

DOCTRINA

Jornadas sobre Derecho Procesal Administrativo*

Legitimación en el proceso contencioso administrativo

Panelistas: Rodolfo C. Barra - Jorge Luis Maiorano - Guillermo A. Muñoz

APERTURA DE LAS JORNADAS

Por María Jeanneret de Pérez Cortés

Señor decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, doctor Eduardo P.M. Ventura; señor director de estas jornadas y de la carrera de posgrado especializado en Derecho Administrativo Económico, doctor Juan Carlos Cassagne; señor director del Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica, doctor Manuel Castro Hernández; señores profesores y moderadores; señores participantes:

Les damos la bienvenida a las **Jornadas de Derecho Procesal Administrativo**, organizadas por la carrera de posgrado especializado en Derecho Administrativo Económico de esta Universidad Católica Argentina.

Han sido preparadas –en lo sustancial y con verdadero entusiasmo y responsabilidad– por graduados y alumnos de la carrera, quienes –para actuar de moderadores en los distintos paneles– se han preocupado por detectar –en relación con cada uno de los temas que

* Universidad Católica Argentina, octubre de 1999

van a ser abordados– las cuestiones cuyo tratamiento es considerado de indudable interés y han elaborado un listado de preguntas que fue entregado a los expositores convocados.

El Derecho Procesal Administrativo, enfocado como cauce formal de la actividad judicial dirigida, fundamentalmente, a la decisión de controversias en materia administrativa –y en el que se ha de asegurar, consiguientemente y de modo preponderante, el control de juridicidad de la actividad de esa naturaleza llevada a cabo por los órganos de gobierno y la tutela efectiva de los derechos e intereses de las partes en el proceso–, adquiere relevancia fundamental en las condiciones actuales de nuestro país y del mundo.

Ellas exigen una reflexión profunda, seria, sobre los verdaderos valores de la sociedad y acerca del papel que deben desempeñar las instituciones dentro de cada especial régimen jurídico y político.

La necesidad de consolidar la sujeción de todos los órganos de poder –y de todas las personas– al derecho y asegurar el respeto de los derechos y garantías reconocidos y declarados en la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes y los reglamentos, afianzando la justicia, se hace patente hoy, con gran fuerza, unida a otro reclamo esencial: la eficacia del poder público para el logro del bien común.

Esas demandas obligan a efectuar nuevos exámenes de las técnicas institucionales y de procedimientos creadas por la Constitución con miras a limitar y controlar, respectivamente, los diversos órganos del poder en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas; y, en particular, llevan a realizar un nuevo estudio del control que debe ejercer el órgano judicial en el proceso.

La primera cuestión que merece un especial tratamiento atañe a las condiciones en las que debe ser ejercido dicho control judicial.

Y, al respecto, recordamos estas palabras de Loewenstein: “La independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencia de cualquier otro detentador del poder, constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de derecho [...]. La *ratio* de la independencia judicial no necesita explicación alguna: si el juez no está libre de cualquier influencia o presión exterior (provenga ésta del Ejecutivo, del Legislativo, del electorado, de la opinión pública o de un tribunal jerárquicamente superior), no podrá administrar justicia imparcialmente según la ley [...] La ley y sólo la ley es su dueño”.

Debe darse respuesta, asimismo, a otros interrogantes, tales como:

¿Quién es el que puede iniciar el proceso?

¿Cuál es la forma de habilitar la instancia judicial?

¿Cuáles son las vías para hacer valer las pretensiones?

¿Cómo se asegura una sentencia eficaz?

¿Qué efectos deben tener los fallos?

¿Cuáles deben ser los requisitos y alcances del *control judicial suficiente*?

¿Cómo se asegura la *tutela judicial efectiva*?

¿Cuál es el papel del juez?

¿Cuál es la distinción entre *administrar* y *juzar*?

¿Cómo hacer para no caer en un activismo judicial y tampoco en una renuncia del ejercicio del control?

¿Qué es lo que distingue a la denominada *prudencia* y *autolimitación de los jueces* de una renuncia a actuar como verdaderos tribunales de garantías constitucionales y de control del poder político?

¿Cómo afrontar las derivaciones políticas de algunas decisiones?

¿Cómo resolver el enfrentamiento entre resoluciones de agentes públicos no electivos y decisiones de otros elegidos en las urnas?

¿Qué soluciones han de prevalecer: las fundadas sobre la racionalidad en la acción de los poderes públicos o las basadas sobre el puro principio de la mayoría?

La democracia, ¿no es, acaso, el gobierno de la mayoría limitada por el derecho, sujeta a él, y respetuosa de los derechos, incluso de los de la minoría?

Siguiendo a Manuel Atienza, podemos decir que “el *estado de derecho* significa el sometimiento del Estado, del poder, a la razón y no de la razón al poder”.

Volvemos a preguntarnos:

¿Cómo se preserva la sujeción a la ley y el equilibrio entre los órganos de gobierno?

¿Cómo se promueve la eficacia en el obrar de cada uno de ellos?

¿Cuál es hoy el papel del Poder Judicial y del proceso?

Esperamos que sea éste un ámbito propicio para elaborar nuestras propias respuestas a tantos interrogantes.

A cinco años de la reforma constitucional, ¿cuál es su balance sobre la protección judicial de los intereses difusos y los derechos de incidencia colectiva?

Dr. Barra: Muy buenos días. En realidad, a mi entender, la reforma constitucional de 1994 no incorporó la protección de la categoría de los denominados *intereses difusos*, aunque creo que esto no estaba expreso en el debate, en el recinto de la Convención Constituyente, pero sí recuerdo muy bien –porque participé– que el tema se discutió en las comisiones de trabajo y la conclusión fue rechazar esta categoría de los intereses difusos, entendiendo que era demasiado difusa –algunos la llamaban *los intereses confusos*–. Hubo dificultad en ubicarlos, en definirlos, en concretarlos; pero, fundamentalmente, era muy difícil de armonizar con los principios del Art. 22 de la Constitución Nacional: “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”. Esto es algo que se tomó de Marienhoff, que siempre lo sostuvo, y del entonces Art. 100 (hoy 116 de la Constitución Nacional), según el cual “corresponde a la Corte y a los demás tribunales la decisión de todas las causas [...]”. Después, vamos a ver cómo esto se ha interpretado. Ni siquiera armoniza con el nuevo Art. 38 de la Constitución, que marca un principio o una orientación bastante fuerte en materia de cauce de los procesos políticos. Los partidos políticos –dice el Art. 38 que es una norma a la que todavía no se le prestó demasiada atención, no tuvo muchos comentarios, pero que es importante, muy importante– son instituciones fundamentales del sistema democrático y, como sabemos, en la legislación reglamentaria constitucional, los partidos políticos son el cauce de la representación ciudadana.

Este problema de los intereses difusos habilitaría un sistema de legitimación demasiado abierto, que podría trasladar a los tribunales cuestiones que son propias del debate político y de la resolución de los órganos que podemos llamar *políticos* de la Constitución Nacional: El Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

La regla general es la que está en el Art. 116 de la Constitución: los tribunales sólo tienen jurisdicción en una causa controversial o adversarial entre partes con derechos propios, concretos, contrapuestos, en donde el interés del uno se contradice con el interés del otro, y ese derecho que ambas partes juegan en el pleito está directamente vinculado en sí mismo, en concreto, con el resultado del pleito. Fue la permanente interpretación de la Constitución hecha por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde siempre, desde su creación porque, en definitiva, así lo interpretaron los mismos legisladores contemporáneos a la Constitución de 1853. Y les recuerdo que la Ley N° 27 (todavía vigente) de 1862 está hecha por la misma gente que hizo la Constitución; es caso de interpretación auténtica.

El Art. 2° de la Ley N° 27 dice que la justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.

Les recuerdo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hace poco (un año y medio atrás) en la causa “Rodríguez” (Fallos: 320: 2.851), planteó precisamente el problema de la falta de jurisdicción porque no había delante de los tribunales un legitimado para actuar en el pleito. Es el sistema de la vieja Ley N° 27 del Art. 2°, que sigue vigente.

La adjudicación de derechos controvertidos es el *expertise* del juez. Éste toma decisiones que tienen gran trascendencia política, por supuesto, pero siempre en la causa, en la medida que adjudica derechos a una persona determinada que pone su derecho en juego en el pleito. Lo demás serían decisiones generales, abstractas, propias –insisto– del proceso político; ése no es el *expertise* del juez.

No hay representación política de los jueces: esto, en definitiva, resulta del Art. 22 de la Constitución. No existe esa representación fuera del sistema precisamente representativo - partidista, como lo dice el Art. 38.

Ahora bien, distinta es la situación de los *derechos de incidencia colectiva*; una terminología nueva, pero no original: no es una invención de los constituyentes de 1994, que la incorporaron en el Art. 43. Es que la regla del Art. 116 se aplica también, sigue vigente en el mismo Art. 43. Esta norma prevé una situación especial para el amparo que legitima a asociaciones que podemos llamar *de protección* y al defensor del pueblo, para ser parte en procesos donde pueda demostrarse la afectación de derechos propios y concretos de los miembros de un *colectivo*, es decir, de un grupo identificado por intereses jurídicamente protegidos que son comunes a los miembros. Esta es una idea que ya expresaba Giannini. Él los mencionaba no como derechos de incidencia colectiva (como utilizó el constituyente) sino de *intereses colectivos*. Para Giannini, aquí predomina la nota de la organización y la identificación de esa organización y del interés por parte del ordenamiento que lo titulariza en un grupo determinado. En nuestro caso, además del grupo, de la asociación, se lo titulariza en el defensor del pueblo que se convierte en una suerte de representante promiscuo de todos.

¿Cuándo hay legitimación para las asociaciones de protección y para el defensor del pueblo en los casos de derechos de incidencia colectiva? Tiene que haber un afectado concreto, de manera actual e inminente, porque si no lo hay, la cuestión es una mera especulación, un caso hipotético. Eventualmente, una mala decisión política que debe ser corregida a través del proceso político. El daño tiene que ser expansivo a los miembros del colectivo, lo que Martín Mateo denomina *intercomunicabilidad de resultados*: un daño capaz de dañar a otros que se encuentren en iguales circunstancias.

Esto, siempre que la acción no dependa exclusivamente de las situaciones procesales de cada uno de los afectados concretos. Esta fue la primera interpretación que hizo la Corte de los derechos de incidencia colectiva en la causa “Frias Molina”, del 12 de septiembre de 1996 (Fallos: 319:1.828).

Esto tiene una tradición jurídica en el derecho norteamericano, es decir, en un sistema al que lo vinculamos con nuestra tradición constitucional. En la causa "Hunt v. Washington Apple" (432 U.S. 333), de junio de 1977, que en realidad no es la única (repite otros antecedentes anteriores), la Corte Norteamericana reconoció la legitimación para accionar a asociaciones que llama –en virtud de la legitimación– *associational standing*. Esas asociaciones con capacidad de representación tienen legitimación para accionar en beneficio de sus miembros si estos hubiesen tenido legitimación para accionar por sí mismos, si el derecho que buscan proteger es relativo al propósito de la asociación y –como lo dijo nuestra Corte en "Frías Molina"– si el pleito no requiere para su desarrollo de la participación individual de sus miembros. De todas maneras, el tema es todavía confuso porque falta un punto importante, que es la reglamentación del Art. 43 por vía legislativa. Esta va a ser la aclaración definitiva de la cuestión.

Dr. Maiorano: En primer lugar, quiero expresar mi agradecimiento a las autoridades de la UCA por permitirme compartir con ustedes algunas reflexiones acerca de un tema tan apasionante, tan actual y tan denso como es el que hoy nos convoca.

Por supuesto que en este momento necesitaría tener a mano, más que la Constitución, un diccionario para conocer la acepción precisa del vocablo *promiscuo*, que acaba de utilizar el doctor Barra. Y quiero señalar que esta cordial reflexión la formulo como defensor del pueblo de la Nación mandato cumplido, es decir, que no estoy afectado en el ejercicio de mis funciones. Ahora hablo desde el camino de regreso o sobre el camino andado y no transitando el camino de ida. Obviamente, ustedes conocen que, en una acepción literal, el término *promiscuo* se asocia...

Dr. Barra: Es ambivalente.

Dr. Maiorano: Precisamente, esa ambivalencia, a la que se refiere el doctor Barra, me autoriza a pensar en la necesidad de ser muy preciso en los términos que se utilizan. Con esta reflexión aspiro a darle un tono de cierta amabilidad a posiciones que pública y notoriamente están en polos opuestos.

Tengo a mi izquierda a un gran amigo, el doctor Guillermo A. Muñoz, ex integrante de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo quien, con absoluta independencia (y por esa independencia, incluso, fue sometido a un pedido de juicio político), reconoció en varios de sus pronunciamientos la legitimación del defensor del pueblo de la Nación. Y tengo a mi derecha a otro gran amigo, el doctor Rodolfo Barra, quien cuestionó, en un artículo publicado en una conocida revista jurídica, al defensor del pueblo de la Nación, sosteniendo que siempre actuaba ilegítimamente. Como pueden apreciar ustedes, entonces, nos presentamos con perspectivas sustancialmente distintas.

Con relación a la pregunta acerca de cuál es el balance sobre la protección judicial de los intereses difusos y los derechos de incidencia colectiva a cinco años de la reforma constitucional, mi respuesta es concreta: el balance es sumamente positivo.

¿Cómo llego a esta conclusión? Todos sabemos que durante muchos años el derecho administrativo estuvo montado exclusiva y excluyentemente sobre un concepto indiscutiblemente egoísta: el derecho subjetivo.

La primera matización aparece con los intereses del sector, que son los intereses legítimos, los cuales, precisamente por representar a un sector y no a un individuo, no aparecen configurados como derechos, sino como intereses, con una obvia relevancia menor.

Y bien sabemos que, desde hace unos veinte años, se ha desarrollado en nuestra doctrina (mucho antes en la doctrina extranjera) la noción de intereses difusos, también llamados *supraindividuales*, *metajurídicos*, *meta individuales*. O bien, como lo decía recién Rodolfo Barra, quienes no los entendían los llamaban *confusos*.

Recordemos que la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549, sancionada el 3 de abril de 1972, que en su momento representó una profunda innovación en el sistema jurídico-administrativo nacional, y su reglamento previeron sólo dos facultades jurídicas, las clásicas y tradicionales en aquella época: el derecho subjetivo y el interés legítimo.

Pero he aquí que lo que no se hizo durante años se hizo posible en poco más de un mes durante las sesiones de la Convención Constituyente reformadora de la Constitución Nacional, la cual, a través del Artículo 43, dio cabida a los *derechos de incidencia colectiva*.

Entonces, actualmente, nos encontramos con que, mientras la Ley de Procedimientos Administrativos continúa reconociendo legitimación únicamente a los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, la Constitución Nacional permite que la sociedad, no sólo el individuo, sea titular de derechos: son los *derechos de incidencia colectiva*.

Cabe destacar que no sólo ha sido importante la atribución o el reconocimiento de una nueva facultad jurídica, sino, además, la titularización de esa facultad jurídica en personas, sujetos u órganos que pueden ejercerla. Y este es, tal vez, para mí, el balance más importante a la hora de expresar alguna reflexión acerca de la pregunta formulada: hemos pasado del egoísmo a la solidaridad jurídica. Por supuesto que todo cambio de este tipo conmueve las estructuras jurídicas, sociales, económicas y culturales de una sociedad. Ahora nos encontramos con las facultades tradicionales que no han perdido vigencia, pero que hoy resultan enriquecidas con el reconocimiento de nuevas categorías. Hasta hace algunos años, la soberanía era la regla; hoy, en cambio, casi nadie se acuerda de ella y vivimos en una aldea global.

Estos cambios operados en el plano político han alcanzado el plano jurídico, y, muy acertadamente, los convencionales constituyentes (aquí va el reconocimiento a uno de ellos: a mi querido amigo Rodolfo Barra) han incorporado esta categoría de los derechos de incidencia colectiva que, por supuesto, van encontrando su espacio a medida que los tribunales van modelando las pretensiones que articulan sujetos legitimados.

Como lo sostuve en una obra publicada recientemente, “[...] el ensanchamiento de la base de la legitimación procesal es una consecuencia natural de la modernización del derecho, que ya no sólo admite la mera demanda individual del portador de un derecho subjetivo, sino, además, la de otras personas menos aforadas, pero que, no obstante, alcanzan a exhibir un grado de interés suficientemente protegido como para pasar el umbral de los tribunales [...]. El sentido auténtico que dio lugar al surgimiento de los derechos colectivos fue la necesidad de complementar y perfeccionar los derechos individuales en su contexto social. Los derechos colectivos permitieron pasar a la defensa del ser humano genérico o abstracto, al ser humano en la especificidad o en la concreción de sus diversas maneras de estar en la sociedad, de pertenecer a una sociedad (como niño, usuario, viejo, trabajador, jubilado, aborigen, enfermo).

La incidencia colectiva no convierte al colectivo en una mera suma de daños singulares, quebrando la unidad sustancial del mismo. Es una manera elegida por el constituyente para denominar a la tutela de los derechos colectivos de la sociedad, en su conjunto o de cada sector social. El colectivo, como centro de imputación de normas, ha quedado consolidado por la legitimación que el constituyente le ha otorgado al defensor del pueblo de la Nación quien actúa en defensa de todo el pueblo o de cada sector afectado [...]”.¹

Vamos a ir viendo (porque no quiero adelantarme a la respuesta de algunas preguntas que son posteriores) cuál es el reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia y cuál es el uso que se ha hecho, desde distintos sectores de la sociedad, de la legitimación de los derechos de incidencia colectiva.

Para resumir, estoy convencido de que el balance es altamente positivo. Ello se debe –si tuviera que decirlo en pocas palabras– a que hemos pasado de la exclusividad del egoísmo clásico –que se mantiene– a la amplitud del concepto de solidaridad; de los derechos de la primera generación a los derechos de la tercera generación, que ya no son derechos de uno sino derechos de un enjambre o colectivo de personas.

¹Maiorano, Jorge Luis, *El ombudsman. Defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*, Tomo II, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, Macchi, 1999, p. 536 y sigs.

Dr. Muñoz: Buenos días, para ceñirme a esta primera pregunta, yo caracterizaría a este período como una etapa de erosión, de movilización cargada de incertidumbre. La reforma de la Constitución introdujo algunas cuestiones que generaron reacciones diferentes. Para algunos, ellas traen aparejado un cambio fundamental de nuestro sistema jurídico; para otros, ese cambio es mínimo. Por último, no faltan quienes sostienen que, en realidad, no hubo cambios. Rodolfo, que es un hombre muy astuto, comenzó diciendo que los intereses difusos no están reconocidos en la reforma constitucional. Yo también pienso así. Pero a partir de allí comienzan nuestras diferencias. Rodolfo fue achicando el contenido de los nuevos derechos reconocidos en la reforma. Primero, a partir de cierta diferencia que hace la doctrina entre los intereses difusos y los colectivos; después, invocando cierta jurisprudencia de la Corte Suprema.

Creo que en nuestro ordenamiento constitucional vigente no tiene mayor importancia la diferencia entre los intereses difusos y los derechos de incidencia colectiva. No la tiene porque se trata, al menos por ahora, de distinciones puramente doctrinarias, porque en nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en Brasil, las leyes no consagran ninguna diferencia de régimen jurídico tanto en lo que respecta a los sujetos legitimados como a los alcances de las sentencias. Nosotros nos tenemos que acostumbrar, pues, a referirnos a los *derechos de incidencia colectiva*. Me parece que tenemos que acostumbrarnos, también, a que se trata de un concepto amplio, muy amplio.

Pero, ¿qué pasa? Ocurre que todas las acciones colectivas, cualquiera sea la denominación que se les dé, impactan en distintos sectores del ordenamiento, en especial, en el derecho procesal y en la naturaleza de la función judicial.

Hace ya unos cuantos años, Díez-Picazo decía que, ancestralmente, desde siempre, tanto el derecho como el amor fueron pensados para las relaciones que se dan entre dos personas (acreedor-deudor; marido-mujer); a lo sumo, estas relaciones se pueden estirar, a veces, a tres personas: el amante, el tercero interesado. Pero no más. Cuando esas relaciones se tornan colectivas, tanto en el derecho como en el amor, las cosas se complican. Se dan situaciones que a uno lo abisman. Si ahora nos limitamos al derecho –me parece que va a ser más sensato–, el efecto principal es que las estructuras jurídicas tradicionales comienzan a crujir por el hecho simple de que no fueron pensadas para cobijar relaciones tan complejas.

Pues bien, ¿qué impacto produjo el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva en el derecho procesal? Indudablemente, produjo, o debería haber producido, un impacto importante. Sin lugar a dudas, el Código Procesal vigente no fue pensado para recoger esos tipos de acciones colectivas. El desequilibrio que esa situación produce quizás no fue advertido en toda su magnitud porque la lucha por el reconocimiento de esos derechos se centró en la legitima-

ción, en ampliar el ingreso en el proceso de las personas que hasta ese momento no podían hacerlo. De aquellos que, por no haber participado en él, ignoraban sus limitaciones. No sabían que no iban a encontrar por esta vía soluciones mágicas.

Lo que todavía no se advirtió es que por su propia dinámica interna los derechos de incidencia colectiva afectan tanto el contenido y alcance de las sentencias como los sujetos de la relación procesal.

Como el Código Procesal no contempla esta situación, quedan dos alternativas. Si se aplica la Constitución Nacional, se quiebran algunos principios fijados por aquél. Si se pretende mantener las pautas del Código Procesal vigente, hay que inaplicar la Constitución. Como yo soy bastante antiguo, prefiero aplicar la Constitución. Los problemas que ello genere en el ámbito procesal se tendrán que ir acomodando jurisprudencial o legalmente a esta situación.

Lejos de mí está efectuar una apología a este nuevo sistema. Les confieso honestamente que si hubiera sido constituyente no sé si hubiera incorporado el tema de la legitimación exactamente en la forma como que se hizo. Pero yo no fui constituyente, soy un simple juez y tengo que aplicar la Constitución. Tengo que hacerlo, a pesar de que el impacto producido por la reforma no se circunscribe, no se reduce al Código Procesal. En realidad, es más profundo y afecta la naturaleza, la dimensión de la función judicial. Los jueces estamos preparados para resolver conflictos entre partes. Sin embargo, con las acciones colectivas –cualquiera sea su denominación– la cuestión se complica. Ellas nos arrastran, nos obligan en más de una oportunidad a actuar como árbitros o mediadores sociales. Y éste no parece ser el papel tradicional del juez, no parece ser el papel al cual estamos acostumbrados. Normalmente, la función de mediador social le compete al Congreso. En ese ámbito es donde deberían buscarse los consensos para llevar a cabo esa tarea. Pero bueno, la Constitución dispuso lo contrario. Es cierto que no se trata de una cuestión totalmente novedosa en nuestro país, tampoco es exclusiva de él. Algo similar ocurrió en Alemania y también en Italia. Se trata de adaptaciones del derecho a estos nuevos fenómenos, a estas nuevas realidades sociales que normalmente generan inconvenientes.

Supongo que paulatinamente se irán perfilando soluciones más seguras.

La reforma produjo, por tanto, un efecto parcialmente positivo: obligó a pensar, a repensar el derecho procesal. Hasta ahora, por lo que he escuchado y leído, el derecho procesal apela a la imaginación de los jueces. En realidad, es un exceso de optimismo el atribuirnos imaginación. Además, cuando alguno pretende ser imaginativo, no faltan las críticas.

Por eso, les decía que mi balance sobre la protección judicial de los intereses difusos y los derechos de incidencia colectiva a cinco años de la reforma es que se trata de una etapa de gran movilidad, de tendencias al cambio y de resistencias a él. Ello explica que todo lo que podamos decir en este momento sea provisorio.

Bueno, ahora pasaremos al segundo interrogante que es, en particular, ¿cuál es su evaluación acerca de los alcances en el reconocimiento judicial, de la legitimación procesal del defensor del pueblo, del Ministerio Público, de las asociaciones, de los legisladores y de los ciudadanos?

Dr. Barra: En este punto, todos coincidimos bastante en lo fundamental. Si vamos limitando (limitar es una mecánica de la *teoría del conocimiento* para ir identificando la cosa objeto del conocimiento. Cualquier científico en cualquier ámbito, en cualquier disciplina lo que hace para conocer es, precisamente, ir limitando su ámbito de conocimiento), ya vemos que los ciudadanos en abstracto no pueden tener legitimación. Porque, lo dijo recién Guillermo Muñoz, esto sería como una acción popular, evidentemente contradictoria con nuestro sistema constitucional, y creo yo que con un buen funcionamiento del sistema de división de poderes y de un buen papel de los jueces. Los ciudadanos tienen su lugar para ir a reclamar: ese lugar es el partido político, es el Congreso y es también la Casa Rosada, es la plaza pública, es con la huelga, con la manifestación, con la solicitada. Todos los elementos de debate político que el sistema, ya sea jurídicamente formalizado o, a veces, de una manera informal, y a veces saltando un poquito por sobre reglas formales como con la *Carpa Blanca*, la carpa docente, permiten fomentar, precisamente, el debate político.

Los legisladores, obviamente, no tienen legitimación, salvo que se refiera a un derecho propio del legislador, por ejemplo, el que es impedido de ingresar en el recinto, al legislador que no se le reconoce su título. Estos podrían hacer un cuestionamiento de este tipo (aquí hay una discusión sobre si la Cámara es el único juez o en algún caso de arbitrariedad puede esto llegar a estudio judicial); así los casos del legislador al que se le impide votar en una sesión, del legislador que tiene un daño en su remuneración: se la disminuye o no se le abona la remuneración. No en el ejercicio de su propia competencia, porque la competencia no da un derecho subjetivo. El ejercicio de su competencia orgánica es una obligación que debe ser defendida en el mismo seno de la Cámara en donde debe ejercerse. Hay reglas: no puede votar, pero porque no hay *quórum*. El problema del *quórum* es parte del sistema constitucional y es parte del debate político. También: el criterio del legislador no predominó porque está en minoría. Bueno, eso es parte del sistema democrático. Y aquí hay una tradición permanente de la Corte, desde siempre, con distintas integraciones y con distintos números de integrantes.

Recientemente, la Corte en la causa "Gómez Diez" (Fallos: 322:528) lo ha ratificado; esta vez, con la unanimidad de sus miembros (en realidad, con ocho miembros –uno no votó).

El problema es el de las asociaciones, porque acá hay algo que el legislador debe definir: si es una representación di-

recta frente a la ocurrencia de un daño concreto –aunque pudiese ser potencial para sus miembros– o esa actuación por representación es genérica.

Yo les pongo dos ejemplos, que pueden marcar la distinción y la dificultad para encontrar un camino y éste queda abierto para el legislador en uno u otro sentido. Si un colegio público o privado (en este caso también podría serlo) decide no admitir en su matrícula a personas por su raza, allí puede haber un afectado concreto, alguien que quiere inscribirse y se le impide la inscripción. Ese afectado puede o no litigar, podría contentarse, tener paciencia frente a esto e ir a otro colegio para estudiar. Podría también no haber ningún caso concreto: el colegio dictó esa disposición, pero nadie fue a inscribirse; pareciera ser que no hay ningún afectado concreto. Sin embargo, esta conducta es una afrenta al colectivo, potencial pero directa e inmediata al colectivo formado por las personas que son de esa raza (podría ser de una religión, etc.), y una afrenta directa a todos los miembros, porque se está mostrando ante la sociedad una situación de discriminación y de disminución, en este caso del ejemplo, por una cuestión racial. Yo creo que allí sí puede haber la acción de una asociación destinada o con un objeto de protección a los intereses de ese sector social, para proteger a sus miembros y acá está el Art. 43 que fue pensado para este tipo de situaciones, independientemente de la representación genérica del defensor del pueblo.

Otra cuestión puede ser una asociación que se constituye para defender otros intereses; vamos a usar el ejemplo de las toninas que tuvo también su cuestión judicial hace muchos años. En el problema de las toninas (para su protección contra la caza, la depredación), no hay un afectado directo; es muy distinto del ejemplo anterior de la discriminación racial. Nadie es dueño de ninguna tonina que está libre en el mar, salvo algún caso de alguna compañía de turismo que aproveche estos paseos de las toninas para llevar turistas a verlas y, entonces, si las matan, tendrían un perjuicio económico. Pero, en general, no hay nadie que esté afectado por la eliminación de esa especie animal. Sin embargo, podría haber una asociación destinada a la protección y, entonces, esa asociación tendría un interés propio. Si es reconocida por el ordenamiento –y, en este sentido, se orientaba el proyecto de ley de amparo que mencionó recién el doctor Muñoz (tuvo media sanción en el Senado, una variante en Diputados, pero la variante no fue aceptada por el Senado y quedó entonces en la nada)–, en este caso, la asociación está protegiendo también un derecho de incidencia colectiva en la medida que sus propios miembros reconocidos por el ordenamiento han sido titularizados para la protección de ese tipo de interés. Acá hay una opción prudencial del legislador: limitarla para los primeros supuestos –en el caso de las asociaciones–, ampliarla para los segundos. Creo también que la intención y la letra del Art. 43 de la Constitución Nacional permiten la interpretación amplia. Pero siempre insisto en que sea una situación en la que exista un agravio, ya sea en

un miembro concreto que podría actuar como afectado en el pleito, o en el colectivo como tal representado y titularizado por el ordenamiento, en esa asociación. Pero así vamos limitando y no caemos en excesos que yo creo que han ocurrido en materia de reconocimiento de la legitimación de ciertas asociaciones que sí han actuado para hacer a través de los tribunales el debate político. Esto es lo que debemos impedir y quizá sea difícil hacerlo desde la reglamentación, tal vez quede mucho más a cargo del buen sentido del juez. Éste no debe dejarse ser utilizado pura y exclusivamente para el debate político.

Dr. Maiorano: Voy a comenzar a responder esta pregunta haciendo alusión a aquella institución con la cual he convivido durante cinco años. En realidad, esa institución –el defensor del pueblo de la Nación– ha tenido un amplio reconocimiento de la legitimación en casos sumamente originales.

El primer caso en el cual se planteó la cuestión que motiva el interrogante ocurrió a principios del año 1995, al haber interpuesto una demanda de amparo contra el Estado Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto– por la proximidad de un buque llamado *Pacific Pintail*, que transportaba plutonio desde un puerto francés hacia Japón. Se aceptó la legitimación del defensor del pueblo de la Nación, por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N°11, y el Estado Nacional, a través del Ministerio, no cuestionó esa legitimación.² Luego, la cuestión devino abstracta porque, precisamente como consecuencia de la promoción de esa acción judicial, el Ministerio dictó una resolución que prohibía el ingreso de ese buque al Mar Territorial Argentino.

La segunda causa fue interpuesta ante los tribunales locales de la provincia de Río Negro con motivo de la situación de violación de los derechos humanos que se verificaba en la alcaldía de General Roca, en la cárcel de encausados. Asumo que cuando interpuse esta acción judicial, –reitero: un amparo contra el Poder Ejecutivo de la provincia de Río Negro– intuía, tenía algo así como una sensación térmica de que la respuesta del tribunal iba a ser formulada en estos términos: ¿Usted quién es para inmiscuirse en un tema netamente provincial? Usted está en Buenos Aires; ésta no es una cárcel federal, es una cárcel provincial; nada tiene que hacer en el ámbito local.

Con verdadera sorpresa, la Sala 111 de la Cámara del Crimen acogió la legitimación del defensor del pueblo, lo reconoció como una autoridad de la Nación, con competencia en todo el país para defender los derechos humanos y condenó al gobierno de la provincia de Río Negro, al Poder Ejecutivo, a dar solución, en plazos que iban de 30 a 360 días,

²Cfr. Maiorano, Jorge Luis, op.cit., p. 545 y sigs.

a los distintos problemas que se habían verificado. Ese pronunciamiento quedó firme y la provincia cumplió puntualmente los términos de la sentencia.

Sobre este importante precedente jurisprudencial, sostuvo Quiroga Lavié que el defensor del pueblo de la Nación “[...] no puede declinar su competencia cuando un derecho humano, tutelado por la Constitución Nacional, se encontrare afectado por cualquier autoridad. La interpretación tiene lógica, porque si la doctrina y el propio legislador nacional han entendido que es competencia del Congreso de la Nación legislar sobre las garantías procesales que permiten hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, no obstante que la materia procesal sea materia legislativa reservada a favor de las provincias (por eso hay leyes federales de amparo y *hábeas corpus*), pues es también lógico que el defensor del pueblo no pueda inhibirse de realizar su intervención tutelar ante la violación a un derecho de la Constitución, sea quien fuere el agente de la violación. Estamos frente a una mutación *praeter legem*, es decir, ampliativa de la competencia federal de cara a la tutela de los derechos fundamentales de todos los habitantes de la Nación [...]”.³

Otra resolución judicial que admitía la legitimación del defensor del pueblo de la Nación y precisaba su carácter fue dictada por la Sala IV de la Cámara Nacional antes citada, el 23 de junio de 1998, en la causa “Yousseffian, Martín”, expresando: “[...] Por otra parte, en lo que se refiere al defensor del pueblo de la Nación, no puede dejar de tomarse en cuenta la legitimación procesal que genéricamente se le confiere en el Art 86 de la Constitución Nacional, y también que el Art. 43 que ésta regula, de manera específica, su habilitación para intervenir en los juicios de amparo en casos como el *sub examine*. Debe dejarse en claro, asimismo, que su participación lo es en defensa de un derecho de los usuarios: el de participación en el control de los servicios públicos, que se vería afectado por una ilegítima omisión de la Administración. Por ser ello así, no puede sino concluirse en que el doctor Maiorano posee legitimación activa para intervenir en la causa [...]”.⁴

Sobre este particular, la doctrina ha expresado que “[...] Resulta, pues, que más allá de la legitimación procesal que reconoce la Carta Magna (86), el Art. 43 habilita al defensor del pueblo a interponer acción expedita y rápida de amparo [...]. La norma aludida define el efecto de la legitimación del defensor del pueblo para actuar en juicio: no lo hará en nombre propio, sino en representación de un grupo o sector cuyos derechos se vieran conculcados [...]. Así, cualquier violación a los derechos de incidencia colectiva en general faculta al defensor del pueblo a protegerlos y, en conse-

cuencia, a actuar en nombre y representación de todos y cada uno de los afectados. Por ello, es incomprensible que pudiera pretenderse desconocerle legitimación para intervención en resguardo de derechos constitucionales [...]”.⁵

Un nuevo ejemplo de la aceptación judicial de la legitimación reclamada por el defensor del pueblo se halla en la sentencia dictada por la señora jueza federal Dra. Liliana Heiland, en los autos caratulados: “Nieva, Alejandro y otros c/P.E.N.-Dto. 375/97, s/amparo, Ley N° 16.986” y en el pronunciamiento de la alzada, que la confirmó.

Luego de recordar las dos misiones asignadas al defensor del pueblo por el Artículo 86 de la Constitución Nacional, expresa: “el texto constitucional no limita la legitimación” – se refiere a la procesal– “a la primera misión que describe, esto es, la defensa de los derechos humanos, sino que la hace extensiva –sin diferencia alguna– a la otra, el control del ejercicio de las funciones públicas administrativas [...]. Por ser así, el defensor del pueblo se considera legitimado, aquí, en un doble aspecto. Por un lado, porque existen derechos de incidencia colectiva concreta y actualmente afectados. Por el otro, porque, al decidir sobre la materia, el P.E.N. invadió la zona de reserva legal y ello dispara el ejercicio del especial mandato constitucional que el defensor detenta para controlar el ejercicio de las funciones administrativas públicas” (cfr. Apartado II, puntos a y b).

En la misma causa “Nieva, Alejandro y otros c/P.E.N.-Dto. 375/97, s/amparo, Ley N° 16.986–”, la Cámara de Apelaciones del fuero, en sentencia confirmatoria de la de la instancia inferior, reconoció la amplitud de la legitimación procesal del defensor del pueblo; al expresar: “Asimismo, el Art. 86 de la Constitución Nacional le confiere legitimación procesal en todo cuanto hace a las cuestiones de su competencia, debiendo extenderse esta legitimación a toda clase de procesos judiciales o administrativos” (punto 7º del fallo).⁶ Y se agrega que tal legitimación existe tanto cuando actúa por denuncias o de oficio. Más adelante, y ya refiriéndose al caso concreto, expresa este fallo que: “[...] no puede desconocerse el innegable interés de los miembros de la comunidad, como integrantes de un estado de derecho, a que se respete el principio de división de poderes y que la actuación de las autoridades, a cuya elección han contribuido por imperio del sistema democrático, se enmarque en los principios contenidos en la Constitución Nacional”.

Otra de las acciones judiciales en la que expresamente se aceptó la legitimación procesal del defensor del pueblo de la Nación fue la interpuesta con fecha 28 de diciembre de 1995 contra el Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos), Aguas Argentinas S. A. y el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, en vir-

³Quiroga Lavié, Humberto, *La Ley*, t. 1996-A, p. 749.

⁴Yousseffian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones, CNFed, Sala VI, 23 de junio de 1998, *La Ley*, t. 1998-D, p. 710 y sigs.

⁵García Blanco, Mariano y Daniel Bugallo Olano, “Derechos de incidencia colectiva en general. El Defensor del Pueblo de la Nación”, *Doctrina Judicial*, 27 de mayo de 1998.

tud de la cual se trataba de impedir la aplicación de normativa aplicable al servicio de agua, por la cual la empresa prestadora, en las viviendas afectadas al régimen de propiedad horizontal, instalaría un solo medidor para todas las unidades que conformaban el inmueble.

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8 hizo lugar a la medida cautelar peticionada, la que fue confirmada por la Sala de FERIA el 23 de enero de 1996.

Si bien con posterioridad la acción de amparo fue rechazada, la Cámara Nacional de Apelaciones del fuero hizo lugar parcialmente a la demanda revocando el fallo. Al momento de la elaboración de esta obra, la acción de amparo se encuentra radicada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin perjuicio de que la acción interpuesta oportunamente impidió que la empresa prestadora instalara los medidores de agua en los diversos edificios de la ciudad.

La Sala Federal en lo Contencioso Administrativo N° III, en los autos referidos señaló que "Esta acción de amparo fue deducida por [...] y el defensor del pueblo en uso de las facultades que le confiere el Art. 43 de la Constitución", más adelante señaló, con relación a la vía escogida, que "b) El planteo oportunamente efectuado respecto de la existencia de otras vías tampoco puede prosperar. Cuando en la sentencia se puede determinar si las normas impugnadas resultan o no manifiestamente ilegales, el amparo es el marco adecuado para instrumentar el debate sobre su inconstitucionalidad (CS, 513:1.513 *in re* "Peralta", del 27-12-90, *La Ley*, 1991-C, 158). Dilatar la decisión sobre temas sustanciales invocando inexistentes restricciones procesales significa contrariar las disposiciones legales y constitucionales que lo reglamentan". Se ha destacado con relación al fallo y al amparo iniciado que "[...] es de esperar que el defensor del pueblo siga actuando en la defensa de estos derechos y que, cuando el usuario no encuentre una solución justa, ni tampoco en el Ente Regulador, pueda siempre encontrar una última protección en el ombudsman".⁷

También fue reconocida la legitimación procesal del defensor del pueblo de la Nación en la acción de amparo tramitada ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7, en los autos caratulados: "Viceconte, Mariela Cecilia c/Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo", promovida para obtener una condena contra el P.E.N. a los efectos de que

⁶Bidart Campos, Germán J., *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VI, 1995; Barra, Rodolfo, "La acción de amparo en la Constitución reformada. La legitimación para accionar", *La Ley*, t. 1994-E, p. 1.087.

⁷Ugolini, Daniela, "El consumo de agua y la facturación del servicio en los consorcios de propietarios", Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, *La Ley*, 5 de julio de 1996, p. 5.
⁸CNFed. Contencioso administrativo, Sala IV, 2 de junio de 1998, Suplemento Derecho Constitucional, Buenos Aires, *La Ley*, 5 de noviembre de 1998.

este ordene ejecutar la totalidad de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna Candid 1 contra la F.H.A. en el Instituto Nacional de Enfermedades Virales Humanas Dr. Julio 1. Maiztegui asegurando su inmediato suministro a la totalidad de la población potencialmente afectada por el virus Junín.

En esta acción judicial, el defensor del pueblo de la Nación fue citado como tercero, adhiriendo expresamente a las pretensiones deducidas por la amparista.

La Sala IV en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió con fecha 2 de junio de 1998 que "Hacer lugar a la acción de amparo impetrada y en consecuencia ordenar: [...] c) Encomendar al señor defensor del pueblo de la Nación el seguimiento y control del cumplimiento del referido cronograma (de producir la vacuna para combatir la fiebre hemorrágica argentina) sin que obste a ello el derecho que le asiste a la actora en tal sentido [...]".⁸

Al respecto, Mertehikian, al comentar el fallo aludido, sostuvo que: "Como quedó de manifiesto, no surge del relato que la sentencia realiza, sobre la base de qué circunstancia se admitió la legitimación al actor en este proceso de amparo, por lo que sólo surgiría de manera implícita de fallo la condición de *afectado* en el demandante, que requiere el Art. 43 de la Constitución Nacional para la procedencia de la vía escogida. Por cierto que al mismo tiempo ha intervenido el defensor del pueblo de la Nación a quien la referida norma constitucional le reconoce legitimación procesal en términos expresos".⁹

En oportunidad de interponerse una acción de amparo, como consecuencia del dictado del Decreto N° 92/97, por el que se aprobaban modificaciones a la Estructura General de Tarifas del Servicio Básico Telefónico, el tribunal interviniente en Primera Instancia, Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11, acogió favorablemente la presentación del defensor del pueblo de la Nación con fecha 7 de febrero de 1997. Con posterioridad, la Sala III en lo Contencioso Administrativo Federal el 14 de febrero de 1997 confirmó la resolución apelada por el Estado Nacional. Se destaca de lo señalado que ninguno de los tribunales intervinientes cuestionó la legitimación procesal del defensor del pueblo de la Nación.

Asimismo, si bien en el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró procedentes los recursos extraordinarios, desestimó la demanda intentada sin perjuicio de lo cual no dejó de reconocer la legitimación del defensor del pueblo de la Nación.

Hay sí un pronunciamiento que debo mencionar porque es algo así como la mancha negra en esta materia. En el caso

⁹Mertehikian, Eduardo, "La protección de la salud como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido", Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, *La Ley*, p. 8.

“Consumidores Libres”, la Sala V de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo pretendió avanzar en una interpretación cercenante de la legitimación, restándole operatividad a la cláusula constitucional. En esa oportunidad, la citada sala sostuvo que “[...] la legitimación procesal que indiscutiblemente confiere al defensor del pueblo el párrafo segundo del Art. 86 de la Constitución Nacional no es susceptible de ser infinitamente dilatada de forma tal que sustente su intervención judicial en defensa de la pura legalidad [...]”.¹⁰

Ya Jellinek, a finales del siglo pasado, había advertido acerca de la importancia de la jurisdicción como garantía de los derechos, y, en la actualidad, está fuera de toda duda que la más efectiva protección de los derechos es la que ofrecen los tribunales de justicia.¹¹

Pretender privar al defensor del pueblo de la Nación de la facultad de acudir a los tribunales es quitarle el más importante e intenso instrumento de que puede disponer ante una hipotética lesión de un derecho constitucional en caso de que no baste con la persuasión, la publicidad de sus críticas y la autoridad moral de sus decisiones.

Colautti ha expresado que, si bien en un primer enfoque la legitimación atribuida al defensor del pueblo de la Nación por la Constitución Nacional puede considerarse de excesiva amplitud, en un sistema democrático, siempre es conveniente que un funcionario público tenga competencia y la responsabilidad de defender los intereses constitucionales de los ciudadanos, y “nuestra Constitución indica hoy para esta función al defensor del pueblo, que es un órgano independiente que actúa con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. La interpretación acerca de su legitimación debe ser, entonces, amplia, tal como lo han reconocido los tribunales de instancia en diversos pronunciamientos”.¹²

Estas posiciones aisladas no deben sorprender ya que la doctrina ha puesto de manifiesto con precisión la “poca afición que existe en el plano jurisdiccional para recibir pretensiones que encaminen a un proceso donde las partes no sean aquellas que válidamente estén en condiciones de demandar y resistir [...]”. La vía judicial es reacia a soportar sujetos impersonales, por cuanto se categoriza en posición de privilegio la atención sobre los derechos subjetivos, sin permitir que los demás intereses tengan recepción ni cabida

[...]”.¹³ Es que, como se ha expresado, algunos jueces prefieren cerrar las puertas de la legitimación para así garantizar un presunto marco de seguridad jurídica que se pretende con ello preservar.¹⁴

Con el mismo objetivo cercenante, se ha pretendido condicionar el ejercicio de esa legitimación a la efectiva existencia de un perjuicio. En ese sentido, no puedo coincidir con Rodolfo Barra cuando sostiene “[...] para impugnar un acto discrecional (de la Administración) tiene que demostrarse, y muy severamente, el daño singularizado”.¹⁵

Ello podrá ser válido en la circunstancia del amparo individual donde el actor defiende su derecho subjetivo que ha sido desconocido, pero no podrá exigírsele el mismo recaudo al defensor del pueblo de la Nación, quien no actúa como un particular porque no es un particular; es una institución del Estado que tiene como una de sus misiones el control de la actividad administrativa. No actúa preservando un patrimonio individual ni alegando por un perjuicio cuantificable crematísticamente; obra como autoridad de la Nación encargada de la supervisión de la actividad estatal y privada, tutelando el principio de legalidad, uno de los pilares del estado de derecho.

Frente a esta interpretación restrictiva de la legitimación otorgada por la Constitución Nacional, se ha alzado con firmeza la voz de uno de los convencionales constituyentes más reconocidos, como es el profesor Quiroga Lavié quien, con motivo de la infundada resolución de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Frías Molina”, sostuvo que “[...] En efecto, la Corte Suprema no puede sostener, en forma dogmática y por vía de principio, que el defensor del pueblo ‘carece de competencia para formular exhortaciones al tribunal sobre las causas en trámite’, cuando el Art. 86 de la Constitución le confiere a dicho órgano *legitimación procesal* y el Art. 43, párr. 2º, lo legitima para interponer amparos en tutela de los derechos de incidencia colectiva en general. Con el Art. 86 alcanza y sobra, por supuesto, porque si cualquier ciudadano puede pedir a las autoridades, en relación con sus propios derechos, cómo no lo va a poder hacer el defensor en relación con los de *incidencia colectiva* cuando él dispone de personería constitucional para tutelarlos. Que no se diga que el derecho del defensor solamente está referido al trámite de la acción de amparo, primero porque la legitimación del Art. 86 es amplia y no restrictiva a una sola vía procesal. El derecho a pedir un pronto despacho no se vincula al derecho previsional de fondo, respecto del cual el

¹⁰CNFed. Contencioso administrativo, Sala V, 20 de octubre de 1995, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, 6 de diciembre de 1995, con nota de Cassagne, Juan Carlos, “De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo”, *La Ley*, p. 3.

¹¹Aguar de Luque, Luis y Ascensión Elvira Perales, “Intervención del Defensor del Pueblo en procedimientos jurisdiccionales”, en la obra colectiva *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Madrid, 1962, p. 165.

¹²Colautti, Carlos E., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1998, p. 240.

¹³Gozaini, Osvaldo A., “Legitimación procesal del Defensor del Pueblo (Ombudsman)”, *La Ley*, 1994-E, p. 1978.

¹⁴Jiménez, Eduardo Pablo, “Evaluación de algunos matices conflictivos respecto de la legitimación para obrar en el amparo en procura de la defensa de los derechos humanos de la tercera generación”, *El Derecho*, t. 170-1997, p. 1.151 y sigs.

¹⁵“Amparo, jurisdicción y discrecionalidad administrativa”, *El Derecho*, t. 178-1998, p. 628 y sigs.

defensor no hizo manifestación alguna en las causas que consideramos. Que el defensor no ha ejercido un derecho individual, a nombre de Frías Molina o Varona, está claro cuando exhorta a la Corte a eliminar o disminuir el atraso en el dictado de sus fallos en todas las causas referidas con ajuste de haberes previsionales. Los casos de marras eran casos testigos de la afectación del inequívoco derecho de incidencia colectiva que al respecto tienen todos los jubilados".¹⁶

El respetado maestro Alberto A. Spota ratifica con sólidos conceptos esta posición doctrinaria. Dice, en ese sentido, "[...] El segundo párrafo del Art. 86 demuestra, con suficiente claridad, que cuando entiende debe usar de coacción, el accionar del defensor del pueblo, exige que así lo requiera ineludible y necesariamente con exclusividad al Poder Judicial, sin excepción alguna [...]. Esto es, si bien integra como órgano administrativo el Poder Legislativo, su actuación, cuando debe requerir el uso de la fuerza, debe serlo a través del Poder Judicial. Para ello, el segundo párrafo del Art. 86 expresa que «el defensor del pueblo tiene legitimación procesal». Y la tiene, entre otros efectos y fines, al recién expresado".¹⁷

Es que, como ha puesto de manifiesto Creo Bay: "En virtud del Art. 86 de la Constitución Nacional, el defensor del pueblo tiene siempre legitimación procesal. En consecuencia, los jueces no pueden, bajo ninguna circunstancia, denegar la legitimación del defensor. Esa sola posibilidad atentaría contra las funciones que la Constitución le ha atribuido. La previsión constitucional del Art. 86 está, precisamente, para evitar la discusión en sede judicial. Si la Constitución establece que el defensor tiene legitimación, no hay juez que tenga facultad para decirle que no tiene legitimación [...]. El Art. 86 es categóricamente omnicompreensivo, siendo el Art. 43 de la Constitución Nacional tan solo un supuesto de aplicación [...]".¹⁸

En cuanto a la legitimación de las asociaciones en general, ha sido reconocida sin mayores obstáculos en diversos pronunciamientos. Respecto de la eventual legitimación de los legisladores, ella no ha sido reconocida por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal y, en este sentido, yo coincido con la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Creo que los legisladores no tienen la posibilidad de accionar judicialmente; tienen que actuar en el ámbito natural para el cual han sido electos: el Poder Legislativo.

En el caso de los ciudadanos, se han promovido tanto pretensiones prudentes como demandas desatinadas que buscaban más el efecto mediático que un efecto jurídico.

¹⁶El Defensor del Pueblo ante los estrados de la justicia", *La Ley*, año LIX, nN° 155, p. 3.

¹⁷Spota, Alberto A., "El Defensor del Pueblo", *El Derecho*, t.170, 1997, p. 987 y sigs.

¹⁸Creo Bay, Horacio, "El Defensor del Pueblo y su legitimación en sede judicial", *La Ley Actualidad*, 26 de marzo de 1996.

Con relación al Ministerio Público, prácticamente no ha tenido intervención a través del defensor general de la Nación, tal vez debido al poco tiempo de vigencia de la ley. Gracias.

Dr. Muñoz: Evaluar los alcances del reconocimiento judicial en los supuestos a que se refiere la pregunta es una tarea compleja. Primero, porque abarca temas diferentes y cada uno de los cuales plantea dificultades propias. Segundo, pero seguramente más importante, porque el derecho administrativo argentino no se detuvo en examinar la naturaleza de la legitimación en el proceso administrativo; tampoco su finalidad.

Piensen ustedes que en el proceso civil la legitimación deriva, normalmente, de la titularidad de la relación jurídica sustancial que se debate en el pleito. Como esta es una cuestión que se resuelve en la sentencia, tanto las leyes procesales como la jurisprudencia son generosas en el examen de la legitimación. A tal punto que ésta sólo opera como condición de admisibilidad cuando su falta es manifiesta.

Sin embargo, en el proceso administrativo, ante situaciones idénticas, el examen de la legitimación como presupuesto procesal suele ser riguroso.

El problema no radica tanto en que esta diferencia exista, sino en que sistemáticamente se soslaya explicar o identificar las causas que la justificarían.

La cuestión era relativamente sencilla cuando la legitimación se agotaba en los derechos subjetivos. La relación entre la titularidad de derecho y su ejercicio aparece, en cambio, mucho más disociada cuando la legitimación es indirecta. Como no me gusta robar las ideas –ni las que leo, ni las que escucho–, quiero decirles que hace pocos días, en un posgrado de derecho procesal que organiza la Universidad Notarial Argentina, uno de los cursantes me dijo que la legitimación indirecta siempre desemboca en un problema de representación.

Lo cierto es que, en esos casos, la legitimación no deriva de la titularidad de un derecho –que, por definición, es ajeno–, sino de la representación que se invoca.

Pues bien, con respecto a los derechos de incidencia colectiva, la Constitución Nacional admite tres sujetos exponenciales diferentes. Advierto que, con sabia prudencia, las moderadoras no incluyeron en las preguntas la figura del afectado pues, de lo contrario, este debate hubiera sido interminable.

Veamos que ocurre, entonces, con el defensor del pueblo. Se plantean algunos interrogantes. En la medida que existan derechos de incidencia colectiva vulnerados, la legitimación del defensor del pueblo surge claramente del texto constitucional.

Pero además de la norma, está la realidad que, como ustedes saben, suele ser mucho más compleja.

¿Qué ocurre cuando los intereses colectivos no son homogéneos; cuando hay un sector que pretende una solución y otro que auspicia la contraria? Parece descabellado exigirle al defensor que en estos casos efectúe, por ejemplo, una encuesta. Este dilema no es una aporía. Tiene soluciones, pero hay que consagrarlas normativamente. Y la solución tiene que venir desde el proceso.

Puede darse el caso de que, después de recibir numerosas denuncias, el defensor considere necesario iniciar una acción en defensa de un determinado colectivo. Pero, no es descartable que en ese mismo juicio se presente otro grupo del mismo sector para defender la decisión impugnada. Estas situaciones son posibles. Las soluciones para darles un adecuado cauce procesal, también. Lamentablemente, hasta ahora, el legislador ha guardado silencio.

En un proyecto de ley que reglamentaba el juicio de amparo presentado por el Poder Ejecutivo cuando vos, Rodolfo, eras ministro de justicia, se preveían algunas de estas situaciones. Uno podía estar o no de acuerdo con ellas, pero lo cierto es que enfrentaban el problema. Por el momento, persiste un gran margen de indeterminación que deja en manos de cada juez cómo va a integrar la *litis* y a quiénes comprende la sentencia.

Ése no es el único problema. Hay otros no menos importantes. Por ejemplo: ¿el defensor del pueblo puede desistir de un juicio ya iniciado?

Recientemente se planteó en la ciudad de Buenos Aires otra cuestión: ¿la legitimación del defensor para iniciar acciones en defensa de los derechos de incidencia colectiva lo faculta para exorbitar, para trascender el ámbito de la competencia que le otorga la Constitución local? El Tribunal Superior de Justicia –por mayoría– consideró que el defensor sólo puede actuar en defensa de esos derechos cuando fueran vulnerados por hechos, actos u omisiones de la Administración Pública, concepto que incluye la actividad administrativa de la Legislatura y el Poder Judicial y no cuando se trata de una ley o una sentencia.

En lo que respecta al Ministerio Público, no conozco casos en los cuales en estos últimos años haya actuado en defensa de este tipo de derechos. El Ministerio Público parece más ensimismado en la problemática de su propia reconstrucción. Además, estando el defensor del pueblo habría, quizás, sobre todo en el ámbito federal, una superposición innecesaria.

Las asociaciones de usuarios plantean otros núcleos problemáticos. En primer lugar, no está claramente definido el criterio exigido para su reconocimiento: por la finalidad o por la representación. En nuestro país, por ahora, se admiten las asociaciones por su finalidad, o sea, nos reunimos un grupo de personas y creamos una asociación cuya finalidad consis-

te en defender a los usuarios. En este momento en que falta aún una energía social que se movilice en defensa de sus propios intereses, este criterio tiene algunas ventajas. También tiene sus inconvenientes, porque un grupo de personas, con la excusa de actuar en defensa de los usuarios, puede hacerlo en defensa de sus intereses propios. El derecho comparado nos muestra que, a veces, estas asociaciones apelan al chantaje o a la presión. No sé si en nuestro país esto ya pasó, pero en el extranjero sí.

Con respecto a los legisladores en general, salvo en el caso “Nieva” en el que el Juzgado Federal y la Cámara les reconocieron legitimación porque se les había impedido ejercer su misión, carecen en principio de legitimación por el solo hecho de serlo. Salvo en algún caso especial, la solución me parece razonable.

Los ciudadanos quedan suspendidos en un amplio margen de indeterminación. Si se trata de un ciudadano a secas, la justicia federal considera que carece de legitimación, pues lo contrario implicaría admitir una acción popular. Si es titular de un derecho subjetivo, deja de ser ciudadano en el sentido de la pregunta. Quedaría por ver al ciudadano como sujeto activo de un derecho de incidencia colectiva, pero ello nos llevaría a discutir la figura del *afectado*, que fue prudentemente eliminada de este debate.

Pasamos ahora al tercer interrogante, que es el siguiente: ¿consideran que mantienen utilidad las categorías de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple?

Dr. Barra: Voy a ser muy breve, porque coincido en todo lo que ha dicho el Dr. Muñoz. Creo que la categoría del interés legítimo es una categoría francamente inútil en nuestro sistema: lo que existen son derechos que se hacen valer en un juicio a través de la pretensión. Y para esto, hay que referirse a la relación jurídica. ¿Cuál es la relación jurídica que tiene el actor con la Administración Pública? O eventualmente podría haber algún caso del demandado cuando la Administración es actora, por ejemplo, si la Administración plantea una acción de lesividad: ¿está bien dirigida contra ese demandado o no?, ¿cuál es la relación jurídica, cuáles son los alcances de esa relación jurídica? y ¿cuáles son los derechos que el ordenamiento reconoce en esa concreta relación jurídica? De todas maneras, la legitimación tiene que estar considerada en el momento de la admisibilidad, porque, francamente, hay situaciones en que no tiene sentido el transcurso de todo un pleito cuando quien demanda carece francamente de legitimación (tiene que ser manifiesta). Supongamos alguien que no es oferente en una licitación e impugna la adjudicación, pretende ser él el adjudicatario y él lo reconoce: “yo no fui oferente”. No dice que no fue oferente porque fue excluido, porque el pliego lo excluía

injustamente. Si trasladamos esto a un ejemplo del derecho privado, es como si alguien demandara por divorcio a su concubina, y, planteada así la demanda, el juez obviamente la tiene que rechazar de plano. Hay circunstancias en que el problema de la legitimación coincide con la cuestión de la admisibilidad.

Pero, ciertamente, intentar mantener estas categorías diferentes de derecho subjetivo e interés legítimo no tiene utilidad y ni siquiera tiene utilidad docente. La categoría del interés legítimo es también tan difícil de identificar y hay tantas opiniones doctrinarias disímiles, que ni siquiera sirve para explicar a los alumnos la distinta posición que puede tener un administrado en una relación jurídica.

El interés simple, en cambio, es el derecho de peticionar a las autoridades; quizá no sea una categoría indispensable, pero muestra un papel genérico, no frente al juez en realidad, sino frente a la Administración.

Dr. Maiorano: En mérito a la brevedad y, aunque les parezca mentira, en este caso coincido con las opiniones precedentes.

Tal vez, el único matiz diferencial que me permito agregar se relaciona con la afirmación del doctor Barra acerca de que las categorías tradicionales ya no se justifican ni siquiera académicamente. Yo, en cambio, creo que las categorías son útiles, desde el punto de vista metodológico, para explicar a los alumnos cómo ha ido evolucionando el tema de las facultades jurídicas. Después de tantos años de intenso ejercicio docente, tengo algo así como lo que podría denominarse *deformación profesional* por acudir a ejemplos. Y aquí recuerdo los ejemplos que he utilizado siempre para diferenciar, desde este punto de vista metodológico, las diversas facultades jurídicas.

Ya es clásico aquel caso en el cual una persona defiende su propio derecho, su patrimonio, en suma, sus facultades jurídicas *egoístas*, según lo denomino, tal vez, desde una percepción un tanto transgresora. Así, los derechos individuales no los compartimos; por ejemplo, podemos ver una persona abandonada en la calle, pero no le abrimos nuestra casa, porque es nuestra y no la queremos compartir. Esto es natural; diría que es propio de la condición humana que seamos egoístas con lo nuestro, con nuestra familia, derechos, bienes.

Y, acudiendo ahora a ejemplos de los personajes clásicos de las series televisivas, por ejemplo, Robin Hood, cabría preguntarse ¿qué defiende él: derechos subjetivos, intereses legítimos o intereses simples? ¿Se trata del mismo caso que Clark Kent, quien se transforma en segundos de un tímido reportero en Superman que acude donde lo llaman para defender los derechos? ¿Qué derechos? ¿Acaso le pagan un sueldo a Superman por la labor que realiza?, ¿Es un agente

estatal? No, él defiende el interés simple, el simple interés de que la ley sea cumplida. ¿Encuentran ahora algún matiz diferencial con el caso de Robin Hood quien le robaba a los ricos para ayudar a los pobres?

Este matiz, a mi juicio, le asigna a cada caso un papel diferente: se advierte quien defiende el interés simple y quien defiende el derecho de algunos, no de todos o de alguno, sino de un sector; en el caso de Robin Hood, los más desposeídos.

Por esta razón exclusivamente metodológica, entiendo que todavía mantiene algún interés la permanencia de esas diversas categorías; pero, fuera de este exclusivo aspecto, coincido plenamente en que el interés legítimo ha perdido aquel protagonismo que tuvo hace treinta o cuarenta años.

En cambio, el interés simple nadie lo va a poder eliminar ya que se manifiesta a través del derecho de peticionar a las autoridades.

Lo que ha sucedido es que estas tres categorías se han conmovido con la aparición de nuevas facultades que ya no son *intereses* sino derechos de un enjambre o colectivo de personas. Por ello, nuestra Constitución Nacional los ha denominado *derechos de incidencia colectiva*. En última instancia, las facultades jurídicas han sufrido la conmoción que ha experimentado la sociedad en general. Por eso, reitero, salvo ese matiz diferencial, coincido plenamente con Guillermo Muñoz y Rodolfo Barra.

Dr. Muñoz: Esta pregunta me produce sensaciones contradictorias. Por un lado, tengo plena conciencia de que estas tres categorías han generado una cadena de equívocos y de pseudo problemas. Por otro, sé que su incorporación es consecuencia de la importación acritica de categorías usadas en el extranjero con una finalidad concreta y totalmente distinta. Por ejemplo, en el sistema italiano, la finalidad es bien concreta: deslindar la competencia entre dos jurisdicciones diferentes. También sé que en estos últimos tiempos no está bien claro en nuestro país si lo que se quiere diseñar es una justicia subjetiva o una justicia objetiva. Nuestra tradición está marcada por la justicia subjetiva. Pero, a veces, se efectúan injertos propios del sistema objetivo en el cual lo que importa no es la defensa de los derechos, sino la preservación de la legalidad, que son dos cosas muy diferentes. Aunque normalmente no se lo diga, las acciones populares sólo son pensables en un sistema de justicia objetiva. Por otra parte, los sistemas subjetivos, sin dejar de serlo, se han ido deslizando hacia un ensanchamiento, hacia una apertura de la legitimación.

A pesar de ello, también soy consciente de que en los últimos treinta años el manejo de estas situaciones jurídico-subjetivas permitió ampliar el acceso a la justicia, lo cual fue positivo.

De todos modos, me parece que en la actualidad es mejor dejarlas de lado y buscar otras fórmulas despojadas de ese lastre de confusiones con que ellas vienen envueltas.

Si tuviera que trazar en breves líneas la historia de este problema, diría lo siguiente: en el primer Código Contencioso Administrativo –el de Varela de 1905– solamente se tutelaban los derechos subjetivos. A partir de la década de 1940, se consideró que para otorgarles protección judicial a los intereses legítimos había que crear una acción diferente, un recurso distinto. Ya lo decía Dana Montañó en la provincia de Buenos Aires, y fue lo que ocurrió en las provincias de Córdoba, San Luis, Catamarca, Santa Fe, en las cuales se instrumentó un recurso objetivo de nulidad a la francesa, aunque con influencias italianas. Fue el recurso de ilegitimidad. Ésta fue la segunda etapa. En ella coexistieron los recursos de plena jurisdicción para encauzar la defensa procesal de los derechos subjetivos, y los recursos objetivos otorgados contra actos administrativos, en los cuales el Estado no es parte: los recursos de ilegitimidad. Más adelante, con el Código de La Pampa, se inició un nuevo movimiento. En aquella época, Marienhoff sostuvo –con toda razón– que para el reconocimiento del interés legítimo no era necesario crear una acción objetiva, que se trataba de una cuestión de pretensiones y no de procesos. Así quedó diseñado en el Código de La Pampa que instauró un sistema de unidad de acción y pluralidad de pretensiones.

Con el correr del tiempo, se comenzó a sentir la influencia española. En su momento, me pareció muy racional e interesante, pero después comencé a ver sus defectos. Confieso que en mi lejana juventud, cuando con Cassagne redactamos el proyecto de Código Contencioso de 1973, a mí me tocó redactar esa parte y vinculé todo el proceso a la legitimación.

No sé si esa elección fue producto de una irreflexión juvenil o ahora estoy senil y tenía razón antes. Lo cierto es que en este momento no me convence vincular, desde el principio, todas las secuencias del proceso al tema de la legitimación. En el ámbito federal, por ejemplo, hay titulares de derechos subjetivos que inicialmente sólo tienen derecho a un recurso directo de anulación. También hay titulares de un interés legítimo que pueden entablar acciones que van más allá de la pura anulación. La solución depende, entonces, del derecho positivo.

En los últimos años, hay una tendencia a dejar de lado esas categorías. Esa tendencia se inició con el Código de Tierra del Fuego, siguió con el reciente Código de la provincia de

Buenos Aires y también fue adoptada por el Código Contencioso Administrativo de la ciudad de Buenos Aires. En todos ellos, la legitimación se otorga a quienes invoquen un derecho o un interés tutelado por el ordenamiento jurídico. Se trata de un criterio diferente, y, en cada caso, habrá que determinar si quien acciona lo hace en defensa de un interés jurídicamente protegido. A partir de allí, será mucho más difícil sostener que la legitimación es una condición de admisibilidad, pues parece ser un asunto que hay que dilucidarlo al momento de la sentencia. La redacción de estos códigos, salvo el de Tierra del Fuego, parece indicar que ésa es la solución. Piensen ustedes que estos códigos aluden a *quien invoque* un derecho o un interés. Yo no sé si consciente o inconscientemente parece haberse adoptado la solución alemana. En ese país, la fórmula es similar: está legitimado quien invoque, quien haga valer –dice la ley de jurisdicción contenciosoadministrativa alemana– un derecho lesionado por un acto administrativo. En general, la doctrina alemana de los últimos quince, veinte años, sobre todo a partir de las obras de Bachoff y de Henke, entiende que ese *hacer valer* no es probar, sino afirmar que uno tiene derechos, que está legitimado y que al juez le basta con la afirmación: no tiene que hacer un examen detallado ni tiene que exigir prueba. La cuestión se va a dilucidar en el momento de la sentencia. El otro sistema que imperaba antes, tanto en la doctrina alemana como en la jurisprudencia, exigía adelantar el juicio de mérito ya que la legitimación funcionaba como una condición de admisibilidad. Ello obligaba a adelantar provisionalmente la sentencia. Pero lo cierto es que en la actualidad para la jurisprudencia alemana basta con invocar la legitimación. La solución se asemeja a la dada en el proceso civil (salvo en las acciones de daños que ahora presentan otras complicaciones). El hecho de que en los nuevos códigos se diga *invocar* parece que irá deslizándose la cuestión por esos carriles.

No se me escapa que el asunto es más complejo en las acciones puras de anulación. En estos casos, la legitimación como presupuesto procesal es, quizás, la única forma de evitar la introducción solapada de una acción popular no prevista por la Constitución ni por la ley. Se trata de un tema complejo que necesita un mayor desarrollo. En este momento, sólo puedo afirmar que en las acciones de anulación, con prescindencia de quien las interponga, una vez que se accede al proceso, lo único que se va a examinar es si el acto impugnado es legal o ilegal. Por eso, en esos casos, la legitimación como condición de admisibilidad es, tal vez, el único camino para evitar una acción popular.