

Capítulo VI

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA *

1. *Las categorías de derechos y su defensa*

Siempre ha existido alguna distancia entre el derecho de fondo a que una persona podía considerarse titular y la posibilidad práctica de pedirlo en justicia. Si bien ya desde el derecho romano el pretor decía “dame el hecho, yo te daré la acción,”¹ en la práctica a veces se presentan dificultades.

Así, en el siglo pasado se distinguía el derecho subjetivo propiamente dicho o primitivo —propiedad, libertad, etc.— ; el todavía no reconocido por la autoridad pública llamábase interés o derecho en expectativa, que dependía para su nacimiento de un acto de la administración: recién entonces se tornaba adquirido y tenía tutela como el primero.²

Nace así, en derecho administrativo, la distinción entre derecho subjetivo, con plena tutela administrativa y judicial, y el interés legítimo. Del segundo se dirá durante más de un siglo que a veces tiene tutela judicial en los sistemas llamados contencioso administrativos, pero no la tiene en otros sistemas como el judicial vigente en nuestro orden nacional.

Existieron innovaciones jurisprudenciales y doctrinarias en torno a esta cuestión, buscando avanzar en la admisión de la tutela judicial de los intereses difusos en las acciones de clase, especialmente para la tutela del medio ambiente. Dieron sin embargo lugar a una fuerte y a veces acérrima defensa del orden

* Para un mayor desarrollo, ver GORDILLO, *Tratado*, t. 2, 8ª ed., 2006, caps. II y III.

¹ *Da mihi factum, dabo tibi jus*: dame el hecho, yo te daré el derecho, ROLAND, HENRI y BOYER, LAURENT, *Adages du droit français*, París, Litec, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, 13ª ed., p. 139. Esta óptica pretoriana es en suma preferible a la que elaborara después KELSEN, centrando el peso en la acción y no en la pretensión: KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960, p. 122. Criticaron esta posición de KELSEN: DABIN, JEAN, *El derecho subjetivo*, Madrid, 1955, p. 121 y ss., y los demás autores citados en su nota 162; ver también HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, 1953, 2ª ed., t. I, p. 686.

² Esta distinción francesa fue reconocida en América desde la obra de LARES, TEODOSIO, *Lecciones de derecho administrativo*, México, 1852, UNAM, México, D.F., reimpresión 1978, pp. 60-1.

constituido. Algunos autores y fallos mantuvieron posiciones restrictivas de una tutela judicial amplia y efectiva aún luego de la reforma constitucional, pero la discusión ha quedado resuelta claramente por el sistema jurídico, no solamente en materia ambiental con el art. 41 y 43, párr. 2º de la Constitución, sino antes de ella con la ley de defensa del usuario y del consumidor y otras normas que confieren amplia legitimación judicial.³ El usuario lo es de servicios públicos, el consumidor lo es de bienes y servicios prestados en libre competencia.

En particular, la nueva Constitución introduce en el art. 43 los derechos de incidencia colectiva, categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a empalidecer la importancia de la previa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, e incluso del interés difuso.

Del mismo modo la amplísima legitimación que existe para denunciar la violación a derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴ constituye una fuerza expansiva necesaria de la legitimación en el ámbito interno, aunque no todos estén aún dispuestos a admitirlo. Esa amplia legitimación lleva también, inexorablemente, a que los efectos de la sentencia puedan en definitiva ser *erga omnes*.⁵

Resulta de todo ello que el tema del derecho subjetivo *stricto sensu* esté destinado a perder progresivamente importancia a medida que se extiende la tutela a otras situaciones; el derecho de incidencia colectiva es una noción superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo.

Esta tendencia superadora viene siendo preanunciada en todos los ordenamientos contemporáneos. A guisa de ejemplo, ya en la legislación venezolana se engloba en un sólo concepto lo que aquí todavía llamaríamos derecho subjetivo e “interés personal, legítimo y directo.”⁶ Es más, éste a su vez resulta comprensivo, en determinadas situaciones, de los intereses colectivos,⁷ intereses difusos, intereses comunitarios, preservación de la legalidad urbanística, protección de

^{1.3.} Que expusieramos antes en *Derechos de incidencia colectiva*, en el libro *El Derecho Administrativo Argentino*, Hoy, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 274 y ss. Esta es la recepción constitucional de este tipo de derechos, porque ya antes estaba en la ley 24.240 de defensa del usuario y del consumidor y doctrina precedente: Sala IV, causa 16.242/96, *ADECUA c/ ENARGAS*, cap. III (1998). Ver también STIGLITZ, RUBÉN y STIGLITZ, GABRIEL, *Contratos de adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 5 y ss.

^{1.4.} Lo explicamos en el primer tomo del *Tratado de derecho administrativo*, cap. VI, § 1, nota 6 y sus remisiones y el t. 2, 6º ed., 2003, cap. XVI, “La justicia administrativa internacional,” § 1.

^{1.5.} Ver *Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia*, LL, 1997-F, 1318, con los casos *Blas* (LL, 1998-A, 288) y *Barsanti* (LL, 1998-A, 293) de la Sala I y sus múltiples antecedentes (*Ekmekdjian, Monges, Labaton, Dalbon, Youssefian, Schroder*, etc.) Los efectos *erga omnes* de la sentencia, reconocidos en *Barsanti* por la Sala I, fueron confirmados por la CSJN en 1998. Los aplicó nuevamente la Sala IV en *Viceconte*, 1998.

^{1.6.} Así la ley orgánica de la Corte Suprema, que explica BREWER CARIÁS, ALLAN RANDOLPH, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, *La justicia contencioso-administrativa*, Caracas, EJV, 1997, p. 78 y ss.

^{1.7.} Ampliar en SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Madrid, 1980, p. 126 y ss., quien explica que los intereses colectivos se concretan en asociaciones o intereses de grupo.

^{1.8.} Ver los supuestos que explica BREWER CARIÁS, *op. cit.*, p. 84 y ss.; agrega el caso de los sindicatos,

los derechos de los vecinos, adecuada prestación de servicios públicos y el mismo interés público o de la colectividad.⁸ La experiencia bien indica que los derechos colectivos son más legítimamente defendidos por entidades no gubernamentales que por las administraciones públicas, estas últimas frecuentes agentes de daño y no de protección jurídica, sujetos pasivos antes que activos de la pretensión de tutela.

En España, en lugar de extender el concepto de interés legítimo a los supuestos de intereses difusos, como es el caso del medio ambiente y la reparación del daño ambiental, recurren a la figura de la acción pública, obteniendo el mismo resultado a través de una acción diferenciada.⁹ De todas maneras la tutela judicial que garantiza la Constitución española lo es tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo.

En nuestro derecho, antes de la reforma constitucional, no eran pocas las voces que se alzaban contra la ampliación de la tutela judicial, incluso entre los procesalistas; pero parece una posición insusceptible de ser mantenida luego de la reforma constitucional de 1994. Una precisión empírica se impone: aún cuando el ordenamiento reconoce en forma amplia la legitimación, en los primeros años de la reforma constitucional su aplicación fue relativamente limitada. Quizás el detonante fueron las múltiples lesiones entre otros a los derechos de millones de usuarios telefónicos, que llevaron a miles de amparos iguales y por ende al convencimiento material de que eso carecía de sentido y de utilidad práctica no solamente para los justiciables sino hasta para la justicia en el nuevo sistema constitucional.

En cualquier caso, la jurisprudencia federal fue afirmando cada vez con más fuerza dicha legitimación, llegando en un círculo completo virtualmente al principio del pretor romano enunciado al comienzo de este capítulo, ahora consagrado en la Constitución.

Ese proceso de adaptación comenzó en *Schroder* en materia de medio ambiente por la Sala III, cuando el tribunal dijo “el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada... ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?”¹⁰ colegios profesionales, asociaciones cooperativas: *El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas*, *Revista de Derecho Público*, EJV, 22: 14 y ss, Caracas, 1985. Ver también LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 1995, pp. 299-301, 493 y ss. y sus referencias, donde también se advierte la proximidad de ambas instituciones. El caso del medio ambiente, allí mencionado, es quizás el más claro en que hay tanto tutela del derecho subjetivo como del derecho de incidencia colectiva a la salud y un medio ambiente sano. Lo hemos explicado igualmente en *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1998, cap. IV.

^{1.9} GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 1996, p. 160.

^{1.10} Sala III, *Schroder*, LL, 1994-E, 449 y los demás precedentes mentados por ROSSI, *op. loc. cit.*; Ver también SABSAY, DANIEL A., y ONAINDIA, JOSÉ M., *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, ERREPAR, 1997, 3° ed., p. 161 y ss.

^{1.11} Resume así la jurisprudencia de la CNFed. CA, Sala IV, *Youssefian*, 7-XI-97, recordando los

Otras Salas extendieron el criterio a los distintos servicios públicos y grandes proyectos estatales, concluyéndose que “como tiene dicho esta Cámara, remitiendo en última instancia la legitimación a un punto de derecho sustancial (en la medida en que negar la legitimación equivale a negar el derecho) no cabe... sino sólo apreciar... la concurrencia de un interés tutelable.”¹¹

2. En la legislación anterior a la reforma constitucional

En el esquema de la Constitución de 1853-1860, pues, los derechos tutelados judicialmente eran los derechos subjetivos, individuales y exclusivos; en la Constitución de 1994 se agregan los derechos de incidencia colectiva (Arts. 41 a 43.)

Los casos de acceso a la tutela jurisdiccional por derechos de incidencia colectiva,¹ en el sistema de 1853-1860 devenían de la legislación o la práctica jurisdiccional, no de la interpretación o aplicación constitucional directa y formal, que no la había. De todos modos constituían más bien una excepción a la regla de legitimación judicial (*standing*, *judicial standing*) fundada únicamente en el derecho subjetivo.

La acción de clase o *class action* del derecho norteamericano podía pues considerarse virtualmente inexistente en el viejo derecho argentino,² aunque destacadas voces se alzaban en la solución innovadora.³ Entre las excepciones a dicha regla empírica cabía mencionar de antaño los partidos políticos y los gremios, a los cuales siempre se reconoció una legitimación en cierto modo colectiva o al menos genérica; lo mismo con las asociaciones y entidades de derechos humanos en materia de desaparecidos. No es su objeto ni su actividad principal defender un determinado y puntual derecho individual, aunque en ocasiones puedan hacerlo. Igual excepción, sin embargo, no se aplicó a las cámaras empresarias en defensa de los derechos de sus agremiados, ni a las corporaciones profesionales precedentes de la Sala V, *Rodríguez, Jesús y otros c/ Estado Nacional M° de Econ. y Ob. y Serv. Púb. —P.E.N.— s/ medida cautelar (autónoma)*, 19-VII-96; Sala II, *Nieva Alejandro y otros c/ P.E.N. —Dto. 375/97— s/ amparo ley 16.986*, 10-VII-97, y también *Nieva, Alejandro y otros c/ PEN Decreto N° 375/97 s/ amparo Ley N° 16.986*, 26-VIII-97, *RAP*, 228: p. 124 y ss, Buenos Aires, 1997. La diferente resolución de la CSJN en este último caso, a propósito de los aeropuertos, no es a nuestro juicio un precedente que invalide lo expuesto, como lo prueban ulteriores pronunciamientos, por ejemplo Sala IV, *Viceconte*, 2-VI-98, considerandos IV a IX, causa 31.777/96; *ADECUA c/ ENARGAS*, cons. III, citado, y otros.

¹ Utilizamos a los efectos de este trabajo la terminología de la Constitución de 1994, aunque también se ha podido hablar de intereses o derechos difusos, debilitados, legítimos, etc. Dado lo reciente de la reforma constitucional nos ha parecido oportuno utilizar el lenguaje constitucional. Sobre estos problemas terminológicos nos remitimos al t. 1 del *Tratado de derecho administrativo*, cap. I, primera parte.

² La doctrina ha comenzado a evolucionar, como se advierte en el erudito trabajo de BIANCHI, ALBERTO B., *Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala*, *RAP*, 235: 13 y ss., Buenos Aires, 1998; es que la ley 24.240 y la Constitución de 1994 han superado posturas tales como la de MARIENHOFF, *ED*, 105: 244; *ED*, 106: 922; *LL*, 1986-C-899, etc.

³ *Supra*, nota 1.4.

⁴ CNFed. CA, Sala III, *Schroder*, *LL*, 1994-E, 449 y los demás precedentes mentados por ROSSI, ALEJANDRO, cap. V de GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1998, 3ª ed.

salvo supuestos aislados de expresa previsión legal como el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

El cambio constitucional de 1994 se vio preanunciado por diversos pronunciamientos en materia de medio ambiente, por una parte,⁴ y por la otra por una sustancial innovación legislativa en materia de derechos de incidencia colectiva: la ley de defensa del consumidor 24.240.⁵ Ambos cuerpos normativos se articulan adecuadamente, pues la ley 24.240 crea *ex ante* una vía y una serie de principios jurídicos que la Constitución de 1994 amplía y complementa.⁶ Esto no debe extrañar pues responde a la tendencia de la evolución del orden jurídico, que ya hemos mentado en otro lugar.⁷

Hay quienes sugieren que la ley de defensa del consumidor, que es expresamente aplicable a los servicios públicos privatizados, no sería de aplicación como ley reglamentaria de la Constitución de 1994, por ser una ley anterior. Sin embargo no es esto así. Basta con recordar el antiguo principio romano de que *revocatio legis praxistentis non præsimitur*. (No se presume la derogación de la ley preexistente.) También se ha hecho mérito del tiempo de verbo utilizado por la Constitución de 1994, que sugiere una ley futura. Pero esto es como desaplicar, nada menos que al constituyente, el principio de que el derecho se supone conocido por todos: no podemos interpretar el texto constitucional suponiendo que el constituyente ignoraba y además de ello, *implícitamente y por ignorancia, negaba validez y eficacia a una ley para entonces vigente*. Ciertamente no es un “método de interpretación” que otorgue la necesaria congruencia que debe aportar el intérprete al orden jurídico. Por supuesto que esa legislación es aplicable y se articula naturalmente con el nuevo texto constitucional, como ya lo reconoce la jurisprudencia y la doctrina.⁸

3. Los nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva

El nuevo texto constitucional no se limita a lo dispuesto —a título ejemplificativo— en la primera parte del 2º párr. del art. 43: derecho a la no discriminación, al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor. En efecto, la cláusula final que incluye “a los derechos de incidencia colectiva en general” es, a texto expreso e inequívoco, genérica. En otras palabras, lo principal y más general del segundo párrafo es el final de la frase, no su comienzo.

^{2.5} Esta ley se halla complementada por la 24.787.

^{2.6} Así como hay reglamentos que preexisten a la ley, nada tiene de excepcional que una ley pre-exista a la Constitución, los hechos sociales a la jurisprudencia, la jurisprudencia a la norma, etc.

^{2.7} Ver el cap. II del t. 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 2003, 8ª ed.

^{2.8} Ver el desarrollo del cap. III del fallo *ADECUA c/ ENARGAS* de la Sala IV, causa 16.242/96 (1998) y *BIANCHI, op. ult. cit.*

^{3.1} El bien jurídico tutelado es el medio ambiente, bien colectivo a más de individual; ver también, *ex ante*, la ley 24.051 de 1991 (*LL, Antecedentes Parlamentarios*, 1996-B, p. 1646 y ss.), y decreto 831/93.

^{3.2} *Fallos*, 239: 459.

^{3.3} *Fallos*, 241: 291; *LL*, 92: 632.

La lectura del 2º párr. del art. 43 es entonces “Podrán interponer esta acción en lo relativo a los derechos de incidencia colectiva en general, [tales como, a título enunciativo] [a] cualquier forma de discriminación, a los derechos que protegen al ambiente,¹ al usuario y al consumidor.” Ese párrafo comprende por lo tanto también todo el cap. 2º dedicado a “Nuevos derechos y garantías,” pues de ello es lo que trata: de derechos de este alcance genérico, más los que surgen de los tratados de derechos humanos previstos en el art. 75, inc. 22. Tenemos con ellos una doble remisión e inclusión en el art. 43: todos los derechos de incidencia colectiva de los arts. 36 a 42, y también los derechos colectivos que emergen de los tratados celebrados o a celebrarse.

Una breve enunciación del capítulo mencionado nos muestra que en el nuevo texto constitucional:

a) se fortalece el derecho a participar en los partidos políticos y el de éstos a actuar (art. 38), sin perjuicio de las demás formas de participación política que consagran los tratados del art. 75, inc. 22 y el propio art. 42 de la misma Constitución;

b) se reconoce expresamente el derecho subjetivo a la resistencia contra las violaciones al sistema democrático (art. 36),

c) se crea el derecho de incidencia colectiva a que no haya corrupción en la función pública (art. 36, 4º párr. en su remisión al 3º y anteriores),

d) se reconoce —aunque se remite a la ley— el derecho de iniciativa (art. 39) y consulta popular (art.40),

e) el derecho subjetivo y de incidencia colectiva a la salud y a un medio ambiente sano. (Arts. 41 y 43.)

En materia de servicios públicos continúa una importante serie de derechos:

f) a la protección de los intereses económicos de los usuarios (art. 42),

g) a la libertad de elección (art. 42) o sea, que no haya monopolios sino los “naturales” o “legales;” en consecuencia, el derecho “a la defensa de la competencia” (ídem, 2º párr., y 43 párr. 2º), o sea, a tener por principio y con apoyo del ordenamiento y los órganos del Estado, un sistema de libre competencia en la provisión de bienes y servicios;

h) al control de los monopolios naturales y legales (art. 42, párr. 2º),

i) a la participación, que se manifiesta en la integración ciudadana en la dirección de los servicios públicos (art. 42, párr. 3º), y que se complementa al mismo tiempo con la garantía de audiencia pública, que surge de articular el derecho a la defensa previa o debido proceso legal contemplado en el art. 18 con el derecho de incidencia colectiva conforme al art. 42,

j) y en general a la tutela del usuario y consumidor (arts. 42 y 43, párr. 2º)

⁴¹ Para un desarrollo de la temática supranacional del derecho de la competencia ver por ejemplo SCHWARZE, JÜRGEN, *European Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell Ltd., 1995, p. 360 y ss., coedición con la *Office for Official Publications of the European Communities*, Luxemburgo, 1995;

En rigor y como se advierte, todo el nuevo cap. 2º de “nuevos derechos y garantías” se refiere a derechos de incidencia colectiva, tanto en su faz sustantiva como procesal. Por ello su natural corolario procesal se encuentra en el art. 43.

Admitir tal tipo de derechos sustantivos importa, por un mínimo de congruencia interpretativa, reconocer también *legitimación judicial para su defensa y ejercicio*. No puede sostenerse racionalmente que exista derecho pero no exista acción.

Es la antigua doctrina de los casos *Siri*² y *Kot*.³

Desde luego, el que la Constitución habilite *el amparo* para la defensa de los derechos de incidencia colectiva no importa una *obligación* de recurrir a él, sino una potestad del actor, quien también puede elegir, antes o después, vías de mayor debate y prueba, como lo ha reconocido la jurisprudencia.

Este derecho de incidencia colectiva es parte de los nuevos derechos y garantías constitucionales, por lo que es una norma federal de obligatoria aplicación en el ámbito provincial, al igual que lo es la acción en defensa del usuario y del consumidor, tal como surge de los arts. 52 y 53 de la ley —también federal— de orden público 24.240.

4. Algunos ejemplos actuales

4.1. Derecho a la competencia y al control de los monopolios

El art. 42 sienta el principio general de la libertad de elección y junto con el 43 el derecho “a la defensa de la competencia.” El mismo art. 42 en su párr. 2º establece que todas las autoridades (por ende tanto legislativas como administrativas y *en su defecto judiciales*), deben proveer lo necesario al “control de los monopolios naturales y legales.” En esto la Constitución está a tono con los nuevos principios supranacionales del derecho administrativo europeo, que son precisamente el “derecho de la competencia” o *competition law*, dentro del cual se encuadran el control de los monopolios, la prohibición de abuso de posición dominante, la prohibición de determinadas ayudas estatales, etc.¹

Ya no se trata de la vieja legislación antimonopólica ni de la nueva legislación de abuso de poder dominante en el mercado. Aunque no haya abuso de poder dominante, el monopolio vuelve a ser una figura que genera por sí, constitucionalmente, la defensa de los usuarios y consumidores.²

Este es el derecho constitucional que debe aplicarse, más allá de las opiniones es traducción de *Europäisches Verwaltungsrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988. Hay también versión francesa.

^{1,2} Recupera así algo del concepto primigenio de monopolio, del griego *monopolion*, que sugiere etimológicamente la idea de “trato ilegal;” COROMINAS, JOAN, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Madrid, Gredos, 1976, 3ª ed., pp. 401-2.

³ BIELSA, *La locución “Justo y razonable,”* en la Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Políticas y Sociales de Rosario, Rosario, 1938, 3ª serie, t. VII, n° I, 2, p. 15 y ss.; *La locución “justo y razonable” en el derecho y en la jurisprudencia,* en *Estudios de derecho público*, tomo I, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 479 y ss.; *Régimen jurídico de las tarifas de los servicios públicos en concesión*, “AIDP”, Rosario, 1946, t. VII, p. 97 y ss.; MAIRAL, *La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos,* *Revista Argentina de Derecho Administrativo,*

personales que puedan sustentarse; no parece sin embargo una solución *prima facie* irrazonable, habida cuenta que la internacionalización de la economía está produciendo una progresiva concentración de capitales.

Así como el derecho de la competencia y control de los monopolios ha tenido un vigoroso crecimiento en el derecho administrativo supranacional europeo, así también cabe esperar su ampliación en nuestro país a partir de la reforma constitucional.

Igualmente debe tenerse presente que la privatización de antiguos servicios prestados monopólicamente por el Estado no debe ser *siempre* igualmente monopólica, sino tan sólo cuando esto sea una necesidad impuesta técnicamente o por alguna concreta y específica razón de política legislativa.

La tendencia es que los monopolios otorgados por el Estado deben en lo posible ser llevados hacia la libre competencia, eliminando los que no tengan sustento fáctico suficiente y adecuado: ello deviene del orden jurídico constitucional.

4.2. *Derechos colectivos de los usuarios: sus intereses económicos. Tarifas y ganancias excesivas e irrazonables*

El art. 42 enuncia el principio constitucional del control de los monopolios y el derecho de la competencia, al establecer el derecho de los usuarios a la protección de sus “intereses económicos.”

Este derecho incluye el centenario principio de que las tarifas deben ser justas y razonables,³ y que el concesionario o licenciataria monopólico no tenga una ganancia irrazonable o excesiva. Es también un derecho de los usuarios “que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia Plus Ultra, 2: p. 53 y ss., 1971; *La fijación de tarifas en el marco de la privatización de empresas públicas*, “XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Rosario, 1989; GRECCO, CARLOS MANUEL, *Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (A propósito de la privatización de ENTel)*, *Revista de Derecho Administrativo*, 1990, 5: 481 y ss.; BELTRAME, JOSÉ, *El régimen legal de las tarifas ferroviarias a través de sus antecedentes parlamentarios*, “Boletín de la Junta Consultiva de Abogados,” noviembre-diciembre 1945, 505 y enero-febrero 1946-3; RODRÍGUEZ ARIAS, JULIO C., *El problema del precio de los servicios públicos*, en *Anuario del Instituto de Derecho Público*, Rosario, 1938; CUARTA CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS, *Régimen de concesión de servicios públicos*, JA, t. 61, sec. doctr.; TAGLIALAVORE, VICENTE, *Poderes del concedente (Estado, Provincia, o Comuna) para asegurar la continuidad, regularidad y precio módico del servicio*, “Trabajos de Seminario,” Facultad de Ciencias Económicas Comerciales y Políticas, Rosario, 1944, 37; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, t. III, p. 188; DIEZ, *Servicio público de los teléfonos*, Buenos Aires, Abeledo, 1942, p. 146 y ss.; MESSONE, RICARDO M., “El control de las concesiones de servicios públicos,” *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas*, Rosario, mayo-agosto 1944-45; FIORINI, “El control de los servicios públicos,” *Revista de Derecho y Administración Municipal*, junio 1946-487; TACCONI, ADRIÁN JOSÉ, “El contralor de las concesiones de servicios públicos,” *Primer Congreso Nacional de Administración Pública*, t. II, Mendoza, 1954, p. 313 y ss., etc.

^{4.4} ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, *Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 453. El Consejo de Estado francés, en igual tesitura, viene hablando desde comienzos de siglo de la equivalencia honrada u honesta (*équivalence honnête*) entre las cargas y los beneficios del concesionario; *Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, dictamen del Comisario de Gobierno LÉON BLUM, *Conseil d'Etat*, 21-III-1910.

^{4.5} CASIELLO, JUAN JOSÉ, *La adecuación del contrato*, LL, 11-V-95, VI-b: “la excesiva onerosidad sobreviniente encuentra solución por vía de un ajuste de las prestaciones corresponsivas.” El con-

honestas, una relación razonable,”⁴ pues ello se traslada a la sociedad. No se trata de innovaciones conceptuales profundas, pero en un país que pasó de un sistema con predominio del sector público de la economía a una fuerte privatización con otorgamiento de monopolio legal temporario, el efecto práctico de su aplicación o inaplicación a esta nueva realidad es de importancia innegable.

Otras variantes del mismo principio son la excesiva onerosidad del contrato en relación a los usuarios,⁵ y también el principio de la ecuación económico financiera del contrato. Esa equivalencia honesta o relación razonable no solamente puede verse afectada en perjuicio del contratante, con el consiguiente reajuste en más del contrato, sino también en perjuicio del Estado o la sociedad, como ocurre precisamente cuando las ganancias son irrazonables o excesivas, caso en el cual corresponde el reajuste en menos.

En ambas situaciones repercute directamente sobre la sociedad de usuarios y contribuyentes, creando el interrogante de la legitimación para impugnarlos cuando son ilegales o inconstitucionales.

La novedad no aparece pues por el derecho de fondo, ya que en materia de obras públicas hace tiempo que quedó aclarado que no corresponde hablar de “mayores costos” sino de “variaciones de costos.”⁶ La novedad es que ello no puedan solamente discutirlo los funcionarios públicos, con la siempre presente amenaza de la corrupción o crimen organizado que denuncia la Convención Interamericana Contra la Corrupción, sino también los perjudicados por ese tipo de situaciones.

Sin embargo, no es fácil trasladar el principio de derecho de fondo a una legitimación procesal de quienes también se ven afectados en sus derechos o intereses por el contrato.

El enfoque clásico era legitimar exclusivamente al Estado, creando por ejemplo los impuestos a los *windfall benefits*, beneficios sin justa causa originados en

cepto de “excesiva onerosidad,” por lo demás, se encuentra expresamente previsto en el contrato de transferencia a las licenciatarias de telecomunicaciones, tanto a favor como en contra de ellas. (Arts. 10.9., 10.9.1., 10.9.2., Boletín Oficial 29-I-91, p. 11, contratos aprobados por Decreto 2332/90.)

^{4.6} El art. 55 *in fine* de la ley de obras públicas de la Provincia de Buenos Aires expresa “En la misma forma beneficiarán al Estado los menores precios que, generados en las mismas causas, se reflejen en los conceptos antedichos.” Ver CAROL, GUILLERMO C. y SANSONI, FÉLIX J., *Estudio de la legislación de obras públicas de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, FDA, 1989, t. II, p. 594 y ss.

^{4.7} Ver por ejemplo GROVES, HAROLD M., *Finanzas públicas*, México, Trillas, 1965, p. 824 y ss.; HICK y ROSTAS, *The Taxation of War Wealth*, Oxford, Clarendon Press, 1941, p. 180 y ss.

^{4.8} Considera aplicable el art. 954 del Código Civil a los contratos administrativos MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión y el Derecho Administrativo*, JA, 1976-II, p. 686 y ss.; en contra MARIENHOFF, *La lesión en el Derecho Administrativo*, JA, 1975, p. 468 y ss.; *De nuevo sobre la lesión en el Derecho Administrativo*, JA, 1976-III, p. 766 y ss.; RISOLÍA, *La lesión subjetiva: su invocación por el Estado o contra el Estado*, en la revista *120 años de la Procuración del Tesoro. 1863-1983*, Buenos Aires, Eudeba, 1983, p. 21 y ss., expresa que esa es la “sana doctrina” y que nunca ha invocado el Estado la lesión subjetiva, aunque no parece descartar la hipótesis de que ello ocurra; para ese supuesto prevé sanciones mayores: “De cualquier modo y para la triste hipótesis de la claudicación del Estado ante los trusts o empresas multinacionales, nos parece del caso recordar que la Constitución Nacional baldona a quienes la consientan (art. 29) y que la ley penal castiga duramente los delitos contra la

situaciones de emergencia.⁷

Pero la evolución más reciente, tanto en materia contractual como en otras, es dar legitimación a todos los afectados, sea por acciones específicas como la *qui tam* en el derecho norteamericano, las acciones de clase o entre nosotros los derechos de incidencia colectiva.

Si existe una ganancia irrazonable o incausada debe no solamente rebajarse la tarifa sino sobre todo *devolverse a los usuarios lo cobrado de más*. Tenemos allí otro derecho individual de incidencia colectiva, en un todo a tono con el nuevo derecho supranacional europeo.

Una vieja institución de derecho civil cuya aplicación al derecho administrativo ha sido materia de opiniones conflictivas en nuestro país recibe también un espaldarazo de parte del derecho supranacional, en el caso la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Esta Convención dispone en su art. III, inc. 5°) que las contrataciones públicas deben responder al principio de equidad, lo cual parece resolver afirmativamente la controversia acerca de si se aplica o no como derecho de fondo el principio de la lesión⁸ a los contratos de la administración que perjudican a los usuarios: como es obvio, este derecho de fondo tiene importancia directa para los usuarios, cuya legitimación está en el derecho de incidencia colectiva. Allí se suman tanto el derecho de las asociaciones de usuarios a reclamar la recomposición del contrato en beneficio de los usuarios, como el derecho subjetivo de los usuarios a no ver violado su derecho de propiedad a no pagar tarifas inequitativas o injustas por servicios públicos de carácter monopolístico.

seguridad y la dignidad de la Nación (Cod. Pen., tit. IX, arts. 214 y ss.),” *op. cit.*, p. 29. Este instituto, aplicable tanto al derecho privado como público, sanciona la “ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación” que obtenga una de las partes merced a “la necesidad, ligereza o inexperiencia” del otro, lo que se presume *juris tantum* cuando existe una “notable desproporción de las prestaciones,” a tenor del art. 954 del Código Civil. La lesión, que en sus orígenes se relaciona con el delito de usura, queda así hoy vinculada al problema de las ganancias excesivas cuando existe situación de monopolio o exclusividad otorgada por el Estado en situación de lesión subjetiva. Risolía puntualiza que en tanto la prescripción de la nulidad de los actos administrativos por vicio de la voluntad es de dos años, la de la lesión es de cinco años, y se pregunta que si “se admite que el Estado puede y en ocasiones debe ocurrir ante el Poder Judicial para demandar la nulidad de sus propios actos a raíz de los vicios de error, dolo o violencia... ¿Cómo se explicaría —si es así— que no pueda invocar la lesión a los mismos fines en los términos del artículo 954 del Código Civil...?” (p. 29). Ver también t. 1 del *Tratado de derecho administrativo*, 8ª ed., cap. XI, § 6.5: “Lesión.”

^{4.9} Tanto que antes de la reforma, en la 2ª ed. de 1994 del tomo 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, cap. V, incluimos a dicho Pacto como primero en la jerarquía normativa, por encima de la Constitución nacional, tal como lo habíamos adelantado en 1990 en el art. *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, LL, 17-IV-90 y en la 1ª ed. de la presente obra, *Derechos Humanos*, 1990. En sentido análogo se ha pronunciado la Corte Suprema en los casos *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros*, Fallos, 308: 647; ED, 148: 338 y *Fibraca*, sentencia del 7-VII-93, entre otros.

^{4.10} SCHWARZE, *op. cit.*, p. 545 y ss., 563 y ss.

^{5.1} Fallos, 308: 647; ED, 148: 338.

^{5.2} La redacción está expuesta en el orden a nuestro juicio más claro.

^{5.3} Han tramitado diversos amparos iniciados por personas individuales en su condición de usuario, vecino, afectado, etc., que defendían al mismo tiempo un indubitable derecho colectivo: Sala IV,

Ciertamente que esta innovación produce fuertes rechazos tanto del contratante privado como de la administración y sus personeros doctrinarios; pero el principio constitucional parece claro en el art. 43 e igualmente en la ley de defensa del consumidor. Hace falta solamente perfeccionarlo con acciones de *qui tam*, etc.

4.3. *Derecho a la no discriminación*

Si bien ya en 1990 sostuvimos que el Pacto de San José de Costa Rica tenía carácter supranacional,⁹ el art. 75, inc. 22 de la actual Constitución es específico en darle al menos carácter constitucional. Con ello, principios tales como el de la *no discriminación* pasan a ser de aplicación directamente constitucional también en materia de tarifas de servicios públicos, y en cualquier relación de la sociedad. También en esta materia tenemos no solamente el primer y más rector principio de nuestro derecho supranacional de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino igualmente del derecho supranacional europeo.¹⁰

En todo caso, conforme al derecho supranacional, la Constitución de 1994 reinstala expresamente en el art. 43, junto a otros derechos de incidencia colectiva, con los derechos que protegen “al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor” y “contra cualquier forma de discriminación.”

4.4. *Derecho a un medio ambiente sano*

Este supuesto, claramente previsto en el texto constitucional del art. 41, tiene un sesgo interesante: es más o menos el mismo texto del protocolo adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos, protocolo adicional que nuestro país no había suscripto ni incorporó por ende en el art. 75, inc. 22 de la Constitución.

Pero lo incluyó dentro del cuerpo normativo como art. 41, con el resultado de que la norma tiene nivel constitucional al menos y cabe la pregunta de si abre o no una instancia supranacional, máxime atento que su texto no es sino el resultado de la interpretación armónica de la propia convención, como ya lo hemos argumentado anteriormente y ahora queda normativamente demostrado.

En todo caso cabe reiterar que la Constitución habla nuevamente en el art. 43 de “los derechos que protegen al ambiente,” con lo cual es el ambiente mismo el objeto jurídico de tutela constitucional, además de los individuos que en él se hallan como lo indica a título expreso el art. 41. La legitimación tiene en este aspecto un doble sustento

Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional, LL, 1997-E, 535 (aumento del cospel de subterráneos, confirma el fallo de primera instancia que declara su inconstitucionalidad); el primer caso *Schroder*, Sala III, *LL, 1994-E, 449* (medio ambiente); *Labatón* (discriminación, condena al Poder Judicial de la Nación a construir rampas de acceso para discapacitados); *Dalbon*, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil n° 54, *RICARDO LI ROSI, LL, 1997-E, 570* (ordena a la Ciudad de Buenos Aires eliminar la propaganda vial al costado de la Avenida Lugones): este magistrado, a diferencia de otros que pretenden que el amparo no fue ampliado en la Constitución y los tratados internacionales, expresamente dice que ello es así, con cita del caso *Bravo*, CNCiv., Sala A, *LL, 1996-E, 630*.

constitucional expreso en el ámbito judicial y por ende también en el administrativo.

El tema en cuestión es pues uno de los que se ve resuelto jurisdiccionalmente mediante acciones en las que se defiendan derechos de incidencia colectiva, lo que no importa negar la legitimación activa del ciudadano a título individual y de los vecinos o asociaciones de vecinos.

Pero ya no puede negarse la existencia de una tutela jurisdiccional amplia y que la legitimación ha sido extendida con el mismo alcance que el art.43 para el recurso de amparo: acá podrá utilizarse la vía del amparo o el juicio de conocimiento, pero la legitimación será siempre amplia.

5. *La legitimación en los derechos de incidencia colectiva*

5.1. *El principio general*

El principio constitucional, como lo tiene interpretado la Corte desde *Siri y Kot*, es que las garantías constitucionales son directamente operativas y el juzgador debe suplir las omisiones del legislador. Como también lo sostuvo la Corte *in re Ekmekdjian*,¹ aún en cuando el texto requiera expresamente del dictado de una ley reglamentaria, una irrazonable demora del legislador no puede obstar a su aplicación jurisdiccional. De nada valdría el capítulo incorporando “nuevos derechos y garantías” si hubiera que esperar a la ley o quedar supeditado a ella. Debe necesariamente recurrirse a la interpretación y aplicación directa de la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos que ella ha incorporado a su propio texto.

5.2. *Los tres supuestos constitucionales*

La Constitución establece en su art. 43, segundo párrafo, que la acción de amparo en lo referente “a los derechos de incidencia colectiva en general” (incluyendo explícitamente “los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor” y “cualquier forma de discriminación”) tiene tres tipos de legitimados activos:

- a) el propio afectado,
- b) el Defensor del Pueblo,
- c) “las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.”²
- d) A estos tres supuestos constitucionales corresponde agregar un supuesto legal adicional previsto en la ley de defensa del consumidor, *el ministerio público*, al que luego nos referiremos.

5.2.1. *El propio afectado*

^{5.4} *Youssefian*, 7-XI-97, LL, 1997-F, 270 y sus precedentes: Sala V, *Rodríguez, Jesús y otros c/ Estado Nacional M° de Econ. y Ob. y Serv. Púb.* —P.E.N.— s/ medida cautelar (autónoma), 19-VII-

El propio afectado puede actuar en un doble carácter, defendiendo tanto su propio derecho subjetivo como el derecho de incidencia colectiva cuando, por ejemplo, ejerce acciones para resguardar su derecho a la salud y a un medio ambiente sano, de acuerdo al art. 41, o cuando demanda por sus derechos como usuario de los servicios públicos conforme el art. 42: allí se unen tanto el derecho individual como el general.³ Así por ejemplo se ha condenado al Estado a cumplir sin dilaciones el cronograma de producción de la vacuna contra la llamada Fiebre Hemorrágica Argentina o mal de los rastrojos (Sala IV, *Viceconte*, 2-VI-98, causa 31.777/96, considerandos IV a X).

La evolución de la jurisprudencia ha sido progresivamente amplia, y ya puede hoy sostenerse, como lo ha resumido la Sala IV *in re Youssefian*, que “en última instancia la legitimación [se remite] a un punto de derecho sustancial. (En la medida en que negar la legitimación equivale a negar el derecho.)”⁴

5.2.2. Otro sujeto de derecho que actúa por el afectado

Ya de antaño hay casos en que el derecho puede ser ejercido por terceros en defensa de otro sujeto de derecho que forma, o no,⁵ parte de ella como asociado.⁶ Esto es muy importante pues a veces el propio interesado es renuente a acudir a la vía judicial, o no tiene los medios suficientes para hacerlo, e interesa al orden jurídico, en ciertos casos, que la lesión a determinadas circunstancias

96; Sala II, *Nieva Alejandro y otros c/ P.E.N. —Dto. 375/97— s/ amparo ley 16.986*, 10-VII-97. La afirmación está limitada a apreciar “en el marco del proceso cautelar,” “interina y provisionalmente, la concurrencia de un interés tutelable.” (§ IV, párr. 3º *in fine*.)

^{5.5} El ejemplo más dramático de nuestro pasado reciente es el de las Madres de Plaza de Mayo y otras instituciones análogas; a nivel internacional hay numerosas organizaciones de derechos humanos (*Amnesty International*, *America's Watch*, etc.) que procuran la defensa de aquellos que no pueden defenderse por sí mismos. Otro caso de interés es el de la Sociedad Interamericana de Prensa, que brinda apoyo de opinión pública supranacional a los problemas locales de cada medio de prensa y puede también presentarse.

^{5.6} En el primer caso podríamos encontrar una asociación que defienda derechos de terceros discriminados, perseguidos, etc., aunque éstos no sean miembros de ella. En el segundo encontramos supuestos tales como un gremio que defiende a sus afiliados, una corporación profesional a los miembros de la profesión, etc.

^{5.7} Consultar el CEC, Centro de Educación al Consumidor, Sarmiento 1967, piso 1º, of. 15, tel. 952-7990; ADELCO, Acción del Consumidor, 371-1661/0846; Unión de Usuarios y Consumidores, Pueyrredón 510, tel. 961-8153 y 963-3399; Consumidores Argentinos, Riobamba 250, 953-9692/4551, etc.

^{5.8} Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA); Madres de Plaza de Mayo; ADC, Asociación Por los Derechos Civiles; ADECUA; Asociación Vecinal de Belgrano “C”; Asociación Protectora de Suscriptores de Planes de Ahorro; Confederación Unificada Bioquímica de la República Argentina; Fatav, Familiares y víctimas de accidentes de tránsito, etc.

^{5.9} Lo explicamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y el administrado*, 6º ed., 2003.

^{5.10} *Nieva*, Sala II, 26-VIII-97, *RAP*, 228: p. 124 y ss., Buenos Aires, 1997; y otros, entre ellos un previo fallo en la misma causa, Sala II, 10-VII-97; CNFed. CA, Sala *ad hoc* integrada por los Camaristas ROBERTO MORDEGLIA (Sala III), PEDRO COVIELLO (Sala I) y MARÍA GARZÓN DE COMTE GRAND, *in re Sociedad Aeronáutica San Fernando SRL y otros*, 1997. La CSJN rechazó las acciones, pero todavía

jurídicas individuales no quede sin corrección, lo que las transforma entonces en generales o colectivas. Partiendo del precedente de la ley de asociaciones profesionales —*stricto sensu*, gremiales o sindicales— la ley de protección al consumidor se adelantó a la Constitución de 1994 en reconocer legitimación procesal colectiva a las asociaciones de usuarios y consumidores, concepto legal que recoge y amplía la nueva norma constitucional.

5.2.3. *Las asociaciones que propendan a esos fines*

También puede, finalmente, presentarse una asociación creada en defensa de todos los usuarios o de la colectividad misma, y ese es el caso de la legitimación de las “asociaciones que propendan a estos fines,” conforme la terminología del art. 43. Las hay tanto genéricas⁷ como sectoriales.⁸

Ello incluye también el derecho a que exista una audiencia pública antes de que el Estado resuelva cuestiones que afectan a tales derechos de incidencia colectiva,⁹ en la cual tales asociaciones puedan tener participación y aportar pruebas y argumentos en relación al proyecto en debate. Es que, en definitiva, derecho de incidencia colectiva y audiencia pública son dos conceptos paralelos.

También cabe tener presente el art. 42, que precisamente reconoce que “Los consumidores y usuarios... tienen derecho... a la protección de... [sus] intereses económicos,” lo cual es el derecho de fondo que necesita entonces de la indispensable tutela judicial operativa, sin necesidad de norma procesal legislativa alguna, para requerir de la justicia el derecho de fondo que la Constitución consagra.

La antigua solución de los casos *Siri* y *Kot* resulta de directa aplicación al caso.

5.2.4. *Otros casos*

A lo expuesto cabe agregar que diversos fallos han admitido la legitimación de legisladores,¹⁰ aunque la CSJN se inclinó por la tesis opuesta. Perdure o no esa solución, alcanza con la legitimación de las asociaciones, los afectados y el Defensor del Pueblo de la Nación.

6. *Procesos en que se aplica*

el Juez de Primera Instancia Dr. SILVA GARRETÓN logró imponer la existencia al menos de un ente regulador con domicilio, presupuesto, organigrama, integración del directorio co representantes de las Provincias y los usuarios.

^{6.1} *Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA)*, LL, 1997-C, 322, con nota: *Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva. (Acción declarativa de inconstitucionalidad.)*

^{6.2} *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarísimo*, CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 17-X-97, LL, 1997-F, 273, causa 43.384/95, considerando X, p. 31 y ss. Ver también *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 5-VIII-97, LL, 1997-E, 535. En la primera de las causas citadas la Sala IV expresó, refiriéndose al caso *AGUEERA*, que “Tal similitud [se refiere a la por la Corte mentada analogía existente entre esa acción y la de amparo] se configura asimismo en el sub examine, en tanto la actora inició la presente acción como sumarísima (vía prevista en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para el trámite de las acciones de amparo contra actos de

6.1. *No solamente el amparo*

Si se considera al art. 43 referido a la más restrictiva de las vías judiciales, el amparo, de allí se sigue, *a fortiori*, que la legitimación así ampliada asimismo es aplicable a los juicios de conocimiento. La Corte Suprema admitió que el derecho del art. 43 puede ejercitarse tanto por la vía del amparo como por la acción declarativa,¹ y la Sala IV, aclaró que ese derecho se aplica a otros juicios sumarisimos y al juicio sumario, y que puede igualmente tramitarse como ordinario: “También abona la tesis precedentemente esbozada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual la acción prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional y en la ley 16.986 no es la única, exclusiva o ineludible para la salvaguarda de derechos y garantías constitucionales o legales, en tanto se admite que la tutela de los derechos y facultades constitucionales puede canalizarse por vías procesales que no se limitan a la específicamente reglada en la ley 16.986 (confr. doct. de Fallos, 310: 877); y que, en el caso de que las cuestiones en juego exigiesen una mayor amplitud de debate y prueba, puede disponerse la sustanciación conforme al trámite previsto para el juicio sumario (Fallos 310: 877; 311: 810 y 2154) o el ordinario (Fallos 313: 532.)” (Cons. IX *in fine*.)² El mismo criterio de la Sala IV fue adoptado por la V:³ “tales previsiones” (“una propuesta del órgano competente en la materia y su debate en audiencia pública”) “no son sino el correlato sectorial de los derechos de incidencia colectiva reconocidos en el art. 42 de la Constitución Nacional.” (Cons. IV).

particulares: confr. art. 321), no modificando lo señalado la circunstancia de que la señora juez de primera instancia haya ordenado el trámite de la presente con las reglas del juicio sumario... Si se entiende que la actora se encuentra legitimada para iniciar una acción de amparo, no se advierte que el hecho de que se haya dispuesto la tramitación de la causa mediante las reglas de un juicio de conocimiento más amplio tenga influencia sobre la aptitud de la recurrente para estar en juicio como parte actora a fin de lograr una sentencia sobre el fondo o mérito del asunto.” (Cons. IX, 3º párr.)

^{6.3} CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V, *Consumidores Libres Coop. Ltda. y otro c. Presidencia de la Nación y otro*, 9-V-97, LL, 1997-F, 265, con nota *La revisión judicial de las tarifas y la acción de defensa del consumidor*.

^{6.4} CARLOS J. COLOMBO, t. III, p. 841 de su *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*.

^{6.5} CNFed. Civ. y Com., Sala I, causas 5840 del 29-IV-77, 9340 del 25-III-80; Sala II, causas 877 del 2-VII-71; 8643 del 23-V-80; 67 del 22-VIII-80, y otras; entre las más recientes, los citados casos *AGUEERA, LL*, 1997-C, 322 y *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarisimo*, CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 17-X-97, LL, 1997-F, 273.

^{6.6} GORDILLO, *Un día en la justicia: los amparos de los art. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional*, LL, 1995-E, 988, reproducido en ABREGÚ, MARTÍN, y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1997, p. 201 y ss., e *infra*, cap. XII.

^{6.7} Art. citado, nota 22.

^{6.8} Nota 24: “... ley de defensa del consumidor..., etc.”

^{6.9} Art. citado, p. 59.

^{6.10} COLAUTTI, *Derechos humanos*, Universidad, 1995, p. 245.

^{7.1} Igual solución encontramos en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, cuyo art. 50 inc. 1 prevé que la sentencia podrá decidir “El restablecimiento o reconocimiento

No existe obligación de interponer una acción de amparo, sino sólo el derecho a hacerlo. Quien no quiere utilizar la acción de amparo puede prescindir de ella y utilizar entonces las demás vías que el ordenamiento procesal en cada caso le otorga. Imponer la “obligatoriedad” del amparo para el resguardo del derecho constitucional previsto en el art. 42 u otros (36, etc.) de la Constitución Nacional implicaría quitarle toda acción cuando su derecho no fuera afectado en forma manifiesta, lo que resulta jurídicamente inaceptable.

Nunca se podría producir prueba para la defensa de los derechos del consumidor frente al prestador de servicios públicos monopólicos. Ese razonamiento es inconstitucional por violación a la garantía de la defensa en juicio para el supuesto de que se interpretara que un usuario sólo tiene derecho a demandar a una licenciataria monopólica por la vía del amparo, sin oportunidad suficiente y adecuada de debate y prueba, ni por otra vía procesal fuera de los supuestos más estrictos del amparo. También ello surge explícito del art. 41 de la Constitución en cuanto tutela el derecho a la salud y a vivir en un medio ambiente sano. Aquí la norma constitucional habilita en todos los casos la legitimación judicial amplia y sólo se deberán distinguir los distintos procesos conforme a las reglas generales que rigen unos y otros. Aún sin ley expresa, pensamos que el texto constitucional que autoriza iniciar la vía sumarísima del amparo para la tutela de derechos de incidencia colectiva, también debe entenderse aplicable a todos los procedimientos de conocimiento ordinarios o sumarios en lo que hace a la defensa del usuario, el consumidor, etc.

6.2. *La opción por una vía de mayor debate y prueba*

Por lo demás, ya es pacífico en nuestro derecho procesal que quien tiene derecho a iniciar un procedimiento sumario, por ejemplo de daños y perjuicios, puede optar por el ordinario; es el mismo razonamiento con el cual quien puede hacer un amparo puede optar por otro procedimiento de mayor amplitud de defensa y prueba para el demandado, sin que éste pueda alegar perjuicio procesal alguno. Lo mismo resulta de aplicación, según vimos, cuando se trata de la acción sumarísima de defensa del consumidor conforme a la ley 24.240. Igual conclusión corresponde al amparo contra particulares.

Esta es la solución aceptada por procesalistas como HUGO ALSINA, RAYMUNDO FERNÁNDEZ, CARLOS COLOMBO, en razón de que la elección por el actor del proceso del derecho o interés jurídicamente vulnerado y la adopción de las medidas o actos necesarios a tales fines.^{7.2}

^{7.2} Sala IV, *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, 5-VIII-97, LL, 1997-E, 535; el voto en disidencia de USLENGHI no lo es en materia procesal, sino en cuanto al fondo. Expresamente declaró la aplicabilidad de los arts. 42 y 43 de la Constitución nacional, “Que es principio general en la materia que las tarifas de los servicios públicos deben ser justas y razonables de manera que se asegure el respeto de la necesaria proporcionalidad entre el servicio prestado y la retribución abonada” y la legitimación del usuario del servicio para pedir la declaración de inconstitucionalidad.

^{7.3} Ver también *Defensor del Pueblo c. Poder Ejecutivo nacional*, Sala III, 31-III-97, LL, 1997-E,

que acuerda mayor amplitud de defensa no irroga perjuicio alguno al demandado,⁴ y halla también respaldo jurisprudencial.⁵ Por nuestra parte, hemos sostenido que: “En esta variante se puede sostener que el juicio ordinario es o no una vía idónea *a criterio inicial del recurrente*, no del demandado o del juez: Si su necesidad es de un pronto pronunciamiento, entonces es vía idónea “primero” el amparo y no el juicio ordinario;”⁶ ello es así “Siempre exceptuando, como es obvio, los juicios sumarios o sumarísimos:... ley de defensa del consumidor,... etc.”⁷ “El requisito de que no exista otro medio judicial más idóneo ha de referirse a la idoneidad específica de otros remedios sumarios previstos por la ley,⁸ no al juicio ordinario.”⁹ Es que, como dice COLAUTTI, “el amparo ha dejado de ser una vía subsidiaria para convertirse en una vía alternativa cuya elección como medio más idóneo *se halla a cargo de la asistencia letrada*.”¹⁰

7. El proceso de conocimiento de la ley de defensa del consumidor

7.1. La legitimación de las asociaciones

En el plano legislativo, la legitimación amplia para la defensa de derechos de incidencia colectiva ha sido reconocida expresamente en la ley de defensa del consumidor, desde luego aplicable a los servicios públicos privatizados, donde las asociaciones y organizaciones de este tipo han sido admitidas en forma extensiva.

En efecto, el art. 56 se refiere a las “*organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor,*” de lo cual resulta claro que no se refiere a ningún tipo de asociación en particular, en lo que se refiere a la legitimación. Así lo ha resuelto la Sala I, *in re Consumidores Libres*, en fallo que la administración acató. El mismo principio amplio cabe aplicar, a nuestro juicio, cualquiera sea la forma jurídica de la organización no gubernamental, o incluso estatal o pública no estatal, que tenga tales finalidades. (Fundaciones, gremios, cooperativas, etc.)

Cabe también postular, como lo ha hecho con acierto la Sala IV en *ADECUA C/ENARGAS*, que es suficiente con su reconocimiento como persona jurídica por el Estado. (Cons. III, causa 16.242/96, año 1998.)

El art. 55 destaca que “Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar *cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores*, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el 2º párr. del art. 58.”

506, con nota de GALLARDO, ROBERTO ANDRÉS, *Teléfonos: novedosas herramientas y peligrosas tendencias de la administración*; sentencias del 21 de febrero y 4 de marzo, en el mismo vol. El primer precedente en este debate proviene del caso *Adelco*, Sala III, *LL*, 1997-C, 836. La solución específica que mentamos fue adoptada en primera instancia por la jueza DRA. MARÍA JOSÉ SARMIENTO, y confirmada por la misma Sala III, en la misma causa.

^{7,4} En el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires distintas preten-

7.2. *La legitimación adicional obligatoria del ministerio público*

El art. 52 de la ley otorga “Acciones Judiciales” en los siguientes términos: “Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.”

Concluye el art. 52 antes citado diciendo que “*En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público.*”

Aquí la legitimación para la defensa de los derechos de incidencia colectiva es cuádruple: el interesado, las asociaciones, la autoridad de aplicación y *el ministerio público*, quien tiene además obligación de proseguir las acciones en caso de desistimiento de la asociación actora.

7.3. *Proceso de conocimiento*

Por último, el art. 53 dispone que “Se aplicarán las normas del *proceso de conocimiento más abreviado* que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente.”

Hay quienes pretenden que esto implica la *obligación* de utilizar la acción de amparo, con su múltiple restricción a un plazo de quince días, limitación de debate y prueba, requerimiento de ilegalidad manifiesta, etc.

Por supuesto que esa no es una afirmación seria. El proceso de conocimiento más abreviado es el proceso sumarísimo e incluso el sumario; nada impide que se opte por el ordinario si el actor elige la vía que otorga mayor debate y prueba.

7.4 *Cláusulas nulas y recomposición del contrato. Interpretación más favorable al consumidor o usuario*

El art. 37 de la ley de defensa del consumidor 24.240 dispone además que “Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: *a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.*”

Esta última norma, como bien se advierte, es un derecho de incidencia colectiva muy importante en materia de servicios públicos celebrados con contratos de adhesión, materia a que también se refiere el art. 38.

Continúa el mismo art. 37 señalando que “*La interpretación del contrato se*

hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. *Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.*”

En el caso de aumento de tarifas de servicios públicos, el juez puede así no solamente anular la nueva tarifa sino también restablecer la vigencia de la anterior, como ocurre cuando se anula por inconstitucional un aumento por sobre la tarifa precedente. La regla de que “la abrogación de una norma abrogatoria no hace renacer la norma abrogada” (MESSINEO) cede ante el principio de orden público nacional de la ley de defensa del consumidor, que establece la recomposición parcial de la relación jurídica declarando la nulidad de solamente una parte de ella.¹

Por aplicación de tales principios, en un amparo interpuesto por un habitante de la ciudad de la Buenos Aires que invoca su calidad de usuario del servicio de subterráneo e impugna el aumento de la tarifa por “redondeo,” la Sala IV de la Cámara Contencioso administrativa confirma la sentencia de primera instancia que anula puntualmente el aumento por inconstitucional.²

De ello se desprende que la tarifa anterior es la que continúa vigente y debe aplicarse. Como es obvio, la misma regla se aplica en los demás aumentos de tarifas que adolezcan de vicios de ilegitimidad, como lo han declarado los tribunales del fuero en materia telefónica.³

7.5. *En caso de duda a favor del consumidor*

Igualmente resulta de interés el art. 3° en cuanto dispone que “En caso de dudas, las acciones pueden tramitarse en la misma acción contencioso administrativa, la cual a su vez puede ser tanto ordinaria como sumaria. A tenor de lo expuesto correspondería aplicar esta última, pero como ella no admite otra prueba que el expediente y la documental, es posible que la jurisprudencia se incline por la vía ordinaria.

^{8.1} Esta precaución no debe llevarse al exceso de presentar solamente al interesado directo, como hace una de las entidades de defensa de derechos civiles y contra la discriminación mencionadas anteriormente.

^{8.2} *In re Consumidores Libres*, 1997. El “Registro Nacional de Defensa del Consumidor” fue creado por resolución 289/95 SCI (B.O. 19-XII-95.) Actualmente el registro depende de la Dirección Nacional de Comercio Interior, como también el Registro Nacional de Infractores a la ley 24.240: Res. S.C.I. y M. 1233/97, (B.O. 24-XI-97, p. 4.)

^{8.3} Ver los fallos de 1° y 2° instancia en *Consumidores Libres, LL*, 1995-E, 516, con nota de CASAGNE, *De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo*; y nota de AGUSTÍN, *La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva*.

^{9.1} Es la eterna historia de los países atrasados, que ya explicamos en nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982 y reimpresión 1995; *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, introducción de FELICIANO

se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor,” principio que reitera el art. 37.

Dicho principio establece de pleno derecho un criterio *jurídico* a favor del derecho del usuario o consumidor, con lo cual el otorgamiento de una medida cautelar debe cumplir con este precepto legal de una ley de *orden público* nacional, sin poder oponer a ello la presunción de legitimidad de los reglamentos o actos administrativos, sean ellos nacionales o locales.

El art. 65 es en tal aspecto categórico: “La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional.”

La verosimilitud del derecho está dispuesta a favor del usuario por expresa disposición de la ley nacional de orden público que por lo demás se ajusta en un todo al texto y al espíritu del art. 42 de la Constitución, razón por la cual no puede pensarse tampoco en su posible inconstitucionalidad.

7.6 Plazos de caducidad y prescripción

No puede por vía de una supuesta aplicación obligatoria del decreto-ley de amparo, o del decreto-ley de procedimiento administrativo, aplicarse un plazo de caducidad que nada tiene que ver con el cómputo de la prescripción que prevé la ley de defensa del consumidor.⁴

La ley de defensa del consumidor es una *ley federal de orden público* que tutela derechos y garantías constitucionales federales y supranacionales: su ámbito de aplicación temporal, y su expresa finalidad de beneficiar al usuario o consumidor, no pueden quedar cercenados por la aplicación de normas de derecho procesal o procesal administrativo locales que, a la inversa, cercenan los derechos del interesado, o conceden plazos más restrictivos para la defensa de sus derechos e intereses.

Existiendo dos modos posibles de computar el plazo de interposición de la demanda, o la disyunción entre un plazo de prescripción y uno de caducidad, esta ley federal de orden público obliga necesariamente a adoptar la solución más favorable al usuario o consumidor, cuando la defensa de sus derechos o intereses le lleve a impugnar un acto, hecho u omisión de la administración pública nacional, provincial o municipal. Queda con ello dicho que, a nuestro entender, si la defensa de los referidos derechos se intenta fuera del plazo de noventa días que prevé el decreto-ley nacional de procedimiento administrativo pero dentro del plazo de prescripción de la ley de defensa del usuario y consumidor, corresponde aplicar el plazo más favorable al usuario o administrado.

BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987.

^{9.2} Lo que viene de antes de la Constitución de 1994: *La creciente internacionalización del derecho y sus efectos*, nota a *Cafés La Virginia*, CSJN, LL, 1995-D, 277; *Girolodi*, 7-IV-95, con nota *La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales*, “*Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*,” n° 215, 1996, p. 151 y ss.; y sus antecedentes *Ekmekdjian*, 1992, *Fibraca*, 1993, *Hagelin*, 1993, etc. El caso *Girolodi* se amplía en *Arce*, LL, 1997-F, 696, con nota

7.7. *Cómputo de la prescripción*

Tanto en lo que hace al derecho de fondo como en cuanto al proceso, cabe recordar algunas normas de interés para los derechos de incidencia colectiva. Así por ejemplo el art. 50 de la ley 24.240 establece que “Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. *La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.*”

La infracción cometida a través de una tarifa ilegal o excesiva consiste en lesionar los derechos e intereses económicos de los usuarios. Cuando es de carácter sistemático o constante no da lugar al comienzo del cómputo de la prescripción.

Esta norma, que al igual que todo el resto de esta ley es de orden público, debe también interpretarse, conforme al mismo texto de la ley, de la forma más favorable al usuario o consumidor. En la duda, por ende, el derecho en cuestión no se encuentra prescripto.

8. *Las restricciones empíricas y cómo superarlas.*

8.1. *Primera restricción empírica*

En los años posteriores a la reforma constitucional se han dictado tanto pronunciamientos restrictivos como amplios en cuanto al alcance de esta legitimación:

Algunos de los fallos restrictivos han dado como fundamento que no se había presentado también un interesado directo. Ello nos proporciona una *primera lección práctica a aprender*: que por el momento es conveniente incluir siempre un interesado directo en cualquier acción por derechos de incidencia colectiva,¹ a fin de quitar un posible argumento o excusa al tribunal para no asumir su responsabilidad constitucional.

Desde luego, este tipo de requisito que exige un interesado directo es sólo uno de los momentos difíciles del nacimiento de esta nueva institución de nuestro derecho constitucional, pues parece obvio que si se trata de la tutela de derechos que la propia constitución denomina *de incidencia colectiva*, no se trata de situaciones exclusivamente individuales y concretas, sino necesariamente generales.

8.2. *Segunda restricción empírica*

En otros casos le han negado legitimación a algunas asociaciones o corporaciones por no tener como objeto específico esta tutela. Ello proporciona una *segunda*

Los derechos humanos no son para sino contra el Estado.

^{9.3} *Supra*, cap. I. Es un problema constante en derecho público, que en versiones jurídicas contrapuestas sostiene distintas visiones del mundo: MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *El proceso de la definición de derecho administrativo*, Madrid, 1967, pp. 42 y 43: “Este es el drama íntimo del Derecho administrativo: su innata aspiración a ser un Derecho común, cuando la inestabilidad de su materia le inclina a un carácter de Derecho episódico”. En cambio VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo*, *op.cit.*, 10ª ed., p. 8, expresa que “Esta búsqueda difícil desalienta, en ocasiones, a ciertos *espíritus*

lección práctica, y es que hay que modificar los estatutos e inscribirlas en el Registro Nacional de Defensa del Consumidor. También, constituir una plétora de asociaciones para una plétora de derechos de incidencia colectiva, hasta tanto la jurisprudencia sea uniforme y pueda desandarse el camino que tan insólitamente se ha debido recorrer ante la enorme reticencia de algunos órganos judiciales.

En su primera etapa el Registro Nacional de Defensa del Consumidor intentó limitar en su aplicación práctica el espectro de instituciones reconocidas, por ejemplo excluyendo cooperativas y restringiéndolo solamente a las asociaciones civiles.

Ese intento fue anulado por la Sala I, en fallo que la administración acató, procediendo a la inscripción en el registro.² Pensamos, como la Sala I, que corresponde la inscripción de todo tipo de persona jurídica, incluso en formación, e incluyendo las asociaciones mutuales, sindicales, profesionales (el C.P.A.C.F., etc.), políticas (partidos políticos), etc.

Lo cual lleva a pensar si en verdad no es suficiente con que se trate de una persona jurídica legalmente constituida, sin necesidad de que haya un registro *especial* al efecto; por lo demás el registro está creado por una resolución de Secretaría, no por ley, por lo cual resulta obvio que no reúne los caracteres de ley formal previstos en la Constitución. Desde el punto de vista jurídico y constitucional, entendemos que no cabe exigir la inscripción en un registro que no cumple la primera de las condiciones constitucionales, su creación por ley del Congreso de la Nación. Así lo ha resuelto, implícita pero inequívocamente, la Sala IV en *ADECUA c/ ENARGAS* (1998, causa 16.242/96, cons. III.)

8.3. Tercera limitación

En algún caso, aún estando el Defensor del Pueblo como legitimado indubitable, se ha resuelto revertir en el art. 43 el párr. 2º al 1º, y exigir una ilegitimidad o arbitrariedad *manifiesta a un derecho individual*.

Ello nos lleva a una tercera lección práctica, y es que en tanto sea posible es por ahora mejor utilizar las acciones de la ley de defensa del consumidor y del usuario de servicios públicos, o la acción por el derecho a un medio ambiente sano y sólo si éstas no proceden recurrir al amparo del art. 43,³ para evitar inútiles discusiones procesales. Incluso, utilizar preferentemente acciones de conocimiento como el juicio sumario o el sumarísimo, o el ordinario donde se pueda. Esto, que es mero consejo práctico para litigantes, no constituye la enunciación de un

más dispuestos a las cosas determinadas y fijas, pero estimula enormemente a quienes gustan de las renovaciones, y aman, si así pudiera decirse, la aventura intelectual.” Ver POPPER, *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, Londres, Routledge, 1991, cuyo pensamiento expusimos en el t. I, cap. I, primera parte: “La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien... la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales, y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas”. La ciencia supone no adorar “el

principio jurídico sino cómo evitar su defectuosa aplicación. Desde luego, existe allí un problema aún mayor, que es la denegación de acceso pleno a una justicia oportuna y eficaz que así se produce, como explicamos en el cap. XI.

9. *La resistencia al cambio*

Esto no significa que se esté interpretando bien la Constitución en estos pronunciamientos restrictivos, solo que hay un tiempo de inevitable adaptación que debe aún transitarse y mientras tanto es necesario encontrar vías paralelas¹ de sortear los obstáculos procesales que se van tratando de crear, inútilmente. Estas primeras dificultades son fruto de una resistencia a aceptar la nueva Constitución y los pactos supranacionales² como derecho interno directamente operativo en sede judicial. Ha cambiado la Constitución, pero todavía está pendiente el pleno cambio de cultura jurídica.³ Con todo, existen otros avances en la legitimación y en los efectos de la sentencia, más allá de alguno que otro fallo adverso. Hay que tener perseverancia: *Vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt*.

A su vez, dado que las vías del derecho supranacional están abiertas sin estas limitaciones internas, es indispensable recurrir constantemente a ellas para luego hacer realidad en lo interno lo que en lo externo está dado. Finalmente administraciones y tribunales no tendrán más remedio que comprender, en base a los precedentes de *Giroldi* y *Arce*, que no pueden lógicamente ni jurídicamente retacear en el derecho interno la tutela y legitimación procesal que los individuos ídolo de la certidumbre... la adoración de este ídolo reprime la audacia y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de ciencia no es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad persistente y temerariamente crítica.”

^{9.4} Igual solución en el derecho europeo. Ver P. VAN DIJK y G.J. H. VAN HOOF, y colaboradores, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3ª ed., La Haya, Kluwer Law International, 1998, pp. 40-7.

^{9.5} *Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia*, LL, 1997-F, 1318, y su versión actualizada en la 2ª ed. de *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, 1998.

^{10.1} El art. 41 le otorga este derecho —sustantivo y adjetivo— a *toda* persona afectada por el problema ambiental de que se trate —caso típico, el vecino y la asociación vecinal—, con lo cual tenemos una figura similar al interés difuso. En cuanto al derecho de fondo ver *Derechos no enumerados: el caso de la salud y el medio ambiente*, en el libro de MILLER, JONATHAN M. Y OTROS, *Constitución y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, t. 1, p. 182 y ss.: la construcción que allí realizamos quedó consagrada en el art. 41. También ha sido seguido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

^{10.2} *In re Adelco*, Sala III, LL, 1997-C, 836; *Defensor del Pueblo c. Poder Ejecutivo nacional*, Sala III, 31-III-97, LL, 1997-E, 506, con nota de GALLARDO, ROBERTO ANDRÉS, *Teléfonos: novedosas herramientas y peligrosas tendencias de la administración*, p. 6 y ss.; sentencias del 21 de febrero y 4 de marzo, en el mismo volumen.

^{10.3} Disposición administrativa 1/97, B.O. 29-VIII-97, p. 6.

^{10.4} Resolución M.E. y O. y S.P. n° 329/96, instrumentada por ejemplo a través de la resolución S.C. y M. n° 1212/97, B.O. 18-XI-97, p. 16. Estos mecanismos intermedios demuestran que la propia administración comienza a advertir la necesidad de contar con el resultado de una consulta pública en su propio interés, sin perjuicio de que también lo sea en el interés público.

^{10.5} MENEM, CARLOS, *Corrupción y el doble ocaso de la impunidad*, “Ambito Financiero”, 19-XI-97, p. 20: “Podemos citar también, entre otros avances en el control, ... la instrumentación de audiencias públicas.”

pueden pedir en el derecho supranacional.⁴

Desde luego, no todos los jueces y salas proceden del modo expuesto: hace falta que su ejemplo cunda y que haya más tribunales que los puedan aplicar. Nuestro pronóstico es optimista.⁵

10. *El esquema clásico y su evolución*

10.1. *Derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple*

El clásico derecho público argentino, atrasado respecto del derecho comparado, admitía pues básicamente la tutela en sede judicial del derecho subjetivo, no así del interés legítimo que sólo encontraba protección en sede administrativa.

El derecho de todo habitante se reducía en un “interés simple” que sólo permitía hacer denuncias administrativas pero no exigir nada, ni siquiera la cesación de la irregularidad denunciada, ni recurrir en sede administrativa o accionar judicialmente.

10.2. *Interés difuso*

Frente a ellos se erigía el concepto más moderno de “interés difuso,” más amplio que el interés legítimo pero sin llegar a la amplitud del interés simple: su gran peculiaridad era que habilitaba la acción judicial correctora de la ilegitimidad.

Mientras algunos procesalistas lo admitían y otros no, estaban los acérrimos opositores que gustaban llamarlo “interés confuso,” el concepto no pasaba a la realidad jurisprudencial salvo en materia de medio ambiente.

10.3. *La ley de defensa del usuario y del consumidor*

Ese esquema ha ido cambiando sustancialmente en los últimos años, por diversos motivos.

En primer lugar, la ley de defensa del usuario y del consumidor admitió la legitimación de los distintos tipos de asociaciones de usuarios y consumidores para actuar en juicio contra los proveedores de bienes y servicios, incluidos los servicios públicos, lo que no ha podido sino ser interpretado con la amplitud que el texto legal consagra.

Es además una ley federal de orden público, que consagra el principio: “en la duda a favor del usuario o consumidor” y otorga expresamente amplio acceso judicial para su tutela.

10.4. *Los artículos 41 a 43 de la Constitución*

Poco tiempo después de dictada la ley de defensa del usuario y del consumidor, la Constitución de 1994 admitió dos tipos expresos de interés difuso o colectivo con tutela judicial: el de los arts. 41 y 43 para el derecho a un medio ambiente sano,¹ y el del art. 43 al amparo.

A lo expuesto cabe entonces sumar el de la ley de defensa del usuario y del consumidor ya preexistente y los múltiples derechos del art. 42; con más los derechos de los arts. 36 y siguientes, todos de igual naturaleza colectiva. La Constitución consagra así una proposición que ya había aparecido anteriormente en las multas aplicadas a los concesionarios de gas y electricidad a favor de los usuarios, en la legitimación del C.P.A.C.F., etc.

La introducción constitucional de los derechos de incidencia colectiva constituye la base indubitable del progreso futuro en esta materia no solamente para la legitimación judicial en cuanto al derecho sustantivo sino también para el adjetivo, por ejemplo en materia de participación de los usuarios en los servicios públicos conforme al art. 42, o en el ya reconocido derecho a tener audiencia pública en sede administrativa antes que se modifique sensiblemente su régimen hacia el usuario.

Por supuesto, que exista la vía judicial no significa que el éxito corone toda propuesta impugnativa. Algunas veces con razón y otras sin ella, las sentencias definitivas no siempre hacen lugar a lo petitionado. Pero no esto no desmerece el valor del progreso que se ha producido en la materia.

10.5. *El derecho a la previa audiencia pública*

También se ha abierto camino la idea del derecho constitucional a la audiencia pública antes de que se adopten decisiones que puedan afectar a la colectividad, tomado del derecho anglosajón. Allí confluyen un derecho sustantivo y adjetivo de incidencia colectiva, y como veremos también un derecho subjetivo.

Al igual que el principio madre del debido proceso en su doble fase adjetiva y sustantiva, lo mismo ocurre con este su desprendimiento, en el derecho de incidencia colectiva y el derecho subjetivo a la audiencia pública.

El requisito de la audiencia pública es aplicable no solamente en materia de tutela de medio ambiente y emisión de normas generales, sino en todo lo atinente a los servicios públicos privatizados bajo condiciones monopólicas. Su utilidad práctica ha demostrado ser insustituible, al obligar a las autoridades públicas a escuchar razones y evaluar alternativas antes de tomar decisiones que afectan el medio ambiente o la comunidad en cualquier otro modo.

Ello se vio claramente, como derecho de incidencia colectiva, con el amparo iniciado primero por ADELCO en 1994 y más tarde por el Defensor del Pueblo y un partido político en 1996, para que no se renegociara en más las tarifas telefónicas sin previa audiencia pública; la situación se repitió en 1997 con la proyectada

prórroga de la exclusividad en *Youssefian*.

ADELCO obtuvo en 1996 una medida judicial de no innovar, reconociéndose así su legitimación para la defensa de intereses o derechos de incidencia colectiva; la administración transó en realizar la audiencia pública, reconociendo entonces también el derecho sustantivo. Tras dos sucesivas audiencias públicas, el Ministerio debió dos veces reducir sus estimaciones previas de renegociación y aumento tarifario, aunque finalmente incrementó las tarifas sin cumplimentar con el recaudo de someter su proyecto de reestructuración tarifaria al escrutinio público previo. Su posición solo fue conocida *ex post facto*; su accionar fue por ende ilegal e inconstitucional.² Y aunque existen también precedentes adversos a la fiel aplicación del nuevo sistema constitucional, quedan todavía acciones en curso, y otras a iniciarse, que pueden reencauzar la sana aplicación del derecho.

Otra variante limitativa hizo el Jefe de Gabinete cuando se trataba de fijar la tarifa a cobrar por YPF por el transporte de petróleo crudo por su Oleoducto Transandino: simplemente concedió vista de las actuaciones a los interesados, fundándolo en que “Que desde el punto de vista jurídico cabe expresar que uno de los principios elementales en materia de tarifas, es garantizar que todos los afectados por ella puedan verter sus opiniones.”³

Otro procedimiento intermedio lo constituye la “consulta pública” que realiza en procedimiento únicamente escrito la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía, previa publicación en el Boletín Oficial.⁴

Pero todos estos pasos alternativos se complementan con audiencias públicas formales dispuestas por iniciativa de la propia administración, para otros aspectos de la vida administrativa. También ayuda en esto el progreso del derecho público local, en el caso la consagración constitucional de la audiencia pública en la Ciudad de Buenos Aires.

Dado que la audiencia pública ha sido por otra parte oficialmente reconocida como mecanismo de lucha contra la corrupción,⁵ y que la Convención Interamericana Contra la Corrupción establece precisamente el principio de publicidad en la contratación pública, el destino está echado.

Es cierto que se producen renegociaciones de concesiones y licencias de servicios públicos que por su envergadura constituyen verdaderas contrataciones directas, sin audiencia pública ni otra forma de participación; pero dado que se trata de contratos en ejecución y en marcha es inevitable que finalmente deban pasar por las manos reparadoras de la justicia. No valdrá argüir allí la violación a la seguridad jurídica, pues será de aplicación el sempiterno *Nemo turpitudinem suam allegare potest*.

Con todo, deberán recordarse los errores del pasado cuando se anularon contratos en sede administrativa. La recomposición contractual debe hacerse con indispensable intervención judicial.

La admisión de la legitimación procesal en el amparo en defensa de estos derechos

de incidencia colectiva se vio también reconocida en sucesivos amparos iniciados por otras asociaciones en distintos juzgados federales con motivo de ulteriores audiencias públicas llamadas con carácter restrictivo, con información confidencial, etc.

Por su parte, la legitimación de tales asociaciones para participar en el trámite administrativo de la propia audiencia pública ha sido reconocida con amplitud por la misma administración, lo cual lleva inexorablemente a admitir la misma legitimación en sede judicial para la defensa de tales derechos en dichos procedimientos.

El 31-I-97, producida finalmente la reestructuración tarifaria, los mismos actores iniciaron similares vías y obtuvieron pronunciamientos favorables de las diversas Salas del fuero, con lo cual la procedencia de la vía quedó al menos establecida, independientemente de cuál sea el resultado final, nacional o supranacionalmente. Pensamos que la cuestión dista de estar concluida, aún con un fallo de la CSJN a favor del Poder Ejecutivo y las licenciatarias telefónicas, en el caso. Quedan acciones ordinarias pendientes en curso, cuyo resultado es prematuro vaticinar.

11. *Prospectiva*

Es materia de inquietud ciudadana si las leyes que en su caso reglamenten estos derechos lo harán en forma limitativa, o dejarán margen para un mayor desarrollo.

De cualquier manera, aunque las primeras leyes sean restrictivas, con la evolución del pensamiento jurídico nacional y en particular la aplicación del derecho y la jurisdicción *supranacional* será posible ir las superando progresivamente.

En primer lugar, la evolución jurisprudencial podrá ir declarando la inconstitucionalidad de las normas legales que eventualmente restrinjan el acceso a la jurisdicción tal como la Constitución lo estableció y garantizó.

En segundo lugar, el propio progreso político puede ir generando modificaciones legislativas, en la medida que exista creciente consenso social sobre cuál debe ser la extensión del acceso a la tutela jurisdiccional para la defensa de los derechos de incidencia colectiva.

De todas maneras, las normas que se van dictando son suficientemente amplias como para no requerir modificaciones normativas, ya que cuando los códigos locales establecen la tutela de los “derechos” (como lo hacen todos, aún cuando no tutelen el “interés”), la expresión “derecho” ya no es constitucionalmente equiparable en forma exclusiva a derecho subjetivo. Por imperio de la Constitución federal, naturalmente de obligatorio cumplimiento operativo por las Provincias, el derecho a ser tutelado con acceso irrestricto a la justicia es tanto el derecho subjetivo como el derecho de incidencia colectiva.