

## CAPÍTULO III

### EL DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO DE INCIDENCIA COLECTIVA

#### SUMARIO

1. Introducción.....	III-1 / 141
2. Problemas procesales.....	III-3 / 143
3. El derecho subjetivo como interés.....	III-10 / 150
4. El derecho subjetivo como interés exclusivo y excluyente y la pluralidad de pretensiones.....	III-15 / 155
5. El interés legítimo, derecho subjetivo y derecho de incidencia colectiva.....	III-17 / 157
6. Casos.....	III-21 / 161
6.1. Pluralidad de pretensiones en las tarifas de servicios públicos y derecho a la salud.....	III-21 / 161
6.2. El ejercicio de la profesión de abogado.....	III-22 / 162
6.3. El caso de los carteles y la seguridad vial.....	III-23 / 163
6.4. El caso de las rampas para discapacitados.....	III-25 / 165
6.5. El caso de los bancos de datos y la privacidad.....	III-25 / 165
6.6. El caso del ciudadano <i>Gambier</i> . El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos.....	III-31 / 171
6.7. El caso de los medidores de agua y de los cargos tarifarios.....	III-34 / 174
6.8. El caso de los profesionales monotributistas.....	III-34 / 174
6.9. El caso de los contribuyentes monotributistas.....	III-35 / 175
6.10. Amparo contra el pliego de una licitación, sin comprar el pliego.....	III-35 / 175
6.11. Otros amparos contra el despilfarro público.....	III-36 / 176
6.12. Conclusiones para el comienzo del siglo XXI.....	III-36 / 176



*Capítulo III*  
**EL DERECHO SUBJETIVO<sup>1</sup>**  
**EN EL DERECHO DE INCIDENCIA COLECTIVA<sup>2</sup>**

1. *Introducción*

Hoy en día la acción se otorga para defender ante la justicia un interés tutelado jurídicamente, lo cual es indeterminado en cuanto a la no utilización de la antigua terminología en diversas categorías:<sup>3</sup> ellas van desapareciendo.

Volvemos así, por vía normativa o jurisprudencial, a la definición del pretor: “dame los hechos, yo te daré el derecho.”

Este criterio se va imponiendo en la jurisprudencia, bajo el principio de la legitimación constitucional de los derechos de incidencia colectiva.<sup>4</sup> Ese mismo fundamento rige para las jurisdicciones locales, pues es la aplicación directa de una norma constitucional operativa.

<sup>1</sup>La Constitución de 1994 deja poco del original: Ver MAIRAL, HÉCTOR, *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, § 138 a 151, pp. 195-236; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y justicia*, II, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 7-54. Un enfoque actual de la cuestión en BALBÍN, CARLOS F., *Manual de derecho administrativo*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 557-570.

<sup>2</sup>Ver 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. La otra vertiente histórica que primero ha contribuido al nacimiento y desarrollo de lo que a partir de la Constitución de 1994 llamamos derechos de incidencia colectiva fueron los juristas del derecho ambiental. Entre los más modernos cabe destacar muy especialmente a CAFFERATA, NÉSTOR A., “Los derechos de incidencia colectiva,” *LL, Sup. Adm.* 2006 (febrero), pp. 1-14. Para un análisis de esta jurisprudencia que analizamos en el capítulo puede verse también RIVERA, JULIO CÉSAR Y RIVERA, JULIO CÉSAR (H.), “La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones del artículo 43, segundo párrafo de la Constitución Nacional,” *LL*, 2005-B, 1053; PIERRI BELMONTE, DANIEL A., “El amparo colectivo contra el corte de agua por falta de pago,” *LLBA*, 2002, 1359; VALLEFÍN, CARLOS F., *La legitimación en las acciones de interés público*, Lexis Nexis / Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 76-89.

<sup>3</sup>Derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple, interés difuso; o intereses de clase, colectivos, etc., hoy subsumidos en los derechos constitucionales de incidencia colectiva.

<sup>4</sup>Ver CSJN, *Halabi, Fallos*, 332: 111, año 2009.

La frontera entre derecho subjetivo e interés legítimo ya era antes obsoleta, pues quien ejerce una acción popular también tiene un interés protegido por un poder que se le concede a su voluntad de representarlo y defenderlo. Esto lo destaca ya IHERING, al recordar la *actio populis* romana, por la que se concedía a todo ciudadano la posibilidad de exigir que se realizaran las fundaciones instituidas por disposiciones de última voluntad.<sup>5</sup> Para él existe allí un derecho subjetivo. Algo parecido ocurre hoy, como hemos visto, con el derecho subjetivo y los derechos de incidencia colectiva. Por ello señala GONZÁLEZ PÉREZ que todas estas distinciones de legitimación se solucionan en definitiva con la acción pública, existente en España y otros países.<sup>6</sup> En el nuestro ello ocurre también con la citada ley 24.240; en el sistema interamericano de derechos humanos la legitimación para actuar ante la Comisión IDH se extiende a toda persona o entidad no gubernamental que quiera efectuar una denuncia.<sup>7</sup> La defensa o la protección de un interés según las antiguas definiciones de derecho subjetivo también existe en el caso del interés legítimo y del derecho de incidencia colectiva. Los nuevos códigos utilizan una fórmula general: El código de justicia administrativa de la ciudad de Buenos Aires y el de la Provincia de Buenos Aires otorgan legitimación a todos los intereses tutelados por el ordenamiento; en el primer caso, ello incluye a todo habitante, conforme a la Constitución local.<sup>8</sup>

Esto ocurre para la defensa de los derechos de incidencia colectiva y del medio ambiente, al igual que las asociaciones en defensa del usuario y del consumidor,<sup>9</sup> la acción declarativa de inconstitucionalidad<sup>10</sup> y los recursos objetivos de anulación

<sup>5</sup> Ver MORELLO, AUGUSTO M. y CAFFERATA, NÉSTOR A., *Visión Procesal de Cuestiones Ambientales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 188, acerca de la ley 25.675 sobre la amplísima legitimación relativa al colectivo ambiental; CAFFERATA, *op. loc. cit.*

<sup>6</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Manual de derecho procesal administrativo*, Madrid, Civitas, 1992, p. 106 y ss.; *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 1996, p. 160, donde trata la reparación indemnizatoria del daño ecológico o ambiental.

<sup>7</sup> *Supra*, t. 1, cap. VI, § 1, nota 1.5; art. 26 de la Comisión IDH y 44 de la Corte IDH.

<sup>8</sup> Con todo, las primeras interpretaciones procuran limitar este alcance, como se advierte en la negativa de legitimación *in re Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado de la Ciudad de Buenos Aires*, *TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, LL*, 1999-E, 629, año 1999; nota de GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, en *LL*, 2000-B, 215, “La legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires para promover acción directa de inconstitucionalidad.” En cambio la justicia federal a veces dicta sentencias con efecto para toda categoría de personas, p. ej., para toda una categoría de contribuyentes: CNFed. CA, Sala IV, *Defensor del Pueblo, LL*, 2006-C, *infra*, § 6.9, “El caso de los contribuyentes monotributistas.”

<sup>9</sup> Las leyes 24.240, 24.787, 24.999 y 26.361 autorizan a las asociaciones de consumidores y de usuarios. La CNFed. CA, Sala IV, *Consumidores Libres, LL*, 1997-F, año 1997, admitió las acciones de clase para los derechos de incidencia colectiva y los derechos subjetivos de los usuarios. Ver también nuestro art. “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires; acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos,” *LL*, 2005-A, 818. Ver también RICCIARDI, DARÍO A., “Algunas consideraciones acerca de un tribunal administrativo de los servicios públicos y su constitucionalidad,” *RDA*, 2006, año 18, pp. 317-348.

<sup>10</sup> Admisible para asociaciones de usuarios, CSJN, *Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica (AGUEERA), LL*, 1997-C, 322, con nuestra nota: “Las asociaciones de usuarios y la

(en la justicia administrativa de aquellas provincias donde existe en su forma tradicional)<sup>11</sup> y todo proceso ordinario, sumario o sumarísimo: Todos conceden poder a una voluntad para representar y defender un interés. Una innovación de importancia al derecho argentino vigente es el *hábeas corpus colectivo* exitosamente iniciado por el CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales, contra la Provincia de Buenos Aires,<sup>12</sup> para una reforma del sistema penitenciario que atienda la cantidad de presos por el desbordado sistema penitenciario.<sup>13</sup>

## 2. Problemas procesales

No es claro hasta dónde el orden jurídico establece todavía hoy un régimen jurídico diferenciado para el derecho subjetivo, el interés legítimo y el interés simple, a partir de la inclusión constitucional de la tutela de los derechos de incidencia colectiva.<sup>14</sup> Tradicionalmente el derecho subjetivo se defiende o reclama con una acción de conocimiento, un recurso de amparo, o un recurso de plena jurisdicción en los sistemas provinciales más antiguos. En tales casos el individuo puede obtener —en esa u otra acción— una indemnización para sí.<sup>15</sup>

El interés legítimo se defiende sea ante la administración, como ocurría clásicamente en el orden nacional, o también con un recurso de anulación donde él existe, pero no con una acción de las antes mentadas. En tales casos el individuo puede lograr que anulen el acto ilegítimo, pero no obtener una indemnización,<sup>16</sup> pero es previsible que la categoría se amplíe o desaparezca con la introducción al derecho positivo de los derechos de incidencia colectiva, en los cuales la indemnización es posible.

defensa de los derechos de incidencia colectiva (Acción declarativa de inconstitucionalidad.)” La CNFed. CA, Sala IV, hace lo propio en el amparo por asociaciones profesionales para sus miembros, *Colegio Público de Abogados de Capital Federal*, 9-III-99, y otros. Sin embargo la CSJN, en su anterior composición, rechazó el amparo incoado en materia de monotributo basada en que el colegio profesional carecía de legitimación en el caso por tratarse de cuestiones patrimoniales, de índole personal, in re *Colegio Público de Abogados de Capital Federal c. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, LL*, 2004-C, 268; ampliar *infra*, § 6.8.

<sup>11</sup> En los sistemas tradicionales hay diversas acciones para diferentes situaciones jurídicas. Modernamente se ha impuesto la unidad de acción con pluralidad de pretensiones posible.

<sup>12</sup> CSJN, *Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*, Fallos, 328: 1146, año 2005.

<sup>13</sup> Lamentablemente predecible, pues constituye una tendencia mundial. Lo habíamos anunciado hace tiempo en t. 1, cap. IV *in fine*, § 3.6, “Seguridad exterior e interior,” p. 14 y § 3.7.8, p. 17.

<sup>14</sup> En el derecho español la tendencia apunta “*más que a una oposición entre ambos conceptos, a una expansión de un concepto único que impida cualquier forma de indefensión.*” GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto administrativo y el procedimiento administrativo*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 638.

<sup>15</sup> En igual sentido, MORELLO y CAFFERATA, *op. cit.*, p. 140, quienes manifiestan, con relación a la ley 25.675. que [...] quedan así dibujados dos marcos superpuestos: uno estructuralmente colectivo, y otro en el esquema clásico del daño cierto, probado y liquidable se ventilará la procedencia y cuantificación de la indemnización. Cada habitante, cada víctima, deberá probar su agravio.”

<sup>16</sup> El derecho europeo ya la admite: CHITI, MARIO P., *Diritto amministrativo europeo*, Milán, Giuffrè, 1999, cap. XI, § 16, p. 412 y ss.

El derecho de incidencia colectiva se ejerce para sí y otros, sea que resulten titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos. Puede tramitar por acción de amparo,<sup>17</sup> acción declarativa<sup>18</sup> o por cualquier acción de conocimiento,<sup>19</sup> en especial la acción de defensa del usuario y del consumidor. En un caso verdaderamente excepcional, se admitió a un ciudadano invocando su calidad de tal, el derecho a la vigencia del principio de legalidad.<sup>20</sup>

Cuando la acción se ejerce en defensa de derechos colectivos, como los de los usuarios y tiene una pretensión resarcitoria, constituye una *class action*: La indemnización es para tales lesionados en su patrimonio. La distribución del resultado económico de la sentencia entre los usuarios, en este ejemplo, se puede hacer, como en EE.UU., en base al procedimiento de ejecución de sentencia, previa citación pública en dicha oportunidad procesal a los terceros interesados. Esta diligencia puede delegarse en los abogados de la causa con indicación de los recaudos de publicidad a cumplir: Ellos prepararán y someterán al tribunal, para su aprobación, el proyecto de distribución.<sup>21</sup> Si la acción colectiva corresponde iniciarla en la CSJN, entonces ésta procede a delegar en el juez federal de 1ª instancia del lugar la realización de las medidas tendientes a implementar la decisión judicial de la Corte. Así lo hizo la CSJN en el caso *Mendoza*,<sup>22</sup> en que la tramitación de la causa se realizó ante el Juzgado de 1ª instancia de Quilmes y luego se dispuso una división transitoria de la ejecución de la sentencia entre los Juzgados Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 12 y Federal en lo Criminal y Correccional n° 2 de Morón. Cabe destacar, asimismo, el caso *Mendoza II*,<sup>23</sup> la cual constituye una sentencia definitiva en torno a la recomposición y prevención de los daños causados en la cuenca Matanza-Riachuelo establecida por la propia Corte.

Cuando se fijan *astreintes* a los demandados, dado su carácter, ellas benefician a la asociación o persona que ejerce la acción. El “recurso de plena jurisdicción,”

<sup>17</sup> Los casos que relatamos *infra*, § 6.8; § 6.2, nota 6.5.

<sup>18</sup> CSJN, *Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA)*, LL, 1997-C, 322, año 1997, con nuestra nota en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 140: “Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva en una acción declarativa de inconstitucionalidad.”

<sup>19</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Consumidores Libres*, LL, 1997-E, 273, año 1997.

<sup>20</sup> CNFed. CA, Sala II, *Gambier*, LL, 1999-E, 624, sobre el que volvemos en el § 6.6 de este cap. Ver también los demás casos del § 6. Ver *supra*, cap. II, nota 5.24.

<sup>21</sup> Para los aspectos instrumentales ver *La Nación*, 17-XI-97, p. 21, “Notificación” de la audiencia del acuerdo final en la acción de clase contra los sucesores de la American Tobacco Company. Es un juicio iniciado por los tripulantes auxiliares de aerolíneas por enfermedades producidas “por la exposición al humo producido por otros fumadores de cigarrillos en las cabinas de aeronaves.”

<sup>22</sup> CSJN, *Fallos*: 329:2316, *Mendoza*, 2006.

<sup>23</sup> Fallos 331: 1622, 2008. Ver CAFFERATTA, NÉSTOR A., “Caso Mendoza (De la contaminación del Río Matanza Riachuelo). Doctrina de la Corte Suprema de Justicia en Procesos Colectivos Ambientales,” en CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Corte Suprema de Justicia de la Nación - Máximos precedentes - Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley., 2013, pp. 381-410.

allí donde existe, sólo es ejercido por el lesionado; al recurso de anulación lo pueden ejercer un número determinado de personas; a la acción popular la puede ejercer cualquiera.

Estas nociones clásicas ceden frente a la nueva categoría constitucional de los derechos de incidencia colectiva. A ellos los ejercen tanto los afectados (usuarios actuales o potenciales, vecinos, enfermos actuales o potenciales, etc; incluso en algún caso ciudadanos como en *Gambier II*, o jubilados, como *Torello*, Sala II) como las asociaciones (o fundaciones, cooperativas, —Sala I, *Consumidores Libres*— etc.) reconocidas (también aunque no estén inscriptas en el registro nacional<sup>24</sup> de usuarios o interesados) aunque no tengan en su seno a la totalidad de afectados (*Consumidores Libres*, Sala I), lo que es obviamente imposible.

La acción en defensa de los derechos de usuarios y consumidores, del medio ambiente y la no discriminación de los demás derechos de incidencia colectiva en general, puede perseguir tanto la cesación de conductas lesivas, como la adopción de medidas concretas, cautelares innovativas, autosatisfactivas,<sup>25</sup> inhibitorias, etc.,<sup>26</sup> incluso medidas genéricas a pedido de una persona individual, usuario, vecino, afectado, jubilado, etc. De todo esto hay precedentes en nuestra jurisprudencia.

Uno de los casos notorios de fines del siglo XX fue la demanda contra el Poder Judicial para que construyera rampas para discapacitados, que patrocinó la Asociación por los Derechos Civiles invocando el derecho subjetivo de una persona (*Labatón*, Sala V)<sup>27</sup> y terminó con su construcción material, en beneficio de cualquiera que tuviera discapacidad motora. Igual solución en *Verbrugge*, Sala I;<sup>28</sup> *Viceconte*, Sala IV,<sup>29</sup> *Asociación Benghalensis*, Sala I,<sup>30</sup> etc. No ha sido necesario que todos los que se encuentran en igual situación deban hacer juicio con el mismo objeto.

<sup>24</sup> *ADECUA c/ ENARGAS*, Sala IV, *LL*, 1998-F, 339, año 1998. El art. 55 de la ley 24.240 modificada por la ley 26.361 señala que dichas asociaciones están legitimadas en tanto se encuentren constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación.

<sup>25</sup> Ver *infra*, cap. XIII, § 9.8, “La tutela autosatisfactiva o anticipatoria” y sus remisiones.

<sup>26</sup> El art. 43 de la Constitución autoriza medidas de tutela inhibitorias que son las *injunctions* del derecho norteamericano. Ver LORENZETTI, RICARDO LUIS, “La tutela civil inhibitoria,” *LL*, 1995-C, 1217; NICOLAU, NOEMÍ LIDIA, “La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional,” *LL*, 1996-A, 1246; MARINONI, LUIZ GUILHERME, “Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito,” *ED*, 186: 1197, etc. En aplicación del principio precautorio en materia ambiental establecido por el art. 4° de la ley 25.675, la CSJN en el caso *Salas, Dino (Fallos, 331: 2925, 2008)* admitió la medida cautelar para frenar los desmontes y la tala de árboles nativos autorizados por la provincia de Salta. Comparar con el enfoque de MATA, ISMAEL, “Prevención administrativa ante casos ambientales urgentes,” *RAP*, 396: 281.

<sup>27</sup> *LL*, 1998-F, 346, año 1996. Ver GULLCO, HERNÁN, “Rampas para discapacitados [...]” en CARRÍO, ALEJANDRO y otros, *En defensa de los derechos civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 49 y ss.

<sup>28</sup> CNFed. CA, Sala I, *Verbrugge*, *ED*, 185: 995, año 1999.

<sup>29</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305, del año 1998, firme. *Infra*, nota 2.20.

<sup>30</sup> *Asociación Benghalensis*, CNFed. CA, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva), *LL*, 2001-B, 126. (Sentencia de la CSJN, año 2000.) Otros casos *infra*, § 6.1 a 6.10.

A igual solución llegaron las Salas I, II y IV.<sup>31</sup> La Sala III ha sido pionera desde el caso *Schroder*.<sup>32</sup> Con lo cual las cinco salas tienen precedentes coincidentes en este sentido, a lo que se agregan tribunales como la Cámara Federal de Mar del Plata.

La anterior CSJN tuvo el mérito de impulsar estos cambios con *AGUEERA*,<sup>33</sup> *Ekmekdjian*,<sup>34</sup> *Monges*,<sup>35</sup> etc., pero en ocasiones intentó detener el proceso.<sup>36</sup> Sin embargo, diversos jueces y Cámaras han insistido en pronunciamientos de alcance genérico y sus fallos se han cumplido. Se ha abierto una compuerta para la necesidad de justicia de la sociedad. Marcó un punto de inflexión sin retorno y merece por ello reconocimiento. Hay precedentes ciertos y definidos en el sentido que el bien colectivo puede requerir el reconocimiento de reparaciones pecuniarias a los afectados y dado que puede ser ejercido por asociaciones,<sup>37</sup> se asemeja a la *class action* del derecho norteamericano.<sup>38</sup> Le ha correspondido a la actual CSJN el rol de restaurar este avance del derecho en casos como *Halabi*, *Mendoza*, *PA-DEC*, *Unión de Usuarios y Consumidores*, y otros. No cabe sino congratularla.<sup>39</sup>

<sup>31</sup> En distintos momentos, ver en el cap. II, "Derechos de incidencia colectiva," e *infra*, § 6, "Casos."

<sup>32</sup> CNFed. CA, Sala III, *Schroder*, LL, 1994-E, 449, año 1994.

<sup>33</sup> *AGUEERA*, CSJN, LL, 1997-C, 322, año 1997.

<sup>34</sup> *Ekmekdjian*, CSJN, LL, 1992-C, 543, año 1992.

<sup>35</sup> CSJN, *Monges*, LL, 1997-C, 150, año 1996.

<sup>36</sup> Y a fuer de honestos, la nueva Corte nos ha regalado el *horribilis* voto líder de *Bustos*, uno de los peores de la historia tribunalicia argentina. Nos ha hecho dudar: "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica del país?," cap. XI del t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*.

<sup>37</sup> Las acciones de clase, que a su vez pueden tramitar como ordinario, sumario o sumarísimo, éste último según la ley de defensa del consumidor. Ver CIMINELLI, DARÍO, "La impugnación de un acto administrativo mediante la acción de defensa del consumidor," *DJ*, 2005-2, 1057; PULVIRENTI, ORLANDO D., "La jurisprudencia en materia de derecho de defensa del consumidor, o de cómo el derecho administrativo avanzó sobre el derecho privado," en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), LL, *Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario*, 2010, pp. 81-87.

<sup>38</sup> Ver también BIANCHI, ALBERTO B., "Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala," *RAP*, 235: 11, año 1998; *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Buenos Aires, Ábaco, 2001; JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE, *Justicia constitucional y administrativa*, San José, IJSA, 1999, 2ª ed., pp. 211-44, "El derecho subjetivo público de la acción procesal y su relación con la acción popular y la «class action»;" TIMPANARO, ADRIÁN R., "Acciones de clase. Consideraciones acerca de su régimen procesal ante la ausencia de una ley que lo reglamente," en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A. (dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2013, pp. 289-304; GILARDI MADARIAGA DE NEGRE, CECILIA, "La legitimación de las asociaciones y las acciones colectivas-las acciones de clase," en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 65-93; DATES, LUIS E. (H), "Las denominadas «acciones de clase» en el proceso administrativo," en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pp. 969-1018; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Acumulación de procesos o procesos de clase*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002. Ver también la jurisprudencia actual de la CSJN, entre otros *Mujeres por la Vida*, LL, 2006-F, 464 y los casos *Halabi*, Fallos, 332: 111, año 2009 y *Mendoza*, Fallos: 329:2316, año 2006.

<sup>39</sup> *Halabi*, Fallos, 332: 111, 2009 y notas de SABSAY, DANIEL ALBERTO, "El derecho a la intimidad y la «acción de clase»," LL, 2009-b, 401; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., "Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del

El derecho de incidencia colectiva incorporado en la reforma de 1994 tiene de este modo tutela por múltiples vías,<sup>40</sup> y con diversos efectos. Servirá entonces, según los casos ocurrentes, tanto para anular el acto *erga omnes* (*Monges*,<sup>41</sup> *Blas*,<sup>42</sup> *Barsanti*,<sup>43</sup> *Torello*,<sup>44</sup> *Defensor del Pueblo*<sup>45</sup>), o suspenderlo *erga omnes*.<sup>46</sup> A su vez,

paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?," *LL*, 2009-B, 186 y "Un nuevo concepto de «caso» en la jurisprudencia de la Corte y su incidencia en el proceso y en el procedimientos administrativos. (A propósito de los fallos «Halabi» y «Defensor del Pueblo»)," en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *LL, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario*, 2010, pp. 52-62; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso «Halabi»," *LL*, 2009-B, 565; SOLÁ, JUAN VICENTE, "El caso *Halabi* y la creación de las «acciones colectivas»," *LL*, 2009-B, 154; CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Derechos de incidencia colectiva. Los efectos *erga omnes* de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva," *LL* 2009-B-646; LOZANO, LUIS FRANCISCO, "A propósito del fallo «Halabi»," *LL* 2009-F-777; BIANCHI, ALBERTO B., "Intervención estatal de las comunicaciones privadas y acciones colectivas en un fallo importante," *ED*, 2009, 429; TORICELLI, MAXIMILIANO, "Un importante avance en materia de legitimación activa," *LL*, 2009-B, 202; ROSALES CUELLO, RAMIRO y GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D., "Nuevas consideraciones sobre el caso «Halabi»," *LL*, 2009-D-424; SAGÜÉS, NÉSTOR P., "La creación judicial del «amparo-acción de clase» como proceso constitucional," *JA*, 2009-II, 25; MAURINO, GUSTAVO y SIGAL, MARTÍN, "«Halabi»: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva," *JA*, 2009-II, 39; DE LA RÚA, FERNANDO y SARAVIA FRIAS, BERNARDO, "Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal," *LL*, 2009-C, 247; SPROVIERI, LUIS E., "Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del caso «Halabi»," *JA*, 2009-II, 52; DATES, LUIS E. (H), "Las denominadas «acciones de clase» en el proceso administrativo," en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, pp. 969-1018; POZO GOWLAND, HÉCTOR, "El aporte de la Corte Suprema en la regulación de los procesos colectivos," en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación - Máximos precedentes- Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 957-1003, quien analiza la líneas trazadas por la Corte para la configuración de los procesos colectivos luego de este fallo y los precedentes *Halabi*, *Cavaliere* y *PADEC*.

<sup>40</sup> El ya clásico fallo de la CSJN *in re AGUEERA*, declaró que estos derechos podían defenderse no solo por el amparo sino también por la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad. Sucesivos fallos de Cámara lo extendieron a la acción ordinaria y a los procesos sumario y sumarísimo, este último según la ley de defensa del consumidor.

<sup>41</sup> CSJN, *Monges*, *LL*, 1997-C, 150, año 1996; SANTIAGO (H.), ALFONSO, *La Corte Suprema y el control político*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, p. 363; GIL DOMÍNGUEZ, "Los derechos de incidencia colectiva en general," en EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL y FERREYRA, RAÚL GUSTAVO (coords.), *La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 227 y ss., p. 247; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, Zavalía, 1951, p. 133 y ss.; comp. MAIRAL, *Control judicial...*, *op. cit.*, p. 897, *in fine*; "Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación," *ED*, 177- 795. Un enfoque actual de la cuestión en LAVIÉ PICO, ENRIQUE V., "Los efectos *erga omnes* de la sentencia," en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 231-267. Ver también el fallo de la CSJN en *Rosza* (*Fallos*, 330: 2361, 2007), por la cual se declaró la inconstitucionalidad del sistema de subrogancia de jueces federales establecido por el Consejo de la Magistratura con evidente efecto *erga omnes*. Ampliar en MARANIELLO, PATRICIO ALEJANDRO, "Declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido (caso «Rosza»)," *LL*, 2007-D, 67.

<sup>42</sup> Sala I, *Blas*, *LL*, 1998-A, 288, año 1997.

<sup>43</sup> Sala I, *Barsanti*, *LL*, 1998-A, 293, año 1997.

<sup>44</sup> Sala II, *Torello*, *LL*, 2000-B, 275, *infra*, § 6.6.

<sup>45</sup> Sala IV, *Defensor del Pueblo de la Nación*, 7-III-2000, todos los contribuyentes monotributistas, *infra*, § 6.9.

<sup>46</sup> Sala I, *Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado nacional-decreto 347/99*, incidente de medida cautelar, *ED*, 185: 757, año 1999.

dados los efectos generales de la sentencia, devino inevitable la iniciativa del Juez MARINELLI, disponiendo la publicación de la cautelar en el *B.O.*<sup>47</sup> También es posible ordenar una conducta positiva de alcance general (*Labatón*,<sup>48</sup> *Viceconte*,<sup>49</sup> *Verbrugge*),<sup>50</sup> o singular (*Gambier I*);<sup>51</sup> o negativa (*Gambier II*).<sup>52</sup> Esta categoría constitucional es también aplicable para una condena reparatoria, sea para la devolución a los usuarios de las tarifas cobradas en exceso,<sup>53</sup> o la recomposición de un contrato público anulando una cláusula abusiva y desproporcionada.<sup>54</sup> También se ha admitido la legitimación de un vecino de la ciudad para impetrar que se cumpla con una ley violada en perjuicio del patrimonio cultural de la sociedad.<sup>55</sup> En todos estos casos los efectos de la sentencia son generales para los usuarios o habitantes de la ciudad como beneficiarios, singulares para las demandadas.

En estos aspectos la Constitución de 1994 se vio precedida por la legislación, como la ley de defensa del usuario y del consumidor. De igual modo las normas legales relativas al gas y la electricidad previeron, antes de 1994, la aplicación en sede administrativa de multas *a favor de los usuarios*,<sup>56</sup> las que funcionaron pacíficamente y dan otro supuesto de derechos de incidencia colectiva de contenido patrimonial, que se transforma en reparaciones pecuniarias a los usuarios individuales. Si la administración es negligente u omisiva, o condona las multas sin causa fáctica o normativa suficiente, lesiona tanto los derechos de incidencia colectiva como los derechos subjetivos de los usuarios.<sup>57</sup>

<sup>47</sup> Así el Juez MARINELLI, *Adecua, LL*, 1999-C, 192 mandó publicar la cautelar en el *B. O.* del 3-III-99, 2ª sección, p. 15. Ver MARANIELLO, PATRICIO ALEJANDRO, "Alcances del veto parcial del Poder Ejecutivo en el tributo a la medicina prepaga. Los efectos «erga omnes» en las sentencias de las asociaciones de consumidores y usuarios," *LL*, 1999-C, 190.

<sup>48</sup> Sala V, *Labatón, LL*, 1998-F, 346, año 1996. Ver GULLCO, *op. loc. cit.*

<sup>49</sup> Sala IV, *Viceconte, LL*, 1998-F, 305, firme por haberse rechazado la queja.

<sup>50</sup> Sala I, *Verbrugge, ED*, 185: 995, año 1999.

<sup>51</sup> *Gambier, Beltrán c/M° de E.O. y S.P. —Resol. 1221/97— s/amparo ley 16.986*, Sala II, 18-VI-1998, causa 25.841/97. Estipulamos llamarlo *Gambier I*.

<sup>52</sup> Sala II, *Gambier II, LL*, 1999-E, 624, medida cautelar autosatisfactiva. Estipulamos llamarlo *Gambier II* para distinguirlo del citado en la nota precedente.

<sup>53</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarísimo, LL*, 1997-F, 273. GIL DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 227 y ss., 241, 247. Ver BIANCHI, *op. cit.*, p. 13 y ss.; JIMÉNEZ MEZA, *op. cit.*, pp. 171-200.

<sup>54</sup> Sala II, *Torello, LL*, 2000-B, 275. También anular una cláusula impositiva con efecto para toda una categoría de contribuyentes: *infra*, § 6.9.

<sup>55</sup> *Supra*, nota 2.22.

<sup>56</sup> La ley 24.065 establece en sus arts. 16, 21 y 27 obligaciones para las distribuidoras *en función de los usuarios*, al igual los arts. 21, 26 y 27 del decreto 1398/92, reglamentario de la 24.065. A través de dichos textos se dispone la obligación para las distribuidoras de operar y mantener sus instalaciones y equipos en forma correcta, satisfacer toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida, efectuar el mantenimiento de sus instalaciones a fin de asegurar un servicio adecuado, etc.: *el único destinatario es el usuario*. El subanexo 4 de los contratos de distribución, a través de sus ítems 2º (calidad del producto técnico), 3º (calidad del servicio técnico), 4º (calidad del servicio comercial), 5º (sanciones) y el Anexo V (reglamento de suministro), contemplan los estándares de prestación y calidad del servicio, cuyas multas son *con destino a los usuarios*.

<sup>57</sup> En el caso del apagón de Edesur y otros, las multas se acreditaron en las facturas a los usuarios. No parece así posible negar la legitimación judicial de estos.

No puede perderse de vista que esta tutela interna amplia es congruente, como no podía menos que serlo, con la tutela supranacional. En efecto, la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sirve a su vez tanto para derechos subjetivos e intereses legítimos como derechos de incidencia colectiva. Desde el punto de vista procesal, en una variante de la Convención Europea de Derechos Humanos se admite, de igual modo, que el Estado interponga una *actio popularis* o *actio populis* en defensa de cualquier individuo, como también que el reclamo individual en algunos casos asume inevitablemente un carácter objetivo o de efectos generales.<sup>58</sup> Es la tesis del derecho comparado que admitió en nuestro país, hace veinte años, el código procesal administrativo de Formosa. Es el principio de la unidad de acción y pluralidad de pretensiones.<sup>59</sup> Encontramos igual solución en el código contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires y en el de la Ciudad de Buenos Aires,<sup>60</sup> entre otros. El interés jurídicamente protegido ha quedado pues como una denominación de uso generalizado, que no tiene sentido práctico cuestionar pues en definitiva el movimiento se demuestra andando. Quien se anima a enfrentar el dédalo judicial con sus extraordinarias moras tiene, casi por definición, un obvio interés. No puede cuestionársele que no tiene interés suficiente a quien está dispuesto a enfrentar todas las demoras, costos y falencias del sistema judicial. Pueden encontrarse diferencias en los grados de tutela, como p. ej. que se tiene derecho subjetivo a ser parte en el proceso licitatorio,<sup>61</sup> pero solamente interés legítimo en resultar adjudicatario,<sup>62</sup> pero ello no se resuelve graduando ni calificando el interés. El interés de que se trata en el derecho subjetivo es un interés propio de cada portador del derecho,<sup>63</sup> individual a él,<sup>64</sup> es decir exclusivo, excluyente;<sup>65</sup> ello no impide que litiguen más de uno conjuntamente, o que en un litigio colectivo se diriman los derechos subjetivos de múltiples personas: pero cada una obtendrá siempre una reparación individual, exclusiva y excluyente. En el caso del interés legítimo, el interés que se defiende

<sup>58</sup> Ver P. VAN DIJK y G.J.H. VAN HOOF y colaboradores, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, La Haya, Kluwer Law International, 1998, 3ª ed., pp. 40-7. Igual entre nosotros, *infra*, § 6.7 y 6.10, entre otros.

<sup>59</sup> D'ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2006, p. 56: "La distinción hoy ha perdido vigencia [...] Basta comprender que la [...] Administración [...] asume compromisos [...] generando derechos subjetivos públicos adecuados a esa generalidad o «de incidencia colectiva en general» como les llama nuestra Constitución (art. 43 según la reforma de 1994.)"

<sup>60</sup> Ley 184 de la Ciudad de Buenos Aires.

<sup>61</sup> Es en estos temas donde más se advierte la pertinencia del criterio que explicara POSNER, RICHARD, *Economic Analysis of the Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1992, 4ª ed., p. 581.

<sup>62</sup> Es la distinción que exponía LARES, TEODOSIO, *Lecciones de derecho administrativo*, México, 1852, pp. 60-1, México, D.F., UNAM, reimpresión 1978.

<sup>63</sup> JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, 3ª ed., reimpresión 1948, Offenburg, Lehrmittel-Verlag, p. 201.

<sup>64</sup> BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg im Bressgau, 1956, 2ª ed., p. 75: "un interés individual determinado."

<sup>65</sup> Es la clásica distinción alemana: KORMANN-LIST, *Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts*, 1930, 2ª ed., p. 250 y demás autores citados *ut supra*.

es inseparablemente de tal individuo y de otros: Es un interés común con otros individuos, un interés concurrente, en principio inseparable; ese dato también lo comparte en ocasiones con el derecho de incidencia colectiva.

En el derecho subjetivo hay un interés propio, excluyente (aunque otros puedan tener uno igual: Su derecho a una tarifa justa es también el derecho de los demás usuarios a una tarifa justa); otros lo podrán ejercer en su nombre y representación (incluso las asociaciones en los derechos de incidencia colectiva), pero el beneficiario inmediato y directo de la pretensión pecuniaria o reparatoria es solamente él (sin perjuicio de que otros tengan análogo derecho, pero cada uno a lo suyo, a su tarifa p. ej.) Como se advierte, ello también queda comprendido dentro del derecho de incidencia colectiva. La condena que se obtenga será finalmente útil en forma exclusiva, individual y excluyente para cada uno de los titulares de tales derechos subjetivos,<sup>66</sup> sin perjuicio de que en el proceso el tratamiento pueda ser colectivo. Si se trata de una acción de clase, la condena colectiva debe luego parcelarse y dividirse en la forma que corresponda a cada uno de los titulares de tales derechos subjetivos, en el proceso de ejecución de sentencia. Cada uno cobrará finalmente su propia, exclusiva e individual reparación. También pueden coincidir distintos tipos de tutela jurídica en una misma situación. Una depredación al medio ambiente puede lesionar derechos subjetivos, intereses legítimos, derechos de incidencia colectiva, intereses simples. Los vecinos tienen el derecho subjetivo a que su salud<sup>67</sup> no sea irrazonablemente lesionada sin sustento legal suficiente y si además su propiedad se deprecia por la lesión al medio ambiente (productos químicos, etc.), también su derecho subjetivo de propiedad resulta afectado.

En una misma acción dañosa, entonces, pueden al mismo tiempo y con el mismo acto o comportamiento lesionarse tanto derechos subjetivos como todas las demás categorías de derechos e intereses.

### 3. *El derecho subjetivo como interés*

WALTER JELLINEK y parte de la doctrina alemana,<sup>68</sup> definen al derecho subjetivo como el poder de voluntad conferido por el orden jurídico a un individuo en su propio interés.<sup>69</sup> Pero ya hemos visto que en el derecho de incidencia colectiva una acción se ejerce por una asociación o una persona, tanto en beneficio del derecho

<sup>66</sup> P. ej. la devolución de las ganancias excesivas, que tramita en *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarísimo*, sentencia del 17-X-97, CNFed. CO, Sala IV, LL, 1997-F, 273, año 1997.

<sup>67</sup> Ampliar en nuestro libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 4ª ed., cap. IX.

<sup>68</sup> En contra VON TUREGG, KURT EGON, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1956, 3ª ed., p. 136, sin negar la individualidad como elemento definitorio.

<sup>69</sup> JELLINEK, WALTER, *op. cit.*, p. 201. Comparar con la opinión de ABERASTURY, quien señala que la caracterización de JELLINEK se encuentra superada en tanto el enfoque actual se debe centrar no tanto en los derechos del individuo frente a la administración sino en el individuo como integrante

subjetivo de esa persona como del de otras (el caso de las rampas en tribunales, *Labatón*<sup>70</sup> u otras obras similares, *Verbrugghe*; los casos de derecho a la salud, *Asociación Benghalensis*;<sup>71</sup> *Viceconte*; *Defensora de Menores n° 3*;<sup>72</sup> la protección del medio ambiente cultural, *Gambier I*; el derecho a la vigencia del principio de legalidad, *Gambier II*; los derechos de los demás jubilados, *Torello*; el interés moral de la vigencia del principio de legalidad, *Ángel Castro*;<sup>73</sup> el derecho a la privacidad e intimidad, *Halabi*;<sup>74</sup> el derecho de los consumidores, *PADEC* y *Unión de Usuarios y Consumidores*.)<sup>75</sup>

Es posible cuestionar si en todos los casos existe realmente un interés de quien acciona; pero es una pregunta derrotista. Por supuesto que hay interés en quien acciona: Su propia conducta es la mejor prueba de ello. Cabe concluir que no tiene sentido ponerse a indagar el interés; que debe tenérselo *ope juris* por existente por el solo hecho de que si lo demuestra como para iniciar una acción judicial, es porque indubitablemente lo tiene.

a) Considerando al interés desde un punto de vista subjetivo, fácil es advertir que hay muchos individuos a quienes no les interesa en qué circunstancias el derecho los protege, lo que no quita que el derecho exista.<sup>76</sup> Más todavía, hay personas y entidades movidas por motivos altruistas a las que les interesa defender no tanto los derechos propios sino los derechos de otros que no quieren o no pueden tutelar los suyos propios. Es la evolución de la lucha por los derechos humanos y parecería realmente retrógrado sostener hoy en día y máxime con nuestra historia, que no existe legitimación en quien quiera defender los derechos humanos de otras personas: Libertad, no discriminación, etc.

b) Con criterio objetivo podría conjeturarse, rozando el ridículo, que el mudo no tiene interés en la libertad de hablar; que el ciego no tiene interés en la servidumbre de vista; que quien ha perdido la razón no tiene interés en la libertad de expresión del pensamiento. En todos estos casos, sin embargo, el individuo tiene a pesar de todo un derecho subjetivo; derecho subjetivo en el que no se le protege un interés ni siquiera en un aspecto objetivo, por la sencilla razón de que no puede realizar aquello que se le protege: La situación protegida no le concierne en realidad a él. Sin embargo, pretender en tales casos negar interés y derecho sería como querer instaurar categorías de personas discapacitadas jurídicamen-

de la comunidad. (Cfr. ABERASTURY, PEDRO, *La Justicia Administrativa*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 216-217.)

<sup>70</sup> Ver GULLCO, *op. loc. cit.*

<sup>71</sup> Sala I, 7-II-1997 y 19-XII-1997, causa 33.629/96; CSJN, 1-VI-2000.

<sup>72</sup> TSJ de Neuquén, sentencia del 2-II-97.

<sup>73</sup> Sala I, LL, 2000-B, 305.

<sup>74</sup> CSJN, *Halabi*, Fallos, 332: 111, 2009.

<sup>75</sup> CSJN, *Padec*, 21-VIII-13; *Unión de Usuarios y Consumidores*, 6-III-14.

<sup>76</sup> Para este aspecto de la crítica, ampliar en KELSEN, HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1958, pp. 93-4.

te, lo cual suena insostenible si no se quiere retroceder a una asimilación a las teorías negatorias de los derechos humanos en los siglos XIX o XX.

c) Siguiendo con esta línea argumental, podría afirmarse que hay casos en que en lugar de un interés se protege un perjuicio. Todos los individuos tenemos derecho a cruzar a nado el Océano Atlántico: ¿Hay allí acaso un interés jurídicamente protegido? A ninguno de nosotros nos importa ese derecho; tampoco podríamos realizarlo si nos llegara a importar; y si intentáramos realmente ejercer ese derecho, perderíamos la vida: Luego, objetiva y subjetivamente, hay un perjuicio jurídicamente protegido. Lo mismo puede decirse del derecho a fumar —salvo delante de terceros, en que se puede bien razonar que está prohibido—,<sup>77</sup> a no cuidarse adecuadamente la salud, a tener cualquier vicio no prohibido por el orden jurídico, a no aumentar nuestra cultura, etc. El orden jurídico puede introducir limitaciones expresas al ejercicio de tales derechos o intereses adversos, como es el caso clásico del consumo de drogas, pero también existe una tendencia a luchar contra el alcoholismo, el tabaquismo, etc., mediante medidas restrictivas. El interés objetivo de la persona es en tales casos salvaguardado en contra de su interés subjetivo.

d) En otro sentido, debe señalarse que según sean las relaciones y valoraciones socioeconómicas de cada época, así también variará la apreciación del interés que debe tutelarse, o del efectivamente tutelado.

P. ej., hace mucho tiempo pudo alguien pensar que el “derecho” o la “libertad” de un niño a trabajar, era “violado” cuando una ley prohibía el trabajo de menores: A nadie se le ocurrirá hoy en día sostener que tal ley sea inconstitucional por violar el “interés” del niño. Ha variado la percepción social y política del interés no solamente de los niños sino también de la comunidad nacional y supranacional.<sup>78</sup>

De igual manera, el interés de los derechohabientes al acervo sucesorio puede ser tutelado total o parcialmente, según la valoración política dominante, consagrada en el caso a través de las leyes sucesorias. El derecho del propietario de una industria, en otro ejemplo, puede verse restringido cuando una ley protectora del medio ambiente prohíbe determinados usos, u obliga a la utilización de procesos no contaminantes, que encarecen el producto. El interés inmediato del industrial no resulta en tal caso tutelado por el ordenamiento positivo, que prefiere en su

<sup>77</sup> Nos remitimos al caso de *La prohibición de fumar en público*, en nuestro libro *Derechos Humanos*, op. cit., cap. IX, anexo I.

<sup>78</sup> Ver ARAUJO SÁNCHEZ, GILBERT, “Tutela de los menores en el ámbito constitucional,” en PIZA E., RODOLFO E. y otros, *La Sala Constitucional. Homenaje en su X Aniversario*, San José, Universidad Autónoma de Centro América, 1999, p. 127 y ss; JIMÉNEZ, EDUARDO PABLO y GARCÍA MINELLA, GABRIELA, “Los niños y adolescentes en el nuevo milenio y sus derechos constitucionales,” en BIDART CAMPOS y GIL DOMÍNGUEZ (coords.), *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, p. 51 y ss. Comparar, sin embargo, la personalísima experiencia positiva que relatamos en el Libro I, *A mi padre: “Éste soy yo” (Carl Rogers). Aprender y enseñar. Caos, creación y memoria*, del t. 10.

lugar proteger el interés de la comunidad. Es la normativa que surge del art. 41 de la Constitución nacional y de la ley de residuos peligrosos 24.051 del año 1991,<sup>79</sup> con las eventuales mayores exigencias provinciales. Así, el interés que esté contenido en un derecho subjetivo puede variar y de hecho varía con el correr del tiempo y las modificaciones de los ordenamientos jurídicos, de acuerdo con las concepciones políticas, económicas y sociales que cada sistema va receptando.

Lo que en una época histórica puede verse como interés digno de ser tutelado, en otra época histórica puede considerarse como un no-interés, indigno de ser protegido por el orden jurídico, e incluso merecedor de castigo. El derecho subjetivo de una época puede ser una prohibición en otra, a veces sin que hayan cambiado las realidades materiales o sociales, pero habiendo variado en cambio las valoraciones receptadas por la comunidad y el sistema jurídico, acerca de la regulación que la conducta en cuestión debe merecer: Como derecho subjetivo, como deber jurídico, como prohibición civil, penal, administrativa. (O sea, como deber civil, penal o administrativo de no hacer o no ejercer la conducta que en otra época se consideró un derecho subjetivo.) Por lo demás, el derecho subjetivo no es un postulado de defensa de intereses determinados de los individuos, no está apriorísticamente a favor o en contra de definidos intereses. Simplemente es una categoría conceptual de base empírica que explica el funcionamiento de un sistema jurídico cualquiera, con independencia de cuáles sean los intereses que en una determinada época están protegidos.<sup>80</sup> Ello no significa que carezca de importancia saber cuáles son los intereses amparados en cada ordenamiento, sino que esa explicación habrá de referirse, no ya a la categoría conceptual misma del derecho subjetivo, sino a la particularización de cuáles son los derechos subjetivos concretamente existentes en un sistema dado.

Por supuesto, ello no fue siempre así y en realidad algunos autores destacan que el derecho subjetivo nació históricamente como la protección de un tipo determinado de interés, específicamente aquel vinculado a la propiedad. La concepción tradicional de la libertad como una serie de prerrogativas que se concretan a través de la propiedad, la libertad de comercio e industria, etc., aparece así en sus comienzos manifestada a través de la noción de derecho subjetivo, como una forma de búsqueda de poder por parte de una clase en ascenso frente a las concepciones feudales.<sup>81</sup> Posteriormente, la defensa de los derechos subjetivos en cuanto intereses de clase se transforma y deja de ser la búsqueda de poder de una clase en ascenso, para convertirse en la defensa de un *statu quo* por parte de una clase con un determinado poder ya adquirido.<sup>82</sup> Se pasa entonces a revisar

<sup>79</sup> LL, *Antecedentes Parlamentarios*, 1996-B, 1646, reglamentada por el dec. 831/93.

<sup>80</sup> LAQUIS, MANUEL A.; SIPERMAN, ARNOLDO; GROISMAN, ENRIQUE y otros, "Sobre la teoría del derecho subjetivo," *Jurídica*, México, julio de 1972, 4: 225 y ss., 256-9; BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 477 y ss.

<sup>81</sup> LAQUIS, SIPERMAN Y GROISMAN, *op. cit.*, pp. 253 y 255.

<sup>82</sup> LAQUIS, SIPERMAN Y GROISMAN, *op. loc. cit.*

el concepto de libertad, según hemos explicado anteriormente<sup>83</sup> y a concebirla también como una libertad frente a la necesidad. Con ello se revaloriza el concepto y se lo separa de la estrecha vinculación inicial histórica a la propiedad como manifestación principal de la libertad. En esa medida, la categoría del derecho subjetivo pierde referencia necesaria al citado interés y pasa a tener como referencia empírica otro tipo de intereses que los Estados del siglo XX y XXI también tutelaron o intentaron tutelar: Derechos sociales, previsionales, al trabajo, a la agremiación, a la estabilidad en el empleo, etc. Hemos explicado anteriormente que en materia de derechos o garantías sociales generalmente no basta la consagración constitucional, siendo usualmente necesaria la instrumentación legislativa y administrativa para que el derecho sea operativo.<sup>84</sup>

El fin de siglo XX presentó un retroceso de esta tendencia, llevados los Estados a la bancarrota no tanto por el peso de las obligaciones así asumidas sino por la ineficiente o corrupta administración de los recursos destinados a ellas.<sup>85</sup> Se produjo también en algunos tribunales una desvalorización de la tutela urgente de la propiedad, utilizando la antigua jurisprudencia que la acción de amparo es para proteger la libertad *lato sensu*, más no la propiedad.<sup>86</sup> Pero eso cambió radicalmente a partir del año 2002, cuando los tribunales debieron salir en socorro de los ahorristas y lo hicieron eficazmente, salvo la absurda condena del primer voto de la CSJN *in re Bustos*.<sup>87</sup> Con lo cual en definitiva ni unos ni otros derechos recibían en el siglo XX tutela judicial efectiva;<sup>88</sup> la responsabilidad del Estado también disminuye internamente, aunque aumenta internacionalmente.<sup>89</sup> Ahora, en el año 2014, hemos empezado tardíamente a retomar el cumplimiento de las obligaciones internacionales, con mayor costo económico y social.

Por eso también empiezan a proliferar los tratados bilaterales de inversiones extranjeras en que se garantiza a los inversores del otro país por lo menos un

<sup>83</sup> *Supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. III, sección III, § 24, “La libertad en el Estado de Bienestar” y 25, “Crisis y cambio.”

<sup>84</sup> *Supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. III, § 13; lo mismo ocurre con los derechos de desarrollo progresivo del Pacto de San José: ver *Derechos Humanos, op. cit.*, cap. VI.

<sup>85</sup> Lo explicamos en el cap. VIII, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio,” del t. 7 de este tratado.

<sup>86</sup> Pero hay fallos que honran a la Justicia: *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad,” *LL*, 2000-B, 274.

<sup>87</sup> GUGLIELMINO, OSVALDO “La Justicia Federal en la emergencia”, en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 23-30; AHE, DAFNE SOLEDAD, “El desamparo del amparo,” *LL*, 2002-C, 1226; “La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo,” en MILJIKER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I, op. cit.*, pp. 41-51, reproducido en *RAP*, 288: 191.

<sup>88</sup> Como explicamos en los caps. XIII, “La tutela judicial,” § 8.3, “En los tribunales contencioso administrativos provinciales” y XIV, “Problemas de acceso a la justicia” de este vol.

<sup>89</sup> Ampliar *infra*, cap. “El arbitraje administrativo internacional” del t. *Hacia el derecho administrativo global*. Ver también *Introducción al Derecho*, edición como e-book en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com), cap. IX, “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional.”

arbitraje internacional independiente en materia administrativa.<sup>90</sup> Tratados que, además, dan la cláusula de nación más favorecida al otro país, con el efecto de igualar hacia arriba sus derechos; razón adicional para que los capitales nacionales busquen asociarse con capitales extranjeros.<sup>91</sup>

Desde luego que la categoría del derecho subjetivo es independiente de qué tipo de intereses ampara, sean los de la propiedad, de la libertad política,<sup>92</sup> o de la libertad de la necesidad. Estos intereses tienen respectivamente tutela prioritaria en un sistema liberal tradicional (la propiedad, aunque ya vimos la excepción del amparo y en general el problema del déficit de acceso a una justicia pronta y efectiva), en un Estado Social de Derecho o Estado de Bienestar,<sup>93</sup> o, en algún Estado socialista, se establece una preferencia por satisfacer algunas necesidades pero sacrificando las libertades.

Al margen del régimen económico y social existen una serie de conductas que se presentan en todo sistema como categoría de derechos subjetivos tutelados por el ordenamiento jurídico: Nexos obligacionales de derecho público y privado, derechos reales públicos o privados, derechos relativos a las relaciones familiares, pretensiones jurídicas en general.<sup>94</sup>

#### 4. *El derecho subjetivo como interés exclusivo y excluyente y la pluralidad de pretensiones*

En suma y siguiendo la doctrina alemana, se ha impuesto la noción de que la nota diferenciadora del derecho subjetivo es su individualidad, exclusividad: La pretensión es *uti singuli* para una o más personas, pero una para cada una de ellas. Sin embargo, el derecho de incidencia colectiva puede comprender tanto intereses legítimos como derechos subjetivos y ahí hace crisis la añeja distinción. No cabe confundir el derecho de incidencia colectiva con el interés simple de la comunidad entera, como se encargó de remarcarlo la Corte Suprema, más como excusa que como argumento real.<sup>95</sup> El derecho de incidencia colectiva es una categoría más amplia que el derecho subjetivo y el interés legítimo, pero no tanto como el interés simple. Así en el caso de una acción iniciada para la tutela del medio ambiente, es claro que el vecino del lugar en que el medio ambiente se encuentra amenazado o deteriorado, tiene una pretensión singular e individual, el resguardo

<sup>90</sup> Como explicamos en el cap. "El arbitraje administrativo internacional," del t. *Hacia el derecho administrativo global*.

<sup>91</sup> *Infra*, cap. XX, "La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y licenciatarios."

<sup>92</sup> Es decir, las garantías políticas de la libertad frente al poder público.

<sup>93</sup> Segundo y tercer caso, con las limitaciones que explicamos en el cap. IV, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio" del t. 1, actualmente en el t. 7, cap. VIII. Ver el impactante trabajo colectivo de MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO y otros, *Las estructuras de bienestar en Europa*, Madrid, Escuela Libre Editorial y Civitas, 2000, esp. cap. IV, pp. 305-407.

<sup>94</sup> LAQUIS, SIPERMAN y GROISMAN, *op. cit.*, p. 257.

<sup>95</sup> En *Consumidores Libres, Fallos*, 321-1: 1352, año 1998, cons. 10 y 11, *DJ*, 1998-2, 820.

de su propia salud, que queda comprendido en la acción principal. Pero también estará el interés legítimo y el derecho de incidencia colectiva de quienes aún sin ser vecinos transitan por ese lugar o viven próximos a él, o se trata de personas que se dedican a ese tema y tienen por ende un interés moral en que en el lugar haya un medio ambiente sano. Y están todos los afectados actuales o potenciales que tienen también derecho de incidencia colectiva a cuestionarlo judicialmente, siempre que logren diferenciarse del total de la comunidad nacional. Con ello, la cuestión del interés simple del resto de la comunidad nacional a que todo el país tenga un medio ambiente sano y que nadie lo degrade irrazonablemente es menos acuciante y la tutela judicial de que carece no es ya preocupante. Hay más medios de tutela efectiva al alcance de otras personas afectadas directamente, en forma actual o potencial y asociaciones, a más del Defensor del Pueblo. También es de menor interés, por todo ello, la cuestión del interés legítimo, superado por el derecho de incidencia colectiva. Del mismo modo, una asociación creada para la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores tiene legitimación para defender judicialmente tales derechos subjetivos. Ha dicho la Sala IV<sup>96</sup> que “en la medida en que la asociación demandante actúa en los términos de su estatuto, en representación de los intereses comunes de los consumidores, cuestionando la legitimidad un régimen que los afectaría, no resulta inadmisibles la legitimación que invoca.” La solución distinta de la CSJN, en ese caso, no alteró una conclusión manifiesta; pues la mayoría del tribunal cuidó de precisar que no había demostrado ese interés diferencial, no que no lo tuviera.<sup>97</sup> En el caso, la pretensión procesal se declara admisible “sin perjuicio de lo que pueda decidirse sobre el fondo al momento de dictarse la sentencia definitiva.”

En tal caso se suman el derecho de incidencia colectiva que ejerce la asociación y los derechos subjetivos de los usuarios potencialmente beneficiados con la devolución de las tarifas cobradas en exceso de un límite razonable.<sup>98</sup>

<sup>96</sup> Sala IV, *Consumidores Libres c. Telefónica de Argentina y otro*, 17-X-97, considerando X, LL, 1997-F, 273, año 1997; en contra, pero por los motivos que damos en el texto, CSJN, *Consumidores Libres* del 7-V-98, cons. 10 y 11, DJ, 1998-2, 820. Conf. los casos relatados *infra*, § 6.7 a 6.10.

<sup>97</sup> Estas y otras vacilaciones jurisprudenciales, inspiradas en el propósito de “alejar el fantasma de las acciones populares” o de clase, no parecen advertir que es una forma de ahorrar tiempo y usar eficientemente los dineros públicos del Poder Judicial, y que no es una *imposición* al Poder Judicial, sino una potestad que éste puede ejercer con la misma prudencia que el pretor romano. Pedir miles de juicios cuando *uno* puede alcanzar equivale al *hara-kiri* jurisdiccional. Para un panorama ver CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, “La legitimación de los ciudadanos para accionar judicialmente en defensa de los intereses generales – Una perspectiva del modelo norteamericano y su relación con el argentino,” ED, 185: 805; SÁENZ, JUAN IGNACIO, “Legitimación del ciudadano, el elector y el contribuyente. La legalidad objetivo como bien colectivo,” en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 95-129. Ver BIANCHI, “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala,” RAP, Buenos Aires, 1998, 235: 13; OWEN, FISS, “La teoría de las acciones de clase,” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año I, N° 1, abril de 1996, p. 5.

<sup>98</sup> Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. XI, § 6.4 y el art. “Las ganancias sin límite objetivo alguno,” en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, p. 138 y ss., § 60 y nota 60.1, nota a *Telecomunicaciones Internacionales de Argentina S.A. y otros c. Comisión Nacional de Telecomunicaciones*, LL, 1997-

### 5. *El interés legítimo, derecho subjetivo y derecho de incidencia colectiva*

El interés legítimo era la exigibilidad *concurrente*, compartida en forma inescindible entre varias personas, de que la administración no exceda sus facultades regladas ni dicte actos en abuso de sus facultades discrecionales; lo que tipificaba el interés legítimo era la *concurrentia inseparable* de varias personas en la pretensión, a diferencia de las situaciones en que la pretensión pueda individualizarse en forma exclusiva en cabeza de una sola persona.

Según la forma tradicional de entender el tema era necesario además que el recurrente o reclamante tuviera un interés personal y directo en la revocación o anulación que pidiera (dicho de otra forma, que el acto atacado lo afectara a él directa y personalmente.) Como se advierte, es una repetición del requisito del interés en el derecho subjetivo, que ha quedado limitado a una mera fórmula verbal, porque no siempre hay ni se tutela el interés de la persona que tiene un derecho subjetivo. Algo parecido ocurrirá con la percepción del interés legítimo, no bien se advierta que en realidad el derecho de incidencia colectiva garantizado constitucionalmente es una concepción procesalmente superadora de las dos anteriores, tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo. Este requisito del interés en el interés legítimo se entendía a veces sólo con sentido patrimonial,<sup>99</sup> pero podía ser suficiente un interés moral.<sup>100</sup>

La jurisprudencia en materia de derechos subjetivos y de incidencia colectiva ha dado un paso mayor, reconociendo legitimación para demandar —en la especie, la inconstitucionalidad de una tarifa— a un usuario no ya actual sino potencial del servicio: “basta con que el actor esté domiciliado en esta ciudad y su lugar de trabajo se encuentra también en ella para que pueda ser usuario, aunque sea potencial, del servicio de subterráneos. Ello le alcanza para demostrar su calidad de afectado.”<sup>101</sup> Pero no ha de olvidarse la necesidad de marcar la diferencia con el interés simple de la comunidad entera, para no caer en la objeción de la CSJN *in re Consumidores Libres* del 7-V-98.<sup>102</sup> Y traer siempre un afectado directo a cualquier litis, para prevenir traspiés ulteriores, es prudencia de abogado litigante. Si el titular de un derecho de incidencia colectiva tiene tutela judicial, no puede

C, 320, año 1997. Allí dos votos recordaron “el derecho de las empresas prestadoras del servicio público de telefonía al mantenimiento de tarifas acordes con los costos de prestación, incluidas las inversiones, *mas la utilidad justa y razonable que constituye su retribución; pues no es admisible sostener que les asista el derecho a obtener ganancias sin límite objetivo alguno* (doctrina de Fallos, 231: 311; 258: 322, consid. 6°; y 262: 555, consid. 10.)”

<sup>99</sup> “Material,” según la jurisprudencia francesa.

<sup>100</sup> BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. V, Buenos Aires, La Ley, 1966, 6ª ed., p. 155 y nota 31. Con anterioridad, BERTHÉLEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, París, 1923, 10ª ed., p. 993. La jurisprudencia francesa es uniforme: cap. IV, § 18 y 19.

<sup>101</sup> *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, CNFed. CA, Sala IV, LL, 1997-E, 535, año 1997. Este fallo fue revocado, rechazándose el amparo, pero sin cuestionar la legitimación, por sentencia de la CSJN, LL, 2000-A, 179.

<sup>102</sup> *Fallos*, 321-1: 1352, año 1998; *DJ*, 1998-2, 820. Pero el avance posterior ha sido irrefrenable.

la administración denegársela: Todos los entes reguladores tienen un sistema de reclamos referidos a cuestiones que afectan a los usuarios.

El viejo interés legítimo que se podía reclamar siempre en sede administrativa, es decir, ante la propia administración, pero cuya protección era mayor y más significativa cuando existiera también una acción judicial creada o admitida para su defensa (acción de nulidad; recurso o acción de ilegitimidad, etc.), ha quedado subsumido en el derecho de incidencia colectiva. El derecho subjetivo, la pretensión individual, exclusiva y excluyente, tiene desde siempre tanto tutela en sede administrativa como judicial y puede dar lugar a reparaciones pecuniarias. El interés simple no tiene tutela judicial ni tampoco administrativa, salvo para la presentación de denuncias, que ahora es obligación resolver a tenor del decreto 229/00. En ello el derecho subjetivo es igual al derecho de incidencia colectiva y distinto del interés simple. Tarifas cobradas de más que se devuelven a *todos* y *cada uno* de los usuarios; multas globales por incumplimiento, aplicadas al licenciatario o concesionario por el ente regulador, que se acreditan a todos y cada uno de los usuarios (pero no a la colectividad entera), en las siguientes facturaciones *individuales*; efectos de la sentencia anulatoria de *un acto general que también produce efectos particulares*—los casos *Blas*,<sup>103</sup> *Barsanti*<sup>104</sup> y su precedente *Monges*—,<sup>105</sup> etc.<sup>106</sup> Podemos continuar con ejemplos: Arts. de un pliego que se anulan a pedido de quien resulta discriminado por ello y que se anulan con efectos para todos los posibles interesados.<sup>107</sup> Las viejas categorías han perdido fuerza ante la creación superadora del texto constitucional, que al autorizar la defensa judicial del derecho de incidencia colectiva comprende tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos y difusos o colectivos.<sup>108</sup> Pueden defenderse simultáneamente. La sentencia tendrá efectos individuales en los demás casos iguales al que motivó la acción. (*Labatón*,<sup>109</sup> *Viceconte*,<sup>110</sup> *Verbrugge*,<sup>111</sup> etc.) También se puede defender únicamente el derecho de incidencia colectiva a la vigencia del principio de legalidad, cuando los hechos del caso lo justifican.<sup>112</sup>

<sup>103</sup> CNFed. CA, Sala I, *LL*, 1998-A, 288, año 1997.

<sup>104</sup> CNFed. CA, Sala I, *LL*, 1998-A, 293, año 1997.

<sup>105</sup> CSJN, *ED*, 173: 272; *LL*, 1997-C, 150; CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Acerca de la eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos,” *ED*, 185: 703.

<sup>106</sup> Otros casos *infra*, § 6.7 a 6.10.

<sup>107</sup> Cám. Fed. de Mar del Plata, *Compagnie Générale d’Entreprises Automobiles*, 2-III-2000.

<sup>108</sup> Ver la clasificación superadora de la CSJN en *Halabi*, *Fallos*, 332: 111, 2009.

<sup>109</sup> Sala V, *LL*, 1998-F, 346, año 1996. Ampliar *infra*, § 6.7 a 6.9. Ver GULLCO, *op. loc. cit.*

<sup>110</sup> Sala IV, *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305, año 1998, firme por haberse rechazado la queja.

<sup>111</sup> Sala I, *LL*, *SJDA*, 3-IV-2000, p. 38 y ss.; *ED*, 185: 995. *Infra*, § 6.7 “El caso de los medidores de agua,” 6.8 “El caso de los profesionales monotributistas,” 6.9 “El caso de los contribuyentes monotributistas.”

<sup>112</sup> *Gambier c. Poder Ejecutivo Nacional (Gambier II)*, Sala II, *LL*, 1999-E, 624 (disposición de fondos públicos para propaganda política); *Gambier c. M° de E.O. y S.P. (Gambier I)*, Sala II, (defensa del patrimonio cultural en el Teatro Odeón.) Allí quedó reconocida su legitimación judicial “invocando su condición de vecino de la Ciudad de Buenos Aires y ciudadano argentino.” En cambio, la solución tradicional primó en *G.B.*, Sala III, *LL*, 1999-C, 254, año 1998, con nota de JIMÉNEZ, EDUARDO PA-

Es lo que se ha visto en los fallos recientes y es tanto una solución lógica a los problemas de abarrotamiento jurisdiccional como un razonable cumplimiento del nuevo precepto constitucional, que puede tanto ejercerse por la vía del juicio de amparo, como por juicio ordinario, sumario o sumarísimo de conocimiento, por la acción declarativa, el amparo contra particulares.<sup>113</sup> Si la ley prevé un recurso directo ante la Cámara, allí puede defenderse un derecho de incidencia colectiva y derechos de usuarios y consumidores (Sala IV, *ADECUA c/ENARGAS*,<sup>114</sup> 1998) u otros derechos de los administrados (los citados *Blas* y *Barsanti*, Sala I, 1997 y *Halabi* CSJN, 2009).<sup>115</sup> Esta inclusión de los derechos subjetivos e intereses legítimos y derechos difusos dentro de las acciones de incidencia colectiva plantea dudas procesales y de fondo. En cuanto a las primeras, demandada la administración o la concesionaria o licenciataria, ellas pedirán la citación de los terceros que consideren pueden sostener derechos similares a los propios y en su caso habrán de unificar personería.

En tal sentido es de interés procesal (además del derecho de fondo) el caso *Impsat S.A. c. Estado Nacional s/ amparo* en el que se cuestionaba la res. 100 del Ministerio de Economía, que postulaba permitir a las licenciatarias telefónicas el empleo de su poder monopólico para la prestación de actividades en libre competencia. Se sostenía, acertadamente, que dichas actividades les estaban vedadas por el pliego y los principios restrictivos de todo monopolio, incluso de hecho. La administración perdió el amparo en primera instancia el 21-XI-95.

BLO, “El alcance de la legitimación para interponer acción de amparo en calidad de ciudadano de la República. Acerca de otro nuevo retroceso con grave perjuicio al interés social.” En *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, “Civismo y amparo...,” *op. cit.*, se destacó que era jubilada. De todos modos, es también ejercicio del derecho a la vigencia del principio de legalidad objetiva: Ver *infra*, cap IX, p. 9, § 9.3, “El principio de la legalidad objetiva o principio supremo de razonabilidad y justicia.” En igual sentido BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino*, t. I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 788. En la misma línea, la disidencia temprana de FAYT en *Polino* (cons. 11), *LL*, 1994-C, 294. Ver el fallo de la CSJN en el caso *Asociación Derechos Civiles c/ EN- PAMI (Decreto 1172/2003) s/ amparo Ley 16.986* del 4-XII-12, en el cual la Corte confirmó la sentencia que había ordenado al PAMI informar sobre el presupuesto de la entidad en materia de publicidad oficial. Ampliar en GUSMAN, ALFREDO SILVERIO, “El fallo «A.D.C.» Acertada extensión de los obligados a brindar información pública,” en CASSAGNE (dir), t. I, *op. cit.*, pp. 771-794.

<sup>113</sup> La CSJN admite la acción declarativa de inconstitucionalidad para el derecho de incidencia colectiva en *AGUEERA*, *LL*, 1997-C, 322, año 1997; su defensa en juicio ordinario y sumarísimo se reconoció en *Consumidores Libres*, Sala IV, 17-X-97, *LL*, 1997-F, 273; *Fernández*, Sala IV, *LL*, 1997-E, 535, (la CSJN rechazó el amparo en cuanto al fondo, pero sin cuestionar la legitimación: *LL*, 2000-A, 179, año 1997), *Labatón*, *LL*, 1998-F, 346, año 1996, Sala V; *Dalbon*, *LL*, 1997-F, 291, año 1999; *Verbrugghe*, Sala I, *ED*, 185: 995, y más recientemente en *Halabi*, *Fallos*, 332: 111, 2009, por el que se fijan las pautas de la denominada “acción colectiva, en el marco de una acción de amparo,” ver nota a fallo de GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?,” *LL*, 2009-B, 186; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso «Halabi»,” *LL*, 2009-B, 565. Ampliar en nota 39.

<sup>114</sup> Sala IV, *LL*, 1998-F, 339; CSJN, *Halabi*, *Fallos*, 332: 111, 2009.

<sup>115</sup> Respectivamente, *LL*, 1998-A, 288 y 293, y H-270-XLII.

Entonces pidió la citación de las licenciatarias. En su virtud la Sala IV anuló el 21-XII-95 la tramitación en primera instancia del amparo ganado por la actora sin intervención de las licenciatarias. Pero en el nuevo amparo, con citación de tales terceros, otro juez de primera instancia hizo también lugar a la acción, el 27 de mayo de 1996. La Cámara lo confirmó el 23-XII-96.<sup>116</sup> En éste las licenciatarias pidieron la citación de innúmeros terceros con potenciales intereses similares a los propios, a lo que la Sala IV sensatamente no hizo lugar.<sup>117</sup> La parte actora y la parte demandada son objetivamente las primeras interesadas en traer a juicio oportunamente a aquellos que puedan tener interés en la causa y efectuar un aporte útil; y será la justicia la que en su caso deberá limitar tal participación a la que fuere útil al pleito, si se trata de un mero intento obstruccionista, como era manifiesto en ese caso. Si se iniciaran diversas acciones análogas ante distintos tribunales y recayeran pronunciamientos diversos, corresponderá un plenario por interposición del recurso de inaplicabilidad de la ley. De todas maneras, nada impide que en las distintas jurisdicciones del país se presenten decisiones contrapuestas que no siempre se resuelven en una instancia superior, como es el caso del rechazo *in limine litis* de las acciones de amparo, que se efectúa o no dependiendo de qué tribunal intervenga y queda sin reparación ni solución alguna cuando el tribunal de alzada mantiene el rechazo liminar del amparo en primera instancia.

En cuanto a la sentencia, dependerá de su contenido: Si condena a la administración a construir rampas para discapacitados, como en el caso *Labatón*<sup>118</sup> o su símil *Verbrughe*,<sup>119</sup> tanto la sentencia como su ejecución benefician indiscriminadamente a todos quienes se encuentren en similar situación; si se condena a retirar carteles que constituyen un peligro para el tránsito vehicular (*Dalbon*),<sup>120</sup> también. En tales supuestos la misma conducta administrativa satisface tanto el derecho de incidencia colectiva como el derecho subjetivo e intereses legítimos que puedan estar en juego. Con ello la distinción deviene abstracta. Si la justicia condena a las licenciatarias a devolver lo cobrado en exceso de una ganancia razonable,<sup>121</sup> serán posiblemente las licenciatarias que deberán presentar un proyecto de distribución de tales montos en forma proporcional a las tarifas de los usuarios y el tribunal en su caso la aprobará o modificará. Si se trata de una acción de clase para la indemnización de algún daño que afecta a muchas personas individuales que no han sido partes en el pleito, la práctica del derecho nortea-

<sup>116</sup> *Impsat S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, LL*, 1998-A, 246.

<sup>117</sup> CNFed. CA, Sala IV, publicados en *LL*, 1998-A, 246, año 1995, con nota de AGUIAR, HENOCH D., "Monopolio telefónico y servicios en competencia," *LL*, 1998-A, 239. Ver otros pronunciamientos en los § 6.7 a 6.9.

<sup>118</sup> *LL*, 1998-F, 346, año 1996. Ver GULLCO, *op. loc. cit.*

<sup>119</sup> *LL*, 2000-B, 311; *ED*, 185: 995.

<sup>120</sup> *LL*, 1997-F, 291.

<sup>121</sup> *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Serv. c. Telefónica de Argentina y otro s/ amp. proc. sumarísimo*, CNFed. CA, Sala IV, *LL*, 1997-F, 273.

americano resulta aplicable. Los abogados de la causa efectúan publicaciones para citar a todos los eventuales interesados, reciben sus reclamos, los procesan en cuanto auxiliares de la justicia y someten al tribunal una propuesta de ejecución de la sentencia distribuyendo en forma proporcional la indemnización obtenida.<sup>122</sup> Algunas reparaciones a veces las ordena la autoridad de contralor y en tal caso se trasladan a los usuarios a través de descuentos en las tarifas fijadas; si la autoridad de contralor no lo hace, cabe entonces la intervención judicial.

## 6. Casos

### 6.1. *Pluralidad de pretensiones en las tarifas de servicios públicos y derecho a la salud*

Hay derecho subjetivo cuando la administración debe una conducta positiva o negativa en forma exclusiva a un individuo, pero también se dan otras situaciones en que los derechos individuales se suman a derechos de incidencia colectiva. Tal es el caso de los servicios públicos y las tarifas que los usuarios pagan por ellos, como los peajes de las concesiones de obra pública. Cada usuario tiene en juego su derecho de propiedad a una tarifa justa y razonable, sin incrementos carentes de sustento legal, sin sobrefacturaciones, sin inversiones falsas o infladas por encima de los precios de mercado para justificar mayor peaje o tarifa, etc. y ese derecho subjetivo existe sin perjuicio del concurrente derecho de incidencia colectiva.<sup>123</sup> Lo mismo ocurre con el derecho subjetivo a la existencia de un medio ambiente sano y sin peligros irrazonables a la salud o la vida de las personas,<sup>124</sup> que se suma al igual derecho de incidencia colectiva. Igual solución se aplica cuando un contrato tiene una cláusula indemnizatoria desproporcionada que afecta a los destinatarios del servicio al detraerles sin causa una parte sustancial de los

<sup>122</sup> P. ej. *La Nación*, 17-XI-97, p. 21, “Notificación del arreglo propuesto sobre el litigio entablado en representación de un grupo y de la audiencia del acuerdo final” y en [www.kinsella.com/broin](http://www.kinsella.com/broin), con la indemnización por enfermedades producidas “por la exposición al humo producido por otros fumadores de cigarrillos en las cabinas de aeronaves.”

<sup>123</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Consumidores Libres, LL*, 1997-F, 273, cons. X; *Fernández, LL*, 1997-E, 535, revocado en cuanto al fondo por la CSJN, que rechaza el amparo, pero no cuestiona la legitimación, *LL*, 2000-A, 179, año 1997. Ampliar *infra*, § 6.9. Ahora bien, resulta verdaderamente paradójico que a partir de la hecatombe del 2002 no se volvieron a aumentar las tarifas y se pasara a un sistema de subsidios que implica subvencionar no solamente a los carenciados sino también a los no carenciados. A partir del 2008 se comienzan a renegociar tarifas y subsidios, pero el sistema sigue. Sería interesante que algún usuario de escasos recursos cuestionara judicialmente ese sistema de subsidios que incluye a los ya incluidos en el sistema social y económico y tiene además el conocido efecto de la corrupción que supone, en nuestro país. Injusticia social, dilapidación de fondos públicos, corrupción, debieran hacer intervenir a la justicia para corregir estos dislates nuevos de la administración. Sobre las disfuncionalidades del sistema energético argentino, ver el análisis jurisprudencial de SACRISTÁN, ESTELA B., “Un costoso régimen para garantizar el suministro de energía (en torno a la res. SE 1281/2006),” *RDA*, 2011, n° 75, pp. 201-216; DURAND, JULIO C. y PERRINO, PABLO ESTEBAN, “Las tarifas de los servicios públicos,” *LL*, 2009-E, 862.

<sup>124</sup> Ampliar en *Derechos Humanos, op. cit.*, caps. IV y V y *supra*, cap. II, nota 3.1.

fondos públicos afectados a tal fin.<sup>125</sup> Es el sistema de unidad de acción y pluralidad de pretensiones, de las provincias de Formosa, Buenos Aires<sup>126</sup> y la CABA.<sup>127</sup>

## 6.2. *El ejercicio de la profesión de abogado*

El abogado en ejercicio de su profesión tiene derecho a que se respete su dignidad profesional, el libre ejercicio de la profesión, la inviolabilidad del ejercicio profesional, etc. Tales derechos subjetivos dan lugar a la acción pública del C.P.A.C.F., ley 23.187, arts. 20 inc. c) y 21 inc. j), como derechos de incidencia colectiva. Con el correr del tiempo y el progreso jurídico tales supuestos han ido en incremento<sup>128</sup> y seguramente continuarán, como lo demuestra la CSJN in re *Halabi* en el año 2009, *PADEC* en el 2013 y *Unión de Usuarios y Consumidores* en el 2014. En las acciones por derechos de incidencia colectiva será necesario —para cumplir con el precepto constitucional— sea anular reglamentos,<sup>129</sup> modificar o sustituir actos, ordenar prestaciones, recomponer contratos *inter alios* eliminando cláusulas nulas (*Torello*),<sup>130</sup> ordenar conductas (*Viceconte*,<sup>131</sup> *Labatón*,<sup>132</sup> *Dalbon*,<sup>133</sup> *Ekmekdjian*,<sup>134</sup> *Verbrugge*,<sup>135</sup> etc.), prohibirlas con efectos *erga omnes*,<sup>136</sup> anular genéricamente normas tributarias,<sup>137</sup> etc. Ello también terminará la reticencia a modificar o sustituir la voluntad administrativa. En los actos del C.P.A.C.F.,

<sup>125</sup> Sala II, *Torello*, LL, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, “Civismo y amparo...,” *op. cit.*

<sup>126</sup> Hubo problemas iniciales: ver nuestro art. “Administrar sin justicia,” *RAP Provincia de Buenos Aires*, 1-1: 11-25 (2003); POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, cap. 4, “La favola della Girafa Azzurra,” pp. 127-35; El mismo resultado por la aplicación del art. 43 de la Constitución nacional (nuestro art. “Un *leading case* provincial en que el derecho no cae en vorágine,” LL, 2002-B, 344.) Lo produjeron los conjuces: ORTIZ, RICARDO MIGUEL, “Los abogados en la emergencia: la Corte de Conjuces” en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp.180-197.

<sup>127</sup> También ley 184, Ciudad de Buenos Aires.

<sup>128</sup> Ver el fallo que comenta RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “Leyes secretas. ¿Antagónicas con un estado de Derecho?,” LL, 2005-D, 481, donde se admitió la legitimación del letrado y del Colegio Público; a mayor abundamiento también se le reconoció legitimación en carácter de ciudadano. Se admitió igualmente la legitimación del Colegio en la causa 6128/96, *Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Sec. de Estado y Rel. de la Com. (Dir. Nac. de Migraciones) s/ amparo ley 16.986*, 17 de abril de 1997, Sala III; a su vez en la causa 30.710, se admitió al *Centro Despachantes de Aduana c/ P.E.N. —Dto.1160/96 s/ amparo Ley 16.986*, 11-IV-97, Sala III.

<sup>129</sup> CSJN, *Monges*, ED, 173: 272; LL, 1997-C, 150; CASSAGNE, ED, 180: 773 y 181: 942.

<sup>130</sup> Sala II, *Torello*, LL, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, “Civismo y amparo...,” *op. cit.*

<sup>131</sup> Sala IV, *Viceconte*, LL, 1998-F, 305, año 1998, firme por haberse rechazado la queja.

<sup>132</sup> Sala V, *Labatón*, LL, 1998-F, 346, año 1996. Ver GULLCO, *op. loc. cit.*

<sup>133</sup> *Dalbon*, LL, 1997-F, 291, año 1996.

<sup>134</sup> CSJN, *Ekmekdjian*, Fallos, 308: 647; LL, 1992-C, 543; ED, 148: 354.

<sup>135</sup> Sala I, *Verbrugge*, ED, 185: 995.

<sup>136</sup> Un importante caso de prohibición de innovar a favor de la actora “y del resto de los usuarios del servicio público en cuestión” en *Manetti*, *infra*, § 6.7; *Defensor del Pueblo de la Nación*, Sala de feria, *RAP*, 210: 171, Buenos Aires, 1996. Ver UGOLINI, DANIELA, “El consumo de agua y la facturación del servicio en los consorcios de propietarios,” LL, 1996-C, 403.

<sup>137</sup> Los casos reseñados *infra*, § 6.8 y 6.9.

que son administrativos,<sup>138</sup> se admite que la justicia sustituya el acto inválido por uno nuevo a su juicio válido.<sup>139</sup> Hay otros ejemplos.<sup>140</sup> Finalmente, merece destacarse el trascendente caso *Rizzo*,<sup>141</sup> por el cual un abogado invocando solamente su condición de miembro de la matrícula federal y apoderado de una de las listas de abogados que iba a participar en la elección de los integrantes del Consejo de la Magistratura en representación de los letrados, logró que el Alto Tribunal declarase la inconstitucionalidad de la ley 26.855 que reformaba la forma de selección de los integrantes de dicho cuerpo constitucional. El fallo, en cuanto al fondo, es parte indispensable de la formación e información jurídica de todo profesional del derecho.

### 6.3. *El caso de los carteles y la seguridad vial*

En el caso *Dalbon*<sup>142</sup> se aceptó la legitimación activa del peticionante, que había invocado pero no se le tuvo por probada la representación de *Favat, Familiares y Víctimas de Accidentes de Tránsito*. Se condenó a la Ciudad de Buenos Aires a “regularizar” en 180 días la situación de los carteles publicitarios emplazados sobre la avenida Lugones. Pues cabe postular la existencia de un derecho subjetivo a la seguridad del tránsito, que en las actuales condiciones es también una derivación razonada del derecho a la vida. Es el derecho a utilizar una vía dotada de condiciones razonables de seguridad, de modo tal que razonablemente no ponga en peligro la vida de quienes la usan de modo normal, máxime teniendo en cuenta la intolerable tasa de mortandad en accidentes viales que registra el país.<sup>143</sup>

La eventual legitimación de la entidad no gubernamental lo hubiera sido por un derecho de incidencia colectiva; la efectivamente admitida del presentante constituyó el ejercicio no solamente de un derecho subjetivo a no tener amenazas

<sup>138</sup> Causa 19.045/96, *Fernández Duque c/ C.P.A.C.F.*, 5 de agosto de 1997, Sala II.

<sup>139</sup> Sala III, *Grittini, LL*, 1998-C, 338; *Cochlar Oscar Osvaldo c/ C.P.A.C.F.* (27-V-97); Sala II, *Asquini, Alejandro Daniel c/ C.P.A.C.F.*, causa 17.497/98, 20-V-99.

<sup>140</sup> Otros casos en el t. 3, *El acto administrativo, op. cit.*, “Introducción,” § 8.2.

<sup>141</sup> CSJN, *Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar*, 11-VI-13. Comparar con el restrictivo alcance de la legitimación que le otorga la Procuradora General de la Nación a la parte actora. Ver GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Las inconstitucionalidades de la ley del Consejo de la Magistratura. Una sentencia crucial,” *LL*, 2013-D, 46; BIANCHI, ALBERTO, “Crónica de una inconstitucionalidad manifiesta,” *LL*, 2013-D, 26; JUNYENT BAS, FRANCISCO, “Vigencia de la República e independencia del Poder Judicial,” *LL*, 2013-D, 251; DRUCAROFF AGUIAR, ALEJANDRO, “Cuestiones pendientes de debate en torno al fallo «Rizzo» y sus efectos,” *LL*, 24/VII/13.

<sup>142</sup> *Dalbon, LL*, 1997-F, 291, año 1996.

<sup>143</sup> Por eso nos parece que la opinión pública se expresa un poco livianamente cuando critica los proyectos de obras destinadas a aliviar el tránsito en la Ciudad de Buenos Aires, si es que al mismo las autoridades públicas hacen lo posible en el ámbito local por mejorar el sistema de transporte público; y hace mal la opinión pública en no criticar a la Nación por negarle a la CABA la autorización para endeudarse en la construcción de más subterráneos. Eso conspira literalmente contra la vida de las personas, en materia de muertes por accidentes de tránsito que un mejor sistema de subterráneos contribuiría a reducir, y es por lo tanto una política regresiva.

ilegales a la salud y la vida misma, sino también, en definitiva, a un derecho de incidencia colectiva.<sup>144</sup> Esto hubiera sido impensable antes de la reforma constitucional, pero durante 1997 todos los tribunales han tenido la misma inteligente actitud superadora de la vieja tripartición derecho subjetivo — interés legítimo — interés simple; claro que recordando, como lo hizo en forma teóricamente correcta aunque incorrecta o al menos harto dudosa aplicación al caso, la CSJN *in re Consumidores Libres* del 7-V-98, ya citado, por el tema de la intervención por el P. E. a la CNT (Comisión Nacional de Telecomunicaciones, que había actuado en forma independiente y objetivamente correcta). Así como antes de ahora se había negado legitimación a legisladores para pedir determinadas cuestiones tipificables como derechos de incidencia colectiva (p. ej., las demoradas elecciones locales por parte del gobierno nacional), durante el curso de 1997 la tesitura se modificó en primera y segunda instancia, muy claramente en el caso de los amparos de legisladores con motivo de la proyectada privatización de los aeropuertos sin ley que la autorizara, ni marco legal que la rigiera, ni ente regulador. Ese y otros precedentes abrieron el camino que se confirmó en *Youssefian* en la sala IV, en noviembre de 1997<sup>145</sup> y que la CSJN, con inexistente credibilidad, restringió nuevamente en sus fallos de 1998 “destrabando” la acción del gobierno de los pruritos de la justicia, en una circunstancia histórica que parece de difícil repetición (intervención a la CNT, reestructuración tarifaria telefónica, aeropuertos), pero que se repite. El cuidado de traer un afectado directo, con todo, no habrá que perderlo, hasta que el derecho se afirme.

<sup>144</sup> *Infra*, cap. XX, § 3.3. Es el derecho subjetivo a la legalidad: *Gambier II*, *LL*, 1999-E, 624; al uso de un tren sin obstáculos, *Verbrugge*, *ED*, 185: 995; o el derecho subjetivo y colectivo a la salud, *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305; *Asociación Benghalensis*, Sala I; el derecho a la no corrupción: CARELLO, LUIS ARMANDO, “La Convención Interamericana contra la Corrupción y el «derecho a la no corrupción»,” en DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *50 años de Derechos Humanos*, Santa Fe, 1998, p. 25 y ss.; BIANCHI, *Las acciones...*, *op. cit.* La CSJN señaló que en la libertad de prensa confluyen un derecho individual y otro colectivo (*La Prensa*, *LL*, 1987-D, 592); es el derecho al uso legítimo de los fondos públicos, *Torello*, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, “Civismo y amparo...,” *op. cit.*; CNFed CA, Sala IV, *Rojas*, con nuestra nota “La Justicia apunta al despilfarro público,” *LL*, 2003-E, 313, año 2002 y JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “La reducción de gastos en el empleo público, mediante la reducción de salarios, en el marco de la emergencia (Reflexiones en torno de la doctrina en «Rojas»),” en ZAYAT, VALERIA E. (dir.), *El derecho administrativo de la emergencia*, V, Buenos Aires, FDA, 2006, pp. 250-258. Lamentablemente, no ha habido acciones de clase para terminar con el ruinoso y corrupto sistema de subvenciones y subsidios, que además contraviene las leyes económicas más fundamentales, provocando mayor fuga de capitales e inversiones de argentinos en países con mayor honestidad, como es el caso de Uruguay. Como se ha dicho allí con sorna, el Uruguay tiene una deuda con el gobierno argentino por las inversiones que fueron al Uruguay ante las destructivas políticas económicas argentinas; SCJBA, *Flores*, con nuestra nota “La sociedad civil vs. el poder político,” *LL*, *SJDA*, agosto de 2003. Ver D’ ARGENIO, INÉS, *La Administración Pública. Crisis del sistema autoritario*, La Plata, Platense, 2012, esp. p. 327 y ss. Ver también nuestro art. “Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality,” GORDON ANTHONY, JEAN-BERNARD AUBY, JOHN MORISON y TOM ZWART (editores), *Values in global administrative law*, Oxford (UK) y Portland, Oregon (USA), Hart, 2011, pp. 363-372, <http://gordillo.com/articulos/art4.pdf>, reproducido en el t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*.

<sup>145</sup> *LL*, 1997-F, 270.

#### 6.4. *El caso de las rampas para discapacitados*

Cuando la administración no cumple lo determinado por la ley, sin dictar un acto en tal sentido, el recurso de anulación no siempre sirve para proteger el interés legítimo. Pero si se considera que en realidad se suman en la especie tanto un derecho de incidencia colectiva como un derecho subjetivo, entonces la solución cambia. Es lo que hizo el juez de 1° instancia y la sala V en el caso *Labatón*,<sup>146</sup> al ordenar a la administración realizar la obra. A pesar de que la administración responsable era el propio Poder Judicial en cabeza de su Corte Suprema, cumplió la orden judicial. Allí también aparece la sumatoria de derechos de incidencia colectiva, intereses legítimos de los discapacitados y derecho subjetivo de la actora por impedírsele de hecho el ejercicio de su profesión de abogada. Igual razonamiento, en lo sustancial, en el caso *Verbrugghe*, fallado por la Sala I.<sup>147</sup> Lo mismo en el caso *Ferreira* resuelto en noviembre de 1997 por la Sala K de la CNCivil, que ordena al Gobierno de la Ciudad publicitar las vacantes para que se puedan postular las personas con capacidades especiales al amparo de las normas que les confieren un cupo. La ley 22.431 obliga a contratar un 4% del personal, el art. 43 de la Constitución local el 5%; dicho sistema de discriminación positiva<sup>148</sup> ha sido admitido de antaño como razonable, más recientemente por la Corte Europea de Justicia en el caso *Helmut Marschall* de 1997. De igual tenor es el caso *Viceconte* fallado en 1998 por la Sala IV,<sup>149</sup> ordenando a la administración cumplir sin dilaciones el programa de producción de la vacuna contra la fiebre hemorrágica, haciendo además responsable de ello a los funcionarios; *Asociación Benghalensis*, proveer de medicamentos a los enfermos de SIDA, Sala I, etc. En criterio similar, el art. 12 inc. 6° del CCA de la Provincia de Buenos Aires autoriza que se condene a la administración a “La realización de una determinada prestación;” en igual sentido el art. 50 inc. 4°; pueden ordenarse medidas cautelares de contenido positivo, art. 22 inc. 3°: “Podrán disponerse medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la parte demandada.”

#### 6.5. *El caso de los bancos de datos y la privacidad*

Otro caso que acumula derechos subjetivos y de incidencia colectiva es el de los bancos de datos, que según la Constitución<sup>150</sup> podemos demandar a fin de que

<sup>146</sup> *Labatón, LL*, 1998-F, 346, año 1996. Ver GULLCO, *op. loc. cit.*

<sup>147</sup> *Verbrugghe*, CNFed. CA, Sala I, *ED*, 185: 995. Ver también *infra*, § 6.7 a 6.9.

<sup>148</sup> Ver respecto de la evolución jurisprudencial norteamericana de las llamadas acciones positivas, SAGÜÉS, MARÍA SOFÍA, “Las acciones de clase en el derecho constitucional argentino” en BIDART CAMPOS y GIL DOMÍNGUEZ (coords.), *A una década de la reforma constitucional. 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 481-504.

<sup>149</sup> *Viceconte, LL*, 1998-F, 305, año 1998, firme por haberse rechazado la queja.

<sup>150</sup> Su fuente son también los tratados de derechos humanos: TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *Garantías fundamentales de los derechos humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 367.

corrijan los datos erróneos o no los divulguen, incluso siendo ciertos. El problema es que además debemos preguntarnos si tienen derecho a acumular datos sobre nuestra persona y todo el mundo, sin autorización nuestra, como de hecho lo hacen. La respuesta es que no. Ello viola el derecho a la privacidad,<sup>151</sup> a la imagen,<sup>152</sup> a la intimidad, a no ser molestado, que es parte de un derecho de señorío o dominio sobre sí mismo, parte de la propiedad, junto al honor<sup>153</sup> y la libertad. Nadie puede privarnos de ellos sin causa, ni dedicarse —con o sin fines de lucro— a juntar tales datos. Si lo hace puede generar tanto el derecho de pedir su supresión o corrección, como exigir reparación por el daño material y/o moral ocasionado.<sup>154</sup>

El art. 43 contempla el *hábeas data* respecto de los bancos de datos privados cuando ellos estén “destinados a proveer informes.” A esta última frase cabe darle el sentido de que se refiere a los que estén destinados, actual o potencialmente, a proveer informes, o simplemente almacenen datos, incluso secretos. En todo caso la cualificación del texto constitucional de “destinados a proveer informes,” se refiere a los bancos de datos privados, no a los estatales o públicos no estatales.<sup>155</sup> Incluye todas las bases de datos institucionales, sean civiles, comerciales, etc., (no las personales que cada una elabore para uso individual y personal en su propia computadora), pero sin distinguir dentro de las institucionales según que estén o no destinadas a proveer informes, o se organicen bajo otra figura. Es necesario desarrollar el principio y darle una extensión más amplia, p. ej. para tutelar el derecho de los clientes de bancos y entidades financieras en general, incluidas las empresas que otorgan tarjetas de crédito,<sup>156</sup> que aunque no estén destinados a dar informes, pueden de hecho darlos a pedido de otras entidades análogas: El particular tiene derecho a saber qué consta sobre él en tales bancos de datos y en su caso a requerir la modificación de los errores que contengan.

<sup>151</sup> BIANCHI, “Hábeas data y derecho a la privacidad,” *ED*, 161: 866. Para un análisis de la cuestión desde el prisma de la intervención administrativa, ver CAPUTI, CLAUDIA, “La protección de los datos personales,” en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2011, pp. 124-138; los capítulos de MARCELA BASTERRA y FLORENCIO TRAVIESO en SABSAY, DANIEL A. (dir.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2010; MORTIER, NATALIA, “La acción de *hábeas data*,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 939-957.

<sup>152</sup> DALLA VIA, ALBERTO R. e IZASCUM BASTERRA, MARCELA, *Hábeas data y otras garantías constitucionales*, Quilmes, Némesis, 1999, pp. 120-5 y sus referencias.

<sup>153</sup> Que por cierto tiene tutela supranacional, como recuerda DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO, *Estudios sobre derechos humanos*, Montevideo, Ingranusi, 1999, p. 65.

<sup>154</sup> Las variantes son muchas, como explicamos *infra*, cap. XIX, § 8.2, “La concatenación o la alternativa de daño material y daño moral. Modos alternativos de reparación.”

<sup>155</sup> Lo primero resulta de *Urteaga*, CSJN, *LL*, 1998-F, 237, 302, año 1998; *ED*, 182: 1202; nota de BIDART CAMPOS, en *LL*, 1999-A, 212; lo segundo de *Ganora*, CSJN, *LL*, 1º-III-2000, con nota de SAGÜÉS. Ver BIANCHI, ALBERTO B., “El *hábeas data* como medio de protección del derecho a la información objetiva en un valioso fallo de la Corte Suprema,” *LL*, 1998-F, 297.

<sup>156</sup> El art. 53 de la ley 25.065 prohíbe a estas entidades dar informe sobre sus deudores, excepto al B.C.R.A y las hace responsables de la información provista en caso de existir errores de cualquier naturaleza en ella.

El más importante banco comercial de datos actual es la empresa “Veraz,” que ya ha sido objeto de litigios por hábeas data con motivo de proveer información errónea, de bancos privados y el B.C.R.A.<sup>157</sup> También es una especie de información errónea aquella que se halla desactualizada.

En algunos casos la jurisprudencia ha exigido además del error la acreditación del daño, lo cual es palmariamente erróneo: Si el daño no se ha acreditado podrá no ser procedente una acción de daños y perjuicios, pero sí procede siempre la rectificación del error.<sup>158</sup>

Este tipo de empresa toma datos de las mesas de entradas de los juzgados, incluso ha dado en algún caso saldos de cuentas corrientes (a los que accede —en violación al secreto bancario— a través de BANELCO, uno de sus socios), con todo lo cual se presta a abusos. Al igual que los medios, no da cuenta luego de cómo termina la causa; es que “se encargan de divulgar indiscriminadamente cuanta acción judicial (y hasta extra judicial) se inicie a persona física o jurídica, sin medir el peso y los alcances que estas «noticias» pueden tener en el circuito comercial,” con lo cual “los límites de lo razonablemente permitido se empiezan a ver ya seriamente afectados.”<sup>159</sup> Es una utilización de la información lesiva al interés público, que viola la privacidad y merece ser descalificada por el derecho. Así como se pone freno al mal uso de la libertad de prensa,<sup>160</sup> así también y con mayor razón debe aplicarse el máximo rigor en tutelar la privacidad frente a una organización comercial.<sup>161</sup> En *Lascano Quintana c. Veraz* la Cámara Nacional Civil, Sala D, ha resuelto —siguiendo el derecho europeo— que una persona es dueña y tiene dominio sobre sus datos, por lo que nadie puede sin su consentimiento expreso recolectar<sup>162</sup> ni menos proporcionar sus datos.<sup>163</sup> Una primera conclusión de esta premisa es que quien de hecho recolecta esos datos no

<sup>157</sup> El B.C.R.A. es líder en la invasión de la privacidad, como que publica ilegalmente en su sitio en Internet los datos de los deudores al sistema financiero, con lo cual con sólo conocer el CUIT de una persona es posible saber cómo está calificado su riesgo crediticio. Es un abuso del B.C.R.A., propio de un país autoritario, que para más se explota comercialmente a través de *Veraz*, agente de esa ilegalidad bancaria. Como se diría en EE.UU., *disclosure*: Estamos bien calificados, pero igual nos parece una ilegal publicación de datos cubiertos por el deber de secreto, confidencialidad y fidelidad bancaria, al menos frente al público en general. Un importante límite a la actuación del B.C.R.A. en CSJN, *Catania*, *Fallos*, 334: 1276, 2011.

<sup>158</sup> Comp. CNCom, Sala C, *R. J. c/ Org. Veraz S.A., LL*, 1997-A, 212, año 1996; CNCiv., Sala A, *Pochini, Oscar y otro c/ Organización Veraz S.A., LL*, 1998-B, 3, año 1997. En todo caso, la cuestión queda resuelta con la ley 25.065, que mentamos en la nota 156. Ver también, con carácter previo a la ley 25.065, SCMendoza, *Huertas, LL*, 1999-F, 296, con nota de BAZÁN; CNPenal Económico, Sala B, *DGI, LL*, 1999-A, 204, año 1997, con nota de BAZÁN.

<sup>159</sup> CRIVELLI, JULIO CÉSAR y VEGA, SUSANA ELENA, “Boleta de deuda, un documento imprescindible,” *Revista Construcciones*, 1215: 46 y ss., 52, Buenos Aires, mayo de 1998.

<sup>160</sup> *Petric*, CSJN, *Fallos*, 321-1: 885; *LL*, 1998-F, 58. Es el deterioro de la intimidad: CHIRINO SÁNCHEZ, ALFREDO, “El derecho a la información en su relación con el derecho a la intimidad,” en AA.VV., *Temas claves de la Constitución política*, San José, IJSA, 1999, p. 395 y ss.

<sup>161</sup> En lo que hace a la veracidad la relación es recíproca entre informador y receptor.

<sup>162</sup> Comp. CNCiv., Sala E, 1-IX-98, *Cosentino c. Veraz S.A., LL*, 1999-E, 512.

<sup>163</sup> *LL*, 1999-E, 151 con nota de CIFUENTES, SANTOS; del mismo autor, *LL*, 1999-A, 259.

adquiere control *legal* sobre ellos, lo que por lo tanto excluye tanto una eventual “propiedad” suya, como que sea información confidencial del dueño de la base, o secreto comercial.<sup>164</sup> También se resolvió allí que no pueden establecerse combinaciones o relaciones entre datos, p. ej. incluir en los datos de una persona física los referentes a una persona jurídica que preside. El fallo, por fin, aclara que los requisitos limitativos del decreto-ley de amparo no son de aplicación cuando la accionada es un particular: Otro progreso interpretativo que es dable destacar.<sup>165</sup> La mera corrección de errores de las bases de datos comerciales es con todo una preocupación relativamente antigua, útil solamente para corregir equivocaciones respecto al crédito de una persona (tarjetas impagas, cheques rechazados, cierres de cuentas, pedidos de quiebra, etc.), pero que no cubre el verdadero desafío de hoy, que es todavía mayor, como lo demuestra el caso *Lascano Quintana*. Dicho desafío es que las bases de datos pueden compilarse utilizando correlativamente, en forma combinada o conjunta a través de bases de datos correlacionadas, la información que registra p. ej. la Internet de cuanto mandamos por ella, o las encuestas que contestamos, las cosas que pedimos, nuestros datos médicos, nuestras compras de farmacia, etc. Se ha dicho por ello que la unión de todos esos bienes: Imagen, intimidad, honor, identidad, etc., en una base de datos centralizada no es en modo alguno igual a cada uno de ellos fuera de esa base centralizada.<sup>166</sup> Es la concatenación de datos que hace dañosos a datos que, aislados, serían quizás inofensivos. Así quedan registradas las personas a que mandamos *e-mail*, las bases de datos o sitios que consultamos, los libros u objetos que compramos, los datos personales; si fallan los sistemas de encriptación, los números de tarjetas de crédito y códigos de seguridad quedarán a merced de los delincuentes. Sin quererlo nosotros, han obtenido una radiografía detallada de nuestra vida personas o empresas a quienes en momento alguno autorizamos esa intromisión en nuestra privacidad. Por ello el fallo citado es fundamental en señalar el derecho de propiedad que tenemos sobre nuestros propios datos, invocando el viejo pero vigente caso *Bourdieu*.<sup>167</sup> No se trata pues de un mero derecho a la exactitud de la información,<sup>168</sup> sino de un derecho de propiedad sobre ella.<sup>169</sup>

<sup>164</sup> Las reglas del TRIPS para la OMC exigen que se trate de “información legalmente bajo su control,” art. 39, inc. 2.

<sup>165</sup> *Lascano Quintana, loc. cit.*

<sup>166</sup> BERGALLO, OSCAR, “El hábeas data en la reforma constitucional de 1994,” en EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL y FERREYRA, RAÚL GUSTAVO (coords.), *La reforma constitucional de 1994 y su influencia en el sistema republicano y democrático*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 249-63, p. 263. Ver *infra*, nota 177.

<sup>167</sup> CSJN, *Fallos*, 145: 325, año 1925.

<sup>168</sup> Como postulan LORENTE, JAVIER ARMANDO y TRUFFAT, EDGARDO DANIEL, “El derecho a la exactitud de la información y el crédito,” *ED*, 173: 88. Comp. COLAUTTI, CARLOS E., *Derechos humanos constitucionales*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 235-7 quien privilegia principalmente la exactitud.

<sup>169</sup> Como señala el mismo fallo *Lascano Quintana*, octavo considerando. Por ello en el t. 10, Libro I, he dedicado un capítulo entero a la tutela de mi privacidad: Es el cap. X, “Mi privacidad.”

El *habeas data* debe desarrollarse jurisprudencialmente, como alguna vez lo hizo el amparo, para la tutela de la privacidad respecto de los datos que no deseamos figuren en una base de datos o se entreguen a terceras personas, o sean accesibles, sin nuestra expresa conformidad y con derecho a posterior revocación.<sup>170</sup> Otra variante es la regulación legal, pero el principio es siempre el mismo. Tal como lo resuelve el derecho europeo, “la regla general es que se requiere su consentimiento para recabarle información sobre su persona.”<sup>171</sup>

Debemos estar atentos a las propagandas que ofrecen cupones, rifas, loterías, información o lo que fuere, a cambio de contestar encuestas, llenar cupones, fichas o formularios en papel, pantalla, *online* o no, con los productos que consumimos o nos interesan, o nuestras preferencias u opiniones sobre lo que fuere, o nuestra estructura familiar. Últimamente ha habido en Internet una explosión de sitios en castellano, con propaganda masiva por televisión satelital, de sitios o portales que ofrecen *pagar* por utilizarlos. La maniobra es tan burda que casi cabe recordar el adagio latino: *Vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt*. Lo prudente, hasta que esta cuestión se resuelva en forma adecuada,<sup>172</sup> pareciera ser no dar nosotros ninguna información por esta vía ni por ninguna otra. No sea cuestión que otros tribunales interpreten nuestra buena fe como una “voluntaria” renuncia a la privacidad.

De todos modos, hay situaciones que sólo pueden protegerse tutelando la buena fe. Cuando un banco pide a su cliente —para abrirle una cuenta corriente, expedirle una tarjeta de crédito o darle una línea de financiación bancaria— su declaración de ganancias y bienes, etc., el cliente puede razonablemente interpretar que esa información sigue siendo confidencial del banco y no puede ser brindada a nadie ni utilizada para ningún otro fin que no sea precisamente aquél para el cual se la pidió. Las normas sobre secreto bancario pueden ser invocadas en el caso (aunque como ya dijimos “Veraz” proporciona ilegalmente información bancaria).

Hay entidades que exigen suscribir formularios cuya letra chica contiene renunciaciones a la privacidad de los datos que el firmante a veces no advierte en su verdadera implicancia, o constituyen contratos de adhesión que no se encuentran en situación de discutir. Ello debe considerarse atentatorio del orden público y contrario a la moral. Son cláusulas que judicialmente deberán tenerse por no escritas.

<sup>170</sup> Este criterio es difundido en el derecho comparado, como el derecho a ejercer el control y disposición sobre “el conjunto de información” sobre cada individuo, el único que puede resolver, comunicarlo o compartirlo: AFONSO DA SILVA, JOSÉ, *Curso de direito constitucional positivo*, San Pablo, Malheiros, 1999, 16ª ed., p. 209, que lo considera un derecho conexo al de la vida, pp. 208-9.

<sup>171</sup> GILS CARBÓ, ALEJANDRA M., “Datos personales. Prohibición de transferencia internacional,” *LL*, 2000-A, 938, comentando las pautas europeas de 1998, Directiva 95/96, del año 1995.

<sup>172</sup> Como lo ha hecho la Sala D. Falta que la solución se extienda a otros tribunales.

Pero siguen existiendo infinitas situaciones: Los datos médicos sobre una persona (enfermedades porque fue atendida, médicos que la atendieron, diagnósticos que le hicieron; operaciones, etc.), medicación recibida a lo largo de la vida (drogas, dosis, etc.), licencias por enfermedad (duración, cuadro clínico, etc.), enfermedades de los miembros de su familia, historias clínicas, tratamiento psicológico, psicoanalítico o psiquiátrico, compras de farmacia. Cualquiera de estos ítems que pague con tarjeta de crédito permite que el destinatario negocie el cupón con una agencia de cobranza, a cuya base de datos ingresa entonces, insospechadamente, la información.

En este sentido cabe tener severidad con los profesionales que tienen un deber de respetar la privacidad de sus clientes o pacientes. El tema es particularmente grave en el caso de psicoanalistas o psicólogos que toman nota, a veces con apabullante detalle, o incluso graban por cualquier medio (sabiéndolo o no el paciente), y luego de fallecido éste, escriben jugosos anecdotarios sobre la vida íntima de personajes famosos, lesionando a su familia, a sus íntimos, a su memoria y desde luego a su propia honorabilidad profesional. Todo esto ha pasado a ser ominoso, sin perjuicio de observaciones a su no cientificidad (POPPER) y a su ilegalidad.<sup>173</sup> Si esa u otra información se combina con el número de seguridad o previsión social, número impositivo,<sup>174</sup> patentes de coche, valor de los inmuebles, metros cuadrados, fecha de compraventa, deudas, créditos, etc., el peligro aumenta y puede ser exponencialmente grave y oneroso para el sufriente destinatario de esos abusos de múltiples violaciones a la privacidad. Podemos seguir con las películas que cada uno alquiló o compró, que ordenó en el *pay per view*; ferias, muestras, *shows*, desfiles, espectáculos, bailes, fiestas a las que asistió, viajes, congresos, premios, vacaciones; qué compró en la Internet o en los *shoppings*, etc. Con las fotografías satelitales se hacen G.I.S., *Geographic Information Systems*, a través de los cuales los datos aéreos fotográficos<sup>175</sup> están a la venta<sup>176</sup> y también se los puede acceder gratuitamente por todos los usuarios de Internet, a través de *Google Earth*, con una definición que permite identificar los edificios urbanos. Quien lleva el coche a un restaurante deja su patente en los registros del restaurante y al pagar deja el dato de qué consumió y con qué pagó, cuántas personas eran, etc. Sus gustos estarán registrados hasta en el detalle: Si tomó vino o champaña, hasta la marca y desde luego si fue una unidad o varias. Deje el lector volar su imaginación y se aterrorizará de sólo imaginar de cuántos datos de su vida privada constan,

<sup>173</sup> AFTALIÓN, MARCELO E., "Psicoanálisis, mala praxis y defraudación. El cuento de la buena pipa," *ED*, 187: 1580.

<sup>174</sup> Que, cortesía del BCRA, muestra en su página web junto a nuestra calificación como deudores del sistema financiero. Esos datos son impositivo y bancario, respectivamente y no podría ni debería el BCRA publicarlos en Internet.

<sup>175</sup> El servicio efectivamente esta en el mercado: [www.spaceimage.com](http://www.spaceimage.com).

<sup>176</sup> Una variante más sofisticada, es GPS, *Global Positioning System*. Cabe agregar, por fin, el mapeado tridimensional de un 95% de las regiones pobladas del planeta, hecho por la *National Imagery and Mapping Agency*.

aislados, en tantas partes, y cuanto daño podrían hacer todos juntos en manos extorsivas o simplemente malignas.<sup>177</sup>

Información que aislada podría no parecer tan significativa, combinada con toda la demás que las computadoras pueden llegar a tener de una persona, puede volverse amenazante y gravosa.<sup>178</sup> En nuestro país el uso de la informática no ha sobrepasado todavía el ámbito comercial antes referido, pero este otro tipo de datos permiten ofrecer perfiles más completos de cada individuo para campañas publicitarias y promociones, que pueden luego pasar fácilmente al campo delictivo o al menos invasivo de la privacidad. Por ello no cabe descuidarse respecto a la futura evolución; como sociedad debemos estar atentos a los posibles abusos. El *habeas data* debe utilizarse para limitar esa interferencia en la privacidad de las personas. Nuevamente confluyen aquí, como en tantos otros casos (principalmente, la libertad de prensa), el derecho individual y el de incidencia colectiva. La privacidad debe ser una cuestión de orden público, irrenunciable por los individuos, pues se tutela un bien colectivo y no meramente individual. En consecuencia, su trámite ha de equipararse al de las acciones de clase y los derechos del usuario o consumidor, como derechos de incidencia colectiva y no cuestiones exclusivamente limitadas a un caso individual, tal como sostuvo la CSJN en el fallo *Halabi*, postura que ya había sido sostenida anteriormente en voto en minoría en el fallo *Mujeres por la Vida*.<sup>179</sup>

#### 6.6. *El caso del ciudadano Gambier. El derecho a la vigencia del principio de legalidad.*<sup>180</sup> *Otros derechos colectivos*

Quizá el caso de mayor impacto teórico sea el iniciado por BELTRÁN GAMBIER invocando lisa y llanamente su condición de ciudadano,<sup>181</sup> que le fuera reconocida en

<sup>177</sup> Un ejemplo humorístico de la posible exacerbación de todo esto fue ejemplificado en el *mail* sobre el *Pizza Hut*, que se encuentra en el t. 10, Libro II, Sección I, cap. III, § 10, p. M-77 / 445.

<sup>178</sup> Lo que advierte y condena el fallo *Lascano Quintana*, LL, 1999-E, 150. Es el mismo sustrato del fallo *Halabi* de la CSJN, ya reiteradamente mencionado en este capítulo.

<sup>179</sup> CSJN, *Mujeres por la Vida*, LL, 2006-F, 464. GALLARDO, MARÍA CECILIA; SORIA OLMEDO, KARINA y FLORI, JOSÉ LUIS, “Hábeas data,” LL, 1998-A, 977. *Halabi*, *Ernesto c. Poder Ejecutivo Nacional*, 14-VI-05, Juzgado Nacional de Primera Instancia n° 10, <http://www.habeasdata.org/HalabiLey25873> y en LL, 2005-F, 319 con nota de DIANA, NICOLÁS, “Del estado de libertad al panoptismo. A propósito de la ley 25.873.” CSJN, *Halabi*, Fallos, 332: 111, 2009, con nota de GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso ‘Halabi,’” LL, 2009-B, 565; ver nota 39.

<sup>180</sup> GIL DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 241: “la legalidad constitucional [...] es un derecho de incidencia colectiva [...] y [...] se entiende por afectado con legitimación procesal para promover acción de amparo, a todo habitante de la Nación” (*op. cit.*, p. 241.) Ver también CARELLO, *supra*, nota 144. En el mismo sentido, SÁENZ, *op. cit.*; ELIASCHEV, NICOLÁS, “En defensa de la ley”, en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), LL, *Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario*, 2010, ps.72-80, quien recuerda las acciones interpuestas por la ADC en relación a la omisión del PEN en integrar los órganos directivos de los entes reguladores. Ver también VALLEFÍN, *op. loc. cit.*

<sup>181</sup> CNFed. CA, Sala II, *Gambier, Beltrán c. Poder Ejecutivo nacional*, LL, 1999-E, 624. Este distinguido profesional es profesor de derecho administrativo: La legitimación invocada tiene pues

dos muy importantes casos<sup>182</sup> con legitimación en primera y segunda instancia. Al no invocar la calidad de habitante impidió que su interés pudiera subsumirse en el de la comunidad toda, lo cual hubiera aproximado la legitimación al interés de todos los miembros de la sociedad. Ello explica, a nuestro juicio, la particularidad de la cualidad invocada, sin perjuicio de que el autor lo funda más públicamente en su nota al fallo *Torello*.<sup>183</sup> En el primer caso —*Gambier I*— fue para preservar o restablecer el medio ambiente cultural de su ciudad. En el segundo —*Gambier II*— para pedir el cese de una propaganda política con fondos públicos. Uno de sus rasgos en común con *Torello* es el mal uso o irregular compromiso de fondos públicos, que a su vez tiene, como sabemos, fundamento supranacional.<sup>184</sup> El voto en minoría en *Gambier II* sigue la línea de la CSJN en otros casos. A su vez, en *Garré*, es la mayoría de la Sala I que siguió a la CSJN de entonces y la minoría (LICHT) que reconoce legitimación a quien invoca su calidad de diputada.<sup>185</sup> Pero poco después, *in re Castro*,<sup>186</sup> la minoría de la Sala I devino mayoría en otra cuestión procesal harto importante, con el voto de LICHT y COVIELLO.

Todos los casos tienen de común la legitimación nacida al amparo de un interés moral, desprovista de connotación económica directa para el interesado.<sup>187</sup> Es posible que pueda haber influido en la distinta suerte de cada caso, que los jueces perciban en los diputados una finalidad que por alguna razón no les complace y por ello vean con menos simpatía su legitimación.<sup>188</sup> También puede haber influido *in re Gambier II* tanto el exceso de la conducta administrativa como el manifiesto desinterés personal del actor, pero también lo frontal de su planteo. Es obvio que GAMBIER, al igual que YOUSSEFIAN, HALABI, MONNER SANS, ADC, DALBON, quiso forzar un avance jurisdiccional, intentó que el derecho diera un paso más y lo logró. Quizás por ello en distintos juzgados y salas y finalmente en la Corte Suprema

carácter preciso. Así lo entendieron los magistrados de primera y segunda instancia, que aceptaron exactamente esa legitimación y la invocación del “derecho a que se respete el principio de legalidad.” Toda una silenciosa revolución. Ver también CAPUTI, *La legitimación...*, *op. cit.*, *supra*, nota 4.3.

<sup>182</sup> Que llamamos abreviadamente *Gambier I* y *Gambier II*.

<sup>183</sup> GAMBIER, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad,” nota al fallo *Torello*, LL, 2000-B, 275. Cabe destacar el valiente enfrentamiento a un claro caso de corrupción administrativa. En igual sentido el fallo citado *infra*, § 6.10.

<sup>184</sup> *Infra*, cap. XII.

<sup>185</sup> CNFed. CA, Sala I, LL, 1999-E, 615, recordando *Polino* (LL, 1994-C, 294), *Nieva* (LL; 1998-B, 546), *Rodríguez*. (LL, 1997-F, 884.)

<sup>186</sup> *Castro*, Ángel, Sala I, 23-XI-99, LL, 2000-B, 305.

<sup>187</sup> Aunque en *Torello* se invocó el perjuicio a la jubilada que recibiría menos prestaciones por los pagos ilegales a que se obligaba al ANSESS.

<sup>188</sup> Algo similar parece sugerir —tácitamente— GELLI, MARÍA ANGÉLICA, nota al fallo *Verrocchi*, LL, 2000-A, 86, nota 19. Este tipo de razonamiento, con distintos actores y otros argumentos, se advierte p. ej en el voto de minoría *in re Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado de la Ciudad de Buenos Aires*, TSCiudad Autónoma de Buenos Aires, LL, 1999-E, 629, 636, 638, cons. 5°, tercer párr. Es de interés verlo, pues no es usual en nuestro medio razonar con la realidad. Ver CUETO RÚA, *Una visión realista del derecho, la justicia y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

ellos tuvieron éxito y los diputados no. Es un dato empírico a tener presente. La sociedad, por cierto, tiene una deuda de honor con todos ellos y hacen falta más luchadores en sede judicial por los derechos de incidencia colectiva.

La Sala II dictó otro importantísimo fallo *in re Torello*,<sup>189</sup> en que reconoce legitimación a una afiliada del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y se declara la nulidad de un art. del pliego que otorgaba a las prestadoras una exorbitante indemnización, en caso de rescisión anticipada. Dice el fallo que “la peticionante no es un tercero más, sino una afiliada que, en su condición de tal, resulta beneficiaria de los servicios del PAMI y, consecuentemente, tiene interés en que no se comprometan sus recursos en otros objetos que no sean los específicamente previstos en la ley de su creación” (cons. 4º, segundo párrafo). “Su interés actual es evitar que cláusulas como las que aquí se cuestionan, puedan poner en riesgo el patrimonio del instituto y sus prestaciones y por ende, el derecho a la salud de los beneficiarios,” “Sin olvidarse tampoco que los recursos del PAMI se integran, entre otros, con los aportes de los jubilados y pensionados.” El avance decisivo de la mayoría de la Sala II,<sup>190</sup> en dos momentos oportunos, al igual que el voto en disidencia de LICHT en la Sala I en *Garré* (y los fallos de la Sala I en *Verbrugghe* y *Asociación Benghalensis*), más los anteriores pronunciamientos de las otras salas y los más recientes del siglo XXI en las diversas jurisdicciones del país,<sup>191</sup> muestran no sólo que la cuestión no está cerrada, sino que —muy al contrario— sigue siendo materia de debate activo en los pronunciamientos de toda la judicatura de las distintas jurisdicciones y en las preocupaciones de los ciudadanos. En la misma línea cabe computar el fallo de la mayoría de la Sala I *in re Castro, Ángel*,<sup>192</sup> que hizo lugar a una acción cuestionando una designación ilegal a resultas de un concurso viciado. Si bien a la época de la sentencia la cuestión había devenido abstracta en lo material o pecuniario, pues la ganadora ya no desempeñaba el cargo, quedaba vigente tanto el interés moral del actor como su derecho a la legalidad, tal como antes fuera establecido por la Sala II y reafirmó la Sala I. Como se advierte, es un importantísimo giro jurisprudencial que no dudamos habrán de seguir otros tribunales.<sup>193</sup> Por fin, cabe destacar que en todos estos casos no sólo es amplia la legitimación por el

<sup>189</sup> Para la misma época se anulaban arts. de un pliego de una licitación en curso, por inconstitucionales, discriminatorios y lesivos a la libre competencia. Se trata del caso *Compagnie Générale d'Entreprises Automobiles*, resuelto en 1º instancia en tal sentido y confirmado por la Cámara Federal de Mar del Plata el 2-III-2000. Se le reconoció legitimación, por lo demás, a una empresa que no compró el pliego.

<sup>190</sup> La Sala parece intentar atemperar la decisión en la última parte del fallo, pero lo que hace es aproximar —elogiablemente— la equivalencia de la cautelar a una medida autosatisfactiva, como en *Squaglia, LL Litoral-Juris*, octubre de 1997, p. 1007 y ss. y otros.

<sup>191</sup> A modo de ejemplo pueden citarse *Torello*, Sala II, LL, 2000-B, 275; *Defensor del Pueblo* (monotributo), Sala IV, LL, 2000-C, 162.

<sup>192</sup> LL, 2000-B, 305.

<sup>193</sup> Ya recordamos el pronunciamiento del TSJ de Neuquén del 7-II-97, causa 46-99, *Defensoría de Menores n° 3, supra*, cap. II, nota 3.1, citado, en igual sentido.

derecho a la vigencia del principio de legalidad, sino que además los efectos de la sentencia que hace lugar a la acción son *erga omnes*.<sup>194</sup> No siempre es esto así, pues no todos los casos son iguales y las circunstancias de hecho varían *ad infinitum*, pero el principio está sentado; es constitucionalmente posible y admisible, cuando el tribunal lo juzgue apropiado de acuerdo a las circunstancias del caso, dictar sentencia con efecto *erga omnes*.

### 6.7. *El caso de los medidores de agua y de los cargos tarifarios*

Lo expuesto obliga a recordar casos que han sido orientadores, desde antes, en la jurisprudencia. Entre ellos corresponde mencionar nuevamente a *Manetti*,<sup>195</sup> en que se dictó prohibición de innovar a favor tanto de la actora individual como “*del resto de los usuarios del servicio público en cuestión*.”<sup>196</sup> Finalmente, hubo sentencia de la CSJN resolviendo el fondo de la cuestión.<sup>197</sup> Del mismo modo merecen destacarse los pronunciamientos judiciales en torno a los denominados cargos tarifarios ya sea en forma cautelar<sup>198</sup> como de sentencia de fondo.<sup>199</sup> Nuevamente, es la indispensable participación ciudadana en la lucha por los derechos civiles y políticos de toda la comunidad.

### 6.8. *El caso de los profesionales monotributistas*

El 9-III-99 la Sala IV nuevamente reconoció legitimación al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal para accionar judicialmente por los intereses de sus integrantes, que suman más de 80.000 personas. Los efectos de la sentencia fueron para todos ellos. Lo mismo, con igual resultado, hicieron otros colegios profesionales. El tema de estas causas era el monotributo. Sin embargo la CSJN, en su anterior composición, rechazó primero *in re Colegio de Fonoaudiólogos de*

<sup>194</sup> CASSAGNE, “Acerca de la eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos,” *ED*, 185: 703, nota al caso *Monges*. Es el mismo efecto que se produce en los casos *Blas*, *Barsanti* y *Defensor del Pueblo* (20-IX-99, *ED*, 26-XI-99) de la misma Sala I, los primeros de los cuales la CSJN ya confirmara. Ese efecto *erga omnes* se encuentra también en *Ekmekdjian* y *Monges*, de la CSJN y en diversos pronunciamientos más.

<sup>195</sup> *Supra*, nota 6.14.

<sup>196</sup> *RAP*, Buenos Aires, 1996, 210: 171.

<sup>197</sup> CSJN, *Defensor del Pueblo*, Fallos, 332: 1759, 2009, donde abandona el criterio restrictivo sobre la legitimación del Defensor del Pueblo que sostenía con anterioridad. Ver ÁVALOS BLACHA, MARÍA VERÓNICA, “Defensor del Pueblo,” en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 133-144, quien analiza otros pronunciamientos del Alto Tribunal sobre la legitimación del Defensor.

<sup>198</sup> CNFed. CA, Sala V, 10/IX/09, *Defensor del Pueblo de la Nación – Inc. Med. c/ EN- Dto. 2067/08- M° Planificación- Resol. 1451/08 y otro s/ proceso de conocimiento*.

<sup>199</sup> CFed. Salta, 5/V/10, *Ulloa, Álvaro (Defensor del Pueblo) y otros c. Estado Nacional (P.E.N.)- Ente Nacional Regulador del Gas s/ amparo*, con comentario de BIANCHI, ALBERTO B., “Objeciones regulatorias y constitucionales a los llamados «cargos específicos»,” *LL*, 2010-D, 155. Sobre el cuestionamiento constitucional a este sistema, ver SILVETTI, ELENA M., “Cargos específicos: ¿tributos encubiertos?” *RPA*, 2006-2: 43. Ver también, HUICI, HÉCTOR, “El control judicial de los cargos tarifarios,” en AA.VV. *Cuestiones de intervención estatal*, *op. cit.*, ps. 67-81; SARCIA, ALBERTO D., “El control judicial de las tarifas de los servicios públicos,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 775-785.

*Entre Ríos*<sup>200</sup> el amparo interpuesto por el Colegio profesional en representación de sus matriculados por entender que carecía de la legitimación procesal por encontrarse involucrados derechos de carácter patrimonial, puramente individuales. Luego repitió los argumentos en *Colegio Público de Abogados de Capital Federal*.<sup>201</sup> Pero ya no parecen estar dadas las condiciones sociales ni institucionales para que esas decisiones se repitan en el actual tribunal.

### 6.9. *El caso de los contribuyentes monotributistas*

El 7-III-2000 la misma Sala IV extendió aun más los efectos de la decisión en materia de monotributo. Lo hizo a ahora a *todos* los contribuyentes de dicha condición fiscal. Así lo resolvió en la causa 35.050/98, *in re Defensor del Pueblo de la Nación contra E.N. —M°E y O.S.P. (Monotributo) Dto. 885/98 sobre Amparo ley 16.986*. En cambio la misma CSJN en su anterior composición no reconoció legitimación a los colegios en los casos de los profesionales monotributistas y pocos días antes había rechazado el amparo interpuesto por el Defensor del Pueblo<sup>202</sup> basada en la índole patrimonial de los derechos en juego, *in re Defensor del Pueblo de la Nación c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos*.<sup>203</sup>

### 6.10. *Amparo contra el pliego de una licitación, sin comprar el pliego*

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata admitió el 2-III-2000 un amparo interpuesto por una empresa extranjera contra cláusulas del pliego de licitación que consideró discriminatorias. El juez de primera instancia y la Cámara admitieron el amparo y declararon la inconstitucionalidad de las normas puntuales del pliego que resultaban atentatorias contra la libre competencia. El caso fue *Compagnie Générale d'Entreprises Automobiles c/ Municipalidad de General Pueyrredón y otro s/ amparo*. El caso tiene precedentes en la jurisprudencia y la doctrina y constituye una muestra más del progreso existente en la materia.<sup>204</sup> Sin embargo, harían falta más actores reclamando contra las

<sup>200</sup> CSJN, *Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos, LL*, 2004-A, 93, año 2003.

<sup>201</sup> CSJN, Colegio Públicos de Abogados de Capital Federal, *LL*, 2004-C, 268, año 2003, con nota de JIMÉNEZ, EDUARDO PABLO, “¿Qué tan amplia es la legitimación para requerir tutela que confiere el artículo 43 de la Constitución nacional?” La respuesta, como estamos viendo en estas páginas, es cada vez más positiva, sobre todo después de los fundamentales fallos *Halabi, Mendoza, PADEC y Unión de Usuarios y Consumidores*, en la CSJN actual.

<sup>202</sup> Para un análisis de la jurisprudencia de la CSJN en materia de legitimación del Defensor del Pueblo ver JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, *op. loc. cit.*; RIVERA y RIVERA (H.), *op. loc. cit.*

<sup>203</sup> CSJN, 21-VIII-2003, *LL*, 2003-F, 936.

<sup>204</sup> Ver BOTASSI, CARLOS, *Contratos de la administración provincial*, La Plata, Scotti, 1996, p. 57; “Demanda de amparo para cuestionar un pliego de licitación,” *LL*, 1994-B, 402; cap. XII, § 3.1.4, “Impugnación de los pliegos,” pp. XX-12/15 y nota 3.23; § 6.5 y nota 6.10. Sobre la corrupción en la contratación pública, ver MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, RAP, 2007, p. 73 y ss.

licitaciones públicas en que se ofrece un 25% de pago anticipado de la obra, en lugar del tradicional 10%, pues es fácil imaginar el destino del adicional 15%.

### 6.11. *Otros amparos contra el despilfarro público*

Además del recordado caso *Gambier II*, ya mencionado, cabe destacar importantes fallos congruentes, apuntando a la irracionalidad del manejo de los fondos públicos.<sup>205</sup> Sin embargo, se ha quedado corta la ciudadanía, no accionando, que sepamos, contra el ingente sistema de subvenciones y subsidios que, como ya lo hemos mencionado más arriba, no sólo desnaturaliza las leyes mínimas de la economía y expulsa inversiones hacia playas tal vez cercanas pero con otros gobiernos, sino que también se transforma en un subsidio tarifario a los que mejor se encuentran, con la consiguiente palmaria injusticia social además de instrumento supremo de la corrupción que asola nuestro país. Es ésta una deuda que la ciudadanía tiene frente a un Poder Judicial que le ha abierto las puertas y le ha dado las armas para luchar judicialmente, pero esos instrumentos procesales no son eficazmente empleadas por los ciudadanos en todos los casos en que sería necesario que lo hicieran. Necesitamos más *Monner Sans*, *Halabi*, *Asociación por los Derechos Civiles*, *Gambier*, *Dalbon*, etc. Últimamente, resulta relevante el caso *Fitz Patrick*,<sup>206</sup> mediante se hizo lugar a la acción por la cual una ciudadana invocando su condición de periodista solicitó información sobre los contratos de una productora de televisión con la TV pública. Resta mucho camino por recorrer.

### 6.12. *Conclusiones para el comienzo del siglo XXI*

La tendencia jurisprudencial es así unívoca, indetenible, justa, eficaz, innovadora, eficazmente preventiva de la corrupción en una de sus manifestaciones; correctora oportuna de la ilegalidad administrativa o inconstitucionalidad legislativa. Un verdadero y resonante progreso social en materia de tutela judicial efectiva, pronta y cumplida. Debemos felicitar, con humildad y de todo corazón, al Poder Judicial que ha tenido las cualidades humanas e intelectuales necesarias para dar una brillante nueva página a la historia argentina. Y debemos reclamar a nuestros colegas más imitadores de la acción judicial del tipo de la mencionada en el párrafo precedente.

<sup>205</sup> Los ya citados casos de la CNFed CA, Sala IV, *Rojas*, con mi nota “La Justicia apunta al despilfarro público,” *LL*, 2003-E, 313; y de la *SCJBA*, *Flores*, con mi nota “La sociedad civil vs. el poder político,” *LL*, 2003-E, 263.

<sup>206</sup> CNFed. CA, 31/X/13, Sala IV, *Fitz Patrick*, *Mariel c/ EN s/amparo ley 16986*. Obsérvese que en este caso la defensa del Estado Nacional giró más a encuadrar la negativa a informar sobre los contratos requeridos en base a ley 25.326 que en cuestionar la legitimación de la actora. Sobre los inconvenientes del acceso a la información pública en nuestro país, ver GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, “información pública, pero no tanto. El nuevo procedimiento para denunciar incumplimientos del Reglamento de Acceso a la información pública”, *RPA*, 2008-2: 7.