

La (negada) legitimación activa del defensor del pueblo de la Nación para accionar en defensa de los derechos de incidencia colectiva*

Buscando razones a la doctrina de la Corte Suprema

Por Francisco Verbic

1. Introducción

La recepción normativa en la República Argentina de los denominados “derechos de incidencia colectiva” a partir de la reforma constitucional de 1994, ha enfrentado al legislador con la necesidad y el deber de establecer vías procesales adecuadas para brindar una tutela eficiente a los mismos. Sin embargo, nuestro país no cuenta aún en el orden federal con un proceso específico, adecuado e idóneo para canalizar pretensiones que tengan por objeto la protección de este tipo de derechos¹.

La doctrina que ha trabajado sobre el tema² es conteste (explícita o implícitamente) en que cualquier sistema de protección de derechos de incidencia colectiva

* Este artículo fue publicado en el suplemento de Derecho Procesal del sitio eldial.com del 24/10/05. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ La ley 24.240 de defensa del consumidor, a pesar de ser una ley “de fondo”, fue sancionada con la inclusión de algunas disposiciones procesales claramente orientadas a este fin, pero dichos preceptos fueron objeto de veto por el Poder Ejecutivo. La ley 25.675 general del ambiente, por su parte, contiene algunas disposiciones procesales aisladas, pero dista de ser un cuerpo completo que permita canalizar cualquier pretensión colectiva. En los ordenamientos de derecho comparado interno encontramos algunas normas que han avanzado sobre la materia pero que, a nuestro modo de ver, continúan sin abastecer el fenómeno en su totalidad (la ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires es quizás el más claro ejemplo). Más allá de estos cuerpos normativos aislados, las diversas provincias argentinas han establecido a partir de la reforma de 1994 o mantienen aún en su carta magna la figura del amparo, principal vía a través de la cual se han planteado las pretensiones colectivas que fueron discutidas ante la justicia. La figura se encuentra regulada en: Córdoba (art. 48 y ley 4915); Salta (arts. 85 y 87); Catamarca (art. 40); San Juan (arts. 32, 40 y 41); San Luis (arts. 42, 45 y 46 y ley 5054); Jujuy (art. 41); Chaco (art. 16); Chubut (art. 34); Entre Ríos (art. 25); Formosa (art. 23 y ley 749); La Pampa (art. 16); La Rioja (art. 28); Misiones (art. 16); Neuquén (art. 44); Río Negro (art. 43); Santa Cruz (art. 15); Santa Fe (art. 17 y ley 10.456); Santiago del Estero (art. 38); Tierra del Fuego (art. 43), y Buenos Aires (art. 20 y ley 7166).

² Entre otros, Gidi, Antonio, *Cosa juzgada en acciones colectivas*, en Gidi, Antonio - Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, México, Porrúa, 2004; Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, tr. de Lucio Cabrera Acevedo, Universidad Nacional de México, 2004; Gidi, Antonio, *Class actions in Brazil. A model for civil law countries*, “The American Journal of Comparative Law”, vol. 51, n° 2, 2003; Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas en Estados Unidos*, en Gidi, Antonio - Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), “Procesos colectivos”, México, Porrúa, 2003; Bianchi, Alberto B., *Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala*, RAP, n° 235, p. 13; Cueto Rúa, Julio C., *La acción por clase de personas (class actions)*, LL, 1988-C-952; De La Rúa, Angelina F. de, *La protección de los llamados intereses difusos en la Constitución nacional y la Constitución de la Provincia de Córdoba*, LL, 1996-B-789; Fiss, Owen, *A teoría política das ações coletivas*, en “Um novo processo civil. Estudos norteamericanos sobre jurisdição, constituição e sociedade”,

que pretenda abastecer su finalidad de forma eficiente, debe descansar sobre dos pilares fundamentales, estrechamente vinculados entre sí: la legitimación activa³ y los alcances de la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia⁴.

“Revista dos Tribunais”, 2004, tr. al portugués de Daniel Porto Godinho Da Silva y Melina de Medeiros Ros; Pellegrini Grinover, Ada, *Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código modelo y la teoría de Liebman*, en Gidi - Ferrer Mac-Gregor, (coords.), “La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”; Gozaíni, Osvaldo A., *La legitimación para obrar y los derechos difusos*, JA, 1996-IV-843; Grillo Ciocchini, Pablo A., *La ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires (código provincial de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios). Primeras impresiones sobre sus aspectos procesales*, JA, 2004-II-921; Morello, Augusto M., *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, La Plata, Platense, 1999; Morello, Augusto M., *Las nuevas dimensiones del proceso civil (Espacios ganados y trayectorias)*, JA, 1994-IV-842; Morello, Augusto M., *El derecho procesal civil en los umbrales de un nuevo milenio*, JA, 1992-II-854; Morello, Augusto M., *El proceso civil colectivo*, JA, 1993-I-861; Morello, Augusto M., *La defensa de los “intereses difusos” y el derecho procesal*, JA, 1978-III-321; Morello, Augusto M. - Hitters, Juan C. - Berizonce, Roberto O., *La defensa de los intereses difusos*, JA, 1982-IV-700; Morello, Augusto M. - Vallefín, Carlos A., *El amparo*, La Plata, Platense, 2004; Morello, Augusto M., *El amparo colectivo*, JA, 1985-II-723; Morello, Augusto M., *La tutela de los intereses difusos en la Cámara Federal de Bahía Blanca*, JA, 1999-III-249; Morello, Augusto M., *Las garantías del proceso justo y el amparo, en relación a la efectividad de la tutela judicial*, LL, 1996-A-1476; Morello, Augusto M., *Los daños al ambiente y el derecho procesal*, JA, 1997-I-274; Morello, Augusto M. - Stiglitz, Gabriel A., *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, La Plata, Platense, 1996; Morello, Augusto M., *La legitimación de obrar como mecanismo facilitador*, en Argentina, de la tutela jurisdiccional de las libertades fundamentales y de los intereses difusos y colectivos, JA, 1990-II-718; Nino, Ezequiel, *Informe sobre acciones de clase*, documentos de trabajo sobre derecho de interés público, n° 1, Centro de Estudios de Posgrados, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo; Pérez Ragone, Álvaro J., *Prolegómenos de los amparos colectivos. Tutela de las incumbencias multisubjetivas. Parte general*, “Revista de Derecho Procesal”, n° 4, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 92; Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998; Lorenzetti, Ricardo, *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, LL, 1996-D-1058; Saffi, Leandro K., *Algunas pautas jurisprudenciales de la tutela colectiva*, ponencia presentada a las X Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal, Laboral, Constitucional y Administrativo, Junín, 2003; Saux, Edgardo I., *Acceso a la tutela de los “derechos de incidencia colectiva” dentro del nuevo texto constitucional*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, t. 7, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 111.

³ Siguiendo a Devis Echandía, en este trabajo consideraremos a la legitimación activa *ad causam* como la cualidad que reviste aquella persona u organismo que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para que a través de una sentencia de fondo se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda. No resulta necesario ser el titular o el sujeto activo o pasivo del derecho o la relación jurídica material en disputa (lo que supondría que ésta siempre existiera), sino del interés en que se decida si efectivamente existe, pues la legitimación será perfecta desde el momento en que, en caso de existir, los sujetos del interés en la declaración y discusión sean el demandante y el demandado (Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, t. I, Bs. As., Universidad, 1984, p. 287).

⁴ En esta caracterización de la cosa juzgada seguimos a Liebman. El autor sostiene que la cualidad de cosa juzgada afecta sólo a las partes del proceso, pero los efectos de la sentencia se extienden a toda la comunidad: “La sentencia como acto autoritativo emanado de un órgano del Estado, reivindica naturalmente frente a todos su oficio de formular cual es el mandato concreto de la ley o, más genéricamente, la voluntad del Estado, para un determinado caso singular. Las partes, como sujetos de la relación a que la decisión se refiere, son, en verdad, las primeras que sienten su eficacia, pero no hay motivo alguno que exonere a los terceros de sentirla igualmente”. Este último efecto sobre los terceros es denominado por el autor como “el efecto natural de la sentencia”, el cual carece de la cualidad de cosa juzgada (Liebman, Enrico T., *Eficacia y autoridad de la sentencia*, Bs. As., Ediar, 1946). Teniendo presente el objeto y las finalidades perseguidas por quien plantea una acción colectiva, resulta esencial que la cosa juzgada de los efectos de la sentencia recaída en el proceso se extienda ultra partes o *erga omnes*, ya que la posibilidad de discutir lo juzgado nuevamente por iniciativa de cualquier interesado comprendido en la misma clase, grupo o sector representado por el actor,

Los constituyentes nacionales de 1994 marcaron una línea de política judicial muy clara al reconocer, para defender este tipo de derechos, la legitimación activa en cabeza de diversos actores sociales con esencias jurídicas, características definitorias y espacios de poder propios bien distintos entre cada uno de ellos⁵. El efectivo reconocimiento de esta legitimación, y la extensión que se acuerde a la misma en el marco de un proceso donde se discute una pretensión colectiva, resulta un aspecto muy delicado a juzgar por el juez de la causa, ya que influirá decisivamente en la configuración de la cosa juzgada de la sentencia. Decimos esto porque la sentencia a dictarse no limitará la cualidad de cosa juzgada de sus efectos a las partes intervinientes en el debate, sino que los hará extensivos a todos los miembros del grupo, sector o clase representada por el actor. Reconocer la legitimación extraordinaria de quien invoque una legitimación colectiva (afectado, Ministerio Público, asociación intermedia o defensor del pueblo) y luego limitar la cosa juzgada de la sentencia a las partes intervinientes en el proceso, significaría tanto como reconocer que aquélla nunca existió en realidad.

Esta particular relación dialéctica entre legitimación activa y cosa juzgada hace que la decisión judicial determine la obtención de resultados cuasi-legislativos o cuasi-administrativos, lo cual se ha erigido como el principal argumento en contra de la apertura del campo de legitimados para ejercer la acción.

Nos encontramos así con que la legitimación no sólo encierra un significado técnico, sino que cumple una función político-constitucional de gran relieve, cual es la de garantizar la vigencia del principio de división de poderes. Y es con la invocación de esta función que los jueces han convertido al instituto en una herramienta asiduamente utilizada para no tomar intervención en la resolución de conflictos que, desde el punto de vista jurídico requerirían *prima facie* un análisis abstracto de cuestiones, y desde el punto de vista político requerirían la intromisión en “*decisiones políticas sobre asuntos públicos*”⁶.

dejaría vacuo de contenido a cualquier sistema que pretenda canalizar este tipo de pretensiones en código colectivo.

⁵ Saux sostiene que se trata de “legitimaciones predeterminadas”, características de los procesos donde se actúan intereses comunitarios (Saux, *Acceso a la tutela de los “derechos de incidencia colectiva” dentro del nuevo texto constitucional*). En el caso de nuestro país, el modelo fue mixto: entidades privadas, organismos y funcionarios públicos, y personas particulares. Así, los constituyentes reconocieron el derecho de acción en cabeza del afectado, del defensor del pueblo, de las asociaciones intermedias, y del Ministerio Público. Debemos tener presente que a partir de dicho reconocimiento quedó implícitamente establecido que quienes pueden llevar a discusión un conflicto ante los estrados judiciales ya no son únicamente los titulares individuales y exclusivos de los derechos sustantivos que se pretendan defender.

⁶ Así lo manifestó expresamente nuestro máximo tribunal de justicia al fallar en la causa “Dromi, José R. ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación s/avocación”, *ED*, 139-332. Ver el análisis del caso en Barra, Rodolfo C., *Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial*, *ED*, 146-829. Similar postura sostuvo la Corte en “Polino, Héctor y otro c/Poder Ejecutivo s/amparo”, *ED*, 157-450, pero destacando que la exigencia de la configuración de perjuicio concreto y personal para la existencia de “caso” no era una condición tendiente a eludir cuestiones de repercusión pública, sino a preservar el principio de división de poderes. Sobre el particular, alerta Pérez Ragone, la función política con que se utiliza el instituto en el derecho norteamericano “el núcleo esencial de la legitimación procura que la parte procesal detente real titularidad de la incumbencia que postula, de modo tal que la vinculación entre presuntas incumbencias invocadas y sujetos invocantes es el meollo de descubrimiento de lo que denomina legitimación. La legitimación se ha tornado una barrera al acceso a las cortes federales al igual que en las primeras épocas lo era la cuestión

A las serias consecuencias derivadas de reconocer una legitimación amplia, señaladas más arriba, debe sumarse la también señalada ausencia de mecanismos procesales adecuados para efectivizar la tutela colectiva, que delimiten el campo de actuación de todos los sujetos procesales y del propio Poder Judicial. Ante esta realidad, el Poder Judicial ha optado, en general, por ser reticente en reconocer aquélla, sosteniendo la necesidad de mantener su actuación dentro de sus justos límites (principio del *self restraint*), con el argumento principal de la inexistencia de “causa o controversia” por no haber demostrado el actor un perjuicio concreto, personal, directo y exclusivo que lo legitimara para accionar ante la justicia⁷ (art. 116, Const. nacional y ley 27).

Este fenómeno se produjo en mayor o menor medida en torno a todos los legitimados extraordinarios que nacieron a la luz con la reforma de 1994, pero encontró su máxima expresión en relación al defensor del pueblo de la Nación, como veremos más adelante.

2. El defensor del pueblo y su legitimación procesal

En nuestro país, el establecimiento de la figura del defensor del pueblo fue objeto de numerosas iniciativas impulsadas sin mayor suerte por distintos congresales desde 1984. Si bien alcanzó su mayor relevancia y exposición pública a partir de la

política” (Pérez Ragone, *Prolegómenos de los amparos colectivos. Tutela de las incumbencias multi-subjetivas. Parte general*, p. 114).

⁷ Barra sostiene que “para que nazca la legitimación para accionar, son necesarios dos requisitos: la existencia del derecho reconocido por el ordenamiento y el perjuicio concreto. Lo primero es definido por la rama del derecho de que se trate; lo segundo en una situación fáctica que, en ciertos casos, debe ser demostrada con las exigencias que tal sector del ordenamiento establezca. Estos requisitos, en última instancia, se basan en un fundamento común, de naturaleza constitucional, vinculado a la división de poderes y al principio de la responsabilidad electoral propia del sistema democrático de formación y manifestación de la soberanía estatal. No hay legitimación para accionar en aquellos casos en que la intervención judicial importaría trasladar el ámbito de la decisión normativa (ley, reglamento, acto administrativo) de los órganos dotados con competencia constitucional, capacidad o habilidad material, y sobre todo, responsabilidad electoral para tomarla, al Poder Judicial. Los jueces ni administran ni legislan, ni, en nuestro sistema, resuelven conflictos de poderes o competencias entre los órganos constitucionales, el Legislativo y el Ejecutivo... Por ello los jueces sólo pueden intervenir en ‘causas’ regidas por las normas ya establecidas (art. 100, Const. nacional) es decir, *a posteriori*, reconstruyendo lo que fue, porque así existía en la realidad y así lo quería el ordenamiento, o simplemente porque así lo formuló, como hipótesis a realizar frente a determinadas circunstancias que efectivamente ocurrieron en la realidad, el mismo ordenamiento”. Según el autor, no habrá ningún tipo de legitimación para accionar cuando se da el caso de que “tengo derecho, pero no hay perjuicio concreto y personal, como el caso del ciudadano que ve afectado su derecho electoral por una suspensión prolongada de las elecciones para legisladores u otros representantes, pero no puede invocar ningún daño efectivo a su esfera jurídica o ámbito vital, aun cuando el derecho se encuentre reconocido por el ordenamiento (Constitución y legislación electoral)” (Barra, Rodolfo C., *La legitimación para accionar en la reciente jurisprudencia de la Corte*, ED, 151-807). Veremos más adelante que, a pesar de la claridad y solvencia con que el autor expone su postura, la misma resulta en parte insostenible ante las legitimaciones extraordinarias reconocidas en la Constitución nacional a partir de 1994. Sobre la existencia de “causa o controversia” en el derecho norteamericano puede consultarse a Pennise Iantorno de Machado, María S. - Machado Pelloni, Fernando M., *La legitimación, su relación con la existencia del caso y la acción meramente declarativa como vía del control de constitucionalidad (aproximación desde los Estados Unidos)*, “Revista de Derecho Procesal”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001-2, p. 685 y siguientes.

reforma constitucional de 1994⁸, debe destacarse que la figura ya encontraba acogida en el orden nacional a través de la ley 24.284⁹ y en el ámbito de la (por entonces) Capital Federal a través de la ordenanza 40.831/85¹⁰, como así también en diversas constituciones provinciales¹¹.

Los constituyentes de 1994 incorporaron la figura del defensor del pueblo en el nuevo art. 86 de la Carta Magna, estableciendo entre sus funciones la de proveer a la “defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”. Asimismo, y en lo que más nos interesa a los fines del presente trabajo, dicho precepto constitucional determinó en términos lacónicos que “El defensor del pueblo tiene legitimación procesal”. Tal atribución resulta complementada con lo dispuesto por el art. 43, párr. 2º, en cuanto establece la facultad del defensor del pueblo de promover 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”.

Al igual que para el caso del Ministerio Público, el ordenamiento jurídico prevé para el defensor del pueblo una legitimación que podríamos calificar de *anómala, extraordinaria o diferente a la general*¹², entendiéndolo por esta última a la legitimación *ad causam* en el concepto clásico del término¹³. Este nuevo tipo de legitimación se caracteriza por la particularidad de que el derecho de acción será ejercido en nombre propio, pero a efectos de defender un derecho, garantía o interés cuya titularidad resulta ajena al actor¹⁴. En estos casos, la legitimación *ad causam* no se identifica

⁸ Señala Quiroga Lavié que la Cámara de Diputados siempre fue reticente a la idea de instaurar un “mediador” de su carácter representativo, encargado de controlar el desenvolvimiento de la Administración. Sin embargo, y a pesar de dicha reticencia y todas las vicisitudes pasadas en el Congreso por las iniciativas de ley que habían tenido por objeto institucionalizar la figura, los proyectos presentados a la Convención Constituyente en esta materia fueron numerosos y la sanción del nuevo art. 86 de la Const. nacional no encontró mayores obstáculos (Quiroga Lavié, Humberto, *Nuevos órganos de control en la Constitución: El defensor del pueblo y el Ministerio Público*, en “La reforma de la Constitución”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994).

⁹ Sancionada el 1/12/03 (BO, 2/12/93); modificada por la ley 24.379 (BO, 12/10/94).

¹⁰ Dicha ordenanza creó la Controladuría General Comunal, antecedente directo del actual defensor del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (art. 137, Const. de la Ciudad de Buenos Aires). Si bien las atribuciones del controlador general comunal resultaban similares a las actualmente conferidas al defensor del pueblo, debe tenerse presente que dicho órgano obtuvo el reconocimiento de su legitimación para promover acciones judiciales en defensa de derechos difusos y colectivos por parte de la Cámara Nacional Civil, Sala K, con anterioridad a la reforma constitucional, a pesar de que el amparo por entonces propuesto fue finalmente rechazado por razones de admisibilidad de la vía (ver *in re* CSJN, 7/7/93, “Cartañá, Antonio E. H. y otro c/Municipalidad de Buenos Aires”, LL, 1994-A-34). El reconocimiento de la legitimación de la figura fue ratificado en CNCiv, Sala B, 4/5/95, “Ombudsman de la Ciudad de Buenos Aires c/MCBA s/amparo”, ED, 163-468.

¹¹ Salta (art. 124, inc. 15); San Luis (art. 235); Córdoba (art. 124); La Rioja (art. 144); San Juan (art. 150), y Río Negro (art. 167), entre otras.

¹² Jeanneret de Pérez Cortés, María, *La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia*, LL, 2003-B-1333.

¹³ Devis Echandía, *Teoría general del proceso*; Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. III, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991.

¹⁴ Según Palacio, el defensor del pueblo se erigiría en un “representante legal de los sujetos en cuyo nombre pretende” toda vez que carece de interés personal en relación con el objeto del proceso (ver en tal sentido su anotación al fallo CNFedCivCom, Sala I, 16/3/00, “Defensoría del Pueblo de la

necesariamente con la titularidad de la relación de fondo, lo cual surge evidente de la propia esencia de la figura y de las funciones que le son encomendadas por el texto constitucional.

En este orden de ideas, señala Gozáini que la distinción clásica entre legitimación procesal *ad procesum*, que refiere a la capacidad para estar en el proceso, y legitimación procesal *ad causam*, que constituye el elemento sustancial delimitado por los alcances de la relación entre las partes litigantes y el grado de interés que pudieran tener en la resolución del asunto, se presenta en estos casos algo desdibujada, abriendo paso a este nuevo tipo de legitimación extraordinaria o ampliada, reconocida por vía de principio en la norma constitucional¹⁵.

A pesar de la claridad meridiana con que el texto constitucional establece la legitimación activa del defensor del pueblo de la Nación, un recorrido por los repertorios jurisprudenciales nos demuestra que la figura se encuentra lejos de haber encontrado el reconocimiento de tal aptitud.

3. La suerte del defensor del pueblo ante los estrados judiciales

En el caso “Frías Molina”¹⁶, la Corte Suprema efectuó una de las primeras lecturas del art. 86 de la Const. nacional, desestimando una presentación efectuada por el defensor del pueblo de la Nación tendiente a obtener el pronto despacho de las más de 65.000 causas previsionales que se encontraban para resolver en la órbita de dicho tribunal¹⁷.

En dicha oportunidad, el defensor del pueblo no sólo exhortó al máximo tribunal “a fin de que arbitre los medios conducentes para el dictado de pronunciamiento en el proceso referido anteriormente” –en alusión al caso “Frías Molina”–, sino también “para que procure prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir el atraso en el dictado de sus fallos, concretamente con relación a los referidos a cuestiones relacionadas con reajustes de haberes previsionales”. El planteo se fundó en el art. 86 de la Const. nacional y en el art. 15 de la ley 24.284, dejándose expresamente aclarado que la actuación se vinculaba con la actividad administrativa del Poder Judicial y no con su específica función jurisdiccional.

La Corte rechazó la presentación por unanimidad, argumentando en un escueto fallo que en virtud de lo dispuesto por el art. 86 de la Const. nacional y los arts. 14, 16 y 21, inc. *b* de la ley 24.284, modificada por la ley 24.379, el defensor del pueblo “carece de competencia para formular exhortaciones al tribunal sobre las causas en trámite”.

Ciudad de Buenos Aires c/Edesur”, *El “apagón” de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del defensor del pueblo*, LL, 2000-C-395).

¹⁵ Gozáini, Osvaldo A., *Legitimación procesal del defensor del pueblo (ombudsman)*, LL, 1994-E-1378. El autor sostuvo en ese entonces que el respaldo constitucional que brinda el art. 86 hace que la legitimación para obrar del defensor del pueblo “no admita discusión técnica”.

¹⁶ CSJN, 21/3/95, “Frías Molina, Nélica N. c/Instituto Nacional de Previsión Social - Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”, LL, 1995-C-357

¹⁷ El texto completo de la presentación efectuada por el defensor del pueblo puede consultarse en LL, 1995-D-1058, junto con el crítico comentario al fallo efectuado por Quiroga Lavié, Humberto, *El defensor del pueblo ante los estrados de la justicia (comentario de jurisprudencia)*.

Sin dudas no fue un buen comienzo para la figura. El fallo en cuestión fue objeto de duras críticas y derivó en la presentación de una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, efectuada el 8 de octubre de 1996¹⁸. Sin entrar a analizar la legitimación del defensor del pueblo para denunciar al Estado o accionar contra el mismo en el derecho internacional¹⁹, sólo cabe destacar que la conducta desplegada surtió el efecto deseado: 2 meses y 18 días después la Corte Suprema resolvió todos los reclamos pendientes en aquellas miles de causas²⁰.

La Corte volvió a expedirse sobre los alcances de la legitimación procesal de la figura en la causa “Frías Molina II”²¹.

En esta oportunidad el defensor del pueblo no realizó una exhortación de corte administrativo dirigida al máximo tribunal, sino que se presentó, nuevamente con la señora Frías Molina como “caso testigo”, solicitando ser tenido por parte en todos los juicios en trámite por ante la Corte Suprema que estuvieran vinculados con peticiones de actualización de haberes previsionales, formulando asimismo un pedido de pronto despacho en relación a tales procesos.

Con cita de los arts. 16 y 20 de la ley 24.284, la Corte sostuvo que el defensor del pueblo no está “legalmente autorizado en su competencia para investigar la actividad concreta del Poder Judicial, con lo que menos aún estaría legalmente autorizado para promover acciones o formular peticiones ante el órgano jurisdiccional respecto a actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito de dicho poder”, agregando que dicho argumento no resulta enervado por lo dispuesto en el art. 43 de la Const. nacional en tanto no se trataría de derechos de incidencia colectiva en general, “habida cuenta de las particularidades de cada una de las pretensiones formuladas por los beneficiarios y de que estos se encuentran facultados para efectuar las peticiones que estimaran procedentes ante esta Corte”.

A través de este pronunciamiento la Corte dio una clara muestra de hasta dónde estaba dispuesta a permitir la participación del defensor del pueblo en una causa judicial, ratificando su postura cerrada en torno a la cuestión.

¹⁸ En nuestra opinión, la sentencia recaída en este caso carece en lo absoluto de motivación y, por tanto, resulta inconstitucional. Dicho requisito esencial del acto decisorio no puede considerarse cumplido por la simple invocación de preceptos normativos, máxime cuando se trae a colación entre ellos la misma norma constitucional que aquella utilizada por el actor para fundar la pretensión que se rechaza. El tribunal debió evitar el dogmatismo que le enrostró Quiroga Lavié en su oportunidad (Quiroga Lavié, Humberto, *Réquiem al amparo colectivo*, LL, 1998-C-1337).

¹⁹ Coincidimos sobre el punto con Carnota, quien niega legitimación transnacional al defensor del pueblo en base a dos argumentos: a) la figura no está incluida en el art. 44 del Pacto de San José de Costa Rica como sujeto legitimado para presentar denuncias o comunicaciones, y b) la figura es una institución que forma parte del Estado argentino, lo cual nos enfrentaría con la paradoja de que el Estado denunciaría al Estado en sede internacional (Carnota, Walter F., *El ombudsman, los jubilados y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, ED, 170-298). A favor de su legitimación, Jiménez, Eduardo P. - Gil Domínguez, Andrés, *El defensor del pueblo en Argentina y Perú: dos propuestas constitucionales latinoamericanas*, LL, 1997-F-1431.

²⁰ Conf. Maiorano, Jorge L., *Defensoría del Pueblo de la Nación (Camino se hace al andar)*, LL, 1997-E-1591.

²¹ CSJN, 12/9/96, “Frías Molina, Nélide N. c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, LL, 1997-A-67, con un irónico comentario de Quiroga Lavié, Humberto, *Luz del día, Sancho Panza y el defensor del pueblo en la Corte Suprema*.

No resulta menor tener presente que, de acuerdo al *holding* del fallo, la figura estaría imposibilitada de ejercer sus funciones en relación a actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito del Poder Judicial.

Frente a tal argumento, la alusión a la naturaleza de los derechos en juego para no aplicar el art. 43 de la Const. nacional (contenida en el considerando 5°) resulta un contrasentido. Entendemos que el argumento que sustenta el fallo, en la forma en que fue formulado, no podría nunca ser enervado por la naturaleza de los derechos en disputa, ni por el art. 43, ya que si el defensor del pueblo no puede actuar de ningún modo ante el Poder Judicial, resulta indiferente cual sea el objeto de su pretensión (derechos individuales o de derechos de incidencia colectiva) o la vía utilizada al efecto.

Pero entonces ¿qué significa que el defensor del pueblo tiene legitimación procesal? El interrogante quedaba sin respuestas ante la doctrina sentada por la Corte, quien de este modo hacía tabla rasa con el art. 86 de la Const. nacional²².

Poco más de un año y medio después, en otra causa²³, el defensor del pueblo de la Nación adhirió como tercero litisconsorcial a la acción de amparo planteada por la actora, tendiente a que se decretara la nulidad del decr. 702/95 que dispuso la intervención de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. No se trataba aquí de una pretensión que tuviera por objeto derechos previsionales, sino que se accionó en defensa de los derechos de incidencia colectiva de consumidores y usuarios, amparados por el art. 42 de la Const. nacional.

El expediente llegó a la Corte con motivo de la queja interpuesta ante el rechazo del recurso extraordinario federal por parte de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, tribunal que había revocado la sentencia de primera instancia²⁴, rechazando el amparo deducido por considerar que las partes no se encontraban legitimadas para accionar en defensa de los derechos que postulaban.

La Corte –por mayoría– confirmó la sentencia desestimatoria de la acción. A tal fin, consideró que no se configuraba en el caso una “causa o controversia” en los términos del art. 116 de la Const. nacional, sosteniendo que la ampliación de legiti-

²² Ante la postura de la Corte de dar preeminencia a una norma legal sobre el texto constitucional, resulta ilustrativo lo expuesto por Bidart Campos en relación a que la legitimación “con ser un problema procesal, tiene una honda raíz en el derecho constitucional. En efecto, las leyes no pueden disponer discrecionalmente quién está legitimado y quién no lo está. Y no pueden porque, en último término, si los derechos personales tienen base en la Constitución, la legitimación para articular en un proceso judicial las pretensiones referidas a ellos cuenta con un techo o canon constitucional” (Bidart Campos, Germán, *El control judicial de constitucionalidad y la legitimación procesal (segunda parte)*, ED, 152-790). En otro trabajo el autor sostiene la misma tesis en los siguientes términos “por más, entonces, que a la legitimación se la conciba como un concepto procesal, como un presupuesto procesal, como un requisito procesal, hay que sostener que... hay un telón de fondo constitucional, y un subsuelo constitucional en el que lo procesal necesita nutrirse. Si ese cordón umbilical entre lo procesal y lo constitucional se corta, seguramente se incurre en inconstitucionalidad” (Bidart Campos, Germán, *Los derechos humanos y la legitimación procesal*, ED, 152-784).

²³ CSJN, 7/5/98, “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria”, LL, 1998-C-602.

²⁴ LL, 1995-E-516. En lo que aquí nos interesa, el juzgador sostuvo en dicha oportunidad que no cabían dudas sobre la legitimación del defensor del pueblo frente al texto claro del art. 86 de la Const. nacional.

mados que devino con la reforma de 1994 no exime a los actores de demostrar la existencia de dicho presupuesto procesal, y que los recurrentes no habían definido el modo en que los derechos invocados habían sido lesionados por la norma cuya inconstitucionalidad se perseguía²⁵.

En sostén del rechazo de la legitimación del defensor del pueblo, la Corte citó nuevamente los arts. 16 y 21, inc. *b* de la ley 24.284, en el entendimiento de que dichos preceptos de la ley orgánica de la figura dejan fuera de su esfera de actuación a la órbita del Poder Judicial, y que, ante la intervención de otras partes interesadas, su accionar debe suspenderse. Finalmente, la Corte se refirió a las “otras limitaciones” que fueron puestas de relieve por dicho tribunal en la causa “Frías Molina II”²⁶.

Un mes más tarde, la Cámara resolvió favorablemente un amparo planteado por un particular tendiente a que se hiciera efectiva la posibilidad de intervención de los usuarios del servicio telefónico durante el procedimiento previo a dictar resolución sobre la prórroga del período de exclusividad de las licenciatarias del servicio básico telefónico nacional e internacional²⁷.

En esta causa, el defensor del pueblo de la Nación se había presentado en primera instancia adhiriendo a la pretensión del accionante nuevamente en carácter de litisconsorte. La Cámara reconoció su legitimación general y específica para el caso, con fundamento en los arts. 86 y 43 de la Const. nacional, destacando que la participación del mismo tenía por objeto la defensa de “un derecho de usuarios y consumidores: el de participación en el control de los servicios públicos, que se vería afectado por una ilegítima omisión de la Administración”.

Sin extenderse en la cuestión, y con sustento en un argumento irrefutable como es la letra clara del texto constitucional, la Cámara dictó un fallo en abierta contradicción con la doctrina que la Corte sentara en “Frías Molina II” y en “Consumidores Libres”.

²⁵ Entendemos que la doctrina de la Corte en torno a la existencia de “causa o controversia” debe ser repensada a la luz de la reforma de 1994, al menos en la forma y alcances con que fue concebida originalmente. Los derechos de incidencia colectiva tienen como una de sus facetas características el hecho de que sus titulares coparticipan del derecho en cuestión, lo cual significa que no son titulares exclusivos e individuales del mismo. Entonces ¿cómo exigir un perjuicio personal y exclusivo para viabilizar un reclamo en su defensa? Esto resulta aún más inconcebible cuando quien acciona en justicia es uno de los legitimados extraordinarios como el defensor del pueblo, una asociación intermedia o el Ministerio Público. Confirmada la atribución de los derechos de incidencia colectiva a los particulares, y la legitimación procesal a estos actores sociales, tanto a nivel constitucional como legal, resulta absurdo exigir un perjuicio personal, individualizado y excluyente para reconocer su derecho de acción. No puede pretenderse que el sujeto reclamante sufra en su derecho, persona o bienes una afectación de similares características a la que podría sufrir una persona que peticona en defensa de un derecho individual. Y mucho menos, reiteramos, cuando quien acciona es uno de los legitimados extraordinarios. En este orden de ideas, creemos que el tipo de perjuicio que la doctrina actual de la Corte exige para tener por configurada la “causa” o “controversia” establecida por el art. 116 de la Const. nacional, tornaría imposible de defender en la práctica cualquier tipo de derechos de incidencia colectiva, si fuera aplicada regularmente conforme fue formulada.

²⁶ Aunque no surge claro del fallo, dicha referencia habría sido efectuada en alusión a la naturaleza de los derechos en disputa, los cuales, a entender de la Corte, en este caso no revestían las características necesarias para ser considerados como “derechos de incidencia colectiva en general”.

²⁷ CNContAdmFed, Sala IV, 23/6/98, “Youssefian, Martín c/Secretaría de Comunicaciones”, LL, 1998-D-712.

Ante un nuevo caso que llegó a su estudio, la Corte ratificó su postura en el fallo “Defensor del pueblo c/Poder Ejecutivo nacional”²⁸, desestimando una acción de amparo que el defensor del pueblo de la Nación promoviera con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad del decr. 1517/98²⁹, en representación de toda aquella persona, grupo o sector cuyos derechos se vieran conculcados y a efectos de defender derechos de incidencia colectiva y derechos de consumidores y usuarios.

El voto de la mayoría sostuvo que debía analizarse si correspondía asignar al defensor del pueblo el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que sustentaba su pretensión, toda vez que ello conforma un presupuesto necesario para la configuración de una “causa o controversia” en los términos de los arts. 115 y 116 de la Const. nacional. Acorde con su postura en torno al tema, el tribunal consideró que en el caso no se había configurado una causa o controversia que habilitara la actuación del Poder Judicial.

En el fallo se señalaron las mismas limitaciones a la actuación del actor que fueran vertidas en la causa “Consumidores Libres”, con cita expresa de dicho precedente y de los arts. 16 y 21 de la ley 24.284. A modo de *obiter dictum* la Corte señaló en el considerando 10 de la sentencia que mal podía el defensor del pueblo invocar la defensa de derechos de incidencia colectiva y de los consumidores y usuarios cuando las empresas afectadas en sus derechos subjetivos habían tenido oportunidad de acudir al Poder Judicial en procura de su adecuada tutela.

De la línea argumentativa seguida en este caso por la Corte para rechazar la legitimación del defensor del pueblo podemos ver que se desprenden dos serias derivaciones.

La primera es el carácter “residual” que se confiere a la legitimación de la figura. Impedir la actuación del defensor del pueblo con fundamento en el art. 21 de la ley 24.284, por el solo hecho de que otros legitimados hayan planteado acciones judiciales, resulta claramente inconstitucional en tanto la Corte está acordando prevalencia a una norma legal por sobre el art. 86 de la Const. nacional, el cual claramente y sin retaceos de ningún tipo, confiere legitimación procesal al defensor del pueblo.

Con el fin de sortear la objeción planteada, la Corte ha sostenido un argumento que no podemos dejar de analizar y criticar³⁰. Se ha dicho que si bien la ley 24.284 fue sancionada con anterioridad a la reforma constitucional, su modificatoria (ley 24.379) fue sancionada con posterioridad a la misma, denotando una especie de “voluntad implícita” del legislador en mantener vigente el art. 21 de la ley 24.284 al

²⁸ CSJN, 21/12/00, Fallos, 323:4098.

²⁹ Dicho acto administrativo vetaba el art. 1°, inc. m, de la ley 25.063 que establecía una alícuota especial de IVA del 10,5% para las empresas de medicina prepaga. A través de dicho veto, el Poder Ejecutivo elevaba indirectamente la alícuota del IVA al 21%, lo cual derivaría necesariamente en un aumento del costo del servicio. El caso llegó a la Corte por un recurso extraordinario federal interpuesto por la Administradora Federal de Ingresos Públicos (AFIP) contra la sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, tribunal que había rechazado los agravios vertidos oportunamente por la demandada en torno a la legitimación del actor, reconociendo la misma con fundamento en el art. 86 de la Const. nacional.

³⁰ Conf. Jeanneret de Pérez Cortés, *La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia*, LL, 2003-B-1333.

no haberlo modificado (ver el considerando 5° del voto concurrente del ministro Petracchi). Sobre el particular, y más allá de lo endeble del argumento, debemos tener presente que a pesar de que la ley 24.379 fue sancionada con posterioridad a la reforma constitucional, el trámite de la misma fue iniciado antes de producirse tal acontecimiento. Tal particularidad resta toda fuerza al argumento ya que al momento de elaborarse el texto de ambas leyes no se tuvo en cuenta los arts. 43 y 86 de la Const. nacional. Finalmente, y para demostrar la sinrazón del argumento, aún en el caso de ceder ante el mismo nos encontraremos con que la ley no deja de encontrarse en franca oposición con los mencionados preceptos constitucionales, independientemente de la fecha de su sanción.

La segunda derivación que se desprende de la línea argumental de la Corte es que dicho tribunal no tiene presente que la legitimación acordada al defensor del pueblo de la Nación por los arts. 86 y 43 de la Const. nacional es objetiva y excepcional, por lo cual resulta irrazonable negar su derecho de acción con fundamento en que no es titular de la relación jurídica sustancial que pretende defender. Como fuera señalado, el defensor del pueblo actuará por derecho propio en cumplimiento de sus funciones, representando a las personas efectivamente afectadas. Exigirle titularizar la relación sustancial que pretende defender ante la justicia es negar la esencia misma de la figura y desconocer los fines en miras a los cuales fue concebida.

A pesar de que la Corte Suprema perseveraba en su postura, los tribunales inferiores no respetaron la doctrina sentada en torno a la cuestión.

La Cámara resolvió favorablemente una acción de amparo promovida por el defensor del pueblo de la Nación, tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de diversos decretos del Poder Ejecutivo nacional por los cuales se habían retenido y posteriormente modificado los depósitos existentes en el sistema financiero³¹.

Confirmó por unanimidad la sentencia de primera instancia en cuanto había declarado la inconstitucionalidad de las normas atacadas. En lo que hace a la legitimación del defensor del pueblo de la Nación, el camarista Greco (quien votó en primer término) consideró que, si bien las relaciones jurídicas sustanciales que fundaban la pretensión no podían encuadrarse como derechos de incidencia colectiva en los términos del art. 43 de la Const. nacional, correspondía reconocer la legitimación activa de la figura con fundamento en lo dispuesto por el art. 86 de la Const. nacional, en cuanto le confiere facultades para actuar en juicio en defensa de los “derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución”³². Nos encontramos ante otra sentencia francamente opuesta a la doctrina federal de la Corte en torno a la cuestión.

³¹ CNContAdmFed, Sala V, 13/9/02, “Defensor del pueblo de la Nación c/Poder Ejecutivo nacional”, LL, 2002-E-818.

³² Piaggio anota el fallo en estudio, destacando que sólo en un sentido impropio podría decirse “que en el caso de la reprogramación y pesificación de los depósitos bancarios se encuentra involucrado el interés colectivo de los ahorristas”. En todo caso, sostiene el autor, podría admitirse que se trata de un interés sectorial, el cual “no sería el interés colectivo que se identifica con los intereses generales de la sociedad, cuya titularidad puede ser asumida, en un proceso judicial, por el defensor del pueblo”. No compartimos la interpretación acordada a los alcances de la legitimación procesal del defensor del pueblo, ya que el texto constitucional de ningún modo limita su actuación a la defensa de los “intereses generales de la sociedad”. El hecho del eventual conflicto de intereses entre diversos

Nuevamente en defensa de derechos previsionales, el defensor del pueblo de la Nación promovió una acción de amparo tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 34 de la ley 24.156, modificado por la ley 25.453, en cuanto establecía una reducción del 13% en los haberes jubilatorios de los pasivos de la órbita nacional³³. Sin embargo, en esta oportunidad la pretensión del actor no fue meramente declarativa como en el caso analizado anteriormente, sino que también comprendió una pretensión de condena al solicitar que, una vez declarada la inconstitucionalidad de la norma, se ordenara al Estado nacional efectuar el reintegro de las sumas retenidas por tal concepto. En fallo dividido se hizo lugar a ambas pretensiones.

En lo que hace a la legitimación del actor, el voto de la mayoría destacó que existía una diferencia de objeto y materia entre lo que se encontraba en disputa en la presente causa y aquello que fuera decidido por la Corte en “Frías Molina II”³⁴, por lo cual la doctrina sentada en dicho precedente no resultaba de aplicación al caso en estudio. Sin perjuicio de ello, los magistrados votantes sostuvieron expresamente que la legitimación de la figura no reviste carácter residual sino que resulta totalmente independiente de la existencia de otros legitimados en la causa, enfrentándose abiertamente con el ya analizado argumento de la Corte que sostiene lo contrario.

A pesar de los buenos augurios que surgían de los fallos emanados de diversos tribunales inferiores, la Corte Suprema confirmó su postura cerrada en torno a la cuestión³⁵.

En dicha oportunidad, el tribunal nuevamente esgrimió los argumentos sostenidos en los casos analizados para rechazar la posibilidad del actor de participar activamente en el seno del Poder Judicial en defensa de derechos de incidencia colectiva. La ausencia de causa o controversia por no ser titular de la relación jurídica sustancial sobre la cual pretendía discutir, la falta de competencia para actuar ante el Poder Judicial, y la obligación de suspender su actuación en caso de que se interpusiera por persona interesada una acción judicial o recurso administrativo, surgie-

sectores (por ejemplo, ahorristas vs. deudores “pesificados”) no puede, como pretende el autor, erigirse en valladar para reconocer al defensor del pueblo legitimación para accionar en defensa de alguno de ellos. Si bien es un aspecto importante a considerar para evaluar la viabilidad de este tipo de acciones y el método de debate a establecer una vez que se tome la decisión política de hacerlo, resulta evidente que siempre habrá algún sector o grupo con intereses jurídicamente tutelables contrapuestos a “los intereses generales de la sociedad”, lo cual, de seguirse el razonamiento del autor, llevaría a la conclusión de que el defensor del pueblo no podría accionar judicialmente en defensa de ningún derecho, ni colectivo ni individual (Piaggio, Lucas A., *Nuevos horizontes en torno a la legitimación del defensor del pueblo de la Nación a la luz de un importante fallo de la Cámara Contencioso Administrativa, RAP*, n° 289, p. 227).

³³ CFedSegSocial, 10/9/02, “Defensor del pueblo de la Nación c/Poder Ejecutivo nacional”, LL, 2002-F-322.

³⁴ Siguiendo en este aspecto a Quiroga Lavié, la mayoría entendió que “lo colectivo” se configura tanto por el objeto único e indivisible que es materia de la prestación, como por el acto único generador de perjuicios individualizables y divisibles sufridos por los respectivos titulares (Quiroga Lavié, *El amparo colectivo*). Sobre tal argumento, sostuvieron que no podía afirmarse que los derechos en juego no revistieran incidencia colectiva, lo que tornaba inaplicable el precedente de la Corte. Podemos ver como los jueces intentaron de algún modo mostrar que el caso no era similar para evitar la lisa y llana inaplicación de la doctrina de la Corte.

³⁵ CSJN, 18/12/03, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud”, LL, 2004-D-31.

ron nuevamente como razones suficientes para evitar que el defensor del pueblo cumpliera su función³⁶.

Sin embargo, con su nueva composición, la Corte parece haber comenzado a repensar la cuestión, al menos en algunos aspectos de la misma. Muestra de ello es un reciente fallo³⁷.

Se trataba en el caso de una acción ordinaria planteada por el defensor del pueblo de la Nación, con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 41 y 96 de la ley 24.076, y la declaración de nulidad de diversos actos administrativos, en tanto tales normas determinaron el reajuste de las tarifas del servicio de gas natural en función de un índice de precios que publica el Departamento de Trabajo del gobierno de los Estados Unidos de América. El argumento principal esgrimido por el actor fue que tal reajuste constituía un sistema indexatorio, expresamente prohibido por la ley 23.928 de convertibilidad.

El expediente llegó a la Corte con motivo de las quejas interpuestas por los co-demandados contra la sentencia interlocutoria de cámara que, confirmando la de primera instancia, había rechazado las excepciones interpuestas en su oportunidad, reconociendo la legitimación activa del defensor del pueblo en el caso sometido a estudio. Los recurrentes argumentaron que el actor sólo estaba habilitado para promover acción de amparo, mas no un proceso ordinario como el que había promovido, y que el actor carecía de facultades para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley formal del Congreso por aplicación de la ley 24.284.

El procurador de la Corte emitió su opinión de acuerdo a la doctrina vigente hasta el momento, agregando que, a la luz de diversos criterios hermenéuticos que señala en su dictamen y con cita de algunos pasajes de los debates generados en el seno de la Convención Constituyente de 1994, una interpretación de la Constitución nacional a la luz de la intención de sus creadores deriva en limitar la legitimación procesal del actor exclusivamente al marco de la acción de amparo. La Corte, sin embargo, rechazó las quejas por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal.

A pesar del rechazo formal de la vía intentada, cabe destacar que los dos “según su voto” del fallo (Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti, en primer término, y Maqueda en segundo término), desarrollaron una serie de cuestiones que permiten augurar un golpe de timón en este tema. El primero de ellos concluyó en que resulta absurdo considerar que la legitimación del defensor del pueblo se encuentra limitada a la acción de amparo, ya que significaría tornar en “letra muerta” al art. 86 de la Constitución nacional. El ministro Maqueda, por su parte, realizó un abordaje constitucional de la materia y, con una línea argumental admirable, llegó a la misma conclusión del voto anterior y concluyó en la necesidad de interpretar la ley reglamentaria vigente a la

³⁶ En este caso en particular, resolviendo del modo en que lo hizo, la Corte evitó considerar el agravio del defensor del pueblo relativo a los alcances territoriales de la cosa juzgada de la sentencia recaída en autos. Según la sentencia de Cámara, la nulidad de la resolución atacada (n° 1/01 del Ministerio de Salud de la Nación, que modificaba el Programa Médico Obligatorio dejando fuera del mismo algunos supuestos de enfermos con esclerosis múltiple) sólo surtiría efectos en la provincia de Salta, aspecto cuestionado por el defensor del pueblo al interponer el pertinente recurso extraordinario federal.

³⁷ CSJN, 24/5/05, “Defensor del pueblo de la Nación c/Poder Ejecutivo nacional y otro”, LL, 2005-C-791.

luz de la norma fundamental “de manera de excluir un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente”.

A pesar de que este fallo parece avizorar un posible cambio en la doctrina de la Corte, no debemos dejar de tener en cuenta que las consideraciones vertidas en favor de la legitimación del defensor del pueblo fueron efectuadas sólo por una minoría del tribunal y, lo que es más importante aún, a modo de *obiter dictum*.

4. Valoración de la postura de la Corte Suprema en torno a la cuestión (o de la búsqueda de causas reales a la misma)

De la jurisprudencia analizada podemos extraer como primera conclusión que nuestro máximo tribunal de justicia, intérprete final de los alcances del texto constitucional en esta materia, ha negado sistemáticamente la legitimación del defensor del pueblo para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva, haciendo caso omiso a lo normado por el art. 86 de la Const. nacional.

Los argumentos de derecho esgrimidos por la Corte para sostener su postura podrían sintetizarse en los siguientes: a) el defensor del pueblo no resulta titular de la relación jurídica sustancial sobre la cual descansaría el objeto de la pretensión, razón por la cual no se configura una “causa o controversia” en los términos del art. 116 de la Const. nacional y de la ley 27; b) la actuación de otros interesados en el proceso o en otro de similares características, tales como un particular afectado o una asociación, excluye la actuación del defensor del pueblo de conformidad con lo normado por el art. 21 de la ley 24.284, modificada por la 24.379, y c) el defensor del pueblo carece de competencia para actuar en la órbita del Poder Judicial de conformidad con lo normado por el art. 16 de la ley 24.284, modificada por la ley 24.379. Cada uno de ellos fue objeto de crítica a lo largo de este trabajo, demostrando que son de difícil sustento a poco se los enfrente con el principio de supremacía constitucional (art. 31) y con la especial naturaleza de los derechos de incidencia colectiva.

A pesar de la consolidada doctrina de la Corte Suprema en torno a la cuestión, los tribunales inferiores que han tenido oportunidad de expedirse sobre el tema no han respetado, en general, los alcances de la misma. Tratándose de una clara cuestión federal en los términos de la ley 48, esta conducta configura una pauta de gran relevancia a la hora de evaluar las verdaderas razones que sustentan aquella doctrina.

El último precedente jurisprudencial emanado de la Corte nos muestra en sus votos concurrentes un posible y razonable cambio en torno a la cuestión, pero los argumentos allí vertidos lo fueron por una minoría del tribunal y a modo de *obiter dictum*, lo cual resta parte de su fuerza a los mismos.

Ante tal cuadro de situación, nos preguntamos si realmente es arbitraria la postura de la Corte en torno al tema, o si existen otros motivos que justifiquen razonablemente su accionar.

Vemos que, ante la posibilidad de extralimitarse en sus funciones y de violentar con tal conducta el principio de división de poderes, la Corte ha resuelto cerrar sus puertas a las pretensiones del defensor del pueblo de la Nación. Entre los factores a tener en cuenta para responder al interrogante planteado, encontramos que resulta

de esencial importancia la ausencia de vías procesales idóneas y adecuadas para actuar la tutela colectiva y permitir el accionar de los sujetos legitimados constitucionalmente a tal fin. La falta de reglas claras sobre la forma de debate y participación, así como también respecto a los límites y controles a que deben sujetarse aquéllos en el marco de los procesos que se inician con este tipo de pretensiones, no sólo pone en riesgo la integridad funcional de los otros poderes del Estado, sino que pone en riesgo la garantía de debido proceso legal de quienes no participan efectivamente en el juicio (los sujetos “representados” por el defensor del pueblo). La plena operatividad de la norma constitucional podría llevarnos a consecuencias disvaliosas en la medida que el legislador no adecue la normativa vigente en este aspecto. Ante esta realidad, el cariz arbitrario de la conducta de la Corte comienza a desdibujarse.

La búsqueda de otros factores que pueden influir en la postura de la Corte, aunque discutiblemente puedan justificarla, nos llevará a analizar cuáles son los intereses que la misma tiene como cuerpo en relación al modo de resolverse la cuestión. Esta perspectiva podría llevarnos a entender la postura de la Corte como una suerte de autoprotección ante la posibilidad cierta de perder su poder discrecional en la elección del caso particular sobre el cual desee expedirse, como así también ante el riesgo de realizar declaraciones de inconstitucionalidad con efectos expansivos que, eventualmente, pudieran derivar en la creación de un tribunal de casación constitucional específico, quitando de ese modo gran parte del poder que actualmente detenta el tribunal como cabeza del Poder Judicial e intérprete final del texto constitucional. No sería la primera vez que los intereses del propio Poder Judicial como corporación actuaran como causas reales de su accionar³⁸.

Ante lo difíciles de sostener que resultan los argumentos de derecho esbozados por la Corte para negar la legitimación activa del defensor del pueblo de la Nación, entendemos de fundamental importancia abordar la cuestión desde una perspectiva de análisis que nos permita encontrar las causas reales de su accionar, para poder de ese modo discutir seriamente sobre las mismas, consolidando de tal modo la legitimidad del Poder Judicial y del sistema democrático en su conjunto.

Debe quedar en claro que lo expuesto en este apartado no son más que hipótesis que buscan respuestas a un interrogante que, de acuerdo al estudio efectuado sobre el tema, dista de ser meramente jurídico-normativo. Las verdaderas directrices políticas³⁹ que guían el accionar de la Corte sólo pueden conocerlas sus miembros, pero entendemos que deberían explicitarse de algún modo para intentar justificar sus decisiones.

³⁸ Sirvan como ejemplo de lo expuesto las acordadas de la Corte Suprema 20/96 (*Fallos*, 319:24) y 42/91 (*Fallos*, 314:948).

³⁹ Siguiendo a Dworkin, distinguimos dentro del orden jurídico la existencia de normas, principios y directrices políticas, entendiendo por estas últimas aquellos estándares “*que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos)*”. En la doctrina del autor, los argumentos políticos (que justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad como un todo) no deben ir en contra de los principios jurídicos que protegen derechos individuales. Sólo de este modo se tomarían en serio los derechos individuales, y el Poder Judicial, como órgano contramayoritario, debe cumplir con su rol esencial de proteger tal premisa (Dworkin, Roland, *Taking rights seriously*, 1977, tr. de Marta Guastavino, “Los derechos en serio”, Barcelona, Ariel, 1984, principalmente p. 72 y ss., 147 y ss., 232 y 303).

5. Conclusiones

a) La Corte Suprema ha rechazado sistemáticamente las pretensiones incoadas por el defensor del pueblo en defensa de derechos de incidencia colectiva, con argumentos jurídicos difíciles de sostener. No obstante ello, el último pronunciamiento sobre la cuestión, con una nueva integración del tribunal, parece avizorar un cambio en la materia.

b) Los tribunales inferiores no han seguido, en su gran mayoría, la doctrina de la Corte Suprema, a pesar de tratarse de una cuestión federal en los términos de la ley 48.

c) Las causas reales del accionar de la Corte deben buscarse en estándares jurídico-políticos (directrices políticas) que escapan al análisis meramente normativo de la cuestión.

d) En nuestra opinión, entre los mismos conviven aquellos que tienen en miras el bienestar de la sociedad y la protección de los derechos de sus individuos, junto con aquellos que tienen en miras intereses propios del tribunal como cuerpo y cabeza del Poder Judicial.

e) Estas directrices políticas no se encuentra explicitadas en ningún fallo de la Corte.

f) La falta de discusión sobre las mismas hace perder legitimación al Poder Judicial, debilitando de tal forma al sistema democrático en su conjunto.

g) La situación planteada en torno de la figura del defensor del pueblo de la Nación es sólo un indicador de un fenómeno mucho más amplio que tiene al conflicto colectivo en general como centro de atención.

h) Este fenómeno exige de modo imperioso la sanción de un código procesal federal que garantice una tutela especial y diferenciada de los conflictos surgidos por violación de derechos de incidencia colectiva, predisponiendo límites y controles para la actuación de los sujetos legitimados constitucionalmente al efecto.

© Editorial Astrea, 2006. Todos los derechos reservados.