constitución exigían para habilitar su actuación en sede judicial, la acreditación de un perjuicio. La Corte señaló que la protección de los intereses generales no impedía verificar si habían sido lesionados por un acto legítimo o existía amenaza de que lo sean. Parte de los fundamentos se centraron en que como regla un daño es abstracto cuando el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumpla la Constitución; para concluir que desde esta perspectiva no señalaron el perjuicio invocado ni tampoco de qué modo este incidía en el derecho de los usuarios en cuyo interés se declaró haber dictado el acto

93. Rivera, Julio C.; Rivera, Julio C. (h), “La Tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional”, en *LL* 2005-B-1053.

94. CSJN, “Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Previsión de Servicios de Acción Comunitaria”, sentencia del 07/05/98, *LL* 1998-C-602; 1998-F, 76; *DJ* 1998-2-820.

cuestionado. Como puede observarse hay un razonamiento confuso que mezcla presupuestos requeridos para el amparo individual como así también para la construcción del caso individual; en especial la exigencia de agravio diferenciado exigido por parte del demandante.

En el caso “Rodríguez”⁹⁵ un grupo de legisladores, a los que se había adherido el Defensor del Pueblo, plantearon una acción de amparo contra los decretos mediante los que se decidía la concesión de los aeropuertos nacionales e internacionales, ante un Juzgado Nacional de Primera Instancia. Toda vez que dicha acción fue acogida en ambas instancias judiciales, el Poder Ejecutivo planteó recurso extraordinario. Mientras el recurso extraordinario se encontraba sin resolver, el Poder Ejecutivo ratificó los decretos mediante decreto de necesidad y urgencia. Frente a esto, el mismo grupo de legisladores promovió una nueva instancia judicial lo que dio lugar en la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal a la formación del expediente N° 7054/9 “Nieva, Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional. Decreto N° 375/97 s/ amparo Ley N° 16986”, donde, citado el Defensor del Pueblo por la jueza a cargo, compareció y adhirió a la pretensión de los actores y fue tenido como parte. La magistrada hizo lugar a la medida peticionada y ordenó al Poder Ejecutivo la suspensión de los actos. Disconforme con la medida, el Estado Nacional dedujo recurso de apelación, pero sin perjuicio de ella, se presentó directamente en autos con el objeto de plantear la incompetencia y falta de jurisdicción de la magistrada para entender en la causa y subsidiariamente, recurso extraordinario ante la Corte Suprema contra la medida cautelar en esos autos. Si bien es un caso complejo, en lo pertinente, la Corte siguió argumentando de acuerdo al caso individual señalando que frente a la tacha de inconstitucionalidad de decretos –de la naturaleza del impugnado– introducida por parte de quien demuestre la presencia de un perjuicio directo, real y concreto –actual o en ciernes– la cuestión sería indudablemente justificable y el Poder Judicial competente para resolver el caso planteado en los términos de la Ley N° 27.

95. *Ibidem*, “Rodríguez, Jorge en: Nieva Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 17/12/1997, en LL 1997-E-884.

En el caso Defensor del Pueblo de la Nación c/Poder Ejecutivo Nacional,⁹⁶ el Defensor del Pueblo promovió amparo, invocando la protección de los derechos de incidencia colectiva, contra el Poder Ejecutivo Nacional buscando la declaración de inconstitucionalidad del decreto que elevó la alícuota del IVA que tributaban las prestadoras de medicina prepaga a la general de 21% mientras que el Congreso había establecido una reducida. La Corte, sin expedirse sobre el fondo, rechazó la legitimación procesal del Defensor para la pretensión dejando sin efecto la sentencia del inferior. Para así decidir manifestó que si bien el artículo 86 de la Constitución Nacional prescribía que el Defensor del Pueblo tenía legitimación procesal, no significaba que los jueces no debían examinar, en cada caso, si correspondía asignarle el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustente la pretensión, exigible en todo proceso judicial. Asimismo, indicó que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor constituía un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que debía ser resuelto por el tribunal porque la justicia nacional nunca procedía de oficio y solo ejercía jurisdicción en los casos contenciosos en que era requerida a instancia de parte.⁹⁷

En el fallo “Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero c/ Provincia de Tucumán y otro”,⁹⁸ si bien se trata de la actuación de un Defensor de provincia quien promovió una acción de amparo para recomponer el ambiente alterado por el volcado de residuos industriales y afluentes cloacales de la provincia de Tucumán que afectaban los ríos que llevaban aguas a su dique, y que la misma fue rechazada con fundamento en que la legitimación del Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero excedía su ámbito de aplicación con fundamento en que la Constitución de la provincia y la ley de creación de la defensoría circunscribían su actuación a la protección de los derechos individuales y de la comunidad frente a hechos, actos u omi-

96. *Ibidem*, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 21/12/2000, Hutchinson, Tomás (dir.), *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de análisis jurisprudencial, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2003, p. 571. Disponible en *LL online* (Referencia: AR JUR/5565/2000).

97. Considerando 6 del voto mayoritario.

98. CSJN, sentencia del 11/03/2003. Disponible en *LL online* (Referencia: AR/JUR/6332/2003).

siones de la administración provincial; la Corte Nacional se ocupó de señalar respecto de la legitimación del defensor, que los jueces deben examinar en cada caso si corresponde asignarle el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que sustenta su pretensión como es exigible en todo proceso judicial. Asimismo resaltó que la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor constituía un presupuesto necesario para que exista caso o controversia.⁹⁹

La doctrina especializada, en general, rebatió el argumento que exigía que el Defensor del Pueblo deba ser titular de la relación jurídica por contradecir la propia esencia de la legitimación que detentaba.¹⁰⁰ Circunscribir la legitimación del Defensor del Pueblo a la idea tradicional de caso o controversia era utilizar una teoría creada para la defensa de los derechos subjetivos de los particulares o de grupo.

Los procesos colectivos tienen características particulares que lo separan del proceso individual clásico; el legitimado para actuar en uno u otro difiere, puesto que los derechos que se encuentran en juego así lo requieren. En la protección de los derechos de incidencia colectiva se habilita una legitimación extraordinaria o anómala puesta en cabeza del Defensor del Pueblo. En el razonamiento tradicional no estaría legitimado el Defensor del Pueblo aunque se trate de reclamos que trasciendan, afecten o puedan afectar a la sociedad.

En la conocida causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”,¹⁰¹ la Corte le reconoció expresa legitimación como tercero interesado, por tratarse de un proceso promovido con anterioridad por otro de los titulares habilitados, haciendo referencia a la facultad otorgada por la Constitución en el artículo 86 en particular para la recomposición del ambiente y la normativa ambiental. En el caso, después de que el Tribunal desestimara la intervención requerida por el Defensor del Pueblo de la Nación como *amicus curiae* y ante la nueva presentación en la que esgrimía su legitimación procesal como parte e introducía otras pretensiones con las que ampliaba la demanda, con arreglo en lo dispuesto en el artículo 86

99. Considerando 2.

100. Jeanneret de Pérez Cortes, María, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones”, en *LL 19/03/2003*, p. 4.

101. CSJN, Fallos: 331:1622, sentencia del 08/07/2008.

de la Constitución Nacional, en el artículo 30 de la Ley N° 25675, y de conformidad con el artículo 41 de la Ley Suprema, la Corte hizo lugar parcialmente a la petición mediante pronunciamiento del 24 de agosto de 2006. Tras señalar que el presentante no estaba facultado para alterar el contenido objetivo y subjetivo dado por los demandantes a su pretensión admitió su participación como tercero interesado. En lo pertinente en la resolución referida señaló:

Que la conclusión alcanzada respecto de la inadmisibilidad de la ampliación de demanda perseguida no conlleva a denegar la participación en el sub lite requerida por el defensor del pueblo de la Nación, pues una decisión en ese sentido sería frustratoria de las facultades procesales reconocidas a dicho órgano por el art. 86 CN y, con particular referencia a causas en que se persigue la recomposición del ambiente dañado, por la ley 25675, en cuyo régimen está típicamente reglada la intervención como terceros de los sujetos legitimados cuando se trata de un proceso promovido con anterioridad por otro de los titulares habilitados (arts. 30, 31 y 32). De allí que, en definitiva, corresponda admitir la participación del defensor del pueblo de la Nación como tercero interesado en los términos de la ley 25675 y de acuerdo con lo previsto en el art. 90 CPCCN.¹⁰²

Un avance más hacia el reconocimiento expreso de la legitimación del Defensor del Pueblo como representante de un derecho del que no es titular ni sobre el que ha sufrido un perjuicio particular se manifestó en los autos “Defensor del Pueblo de la Nación - inc. decreto 1316/2002 vs. Estado Nacional - decretos 1570/2001 y 1606/2001 s/ amparo ley 16986”.¹⁰³ En este juicio el Defensor del Pueblo de la Nación promovió una acción de amparo solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la normativa de emergencia que impuso restricciones a los depósitos bancarios. El Juez de primera instancia admitió la demanda. Apelada la sentencia, la Alzada la confirmó al considerar que el Defensor poseía legitimación para promover el amparo. Asimismo, dispuso que cada ahorrista que se considerase con derecho a percibir su acreencia bancaria, debería concurrir a los jueces competentes a fin de realizar su reclamo patrimonial. El Estado nacional y el Banco

102. Considerando 5 de sentencia del 24/08/2006.

103. CSJN, Fallos: 330:2800, “Defensor del Pueblo de la Nación - inc. decreto 1316/2002 c/ Estado Nacional - decretos 1570/2001 y 1606/2001 s/ amparo ley 16986”, sentencia del 26/6/2007, en *DJ* 2007-II-1056; *LL* 2007-E-145.

Central de la República Argentina dedujeron sendos recursos extraordinarios. La Corte Suprema admitió los recursos y dejó sin efecto la sentencia cuestionada, al concluir que el Defensor carecía de legitimación para promover el amparo articulado. Si bien podría cuestionarse que los derechos discutidos eran derechos de incidencia colectiva, individuales homogéneos, y que la sentencia desecha la legitimación del Defensor por considerar que los derechos discutidos eran de carácter patrimonial puramente individuales cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los afectados;¹⁰⁴ lo cierto es que el fallo admite y explicita la existencia de una legitimación anómala respecto de los derechos supraindividuales e indivisibles frente a los que

... el antiguo ideal de la iniciativa procesal monopolísticamente centralizada en manos del único sujeto a quien el derecho subjetivo “pertenece” se demuestra impotente frente a los derechos que “pertenecen”, al mismo tiempo, a todos y a ninguno. Es por esta razón que cuando el valor en juego es lo colectivo, debe existir la posibilidad de construir nuevos tipos de tutela (conf. Mauro Cappelletti, Formaciones sociales frente a la justicia civil, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XI, Números 31-32, Enero-Agosto de 1978, págs. 7 y sgtes; Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparativist's Contribution, Buffalo Law Review, Vol. 25, págs. 643 y sgtes.). Precisamente en la búsqueda de estos nuevos tipos de tutela es que el constituyente previó una legitimación anómala, extraordinaria, diferente de la general, que, como se ha expresado, se caracteriza por la circunstancia de que resulta habilitado para intervenir en el proceso un sujeto que no es el titular de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito.¹⁰⁵

En septiembre de 2007 la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace lugar una medida cautelar¹⁰⁶ en el marco de una acción iniciada por el Defensor del Pueblo de la Nación en representación de los habitantes

104. Considerando 12, 13 del Voto mayoritario; Considerando 9, 10 del voto del Dr. Fayt; considerando 12 del voto del Dr. Maqueda quien señala que los derechos reclamados son derechos primordialmente patrimoniales, excluidos, en principio del ámbito de actuación del Defensor.

105. Considerando 10 del Voto de las juezas de la Corte de la Nación, Elena Highton y Carmen Argibay.

106. CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN M° Planificación SE - Resol. 1169/08 745/05 y otras s/ Proceso de Conocimiento”, sentencia del 18/09/2007, en LL 2007-F-111; DJ 2007-III-683.

de la región sudeste del Departamento General de Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de la provincia del Chaco, en su mayoría perteneciente a la etnia Toba. El Defensor demandó al Estado Nacional y Provincial por la situación de emergencia extrema de la comunidad afectada, y reclamó por las necesidades básicas y elementales insatisfechas como consecuencia de la inacción del Estado Nacional y Provincial y el incumplimiento de ambos de las obligaciones que emanaban de las leyes vigentes, de la Constitución Nacional, de los tratados internacionales y de la Constitución de la Provincia del Chaco. La Corte, dejando de lado sus precedentes, sin referirse expresamente a estos, hizo lugar a la medida cautelar solicitada dando por implícita la legitimación del sujeto colectivo actuante.

Pero es en el fallo “Halabi” en el que la Corte, en la clasificación que hace de los derechos, enumera expresamente a los sujetos legitimados para ejercerlos. Respecto de los derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos señala expresamente que son ejercidos por el Defensor del Pueblo indicando que debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo razón que ocurre cuando este pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección explicando que, en estos tipos de derechos, la prueba de causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo. Para concluir que “Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo [...] y ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales”.¹⁰⁷

Respecto de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, es el mismo fallo Halabi el que los clasifica como derechos de incidencia colectiva reconocidos en el artículo 43 constitucional. El fallo relata que en la legislación extranjera –la *Class Actions* norteamericana, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código de Consumidor y la Ley N° 8079 de Brasil– prevén acciones para la defensa de los derechos individuales homogéneos¹⁰⁸ concluyendo que en el caso a juzgar, se trataba de derechos de incidencia colectiva referente

107. Considerando 11.

108. Considerandos 17, 18.

a intereses individuales homogéneos,¹⁰⁹ y que era perfectamente aceptable en nuestro ordenamiento que los legitimados del artículo 43 –afectado, Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones– deduzcan una acción colectiva con análogas características a la existente en el derecho norteamericano.¹¹⁰ Con este fallo la Corte da expreso reconocimiento a los derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos y las acciones para su protección, y si bien en el caso la acción la inició el afectado, el fallo enumera a todos los legitimados extraordinarios habilitados para interponerla refiriéndose expresamente al Defensor del Pueblo, despejando cualquier duda que hubiera existido con anterioridad.

La actuación del Defensor del Pueblo hasta el año 2009 fue muy prolífica, lo que impulsó a que la Corte de la Nación fuese adaptando las definiciones, creadas para los casos individuales, a los nuevos procesos de masas. No obstante, todo el progreso se vio cuando menos ralentado con la renuncia del Defensor del Pueblo el 23 de abril de 2009, lo que se agravó aún más porque no se activaron procesos de selección y designación de un nuevo Defensor. La Comisión Bicameral del Congreso prorrogó en sus cargos a los Defensores adjuntos hasta diciembre de 2013 y desde esa fecha hasta el presente no existe ni Defensor del Pueblo titular ni adjunto. La Defensoría del Pueblo se encuentra hoy a cargo de un Secretario Administrativo, violando la Constitución por omisión y sobre todo, los derechos de los miembros de la sociedad que se encuentran acéfalos de su abogado natural en la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.¹¹¹

A modo de ejemplo mencionaré alguno de los casos en los que intervino: Cámara 3ª de Apelaciones en lo criminal de General Roca, “Defensor del Pueblo de la Nación doctor Jorge L. Maiorano” sentencia del 25/08/1995 La Ley 1996-A, 747; “Frías Molina, Nélida N. c/ Instituto de Previsión Social”, sentencia del 21/03/95, JA 1995-III-187; CSJN, “Frías Molina Nélida

109. Considerando 14.

110. Considerando 19.

111. Conforme art. 86 de la Constitución Nacional.

N. c/ Instituto Nacional de Previsión Social”, sentencia del 12/09/1996, Fallos: 319-1828; CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional dec. 1527/98 s/ Amparo ley 16986”, sentencia del 21/12/2000, Fallos: 323:4098; “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (monotributo) dto. 885/98 s/ Amparo - ley 16986” (sentencia del 21/08/2003, Fallos 326:2777); CSJN, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud”, sentencia del 18/12/2003, La Ley, 204-D-30; CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro”, sentencia del 24/05/2005, La Ley 2005-F, 349; La Ley 2005-C, 791; DJ2005-2, 483; CSJN, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones - resolución 2926/99”, sentencia del 31/10/2006, La Ley cita Online AR/JUR/6299/2006.); CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación - inc. decreto 1316/2002 c/ Estado Nacional - decretos 1570/2001 y 1606/2001 s/amparo ley 16986”, sentencia del 26/06/2007, La Ley 2007-E-145; CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - PEN - Ministerio de Economía y Obras y servicios públicos”, sentencia del 11/08/2009, La Ley 28/8/2009, 7 - Sup. Adm. 2009 (setiembre), 61 DJ28/10/2009, 3040.

La omisión en la designación del Defensor del Pueblo dio lugar a la acción de amparo interpuesta por la Asociación por los Derechos Civiles contra la Honorable Cámara de Senadores de la Nación quien debió hacerlo con el voto de las dos terceras partes de los miembros presente de cada una de las Cámaras. En primera instancia el planteo fue rechazado para ser admitido en grado de apelación en la Cámara Contencioso Administrativo Federal Sala III, quien revocó la sentencia de primera instancia e hizo lugar a la acción de amparo por haberse incurrido en una omisión inconstitucional, exhortando al Congreso de la Nación al cumplimiento de la obligación de designar Defensor del Pueblo según lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Nacional. Para así decidir señaló que se encontraba verificada la existencia de una omisión antijurídica de autoridad pública de carácter manifiesta en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, por haberse excedido todo plazo razonable para el cumplimiento del mandato constitucional, que lesiona y restringe en forma actual derechos y garantías reconocidos en su propio texto. Señaló que la razón de que el organismo se encuentre a cargo de su Subsecretario General no se compadece con los requerimientos constitucionales y legales que regulan la institución. La omisión del mandato constitucional en el caso se encuentra manifies-

tamente evidenciada. Se trata de una inconstitucionalidad por omisión de uno de los poderes del Estado, sobre cuyo control la Excma. Corte de Justicia de la Nación también ha sentado pautas en diversos precedentes.¹¹² El mismo día de la sentencia referida, 18/08/2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo CEPIS¹¹³ señaló que la vacancia del Defensor del Pueblo como órgano legitimado en la tutela de incidencia colectiva repercutía negativamente en el acceso a justicia de un número indeterminado de usuario y en consecuencia exhortó al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Nacional.¹¹⁴

Recapitulación

Más allá de la triste vacancia actual y retomando nuestro eje de investigación, es la propia naturaleza del Defensor del Pueblo la que revela que detenta una legitimación anómala toda vez que, en ejercicio de sus funciones, en la defensa de los derechos de incidencia colectiva, no será nunca el titular de la relación jurídica sustancial. Es la función de la institución la que lo impulsó para intervenir en defensa de los derechos de la sociedad como su abogado y representante natural, y son los artículos 86 y 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional los que lo facultaban expresamente para hacerlo.

Si bien la Corte falló en un comienzo muy apegada a su doctrina tradicional, lo que violentaba la propia esencia de la legitimación que detentaba, fue mutando hacia el reconocimiento de este legitimado y consecuente redefinición del “caso” o “causa” a clave colectiva, hasta reconocerle la legitimación que la misma Carta Fundamental le otorga.

112. Cámara Contencioso Administrativo Federal Sala III, “Asociación por los Derechos Civiles y otros c/ EN - Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/ Amparo ley 16986”, sentencia del 18/08/2016. Disponible en *LL Online* (Referencia: AR/JUR/55200/2016).

113. CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18/08/2016, en *LL 2016-E-46*.

114. Considerando 45 del voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco, 44 del voto de Maqueda y 39 del voto de Rosatti.

Capítulo IV

Las asociaciones legitimadas para la protección de derechos colectivos

El segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución también confiere legitimación para promover amparo contra cualquier tipo de discriminación, para tutelar el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor y cualquier otro derecho de incidencia colectiva, a las asociaciones que propendan a esos fines.

En mérito a la redacción constitucional en este capítulo nos ocuparemos de referir las condiciones necesarias para que, en la pretensión sobre derechos colectivos, las asociaciones sean reconocidas como legitimadas.

Controversia respecto de la ley reglamentaria

El artículo 43 de la Constitución Nacional indica que

... podrán interponer acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el 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.

La ley a la que hace referencia la norma constitucional no ha sido sancionada hasta la fecha a pesar del tiempo transcurrido desde la reforma, extremo que al comienzo dividió a la opinión de la doctrina con relación a la operatividad y el alcance constitucional.

De una interpretación literal era fácil estimar que no era suficiente que las asociaciones se constituyan como personas jurídicas (sea conforme al Código Civil o a la ley comercial) y tengan mencionadas las finalidades en sus estatutos; que sería necesario además, el dictado de una ley especial que lleve un control de las asociaciones habilitadas para interponer acción de amparo cuando no sean afectadas en forma

directa, pues en ese caso se encontrarían habilitadas por lo preceptuado en el primer párrafo de la norma mencionada.¹¹⁵

Sabsay y Onaindia coincidían en que se imponía para las asociaciones intermedias que tengan por objeto la defensa de los derechos colectivos el requisito de registración que sería objeto de una regulación legal.¹¹⁶

Gozaíni decía que era la definición constitucional la que decidía la suerte constitucional de estos organismos: “solo aquellos legalmente constituidos serán reconocidos para la defensa de los derechos de incidencia colectiva”.¹¹⁷

Toricelli manifestó que no bastaba con que las asociaciones posean en sus estatutos como finalidad la protección de los derechos de incidencia colectiva para concederle legitimación procesal; era necesario además que estén registradas conforme a la ley.¹¹⁸

Para el maestro Sagüés, de acuerdo a la redacción del artículo 43 de la Constitución, había dos sujetos –el afectado y el Defensor del Pueblo– que pueden promover amparo y respecto de ellos la norma constitucional es directamente operativa. En cambio, no lo era en cuanto a las asociaciones, puesto que si no había norma que las regulara, había que esperarla para que la entidad se organice y registre específicamente, y así adquiriera legitimación, sin embargo, proponía como forma de superación del escollo el planteo de inconstitucionalidad por omisión en la interposición del mismo amparo que se articule.¹¹⁹

Por otro lado, y en grupo mayoritario, estaban quienes estimaban inmediatamente operativa la legitimación reconocida a las asociaciones del párrafo 2 del artículo 43 de la Constitución Nacional. Explicaban que en la medida en que la asociación esté constituida conforme a la ley –no la ley reglamentaria a la que se refiere el artículo 43– en donde figure dentro de su objeto social la protección de los intereses a

115. Toricelli, Maximiliano, “La legitimación activa en el artículo...”, *op. cit.*, en Toricelli, Maximiliano, *El amparo constitucional...*, *op. cit.*, p. 70.

116. Sabsay, Daniel A.; Onaindia, José Miguel, *La constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Errepar, 1994, p. 153.

117. Gozaíni, Osvaldo A., *El derecho de amparo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 135.

118. Toricelli, Maximiliano, “La legitimación activa en el artículo 43...”, *op. cit.*, p. 70.

119. Sagüés, Néstor, *Acción de amparo*, Buenos Aires, Astrea, 3ª edición actualizada y ampliada, 1991, pp. 675-676.

que hace mención el párrafo segundo del artículo 43, estas entidades poseían legitimación procesal.

Decía el maestro Bidart Campos que la norma habilitaba a las asociaciones con la condición de que estén registradas conforme a la ley, pero mientras a falta de ley no estén registradas, daba por cierto que existan con alguna formalidad asociativa de la que surjan sus fines para que su legitimación les sea reconocida judicialmente. Afirmaba que la norma constitucional del artículo 43 era directamente operativa, lo que significaba que aun en ausencia de ley reglamentaria surtía su efecto tutelar y debía ser aplicada por los jueces.¹²⁰

En opinión de Morello y Sbdar, se trataba de una determinada modalidad de registración de las asociaciones que propenden a la tutela de derechos de incidencia colectiva, pero en tanto el Poder Legislativo no sancionase el pertinente texto legal, negarle legitimación neutralizaría los efectos de la fuerza protectoria de derechos consagrados en el segundo párrafo del artículo 43. Entendían que una interpretación respetuosa de la finalidad misma de la garantía del amparo y de la fuerza normativa de la Constitución llevaban a admitir la legitimación de todas aquellas asociaciones que, en defensa del grupo o sector que representan, promovieran un amparo colectivo, aun cuando no estuvieren registradas por no existir todavía la correspondiente reglamentación, siempre y cuando acreditaran que su objeto constitutivo y actividad desarrollada sea la tutela de los derechos de incidencia colectiva que motivan el amparo.¹²¹ Para estos autores, las garantías funcionaban aun cuando la ley reglamentaria de la registración de las asociaciones no hubiera sido dictada por el Congreso.

Para Nicolau, en el estado de omisión legislativa solo debía exigírseles que estén constituidas como personas jurídicas. De tal modo la registración sería satisfecha con la inscripción en el registro de personas jurídicas.¹²²

Al poco tiempo de la reforma, Quiroga Lavié opinaba que si el Congreso demoraba en demasía la reglamentación legal para que las

120. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Comentada...*, op. cit., pp. 383-385.

121. Morello, Augusto M. y Sbdar, Claudia B., *Acción Popular...*, op. cit., pp. 89, 90, 91.

122. Nicolau, Noemí L., "Posibilidades que ofrece la acción de amparo para la protección y defensa del consumidor", en Toricelli, Maximiliano, *El amparo constitucional...*, op. cit., p. 114.

asociaciones puedan estar en juicio, los tribunales de justicia no podían dejar de reconocer habilitación a toda aquella asociación que, gozando de personería jurídica, tenga en su finalidad institucional reconocida la misión de defender los derechos de incidencia colectiva. Lo contrario importaría negar la supremacía de la Constitución por la simple voluntad omisiva del legislador.¹²³ Esto es lo que sucedió, puesto que aun cuando no se había sancionado la norma reglamentaria prevista constitucionalmente, tendiente a reglar la legitimación de las citadas asociaciones, las Asociaciones fueron admitidas como legitimadas.

Fue la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Asociación de Grandes usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ acción declarativa”,¹²⁴ quien reconoció la calidad de parte a la actora que perseguía la declaración de inconstitucionalidad de decretos provinciales en cuanto de ellos resultaba que los usuarios industriales de energía eléctrica del ámbito bonaerense debían abonar gravámenes cuando eran abastecidos por un prestador sujeto a jurisdicción nacional, a diferencia de lo que acontecía respecto de prestadores bajo jurisdicción provincial. Consideró el Tribunal:

... que el art. 43 de la Constitución Nacional (texto según la reforma de 1994), faculta para interponer acción de amparo “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general” a –entre otros– “las asociaciones que dependan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.¹²⁵ [...] que la demandante se encuentra entre esas asociaciones, pues ha sido creada por el decreto 1192/92 con la finalidad de proveer a la defensa de los intereses de sus asociados, que son precisamente los “grandes usuarios” de electricidad.¹²⁶

De acuerdo a este *leading case*, para nuestro máximo Tribunal no hizo falta la creación de una ley especial para reconocer la legitimación en la defensa de intereses colectivos.

123. Quiroga Lavié, Humberto, *Estudio analítico de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 93-94.

124. CSJN, sentencia del 22/04/1997, DJ 1997-2-428.

125. Considerando 3.

126. Considerando 4.

Las asociaciones tienen origen en un acto constitutivo emanado de sus miembros que resulta de la elaboración de un proyecto de estatuto o carta que habrá de proyectar la vida futura de la persona jurídica: “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución...”¹²⁷

Para la realización de los fines que como persona de existencia ideal se propone, goza de una capacidad que de acuerdo al principio de especialidad solo puede ejercerse en orden a los fines de su institución. Esos fines son aquellos que el Estado en su momento computó como conducentes al bien común, entendido como el que es propio de la comunidad, y que pertenece a los individuos como miembros de ella, no significa por esto que sea indispensable que la finalidad sea enteramente altruista o desinteresada, aunque sí debe tener algún beneficio general que justifique su reconocimiento. Se desprende entonces que al margen de los fines de su institución carece de toda capacidad, porque en verdad carece también de personalidad.¹²⁸

El repaso es válido para abordar a las asociaciones como sujeto legitimado anómalo. Las asociaciones como sujetos legitimados en la protección de los derechos de incidencia colectivas fueron tratadas en la Constitución conforme con las reglas del Código Civil.¹²⁹ En este orden de ideas, la ley de fondo interpretada en armonía con la letra constitucional nos ayudará a delinear a las asociaciones del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional.

De acuerdo a la doctrina referida en relación con la operatividad de la manda constitucional y la mayoría de las sentencias que han arrojado luz respecto de la legitimación de las asociaciones, han establecido la necesidad de que los derechos que se pretenden representar se encuentren previstos en la finalidad de la agrupación litigante, con un esquema mínimo de organización, preferentemente, con existencia de estatuto social, que a la vez permita cotejar las referidas metas institucionales.¹³⁰

127. Código Civil, art. 142.

128. Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Perrot, 1970, T. II, pp. 60-61, 93-94.

129. Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva, op. cit.*, p. 153.

130. Ídem.

En “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s/ amparo ley 16986”¹³¹ un grupo de entidades no gubernamentales que desarrollaban actividades contra la epidemia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, promovieron acción de amparo a fin de obligar al Estado Nacional a cumplir con la asistencia, tratamiento, rehabilitación y suministro de medicamentos a los enfermos que padezcan aquella dolencia. En el caso –que llega por recurso extraordinario al Máximo Tribunal– el dictamen del Procurador General de la Nación le recuerda a la Corte que ya había sostenido que la Constitución Nacional, en virtud de la reforma introducida en 1994, contemplaba nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores y, para ello, amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitó a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual, y le recuerda a la Corte que con ese argumento ya se había expedido para rechazar la falta de legitimación en “Aguerra”. Asimismo aclaró que, conforme surge de los estatutos de los amparistas, Asociación Benghalensis, Fundación Descida, Fundación para estudio e investigación de la Mujer (FEIM), Asociación Civil Intilla, Fundación RED, Fundación CEDOSEX (Centro de documentación en sexualidad), Fundación Argentina pro ayuda al niño con SIDA, y la Asociación Civil S.I.G.L.A., tenían por objeto la lucha contra el SIDA y, en consecuencia, estaban legitimadas para interponer acción de amparo contra las omisiones del Estado, por presunto incumplimiento de la Ley Nacional de Sida N° 23798 y de su Decreto Reglamentario N° 1244/91. En igual sentido, en los votos particulares de los miembros de la Corte se refieren a los fines de los estatutos de las asociaciones actoras:

... que los amparistas tienen legitimación para interponer la presente acción pues, queda probado en autos, que existen pacientes necesitados de los medicamentos cuya provisión se requiere (fs. 338) y asimismo, el objeto de la pretensión –suministro de medicamentos– queda comprendido dentro de los fines de sus estatutos.¹³² [...] teniendo en cuenta que aún no se ha dictado ley alguna que determine los requisitos de registración y formas de organización de las asociaciones, cuadra admitir a

131. CSJN, sentencia del 01/06/2000, en LL 2001-B-126.

132. Cfr. considerando 7 y voto de los Dres. Moliné O'Connor y Boggiano.

las demandantes para la promoción del amparo, dado que según surge de los objetivos establecidos en sus estatutos y actas inscriptas ante la Inspección General de Justicia de la Nación, protegen a quienes padecen SIDA al resguardar derechos tales como a la vida, la salud y a la dignidad, así como también la satisfacción del bien común.¹³³

En “Mignone, Emilio F. s/amparo”,¹³⁴ el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) dedujo acción de amparo contra el Estado nacional (Ministerio del Interior y Ministerio de Justicia de la Nación) para que se adoptaran las medidas necesarias a fin de garantizar el derecho de sufragio (art. 37 CN) respecto de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios de la Nación. Reclamó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3 inciso d) de la Ley N° 19945 (Código Electoral Nacional) porque resulta contrario al sistema republicano de gobierno, a la expresión de la soberanía del pueblo y al normal funcionamiento del sistema democrático. Los doctores Fayt y Petracchi, Boggiano, y Bossert en la redacción de sus respectivos votos, hicieron un análisis de los estatutos de la parte actora (Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS–) para encontrarla legitimada para la defensa de los derechos de incidencia colectiva discutidos en el caso. Los Dres. Fayt y Petracchi indicaron que la actora, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), era una asociación entre cuyos fines se encuentra según surge de su estatuto la

... defensa de la dignidad de la persona humana, de la soberanía del pueblo, del bienestar de la comunidad [...] promover o ejecutar acciones administrativas y judiciales destinadas a procurar la vigencia de estos principios y valores. Asumir la representación de personas o grupos afectados en causas cuya solución suponga la defensa de aquellos [...] bregar contra las violaciones, abusos y discriminaciones que afecten los derechos y libertades de las personas y de la sociedad por razones religiosas, ideológicas, políticas...¹³⁵

En este marco y a la luz de lo decidido por esta Corte, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina” y “Asociación Benghalensis y otros” correspondía concluir que la

133. Considerando 10 del voto Dr. Vázquez.

134. CSJN, sentencia del 09/04/2002, en LL 2002-C-377; LL 2002-E-135.

135. Voto de los Dres. Fayt y Petracchi, considerando 6.

actora se encontraba legitimada a demandar como lo ha hecho pues, con palabras de este último precedente, aquella no había ejercido sino el derecho que le “asiste para accionar para el cumplimiento de unas de las finalidades de su creación”. Para concluir que en íntima vinculación con la conclusión expuesta debía desecharse la idea de que en el presente no existía causa o controversia que habilite la intervención judicial pues, claramente, se configuraba un caso contencioso en los términos del artículo 116 CN y del artículo 2 Ley N° 27 toda vez que existía un perjuicio concreto y actual derivado del impedimento legal que se cuestiona.¹³⁶ Por su parte, en ese mismo fallo, el Dr. Boggiano en su voto analizó que habida cuenta de que el objeto de la pretensión quedaba comprendido dentro de los fines de los estatutos del amparista se imponía concluir que la actora tenía legitimación para interponer la presente acción y que el conflicto planteado constituía un “caso o controversia” en los términos señalados por la jurisprudencia de esta Corte, que requiere que se persiga en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas.¹³⁷ El Dr. Bossert señaló que el Centro de Estudios Legales y Sociales era una

... asociación cuyos objetivos eran entre otros la “defensa de la dignidad de la persona humana, de la soberanía del pueblo, del bienestar de la comunidad” con la facultad de “promover o ejecutar acciones administrativas y judiciales destinadas a procurar la vigencia de estos principios y valores, asumir la representación de personas o grupos afectados en causas cuya solución suponga la defensa de aquellos, [...] bregar contra las violaciones, abusos y discriminaciones que afecten los derechos y libertades de las personas y de la sociedad por razones religiosas, ideológicas, políticas”.¹³⁸

Analizó los derechos en juego, indicó que el análisis de la legitimación debía ser hecha en términos no restrictivos, la innecesariedad de correspondencia entre la asociación y cada uno de los perjudicados, que la reforma de 1994 había optado por ampliar la legitimación como medio para proteger los derechos en procura de una tutela más amplia respecto del conjunto de personas autorizadas para promover este tipo de acción para resaltar que la pluralidad de sujetos ubicados

136. Considerando 6.

137. Considerando 2.

138. Considerando 11.

en una misma situación de hecho se presentaba en el caso si se tenía en cuenta que los demandantes reclamaban la protección de un grupo abierto y al mismo tiempo limitado de individuos, constituido por aquellas personas que se encontraban detenidas y respecto de las cuales aún no se había dictado condena judicial dando por reconocida la legitimación en ese contexto.

En “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud s/ amparo- medida cautelar”¹³⁹ el expediente llega a la Corte por el Recurso Extraordinario interpuesto por el Ministerio de Salud de la Nación después de que la Cámara Federal de Apelaciones de Salta confirmara la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo iniciado por la Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta que declaró la nulidad de la resolución del Ministerio Público de la Nación respecto a los medicamentos de las enfermedades de esclerosis múltiples y síndrome desmielinizante aislado y excluía del tratamiento allí descripto a aquellas personas que en la provincia mencionada sufran de esclerosis múltiple sin haber tenido dos brotes o exacerbaciones en los dos últimos años o padezcan síndrome desmielinizante aislado y alto riesgo de conversión a esclerosis múltiple definida, sin perjuicio de las medidas que la administración nacional pueda adoptar a fin de verificar la certeza de las dolencias. El Máximo Tribunal se adhirió al Dictamen del Procurador General, aplica el criterio de Asociación Bengalhensis y confirma la legitimación de la Asociación Civil con fundamento en su carácter de titular del derecho de incidencia colectiva discutido en el caso –la defensa de los derechos de las personas con esclerosis múltiple– como parte del objeto de la asociación.

En “Mujeres por la Vida”¹⁴⁰ la Asociación peticionaba la declaración de inconstitucionalidad parcial del Programa Nacional de Salud Sexual y Responsable. El Dictamen del Procurador recordó que el artículo 43 de la Constitución reconocía expresamente, como legitimados para interponer la acción expedita y rápida de amparo, a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa –entre los que se encontraban las asociaciones– por el acto u omisión

139. CSJN, sentencia del 18/12/2003, *DJ* 2004-2-173, en *LL* 2004-D-30.

140. *Ibidem*, Fallos: 329:4593, “Mujeres por la vida. Asociación Civil sin fines de lucro - filial Córdoba c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, sentencia del 31/10/2006.

que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, entre otros, los de incidencia colectiva. Como también la reforma constitucional de 1994 amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitaba a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual recordando los dictámenes en ese sentido de “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina v. Provincia de Buenos Aires y otro s/acción declarativa”, “Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16986” y “Mignone” en los que el Máximo Tribunal también se expidió. Asimismo consideró que las conclusiones de tales precedentes eran aplicables al caso, porque la actora era una asociación entre cuyos fines se encontraba –conforme surgía de su estatuto organizativo– promover y defender el establecimiento de condiciones sociales que posibilitasen y favorecieran la efectiva prestación del derecho a la vida de la persona desde el momento de la concepción y el goce del respeto de su dignidad intrínseca a lo largo de la vida, circunstancia que permitía concluir que aquella se encontraba legitimada para demandar. La Corte se adhirió y remitió al Dictamen del Procurador.

En el caso “Ministerio de Salud y/o Gobernación”,¹⁴¹ la Corte de Justicia de la provincia de Salta, al revocar la decisión de la anterior instancia, rechazó la acción de amparo deducida por médicos del Hospital Materno Infantil y dos asociaciones profesionales contra la provincia de Salta que tiene por objeto que se diera solución a las graves insuficiencias de infraestructura, equipamientos, insumos y recursos humanos que padecía el Hospital Materno Infantil. Concretamente, los amparistas solicitaron que se condenara al Ministerio de Salud a tomar las medidas urgentes de reestructuramiento y reequipamiento general, la reconstrucción de quirófanos, reacondicionamiento de las salas de atención, incorporándose servicios de higiene adecuada, reportándose medicamentos indispensables, cubriéndose las mínimas exigencias requeridas por los Jefes de Servicio de las distintas áreas del Hospital. Contra dicha decisión la actora interpuso recurso extraor-

141. CSJN, Fallos: 329: 4741, sentencia del 31/10/2006.

dinario federal, cuya denegación originó la queja ante la Corte. En lo pertinente, la Dra. Argibay en su voto señaló que debería tomarse en cuenta que las asociaciones demandantes tenían por fin estatutario el de velar por las condiciones del ambiente hospitalario.¹⁴²

En el sonado caso “Mendoza, Beatriz”, acción por la cual se procuró recomponer el ambiente ante la existencia de contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo, varias asociaciones y fundaciones se presentaron como terceros con fundamento en el artículo 30 de la Ley N° 25675. Pidieron que se imponga una condena al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y varias empresas privadas, para que lleven a cabo acciones necesarias para el inmediato cese de la actividad contaminante y la recomposición del daño ambiental colectivo. La Corte Suprema¹⁴³ admitió la participación de cuatro entidades cuyos objetos o propósitos estaban relacionados con la protección del medio ambiente.¹⁴⁴ Con el mismo análisis e idéntico criterio, el tribunal denegó la participación en la controversia a otras tres organizaciones porque no surgía la necesaria vinculación entre los respectivos objetos estatutarios y la pretensión ventilada.¹⁴⁵

En fallos más recientes se mantiene la doctrina sentada. En el fallo “PADEC c/ Swiss Medical S.A.”¹⁴⁶ ratificó la legitimación de los sujetos del tercer sector cuando el objeto o finalidad societaria sea la de proteger los derechos discutidos en el caso colectivo. En el caso, la asociación “Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor” (PADEC) interpuso demanda contra Swiss Medical S.A. con el objeto de que se declarara la ineficacia de las cláusulas contenidas en el contrato tipo que vincula a la empresa con sus afiliados, en cuanto contemplaban el derecho de aquella a modificar unilateralmente las cuotas mensuales y los beneficios de los planes que ofrece, la eximía de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la impericia, culpa, dolo, imprudencia o negligencia de sus prestadores, así como de responsabilidad por la suspensión de servicios. Asimismo, la actora

142. Considerando 7.

143. CSJN, sentencia del 30/08/2006, en *LL* 2006-E-425.

144. Considerando 2.

145. Considerando 3.

146. CSJN, sentencia del 21/08/2013, en *LL* 2013-E-290.

solicitaba que se condenara a Swiss Medical S.A. a dejar sin efecto los aumentos del valor de las cuotas mensuales que habían sido dispuestos. Para reconocerle legitimación, La Corte señaló que la asociación actora tenía entre sus propósitos la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios tutelados por el artículo 42 de la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional y la defensa de los derechos de los consumidores cuando sus intereses resulten afectados y/o amenazados por lo que no se advierten óbices para que deduzca una acción colectiva de las características de la del expediente.¹⁴⁷

En consonancia con lo manifestado, en uno de los famosos casos dictados por el aumento de tarifas, se usaron los mismos fundamentos, pero para denegar la legitimación, en el fallo “Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ Amparo ley 16.986”.¹⁴⁸ En este caso, varios diputados, en ese carácter y como usuarios del servicio de energía eléctrica de la provincia de Buenos Aires promovieron acción de amparo con el objeto de que se declarara la nulidad de las resoluciones mediante las que se aprobó un aumento del cuadro tarifario de luz sin la realización de las audiencias públicas previas y solicitaron una medida cautelar previa de suspensión de los efectos de la resolución hasta la realización de la referida audiencia. La Corte indicó que sumarse como representante del colectivo de usuarios de energía eléctrica, importaba exorbitar las facultades del partido a competencias que la Constitución Nacional pone en cabeza de otra clase de personas jurídicas que tienen por objeto la defensa de los usuarios y consumidores, y olvidar que los partidos políticos existen por y para el régimen representativo, y en ese alto propósito no debían distraer esfuerzos ni recursos en la continua misión que les asiste para profundizar los derechos políticos de los ciudadanos y la calidad institucional dentro de una sociedad democrática.¹⁴⁹ Los diputados se valieron del reconocido acogimiento de las sociedades en estas acciones, pero le fue denegada toda vez que el sujeto legitimado

147. Considerando 13 del voto mayoritario. Asimismo ver considerando 7 del voto del Dr. Petracchi que señala que la asociación actora tiene por objeto la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios tutelados por el art. 42 de la Constitución Nacional y los tratados de jerarquía constitucional.

148. CSJN, sentencia del 06/09/2016, en *LL* 09/09/2016-12; *LL* 2016-E-211.

149. Considerando 26.

es un grupo del tercer sector que debe estar formado de acuerdo a las previsiones del Código Civil y que debe tener en sus finalidades la protección de los derechos de incidencia colectiva debatidos. Conforme lo referido, los fines de una asociación son un elemento constitutivo de la persona jurídica porque al margen de estos carece de toda capacidad, es que como persona jurídica nunca estará legitimada para actuar en una esfera ajena a la de sus finalidades.¹⁵⁰

Actuación en defensa de derechos de incidencia colectiva

Aparte de encontrarse prevista en el estatuto, la finalidad de las asociaciones legitimadas del artículo 43 constitucional debe ser la defensa de los derechos que se encuentren en juego en el pleito y siempre y cuando se trate de derechos de incidencia colectiva; así lo manda cuando dice:

... podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general [...] las asociaciones que propendan a esos fines.

Las asociaciones no se encuentran habilitadas para interponer amparo en resguardo de cualquier derecho, la legitimación anómala que surge del artículo 43 de la Constitución Nacional, se encuentra circunscripta a la tutela de derechos de incidencia colectiva. En consecuencia, no se encuentran legitimadas para actuar cuando la afectación no involucre discriminación, los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general.¹⁵¹ En este orden de ideas se ha permitido la participación de asociaciones, fundaciones, Organizaciones no gubernamentales; afirmación que sienta la Corte en los fallos citados.

Congruente con el criterio referido se han rechazado acciones interpuestas por asociaciones en defensa de derechos individuales, en las que, si bien podría discutirse que los derechos en juego hayan sido derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos de contenido

150. Rivera, Julio C., *Código Civil...*, op. cit., p. 141. Ver jurisprudencia citada por el autor.

151. Toricelli, Maximiliano, "Las asociaciones especiales y su legitimación", en RAP, N° 312, T. XXVI, Buenos Aires, Ediciones RAP S.A., 2004, p. 18.

patrimonial, lo que no se encuentra en duda es la doctrina señalada por la CSJN respecto a la necesaria existencia de derechos de incidencia colectiva para que la asociación sea una legitimada extraordinaria.

Así lo precisó el alto tribunal en diferentes juicios donde las asociaciones promovieron acciones en las que, considerándose que reclamaban por derechos puramente individuales, no se encontraban legitimadas para intervenir.

En el caso “Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c. AFIP s/ Amparo” partiendo de la necesaria existencia de caso que presupone la de parte, indicó que la parte debía demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente, que posean “suficiente concreción e inmediatez” para poder procurar dicho proceso a la luz de las pautas establecidas por la reforma constitucional de 1994 en los artículos 41 a 43 de la Constitución Nacional. Explicó que si bien la Constitución Nacional, tras la reforma constitucional de 1994, había ampliado el universo de los sujetos legitimados para accionar por la vía del amparo, que tradicionalmente estaba limitado a los que fueran titulares de un derecho subjetivo individual, esa amplitud no se había dado para la defensa de cualquier derecho, sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los mencionados en el segundo párrafo del artículo 43 del texto constitucional, es decir, los que “protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general”.¹⁵² Y siendo que, en el caso, la acción no había sido promovida en defensa de esos derechos sino respecto de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela correspondía exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, ya que la protección de esta clase de derechos se encontraba al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el artículo 43 de la Constitución Nacional declaró procedente el recurso extraordinario, y revocó la sentencia apelada rechazándose la acción de amparo interpuesta.¹⁵³

152. CSJN, “Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c/ AFIP s/ Amparo”, sentencia del 26/08/2003, JA 2003-IV-45. Cfr. Considerando 10 en LL 2004-A-95; DJ 2003-3-1031; IMP 2004-A, 564. Disponible en LL online (Referencia: AR/JUR/2467/2003).

153. Considerando 11.

En “Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional”¹⁵⁴ citando el fallo “Cámara de Comercio” precedentemente expuesto señaló que la acción de amparo, en este caso, también había sido deducida respecto de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela correspondía exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, por encontrarse la protección de esa clase de derechos al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el artículo 43 de la Constitución Nacional. Concluyendo que esas consideraciones conducían a negar legitimación procesal a la entidad actora para promover el amparo intentado en procura de una decisión judicial que declare la inconstitucionalidad de normas tributarias y su consiguiente inaplicabilidad al conjunto de sus asociados.

En “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Ministerio de Economía s/ amparo Ley”¹⁵⁵ y a pesar de que no había sido cuestionada la legitimación de la actora, la Corte manifestó que le resultaba aplicable la doctrina establecida por el Tribunal en “Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c. Estado Nacional s/amparo” y “Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcia. c. AFIP s/amparo” toda vez que la razón de la concurrencia de tal extremo configuraba un presupuesto para la existencia de “caso” o “controversia” que debía ser resuelto por los tribunales federales lo que determinaba que debiera ser igualmente examinada por el tribunal. Respecto a los derechos sobre los que podían defender señaló que los fundamentos de los precedentes citados le servían en el caso y conforme a estos, rechazó la acción de amparo interpuesta. Con idéntica línea de razonamiento, considerando que le resultaban aplicables los fundamentos esgrimidos en los fallos “Cámara de Comercio” y en “Colegio de Fonoaudiólogos” referidos y con esos argumentos se expidió en “Colegio de Abogados de Prov. de Buenos Aires c/ Administración Fed. de Ingresos Públicos”,¹⁵⁶ “Confederación Farmacéutica Argentina c/ Administración Fed. de Ingresos

154. Sentencia del 18/12/2001. Disponible en LL 2004-A-93.

155. Sentencia del 07/10/2003, en LL 2004-C-268. Disponible en LL online (Referencia: AR/JUR/2470/2003).

156. Sentencia del 07/10/2003. Disponible en LL online (Referencia: AR/JUR/2471/2003).

Públicos”,¹⁵⁷ “Colegio de Escribanos de la Capital Federal c/ Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”.¹⁵⁸

Causa fáctica común y otros requisitos respecto de los derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos

No obstante lo manifestado y con relación a los derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos, retomando la duda planteada en los casos referidos en el punto anterior, vale recordar que esos derechos se encuentran incluidos en la Constitución dentro de los derechos de incidencia colectiva en general pero que recién es en el caso Halabi que la Corte Suprema de Justicia de la Nación define sus características y señala que la prueba de la existencia de causa o controversia no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

La necesaria existencia de una causa fáctica común en la construcción del caso colectivo referente a derechos de individuales homogéneos quedó de manifiesto en diferentes fallos del Máximo Tribunal donde los legitimados eran asociaciones.

En el caso “Cavalieri, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ Amparo”,¹⁵⁹ el Superior Tribunal confirmó la sentencia que rechazó *in limine* la demanda de amparo entablada por una asociación de consumidores contra una empresa de medicina prepaga para que proveyera de equipos de ventilación mecánica y accesorios para el tratamiento del síndrome de apnea obstructiva severa a todos los afiliados que padecieran la enfermedad y requieran del tratamiento. El Tribunal señaló que en el caso no concurría el presupuesto mencionado en el precedente “Halabi” respecto de la verificación de una causa fáctica común ya que no se logró identificar la existencia de ese hecho que cause una lesión a una pluralidad relevante de sujetos. Señaló que de las constancias de la causa y de los dichos de los actores surgía que el afiliado solicitó la provisión del equi-

157. Sentencia del 07/10/2003. Disponible en *LL online* (Referencia: AR/JUR/2461/2003).

158. Sentencia del 07/10/2003. Disponible en *LL online* (Referencia: AR/JUR/2431/2003).

159. CSJN, “Cavalieri, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ Amparo”, sentencia del 26/06/2012. Disponible en *LL online* (Referencia RC J 5625/12).

pamiento necesario para el tratamiento de la afección que padecía y que la demandada no dio respuesta a su reclamo, pero que no se advertía que la situación planteada lesionara intereses individuales homogéneos que la asociación pueda válidamente defender, al no extraerse siquiera de manera indiciaria la intención de la prepaga de negarse sistemáticamente a atender a otros afiliados.

En el caso “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”¹⁶⁰ el Tribunal *a quo* consideró que el derecho invocado por la actora no constituía un derecho de incidencia colectiva. Por el contrario, entendió que eran patrimoniales y divisibles, que podían resultar contradictorios o confusos y que su homogeneidad era solo aparente. Indicó que no surgía del expediente que todos los afiliados hubieran avalado la promoción de la demanda. Señaló que el carácter divisible y no homogéneo de los intereses en juego determinaba la falta de legitimación de la actora para demandar la nulidad de las cláusulas contractuales. Por su parte, para sentenciar, la CSJN señaló que el objeto de la pretensión había quedado limitado a la supresión de los aumentos ya dispuestos en virtud de la cláusula contractual que originalmente habilitaba a la demandada a aumentar el valor de las cuotas mensuales que abonaban los afiliados cuya declaración de ineficacia se perseguía. Asimismo, indicó que para evaluar la legitimación de quien deduce una pretensión procesal resultaba indispensable en primer término determinar:

... cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte.¹⁶¹

Que en la categoría de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos referentes a intereses individuales homogéneos puede no haber un bien colectivo involucrado ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles; sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato

160. CSJN, sentencia del 21/08/2013, en LL 2013-E, 23/09/2013-290. Disponible en LL online (Referencia: AR/JUR/44235/2013).

161. Cfr. citando el Fallo “Halabi” en el Considerando 9.

tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay 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 hace a la prueba del daño.¹⁶² La Corte señaló que este tipo de acciones también procederían cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. En mérito a ello, el primer elemento es corroborar la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar. De tal manera la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ellos, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados o, en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de la parte y al mismo tiempo pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto.¹⁶³ Posterior al análisis referido señaló que en el caso se trataban de derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos y que se encontraban cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva toda vez que en el caso se cuestionaba el contrato tipo que suscribieron quienes se afiliaron a Swiss Medical S.A. para acceder al servicio de medicina prepaga en cuanto contem-

162. Ídem.

163. Considerando 10.

plaba el derecho de esta última de modificar unilateralmente las cuotas mensuales. Razonó que de esta manera existía un hecho único que sería susceptible de ocasionar una lesión al derecho de una pluralidad de sujetos; que la pretensión estaba concentrada en los efectos comunes para toda la clase y de no reconocerse legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permitía suponer que el costo que insumiría sería muy superior a los beneficios de un eventual pronunciamiento favorable.¹⁶⁴

Mantuvo y confirmó su doctrina en el resonado caso “CEPIS” en el que el Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) impulsó una acción de amparo colectivo contra el Ministerio de Energía y Minería de la Nación con el objeto de que se garantizara el derecho constitucional a la participación de los usuarios, y que en forma cautelar se suspendiera la aplicación del nuevo cuadro tarifario previsto por la resolución del Ministerio de energía, hasta tanto se diera efectiva participación a la ciudadanía. La sentencia de la Corte confirmó la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se había modificado el cuadro tarifario de servicio de gas natural sin cumplimiento del requisito de audiencia pública previa. En lo que se refiere a la legitimación, recordó que en recientes precedentes¹⁶⁵ había reconocido que, de acuerdo a las disposiciones del artículo 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encontraban legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, en la medida en que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes para toda la clase involucrada; y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretendía asumir.¹⁶⁶

164. Considerando 11.

165. CSJN, Fallos: 336:1236, “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”; Fallos: 337:196, “Unión de Usuarios y Consumidores”; Fallos: 337:753 “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa”.

166. Considerando 10.

Recapitulación

El sistema jurídico se fue haciendo eco del rol representativo que en el plano sociológico las asociaciones iban ganando¹⁶⁷ y si bien es la Ley Suprema de la Nación la que les ha reconocido legitimación para actuar en defensa de los derechos de incidencia colectiva en la última reforma constitucional, es la propia Corte Suprema quien a través de su doctrina ha delimitado su admisibilidad procesal de acuerdo a la capacidad con la que se han constituido como sujeto de derecho y a la finalidad que en su creación pretendieron, debiendo ser esta última idéntica al derecho colectivo que se pretende proteger en una acción de este tipo. Asimismo, es la misma Corte quien ha señalado los requisitos para su participación en la construcción de caso o causa cuando los derechos discutidos sean derechos de incidencia colectiva.

167. Caputi, M. Claudia, “Los alcances de la legitimación de las asociaciones”, en Comadira, Julio R. (dir.), *El derecho administrativo*, Buenos Aires, ED, 2000-2001, p. 797.

Capítulo V

El Ministerio Público, legitimado colectivo

La reforma constitucional de 1994 incorporó al Ministerio Público en la redacción del artículo 120 como órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la república. Está integrada por el procurador general y un defensor general de la Nación y demás miembros que la ley establezca, con inmunidad funcional e intangibilidad de sus remuneraciones. En este capítulo explicaremos por qué el Ministerio Público es un legitimado constitucional de los derechos de incidencia colectiva, y cuál ha sido su desempeño como tal todos estos años.

Naturaleza jurídica

La nueva redacción de la Carta Magna originó un debate doctrinario con relación a la naturaleza de este órgano¹⁶⁸ que ya había sido objeto de dudas doctrinarias. En el derecho vigente hasta la reforma de 1994 existían diferentes posiciones:¹⁶⁹ la primera, la tradicional, lo ubicó dentro del Poder Ejecutivo; la segunda, en el Poder Judicial; la tercera empleó el criterio de pertenencia institucional al Poder Legislativo, y la última, la que postuló la necesidad de articularlo como un órgano extrapoder.¹⁷⁰ Muchos autores en nuestro país, a su vez, se habían interesado por estas cuestiones; así, un grupo de estos consideró al Ministerio Público dentro del Poder Ejecutivo (Alsina, Jofré y Oderigo), en tanto otros autores lo habían incluido dentro del Poder Judicial (Palacio, Rubianes, Clariá Olmedo, Wilmart, Garro, De la Riestra, Bianchi, Ayarragaray, Avellaneda Huergo, Lapalma, Cortés, Segovia, Podetti, Barraquero,

168. Cafferata, Fernando J., *El Ministerio Público: un nuevo órgano de control del poder en la Constitución Nacional*, LL 1996-C-1341.

169. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada...*, op. cit., p. 359.

170. Cafferata, Fernando J., *El Ministerio Público: un nuevo órgano de control...*, op. cit.

Coussirat, Vannosi, Natale, entre otros).¹⁷¹ Bidart Campos rechazaba que dependiera del Poder Ejecutivo considerando que era un conjunto orgánico “extrapoderes”, auxiliar del Poder Judicial.

Haciendo referencia a la construcción doctrinaria manifestaba que nunca quedaron definitivamente definidas, y eran aproximaciones que en torno de la interpretación del derecho vigente debía efectuar la doctrina. Indicaba que la jurisprudencia de la Corte tampoco alcanzó a dilucidar el tema porque si bien registró casos que parecían demostrar no reconocer la dependencia del Ministerio respecto del poder ejecutivo Ej. Caso “Festorazzi”, sentencia del 07/09/1982, mediante la que levanta la suspensión que el ministerio de justicia había impuesto a un fiscal federal de cámara, también el caso “Virgolini, Julio”, sentencia del 16/12/1986, donde resuelve que los fiscales no podían ser enjuiciados por supuestos delitos contra el honor derivados del cumplimiento de sus funciones.¹⁷²

Con la nueva letra constitucional se reavivó la discusión sobre la naturaleza del órgano dando lugar a nuevos análisis doctrinarios. Gregorio Badeni estimó que la independencia funcional de los poderes del gobierno que le otorgaba el nuevo texto no lo transformaba en un cuarto poder u órgano extrapoder, explicó que se trataba de un organismo cuyas funciones ejercían en el ámbito de la actividad jurisdiccional del estado con objeto, entre otros, de controlar la actuación de los magistrados judiciales. El hecho de desarrollar su labor fundamentalmente en el ámbito jurisdiccional lo inclinó a sostener que se trataba de un organismo de control horizontal e intraórgano que formaba parte del Poder Judicial. Considerando que su rol residía en instar su aplicación por los jueces en el marco de un proceso judicial donde se desenvuelve el poder jurisdiccional de Estado infirió que la naturaleza de sus funciones ponía de relieve que se trata de un organismo independiente que funcionaba en la esfera del Poder Judicial.¹⁷³

El maestro Bidart Campos consideró que el órgano mantenía la naturaleza de órgano extrapoder al lado del Poder Judicial con una función controladora desde afuera de los tres poderes clásicos;¹⁷⁴ tam-

171. Ídem.

172. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada...*, op. cit., p. 360.

173. Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2ª edición ampliada y actualizada, T. II, 2006, pp. 1982-1897.

174. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada...*, op. cit., p. 361.

bién para Néstor Sagüés¹⁷⁵ detentaba esa naturaleza considerando que el texto no trataba de edificar un órgano soberano e irresponsable, pero sí un ente no dependiente de los restantes poderes del Estado.¹⁷⁶ Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya consideraron que junto con el Defensor del Pueblo tenían esa naturaleza por ser independientes sin injerencia de otro órgano en su composición.¹⁷⁷

Cabe advertir que aunque la mayoría de la doctrina comparte la naturaleza de extrapoder¹⁷⁸ y si bien cobró forma esa expresión, la misma encierra una cierta dificultad semántica, pues no cabe concebirlo como una institución extraña al poder dentro del Estado, que en cierta medida comparte; siendo preferible hablar de una magistratura particular situada al lado de los jueces, que cumple sus funciones propias en estrecha conexión con ellos pero con la necesaria independencia que requiere un órgano contralor.¹⁷⁹

También están quienes como Bianchi, Obarrio y Gelli, en opinión interpretativa de la cláusula constitucional, consideraron a la institución como un cuarto poder. Para llegar a esta conclusión, Bianchi analizó que el Ministerio Público poseía para sí una sección especial (la cuarta) dentro de la segunda parte de la Constitución. Que a diferencia de los órganos extrapoderes (Jefe de Gabinete, Ministros, Auditoría

175. Sagüés, Néstor P., “La Estructura de Poder”, en *Criterio*, Año LXVII, 22/12/94, p. 729, citado por Cafferata, Fernando J., *El Ministerio Público: un nuevo órgano de control*, *op. cit.*

176. Cafferata, Fernando J., *El Ministerio Público: un nuevo órgano de control*, *op. cit.*

177. Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional argentino*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. II, 2001, p. 1211. Cabe advertir que aunque la mayoría de la doctrina comparte la naturaleza de extrapoder (se suman a las opiniones reseñadas las de Jiménez, Eduardo Pablo; Gil Domínguez, Andrés. “El defensor del pueblo en Argentina y Perú: dos propuestas constitucionales latinoamericanas”, en LL 1997-F, 1431. Baeza, Carlos R., *Normas constitucionales argentinas*, Mendoza, Ed. Jurídicas Cuyo, 1999, p. 667; entre otros) y si bien cobró forma esa expresión, la misma encierra una cierta dificultad semántica, pues no cabe concebirlo como una institución extraña al poder dentro del Estado, que en cierta medida comparte; siendo preferible hablar de una magistratura particular situada al lado de los jueces, que cumple sus funciones propias en estrecha conexión con ellos pero con la necesaria independencia que requiere un órgano contralor (Monti, José L., “El Ministerio Público a la altura de nuestro tiempo”, en *ADLA*, 1998-A, p. 101).

178. Se suman a las opiniones reseñadas las de Jiménez, Eduardo P.; Gil Domínguez, Andrés. “El defensor del pueblo en Argentina y Perú: dos propuestas constitucionales latinoamericanas”, en LL 1997-F, 1431; Baeza, Carlos R., *Normas constitucionales argentinas*, Mendoza, Ed. Jurídicas Cuyo, 1999, p. 667; entre otros.

179. Monti, José L., “El Ministerio Público a la altura de nuestro tiempo”, *op. cit.*

General de la Nación, Defensor del Pueblo y Consejo de la Magistratura) que habían sido expresamente insertados por la Constitución dentro de una de las ramas de gobierno, el Ministerio Público estaba fuera de dichas ramas; por otro lado resaltó que era la propia Constitución la que lo caracterizaba como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera. A su vez, y si bien la interpretación de los constituyentes transcripta en el Dictamen de la Procuración del Tesoro N° 165 lo caracterizaba como extrapoder, le aseguró plena independencia tanto del Poder Ejecutivo como del Judicial.¹⁸⁰

Obarrio expuso que, tal como había quedado concebido en la Constitución Nacional, el Ministerio Público era el cuarto poder del Estado. Razonó que la inclusión del Ministerio Público en “Sección Cuarta” de la Segunda Parte, referida a las “Autoridades de la Nación”, así como el aserto de que sus funciones las deberá ejercer “en coordinación con las demás autoridades de la República”. Consideró claro que la expresión “autoridades” equivalía a “poderes” y que “con las demás” se presuponía que la autoridad del Ministerio Público era una de las tantas, conjuntamente con las otras, para apoyar sus argumentos en que, como mandato elemental, se sabe que en la interpretación de las normas hay que respetar la letra, máxime cuando se ajusta, como un guante, al espíritu.¹⁸¹

También María Angélica Gelli afirmó que el Ministerio Público constituía el cuarto poder del Estado teniendo en cuenta la ubicación metodológica del órgano en la Constitución, toda vez que ningún valor republicano impedía incorporar un nuevo poder a la tríada clásica y el rango de funciones que tiene. Considera que si bien el Ministerio Público se desempeña en la órbita del Poder Judicial sirviendo a la función judicial, en las democracias modernas la importancia funcional que reviste el control de la corrupción administrativa y de las conexiones del narcotráfico con los centros de poder político señalan un nuevo centro de atribuciones específicas y de contenido institucional.¹⁸²

180. Bianchi, Alberto, “El Ministerio Público: un nuevo Poder”, en *Revista Jurídica ED*, 21/04/1995, p. 6.

181. Obarrio, Felipe D., “El Ministerio Público: Cuarto poder del Estado”, en *LL* 1995-C, 870.

182. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, T. II, 2008, pp. 581-582.

Respecto a las características del órgano, para el cumplimiento de sus funciones se le demandan necesaria e imprescindiblemente imparcialidad o independencia. Texier y Vélez Mariconde coinciden en expresar que si se quiere un Ministerio Público imparcial, la única manera de obtenerlo era establecerlo independiente.¹⁸³ En idéntico sentido María Angélica Gelli consideró que la eficacia del Ministerio Público está directamente relacionada con su independencia funcional y las garantías que la hagan posible.¹⁸⁴ La jurisprudencia también se ha expedido en reiteradas oportunidades sobre “... la necesidad de asegurar la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal...”;¹⁸⁵ también, sobre algunas de las garantías que la hacen posible: la estabilidad que es esencial para preservar la independencia del Poder Judicial “... la garantía de estabilidad de jueces y funcionarios de los ministerios públicos era esencial para preservar la independencia del Poder Judicial”.

... los pronunciamientos precedentes del Tribunal no deben ser entendidos como orientados a mantener o reponer un régimen superado por la legislación local sino a ratificar la garantía de inamovilidad del actor y, simultáneamente, a asegurar el mantenimiento del sistema republicano de gobierno en el ámbito local, de acuerdo con las disposiciones del artículo 5 de la Constitución Nacional.¹⁸⁶

La inmunidad funcional,

... las comunicaciones o informes que produzcan los integrantes del Ministerio Público en cumplimiento de su deber, no son alcanzadas por las normas penales, en tanto deben calificarse como “privilegiadas”; y en consecuencia, “... con excepción de las correcciones disciplinarias que pudieren corresponder, los miembros del Ministerio Público no pueden

183. Cafferata, Fernando J., *El Ministerio Público: un nuevo órgano de control*, op. cit.

184. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación...*, op. cit., p. 581.

185. CSJN, “Amarilla, Javier O.”, sentencia del 23/12/2004, Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/7369/2004); CSJN, “Quiroga, Edgardo O.”, sentencia del 23/12/2004, DJ 2005-1-204, en LL 2005-B-160 - Sup. Penal 2005 (febrero) - 32; CSJN, sentencia del 27/11/2007, “Espíndola, Francisco José s/rec. de casación”, en LL 14/12/2007-6, en LL 26/12/2007-8, en LL 2008-A-274; DJ 30/01/2008-190.

186. CSJN, “Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz”, sentencia del 20/10/2009, Sup. Const. 2009 (noviembre), 75 - Sup. Adm. 2009 (noviembre) con nota Mariana Urdampilleta Sup. Adm. 2009 (noviembre), 33 LL 18/11/2009-11; DJ 30/12/2009-3712. Considerandos 9 y 16 respectivamente.

ser acusados, interrogados ni molestados por las opiniones o aseveraciones que formulen en las presentaciones o escritos en que ejerciten sus pretensiones ante los jueces (Cfr. CSJN *in re*: ‘Orozco’...).¹⁸⁷

La irreductibilidad de remuneraciones

... para analizar la ley 24.241 con relación al régimen de la ley 24.018 es necesario tener presente el alcance de la garantía constitucional de la irreductibilidad de las remuneraciones de los magistrados (art. 110 de la Constitución Nacional). Por lo tanto, si existiesen dudas interpretativas con respecto al alcance de sus haberes de jubilación, el criterio, a la luz del art. 110 de la Constitución Nacional y de la jurisprudencia de V.E., debe ser a favor de la intangibilidad de los haberes de aquellos...¹⁸⁸

De la “autonomía funcional” que señala el artículo 120 constitucional se desprende en forma inequívoca que el Poder Ejecutivo no puede impartir instrucciones a ninguna de sus dos cabezas: el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación; y que después de la reforma de 1994, está excluido de la representación de los intereses económicos de la Administración.¹⁸⁹

Legitimación colectiva

Si bien el Ministerio Público no se encuentra expresamente enumerado en la redacción constitucional del artículo 43, se infiere que está legitimado para interponer acciones colectivas a fin de defender los derechos de incidencia colectiva que se encontraren afectados, toda vez que el artículo 120 de igual texto normativo le atribuye como función “... promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República”.

187. Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, sentencia del 04/08/1998, “R. V., J. M.”, LL 1998-E-662 - DJ1999-1-421.

188. CSJN, “Craviotto, Gerardo A. y otros c/ Estado nacional”, sentencia del 19/05/1999, DT 2000-A. Punto IX del Dictamen del Procurador General al que la Corte se adhiere.

189. De Giovanni, Julio, “El Ministerio Público. Análisis comparativo del Ministerio Federal y de la Ciudad de Buenos Aires”, en LL 2000-E-1190.

La doctrina ha sido conteste en reconocerle legitimación colectiva.¹⁹⁰ Dijo el maestro Bidart Campos:

... se le ha de reconocer legitimación procesal, aún sin norma expresa en la Constitución o en la ley, a los efectos de todo proceso en el que deba defender la legalidad o los intereses generales de la sociedad, lo que abarca la legitimación para interponer la acción de amparo prevista en el artículo 43 párrafo segundo, aun cuando allí no se lo consigne expresamente, porque en toda la descripción que hace ese segmento de la norma se alude claramente a intereses generales de la sociedad...¹⁹¹

El criterio mayoritario ha sido receptado en la ley orgánica del Ministerio Público, Ley de Defensa del Consumidor N° 24240¹⁹² y en el Código Procesal Constitucional de Tucumán,¹⁹³ disposiciones que expresamente han reconocido legitimación al Ministerio Público.

La Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24946¹⁹⁴ en lo que atañe precisamente a las funciones que la ley defiere al Ministerio Público Fiscal, prevé la defensa de los denominados intereses difusos o colectivos.¹⁹⁵ El artículo 41 inciso a de la ley orgánica expresa:

Los fiscales ante la justicia de primera instancia federal y nacional de la Capital Federal, en lo civil y comercial, contencioso administrativo, laboral o de seguridad social, tendrán los siguientes deberes y atribuciones a) Hacerse parte en todas las causas o trámites judiciales en que el interés público lo requiera de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución Nacional, a fin de asegurar el respeto al debido proceso, la defensa del interés público y el efectivo cumplimiento de la legislación, así como para prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a

190. Morello, Augusto Mario y Sbdar, Claudia B., *Acción Popular...*, op. cit., p. 165, 166; Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Canicacelaya, María de las Nieves, *Derecho constitucional...*, op. cit., p. 1226; Bidart Campos Germán, *Manual de la Constitución reformada...*, op. cit., p. 365; Jeanneret de Pérez Cortés, María, "Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo", en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo 1*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 473; entre otros.

191. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada...*, op. cit., p. 365.

192. Ley N° 24240, sancionada el 22/09/1993, promulgada parcialmente el 13/10/1993, publicada en el BO N° 27744 del 15/10/93, ADLA, LIII-D-4125.

193. Ley N° 6944, sancionada el 09/10/1995, publicada en el BO de Tucumán el 08/03/99.

194. Ley N° 24946, sancionada el 11/03/1998, promulgada el 18/03/1998, publicada en el BO N° 28862 el 23/03/1998.

195. Monti, José L., "El Ministerio Público a la altura de nuestro tiempo", op. cit., p. 101.

la salud y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan....

El artículo 52 de la Ley N° 24240 prevé expresamente al Ministerio Público como parte:

Acciones judiciales. Sin perjuicio de lo expuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas [...], a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

A través de esta misma normativa legal se dispone que el Ministerio Público será el titular activo en el proceso en el que las asociaciones desistan o abandonen la acción interpuesta.

El Código Procesal Constitucional de Tucumán en la redacción de su artículo 78 legitima al Ministerio Público para proponer e impulsar acciones colectivas.

Legitimación activa, el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos, adecuadamente representativas de la comunidad registradas conforme lo establece la ley, con exclusión de cualquier otro sujeto, están indistintamente legitimados para proponer e impulsar las acciones previstas en esta ley...

Registros de actuación

En la jurisprudencia, la actuación del Ministerio se inició inquieta y proactiva en la protección de los derechos de incidencia colectiva desconociendo mucho antes del reconocimiento expreso de estos derechos en la Constitución. En “Incidente promovido por la querella s/ inconstitucionalidad del decreto 2125 del PEN”¹⁹⁶ en el que si bien dictaminó –en fecha 10/07/1987– que en la causa se había violentado la garantía de defensa en juicio, por cuanto no se había sustanciado con quien tenía

196. CSJN, sentencia del 19/11/1987. Disponible en *LLonline* (Referencia: 04_310V2T128).

la legitimación procesal pasiva, a quien no se la había corrido traslado de la demanda ni se le había dado la correspondiente intervención; el Procurador advirtió la necesidad y urgencia de atender especialmente el problema de contaminación de las aguas de la cuenca del Río Reconquista provocada por los afluentes de los establecimiento industriales que allí se volcaban. En el mismo Dictamen dio a conocer que había enviado una semana antes –03/07/1987– una nota dirigida al presidente solicitándole la derogación o modificación del reglamento que se encontraba cuestionado, por encontrarlo ilegítimo. De la copia de la nota que el Procurador General Gauna adjuntó a su Dictamen se desprende que los fundamentos de su pedido eran el derecho a la calidad de vida y a la protección de los bienes que integran el dominio público que se veían afectados frente al decreto que establecía un régimen de cuotas de resarcimiento por contaminación que consideraba ilegítimo y productor de perjuicio a la comunidad. En la misma señaló que tenía atribuciones de representar y defender la causa pública en todos los casos y asuntos en que su interés lo requiera, razón de su pretensión. Indicó que la legitimación del órgano estatal independiente para reclamar la protección de intereses difusos de la comunidad que se vinculen directamente con el interés público aparecía citada y auspiciada en la doctrina reseñando a Morello, Hitters, Berizonce, G. Peyrano entre otros, pidiendo ser tenido por parte en el procedimiento.

No obstante, el auspicioso antecedente citado, y a pesar de la legitimación que la Constitución de 1994 y diferentes leyes otorgaron al Ministerio Público, existe contada jurisprudencia posterior en la que se haya constituido como parte para defender los derechos de incidencia colectiva.

En la conocida “Mendoza, Beatriz” el Sr. Procurador General de la Nación dirigió una nota a La Corte, por la cual señalaba que no se le había otorgado participación con carácter previo al pronunciamiento definitivo dictado en la causa por los daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo, a pesar de que, según su opinión, el Dictamen del Ministerio Público Fiscal era de carácter imperativo a fin de preservar las funciones que a dicho órgano le reconocía la Constitución Nacional. Asimismo y frente a la citación que le cursó el juez federal de Quilmes con el objeto de que concurra a una audiencia fijada en el trámite de ejecución de aquella sentencia, pidió que se haga saber

a dicho magistrado que es inadmisibles tanto la participación en ese acto como la convocatoria para intervenir ulteriormente en el procedimiento indicado. La nota dio lugar a que La Corte dictara una resolución¹⁹⁷ en la que advirtió que en el trámite del proceso, que concluyó con el dictado de la sentencia, se le había dado a la Procuración General de la Nación la participación que correspondía con arreglo a los textos normativos aplicables y a la actuación que voluntariamente tomó dicho órgano, precisó actos y fojas en las que habían quedado plasmadas. Indicó también que el Ministerio, tras dictaminar acerca de la competencia para radicar el proceso –en todas sus pretensiones– fue debidamente notificado del pronunciamiento que admitió conocer solo en las reclamaciones concernientes a la prevención, recomposición y reparación del daño colectivo y fue invitado a participar en la audiencia pública fijada, como medida preliminar, para recibir de las partes la información recabada. Después de señalar que no existía ningún planteo o cuestión que requieran su Dictamen, no debía soslayarse que el Ministerio Público Fiscal contaba con ingentes atribuciones en causas concernientes a la prevención y remediación de daños al medio ambiente, al punto que se le autorizaba para hacerse parte en dichos procesos, atribución de la que no hizo uso la Procuración General en oportunidad de dictaminar acerca de la competencia ni solicitó ejercer ulteriormente, a pesar de haber sido notificado del trámite conferido a este asunto y de la excepcional difusión pública con que contó el proceso. En cuanto al pedido, se le hizo saber al juez federal de ejecución del fallo que la participación del Ministerio Público Fiscal en el trámite encomendado está reglada por los supuestos que contemplan los artículos 25, 39 y 41 de la Ley N° 24946 y, que, de corresponder, la intervención sería otorgada al representante que corresponda por razón del grado, materia y territorio.

Más allá de la intervención referida en el caso Mendoza, no encontramos otro proceso que haya tramitado en La Corte en el que el Ministerio Público haya participado activamente. Solo valen de muestra algunos fallos dictados en el interior del país en los que solicitó ser parte.

En dos procesos –cautelar y amparo interpuesto frente a la declaración de incompetencia declarada por la Cámara *a quo*– iniciados ambos por el Defensor General del Ministerio Público, y resueltos de mane-

197. CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros”, *cit. supra*.

ra conjunta con el fin de evitar decisiones contradictorias, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de la Rioja¹⁹⁸ mediante sentencia dictada en fecha 14/08/2007 le reconoció legitimación para actuar en representación de los vecinos de un barrio de bajos recursos económicos que, por no haber podido contratar a un abogado particular, podrían perder sus viviendas de carácter social en los juicios de cobro de pesos iniciados en su contra por la empresa encargada de la instalación de redes del servicio de gas natural. Para así decidir señaló que las acciones que se proponía iniciar y la medida cautelar que solicitaba eran en beneficio de un número indeterminado de personas absolutamente carentes de recursos económicos, a quienes, sin ser usuarias del servicio, se les habían iniciado embargos sobre sus viviendas únicas y de carácter social que habitaban con sus núcleos familiares. Asimismo, indicó que a los argumentos esgrimidos se sumaban otras circunstancias graves que afectarían a esas personas las que daban cuenta de la relación de causa. Asimismo, señalando la situación de vulnerabilidad de las personas afectadas, a los que se suman las funciones que por ley le correspondían al Ministerio Público hacían del presentante un sujeto legitimado para promover las diligencias articuladas.

El fallo dictado por la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca en los autos “Don Benjamín c. Ente Nac. de Regulación de la Electricidad”,¹⁹⁹ en una causa en la que se encontraba en peligro el medioambiente frente a la construcción de un electroducto, en el momento en el que se corre vista a fin de que emita su Dictamen, el Ministro Público advierte que la cuestión debatida tenía la concreta posibilidad de causar un perjuicio irreparable al medio ambiente afectando no solo el entorno paisajístico sino el ecosistema de la región y la integridad psicofísica del hombre que se sustenta en el equilibrio ecológico. Allí recordó que esos eran los aspectos que el constituyente de 1994 había tenido como preocupación para incluir su protección y habilitar la acción de amparo como vía urgente e idónea para instar y obtener la tutela del mismo. Asimismo, señalando las funciones que el artículo 120 incorporado en la última reforma constitucional le otorgaba, manifestó que le

198. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de La Rioja, sentencia del 14/08/07, en *LL*, Ed. Cuyo, 2007 (diciembre), 1147.

199. Cfed de Bahía Blanca, Sala I, “Don Benjamín S.A. c. Ente de Regulación de la Electricidad”, sentencia del 24/02/1999, en *LL* 1999-D-122 - RCyS2000-858.

corresponde ejercer intervención en el proceso y consecuentemente, ser admitido como parte en el mismo.

Con distintos –y hasta discutibles algunos– argumentos, la mayoría le otorgó legitimación al Ministerio Público. Dijo el Dr. Planes en su voto:

... por esta característica de comunitario, colectivo, general y a juzgar por los artículos 120 de la Constitución Nacional, 25 y 41 de la Ley N° 24946, el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para ‘promover’ este juicio [...] todo lo que avala el pedido recursivo de revocación del auto que no los tiene por parte.

Por su parte, el voto del Dr. Argañaraz refiriéndose al Ministerio Público señaló que “sus magistrados pueden hacerse parte en todas las causas o trámites judiciales en que el interés público lo requiera, etc.”.

Recapitulación

La incorporación del Ministerio Público en la última reforma de la Constitución Nacional, las características y funciones que el mismo texto le otorga, a lo que se suman los textos nacionales referenciados y su ley orgánica, hacen de este órgano un defensor natural de los derechos de incidencia colectiva.

Sin embargo, la actuación del Ministerio Público tanto a nivel nacional como provincial ha sido muy pobre y, si bien los fallos que le debieron decidir sobre su participación no fueron claros en la participación que le correspondía, su actuación no ha sido impulsora para una construcción correcta respecto de su intervención y participación en los procesos en los que se discutan derechos de incidencia colectiva. La disposición constitucional y cualquier otra disposición legal no serán suficientes si no se van articulando con los comportamientos adecuados de lucha por la efectividad de los derechos y libertades fundamentales de quienes se encuentran al frente del órgano y se afianzan a través de una práctica constante arraigada en la comunidad.

Conclusión

Transcurrido casi un cuarto de siglo desde el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva en la Constitución Nacional, no existe ley procesal que los regule. Frente a la ausencia de ley, a pesar del tiempo transcurrido, no hay nada mejor que volver al comienzo y transitar en el tiempo, para analizar la manera en que el mismo proceso se ha ido construyendo mediante fallos jurisprudenciales en el intento de reconocimiento de esos derechos.

Acostumbrados a luchar y defender libertades individuales, fue, y aún es, habitual caer en el error de entender al proceso colectivo con los preceptos y principios del clásico. La formación y la práctica tribunalicia se encontraban dirigidas a esos casos, con origen en una larga historia y tradición dirigida a protegerlos, que se han visto precarias frente a la llegada y necesidad de proteger derechos sociales o de grupos. El proceso se ve en la necesidad de reconstruir sus matrices para dar la respuesta a los nuevos derechos, también merecedores de una tutela judicial efectiva, que no podrían ser siquiera tramitados de seguir sosteniendo la estructura ideada para los derechos de los particulares.

El nuevo caso se construye para darle trámite a derechos de diferentes grupos sociales, permitiendo que sujetos representantes del colectivo, no afectado de manera particular en el derecho, se presenten para defenderlos; para tener como consecuencia que los efectos de la sentencia que se dicte alcance a todo el grupo que está presente en el pleito, en la persona del representante.

El afectado, el defensor del pueblo, las asociaciones y el Ministerio Público se encuentran habilitados para actuar cuando los derechos en discusión sean derechos de incidencia colectiva. Estos sujetos, hasta antes del reconocimiento constitucional, habían tocado las puertas de los tribunales rompiendo esquemas clásicos y su misma intervención ha dado lugar a que se vayan estableciendo las condiciones para su actuación las que, en los años que han pasado, se han ido flexibilizando y evolucionando en clave colectiva.

El afectado pudo dejar de lado a la persona titular de un derecho subjetivo para definirse de acuerdo al derecho de incidencia colectiva

por el que se presentare. El Defensor del Pueblo venciendo las barreras que, típicas del proceso individual, le impedían ejercer su legitimación colectiva contribuyó a la redefinición de “caso” cuando la mirada deba ser colectiva. Las asociaciones coparon la protección colectiva y, si bien se impuso a su actuación una serie de presupuestos, fueron admitidas sin mayores reparos. Por su parte, el Ministerio Público con su pobre actuación no estuvo a la altura de la legitimación que, a través de sus facultades, le otorgó la Carta Magna.

La Corte, que ya ha dado muestras en la historia de crear pretoriamente acciones como la del amparo en cumplimiento del principio que donde existe un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido,²⁰⁰ se ha visto en la obligación de ir expidiéndose en los procesos donde los derechos de incidencia colectiva se encontraron en juego teniendo que desprenderse del ropaje individual e ir creando una nueva guía para la tramitación de los nuevos derechos que, reconocidos hace casi un cuarto de siglo por la Ley Suprema de la Nación, todavía no cuentan con una ley objetiva.

Reseñar el camino que ha recorrido cada uno de los legitimados a través de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace de esta investigación una herramienta práctica y útil de consulta, frente a la interposición de una acción colectiva, para el análisis de un proceso en el que se discutan los nuevos derechos y/o también para el diseño o discusión de un proyecto de ley que pretenda regular la materia. La trascendencia es de tal magnitud que, aunque la legislación se expida sobre el proceso a seguir, saldando la deuda de tantos años, los diferentes operadores tendrán a mano –en un muestreo de casos relevantes– los elementos que el Superior Tribunal de Justicia del país, en el ejercicio de su rol de intérprete último de la Constitución, ha sentado antes que el legislador delineando a cada legitimado anómalo o extraordinario habilitado para la protección de los derechos de incidencia colectiva en su íntima relación con la construcción de caso colectivo.

200. CSJN, Fallos: 239:459, “Siri, Ángel”, sentencia del 27/12/1957; Fallos: 241:291, “Samuek Kot SRL”, sentencia del 05/09/1958; Fallos: 315:1492, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 07/07/1992.

Bibliografía

ARAZI, Roland, “La legitimación como elemento de la acción”, en MORELLO, Augusto M. (coord.), *La Legitimación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2ª edición ampliada y actualizada, T. II, 2006.

BARRA, Rodolfo C., “La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo 1*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

BARRAZA, Javier I. y SCHAFRIK, Fabiana H., *El control de la administración pública*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

BIANCHI, Alberto, “El Ministerio Público: un nuevo Poder”, en *Revista Jurídica ED*, 21/04/1995.

BIDART CAMPOS, Germán, “El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación”, en MORELLO, Augusto M. (coord.), *La Legitimación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

_____, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, T. II, 1998.

_____, “La legitimación del afectado en materia de Derecho Ambiental”, en *La Ley* 2004-D.

BULAT, Sergio, “El Defensor del Pueblo de la Nación y la defensa del medio ambiente”, en *JA* 1998-IV.

CAFFERATA, Fernando J., “El Ministerio Público: un nuevo órgano de control del poder en la Constitución Nacional”, *LL* 1996-C-1341.

CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Editorial Depalma, 1943.

CAPUTI, M. Claudia, “Los alcances de la legitimación de las asociaciones”, en COMADIRA, Julio R. (dir.), *El derecho administrativo*, Buenos Aires, El Derecho, 2000-2001.

CAYUSO, Susana, “El Defensor del Pueblo de la Nación. Consecuencias de su reconocimiento constitucional”, en *La Ley*, 14/07/2008.1.

DAMSKY, Isaac A., “El defensor del pueblo (Reflexiones acerca de su ‘función promocional del cambio’)”, en *JA* 1997-I-992.

DAVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997.

DE GIOVANNI, Julio, “El Ministerio Público. Análisis comparativo del Ministerio Federal y de la Ciudad de Buenos Aires”, en *LL* 2000-E.

DROMI, Roberto y MENEM, Eduardo, *La Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, T. II, 2008.

GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil* (trad. de Lucio Cabrera Acevedo), México, Universidad Autónoma de México, 2004.

GOZAÍNI, Osvaldo A., “El ‘ombudsman’”, en *La Ley*, 1983-D.

_____, “Técnica y contenido del defensor del pueblo (Ombudsman)”, en *La Ley* 1988-E.

_____, *El derecho de amparo*, Buenos Aires, Depalma, 1998.

_____, “El poder cautelar de los jueces”, en *La Ley*, 30/08/2005, 1, comentario a Fallo J Fed Salta (Nº 1), sentencia del 03/08/2005, “Unión de Consumidores de Argentina c. Telecom Personal S.A.; Telefónicas Móviles Argentina S.A. y Compañía de Teléfonos del Interior S.A.”.

JEANNERERT DE PÉREZ CORTES, María, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones”, en *La Ley*, 19/03/2003.

_____, “Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo”, en CASSAGNE, Juan C. (dir.), *Derecho Procesal Administrativo 1*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

JIMÉNEZ, Eduardo P. y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El defensor del pueblo en Argentina y Perú: dos propuestas constitucionales latinoamericanas”, en *La Ley* 1997-F-1431.

LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Perrot, T. II, 1970.

LORENZETTI, Ricardo L., *Justicia colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010.

MAIORANO, Jorge L., “Alternativas para el establecimiento del ombudsman en América Latina”, en *La Ley* 1990-C-1015 – LLP.

_____, “Defensoría del Pueblo de la Nación (camino se hace al andar...)”, en *La Ley* 1997-E-1591.

MONTI, José L., “El Ministerio Público a la altura de nuestro tiempo”, en *ADLA* 1998-A, 101.

MORELLO, Augusto M., “Legitimaciones plenas y semiplenas en renovado derecho procesal civil. Su importancia”, en MORELLO, Augusto M. (dir.), *La legitimación, homenaje al Dr. Lino Palacio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

_____ y SBDAR, Claudia B., *Acción Popular y Procesos Colectivos*, Buenos Aires, Ed. Lajouane, 2007.

NICOLAU, Noemí L., “Posibilidades que ofrece la acción de amparo para la protección y defensa del consumidor”, en TORICELLI, Maximiliano (coord.), *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades*, Buenos Aires, Depalma, 1999.

OBARRIO, Felipe D., “El Ministerio Público: Cuarto poder del Estado”, en *La Ley* 1995-C-870.

PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. V, 1990.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Estudio analítico de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional argentino*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. II, 2001.

RIVERA, Julio C. y RIVERA, Julio C. (h), “La Tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional”, en *LL* 2005-B-1053.

SABSAY, Daniel A., y ONAINDIA, José M., *La constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Errepar, 1994.

SAGÜÉS, Néstor, *Acción de amparo*, Buenos Aires, Astrea, 3ª edición actualizada y ampliada, 1991.

SALGADO, José M., *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010.

SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos, “Los controles institucionales en la Constitución reformada”, en *JA*, 1996-I-843.

SOLA, Juan V., “El caso Halabi y la creación de las ‘acciones colectivas’”, comentario al fallo CSJN, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04”, en *La Ley* 02/03/2009.

TORRICELLI, Maximiliano, “Las asociaciones especiales y su legitimación”, en *RAP* N° 312, T. XXVI, Buenos Aires, Ediciones RAP S.A., 2004.

_____, “La legitimación en el artículo 43 de la Constitución Nacional”, en TORICELLI, Maximiliano (coord.), *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades*, Buenos Aires, Depalma, 1999.

_____, “Los alcances del artículo 43, párrafo 2, ¿Una doctrina consolidada?”, en *La Ley*, Supl. de Derecho Constitucional, 09/09/97.

VERBIC, Francisco, “Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia”, en *Revista de Derecho Procesal 2012 Número extraordinario - Procesos Colectivos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012.

Fallos citados

CSJN, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones - Resolución N° 2926/99 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 31/10/2006. Disidencia de los Doctores Eugenio Raúl Zaffaroni y Ricardo Lorenzetti. Disponible en *LL online* (Referencia: AR/JUR/6299/2006).

CSJN, Fallos: 329:4741, “Ministerio de Salud y/o Gobernación s/ley de amparo”, sentencia del 31/10/2006

CSJN, Fallos: 332:128. “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.783 dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986”, sentencia del 24/02/2009, en *LL 02/03/2009*.

CSJN, “Polino Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo”, sentencia del 07/04/1994, *LL 1994-C-294*.

CSJN, “Roque Perez, José”, sentencia del 14/11/1965. Disponible en *LL online* (Referencia: AR/JUR/6/1865).

CSJN, “Baeza, Aníbal Roque c/ Nación Argentina”, sentencia del 28/08/1984, *LL 1984-D-108; DJ 1985-1-415*.

CSJN, “Dromi s/ avocación en autos Fontenla, Moisés c/ Estado Nacional”, sentencia del 06/09/1990, *LL1990-E-97*.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, “Kattan, Alberto E. y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia cautelar del 22/03/1983 y sentencia del 10/05/1983”, en *LL* 1983-D-568 y 1983-D-576, respectivamente. Disponible en: *LL online* (Referencia: AR/JUR/2037/1983).

CNFed.CAdm, Sala III, “Schroeder, Juan c/ Estado Nacional Secretaría de recursos naturales s/amparo”, sentencia del 08/09/94, en *LL* 1994-E-449.

JUZG. NAC. CIVIL N° 54, “Dalbón, Gregorio c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia del 02/09/1994, en *LL* 1997-F-221.

CNFed, Sala IV, “Fernández Raúl c/ Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 05/08/1997, en *LL* 1997-E-535.

CNFed, Sala IV, “Youssefian Martín c/ Secretaría de Comunicaciones”, sentencia del 23/06/1998, *LL* 1998-D-712.

CSJN, “Daneri Jorge O. y otros s/ P.E.N s/ recurso de hecho”, sentencia del 23/05/2000. Disponible en: *LL online* (Referencia: 04_323v1t243).

CSJN, “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros”, sentencia del 20/06/2006, *LL* 2006-D-88.

CSJN, “Ermekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo y otros s. amparo”, sentencia del 07/07/92, *LL* 1992-C-540.

CSJN, “Monges Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires”, sentencia del 26/12/1996, *LL* 1997-C-150.

CSJN, “Gonzalez de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ Amparo”, sentencia del 19/09/2000, *LL* 2000-F-128.

CSJN, “Lavado, Diego J. y otros c/ Provincia de Mendoza y otro”, sentencia del 13/02/2007, en *LL* 19/02/2007-7; *LL* 2007-B-5. Disponible en *LL online* (Referencia: AR/JUR/42/2007).

CSJN, “Castillo Carina y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ Amparo”, sentencia del 12/12/17, *LL* 27/12/17-9. Disponible en *LL online* (Referencia: AR/JUR/88049/2017).

CSJN, “Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Previsión de Servicios de Acción Comunitaria”, sentencia del 07/05/98, *LL* 1998-C-602; 1998-F, 76; *DJ* 1998-2-820.

CSJN, “Rodríguez, Jorge en: Nieva Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 17/12/1997, *LL* 1997-E-884.

CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 21/12/2000, Hutchinson, Tomás (dir.), *Elementos de Derecho Administrativo*, Colección de análisis Jurisprudencial Editorial La Ley 2003, p. 571. Disponible en *LL online* (Referencia: AR JUR/5565/2000).

CSJN, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero c/ Provincia de Tucumán y otro”, sentencia del 11/03/2003. Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/6332/2003).

CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación - inc. decreto 1316/2002 c/ Estado Nacional - decretos 1570/2001 y 1606/2001 s/amparo ley 16986”, sentencia del 26/06/2007, *LL -DJ* 2007-II-1056; *LL* 2007-E-145.

CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN M° Planificación SE - Resol. 1169/08 745/05 y otras s/ Proceso de Conocimiento”, sentencia del 18/09/2007, en *LL* 2007-F-111; *DJ* 2007-III-683.

Cámara 3ª de Apelaciones en lo criminal de General Roca, “Defensor del Pueblo de la Nación doctor Jorge L. Maiorano”, sentencia del 25/08/1995, *LL* 1996-A-747.

CSJN, “Frías Molina, Nélide N. c/ Instituto de Previsión Social”, sentencia del 21/03/95, *JA* 1995-III-187.

CSJN, Fallos: 319-1828. “Frías Molina Nélide N. c/ Instituto Nacional de Previsión Social”, sentencia del 12/09/1996.

CSJN, Fallos: 323:4098, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional dec. 1527/98 s/ Amparo ley 16986”, sentencia del 21/12/2000.

CSJN, Fallos: 326:2777, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (monotributo) dto. 885/98 s/ Amparo - ley 16986”, sentencia del 21/08/2003.

CSJN, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud s/amparo - medida cautelar”, sentencia del 18/12/2003, DJ 2004-2-173, en LL 2004-D-30.

CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro”, sentencia del 24/05/2005, LL 2005-F-349; LL 2005-C-791; DJ 2005-2-483.

CSJN, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones - Resolución N° 2926/99 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 31/10/2006. Disponible en LL *online* (Referencia: AR/JUR/6299/2006).

CSJN, Fallos: 330:2800, “Defensor del Pueblo de la Nación - inc. decreto 1316/2002 c/ Estado Nacional - decretos 1570/2001 y 1606/2001 s/ amparo ley 16986”, sentencia del 26/06/2007, en LL - DJ 2007-II-1056; LL 2007-E-145.

CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - PEN - Ministerio de Economía y Obras y servicios públicos”, sentencia del 11/08/2009, LL 28/08/2009, 7 - Sup. Adm. 2009 (septiembre)-61; DJ 28/10/2009, 3040.

CÁMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, Sala III, “Asociación por los Derechos Civiles y otros c/ EN - Honorable Cámara de Senadores de la Nación y otro s/ Amparo ley 16986”, sentencia del 18/08/2016. Disponible en LL *Online* (Referencia: AR/JUR/55200/2016).

CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia del 18/08/2016, en LL 2016-E-46.

CSJN, Asociación de Grandes usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ acción declarativa”, sentencia del 22/04/1997, DJ 1997-2-428.

CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 01/06/2000, en LL 2001-B-126.

CSJN, “Mignone, Emilio F. s/amparo”, sentencia del 09/04/2002, en LL 2002-C-377; LL 2002-E-135.

CSJN, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud s/amparo - medida cautelar”, sentencia del 18/12/2003, DJ 2004-2-173; LL 2004-D-30.

CSJN, Fallos: 329:4593, “Mujeres por la vida. Asociación Civil sin fines de lucro - filial Córdoba c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, sentencia del 31/10/2006.

CSJN, Fallos 329: 4741, “Ministerio de Salud y/o Gobernación s/ley de amparo”, sentencia del 31/10/2006.

CSJN, Fallos: 331:1622, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, sentencia del 08/07/2008.

CSJN, “PADEC c/ Swiss Medical S.A.”, sentencia del 21/08/2013, en LL 2013-E-290.

CSJN, “Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ Amparo ley 16.986”, sentencia del 06/9/2016, sentencia del 06/09/2016, en LL 09/09/2016-12 ; LL 2016-E-211.

CSJN, “Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c/ AFIP s/ Amparo”, sentencia del 26/08/2003, JA 2003-IV-45.

CSJN, “Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional”, sentencia de 18/12/2001, en LL 2004-A-93.

CSJN, “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Ministerio de Economía”, sentencia del 07/10/2003, sentencia del 07/10/2003, en LL2004-C-268. Disponible en *LLonline* (Referencia: AR/JUR/2470/2003).

CSJN, “Colegio de Abogados de Prov. de Buenos Aires c/ Administración Fed. de Ingresos Públicos”, sentencia del 07/10/2003. Disponible en *LL online* (Referencia: AR/JUR/2471/2003).

CSJN, “Confederación Farmacéutica Argentina c/ Administración Fed. de Ingresos Públicos”, sentencia del 07/10/2003. Disponible en *LL online* (Referencia: AR/JUR/2461/2003).

CSJN, “Colegio de Escribanos de la Capital Federal c/ Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, sentencia del 07/10/2003. Disponible en *LL online* (Referencia: AR/JUR/2431/2003).

CS. C 36 XLVI (2012).

CSJN, “Cavaliere, Jorge y otro vs. Swiss Medical S.A. s/ Amparo”, sentencia del 26/06/2012. Disponible en *LL online* (Referencia RC J 5625/12).

CSJN, “Amarilla, Javier O.”, sentencia del 23/12/2004. Disponible en *LL online* (Referencia: AR/JUR/7369/2004).

CSJN, “Quiroga, Edgardo O.”, sentencia del 23/12/2004, *DJ* 2005-1-204, en *LL* 2005-B- 160 - Supl. Penal 2005 (febrero) - 32.

CSJN, “Espíndola, Francisco José s/rec. de casación”, sentencia del 27/11/2007, en *LL* 14/12/2007-6, en *LL* 26/12/2007-8; *LL* 2008-A- 274; *DJ* 30/01/2008-190.

CSJN, “Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz”, sentencia del 20/10/2009”, Supl. Const. 2009 (noviembre)- 7, Supl. Adm. 2009 (noviembre) con nota de Mariana Urdampilleta, Supl. Adm. 2009 (noviembre) -33; *LL* 18/11/2009-11; *DJ* 30/12/2009.

Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, sentencia del 04/08/1998, “R. V., J. M.”, *LL* 1998-E-662 – *DJ* 1999-1- 421.

CSJN, “Craviotto, Gerardo A. y otros c/ Estado nacional”, sentencia del 19/05/1999, *DT* 2000-A.

CSJN, “Incidente promovido por la querrela s/ inconstitucionalidad del decreto 2125 del P.E.N.”, sentencia del 19/11/1987. Disponible en *LL online* (Referencia: 04_310V2T128).

CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros”, sentencia del 23/07/2008, *LL* 10/09/2008-11. Disponible en *LL online* (Referencia: AR/JUR/4542/2008).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA RIOJA, “Defensor General”, sentencia del 14/08/07, LL Cuyo 2007 (diciembre)-147.

C. FED. DE BAHÍA BLANCA, Sala I, “Don Benjamín S.A. c/ Ente de Regulación de la Electricidad”, sentencia del 24/02/1999, en LL 1999-D-122 - RCyS2000-858.

CSJN, Fallos: 239:459, “Siri, Ángel”, sentencia del 27/12/1957.

CSJN, “Samuek Kot SRL”, sentencia del 05/09/1958, Fallos: 241:291.

CSJN, Fallos: 315:1492, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 07/07/1992.