

Universidad FASTA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales "San
Raimundo de Peñafort o.p."

Abogacía

Ciclo Orientado de Derecho Público

Dr. Ramiro Rosales Cuello (Profesor Titular)

ACCIONES COLECTIVAS
(CLASS ACTIONS)

Jorgelina M. Giudici

Asesoramiento:

Dr. Javier Guiridlian Larosa (Tutor)

Lic. Amelia Ramírez (Departamento de Metodología
de la Investigación)

Octubre 2005

INDICE

INTRODUCCION	3
1- ACCESO A LA JUSTICIA	5
2- DERECHOS DE TERCERA GENERACION	8
3- DERECHO SUBJETIVO, INTERES LEGITIMO, INTERES SIMPLE E INTERES GENERAL	11
4- LEGITIMACION PARA PROTEGERLOS	17
5- EFECTOS DE LA SENTENCIA	24
6- ACCIONES COLECTIVAS	28
7- BONDADDES DEL INSTITUTO	33
CONCLUSION	34
BIBLIOGRAFIA	37

El presente trabajo trata de las Acciones Colectivas y de las bondades que brindaría a nuestro sistema de derecho si fuesen incorporadas al mismo, y, especialmente, de su relación con el instituto del Amparo Colectivo. Para realizar este estudio nos referiremos a los intereses difusos, así como a los colectivos e individuales homogéneos, analizando sus alcances respecto a la legitimación y efectos de la cosa juzgada.

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación intenta realizar una aproximación a la figura jurídica de la Acción Colectiva, abordando los principales temas relacionados con ella e indagando acerca de la necesidad de su incorporación en el derecho argentino.

Para lograr este objetivo, llevaremos a cabo un estudio conjunto de doctrina y jurisprudencia, y seguiremos una línea de pensamiento que nos permita estructurar el trabajo de una manera dinámica y concatenada, de forma de abarcar los temas más importantes y mostrar, en líneas generales, los distintos aspectos en que juega el instituto.

Así, en primer lugar haremos una breve referencia a la garantía del acceso a la justicia y a su vinculación con la inserción de este remedio en nuestra legislación, por el hecho de que no tiene sentido hablar de un medio de protección de nuestros derechos de imposible aplicación práctica, en especial en esta época de total desprestigio de la justicia.

En segundo lugar, será preciso entender a qué nos referimos cuando hablamos de derechos colectivos (derechos sobre el medio ambiente, derechos del consumidor, etc.), expresamente reconocidos por nuestra Constitución Nacional luego de su reforma de 1994, y tan fervientemente protegidos por la sociedad moderna a través de las garantías que surgen de su posible lesión.

Aquí nos resultará necesario recordar la clásica distinción entre derecho subjetivo, interés general e interés simple, sin dejar de lado los intereses difusos y colectivos, tan importantes por su correlación con los derechos de tercera generación, para tener una idea de las circunstancias que se deben reunir para garantizarlos. Inevitablemente, surgirá ante nosotros la existencia de un nuevo tipo de interés, el individual homogéneo, y con elló, los mismos problemas que se derivan de los anteriores, esto es, el interrogante de quiénes gozan de aptitud para protegerlos y los efectos de la cosa juzgada.

Paso siguiente para nuestro estudio será analizar los legitimados para comparecer ante justicia. Para esto haremos especial hincapié en la figura del Amparo Colectivo, tomando en cuenta tanto la Constitución Nacional como la Ley de Defensa del Consumidor. Como correlato inescindible de la legitimación amplia, no podremos dejar de referirnos a los efectos *erga omnes* de la sentencia, principal efecto perseguido con la incorporación de este instituto a nuestro derecho.

En este punto del trabajo, y una vez vista nuestra legislación, no queda otro camino que abocarnos al estudio de las Acciones Colectivas en particular. Para ello haremos una referencia a su aplicación en el derecho comparado teniendo en cuenta

su sistema jurídico e idiosincrasia. Así arribaremos a una idea de lo que la doctrina entiende por *class actions* y veremos las ventajas y desventajas de esta institución.

Establecido lo anterior, y teniendo en claro lo que implica este remedio procesal, analizaremos las bondades de las acciones colectivas en la Argentina.

Finalizaremos esta investigación con un recuento de las opiniones más destacadas al respecto, tomando principalmente las de doctrinarios argentinos, pero sin dejar de lado la de algunos juristas del derecho comparado con sus distintas experiencias, para dar, por último, nuestra conclusión.

1- ACCESO A LA JUSTICIA

La evolución del hombre, junto con los adelantos tecnológicos, la globalización y el crecimiento a escala mundial del comercio, trae consigo inevitables consecuencias en la vida cotidiana del ser humano. Así, por ejemplo, junto a las grandes industrias encontramos los grandes problemas referidos a la contaminación y las lesiones que se derivan de ellos; o junto a la puesta en el mercado de los productos transgénicos nos topamos con el derecho de los consumidores de ser correctamente informados, entre otros.

Todas estas situaciones generan tanto derechos como obligaciones, y así es como benefician o perjudican tanto a personas individuales como a grupos de personas. Nuestro derecho está preparado para resguardar a los particulares a través de su procedimiento individual, pero ¿qué acontece con los grupos a los cuales la ley no les otorga una debida protección?

Es sabido que los hechos se anteponen al derecho, que las diversas situaciones fácticas no esperan su previa regulación por la ley sino que toman lugar sin consideración alguna y sin prever sus consecuencias. Es deber del jurista crear los medios necesarios para que todos seamos iguales ante la ley y así gocemos todos por igual de un "acceso irrestricto a la justicia" (arts. 18¹ y 75 inc. 22² CN; art. 15³ C. Prov. Buenos Aires).

¹ La CN declara en su art. 18 la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos. Además, el derecho judicial argentino ha deducido de este derecho constitucional a la defensa en juicio, el de contar con la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil. En consecuencia, es inconstitucional privar a alguien, compulsivamente, de la intervención de un tribunal de justicia.

² Nos referimos a las distintas normas supranacionales a que hace referencia este artículo, como son, a modo de ejemplo:

a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, en cuyo art. 18 dice que "Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente". Dicha disposición le da al individuo el doble derecho (concurrente, no alternativo o excluyente) de acudir ante los tribunales de manera genérica en cualquier caso y de manera específica también ("asimismo") para los "derechos fundamentales consagrados constitucionalmente", caso en el cual agrega un requisito adicional a favor del individuo: requiere que el Estado le provea de un procedimiento sencillo y breve para la tutela de tales derechos, y no establece limitación alguna, por ejemplo que no haya otro medio administrativo o judicial para hacerlo, que la violación sea manifiesta o el daño irreparable, etc.

b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone en su artículo 25 que "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento,

La expresión "acceso a la justicia" es una metáfora empleada desde ya hace algún tiempo⁴; esta noción no se agota exclusivamente en el análisis de la forma en que son resueltos los conflictos en los tribunales, sino que comprende toda la actividad que éstos despliegan en la sociedad.

El "acceso a la justicia" se refiere a los "medios gracias a los cuales los derechos se hacen efectivos"⁵. Si bien la noción de "acceso a la justicia" es un problema relativo al procedimiento, por su finalidad concierne también al fondo del derecho.

La aspiración legítima de un mayor "acceso a la justicia" está íntimamente relacionada con problemas sociales fundamentales, como son los que conciernen a la igualdad y el poder en una sociedad. La simple idea de que todos los ciudadanos deben tener responsabilidades plenas e iguales de participar en el gobierno de la *res publica* está en la base teórica misma de la democracia y de la práctica republicana.

Como dijimos en los primeros párrafos, el derecho procesal debe estar preparado para enfrentar una realidad que cambia constantemente, caracterizada en el tiempo que nos toca vivir por una globalización de las relaciones humanas y

por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

c) La Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 8° establece que "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

d) El Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos, que establece en su artículo 2, inciso 3: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

³ El art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone que "la provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave".

⁴ Es en Florencia, octubre de 1978, donde tiene lugar y realización un coloquio cuya principal teleología es el planteamiento de los problemas en torno al efectivo acceso a los tribunales.

Son 64 juristas de diferentes nacionalidades y profesiones los que se dan cita para exponer el estado de la cuestión en sus respectivos países. Resultado de tal coloquio es el llamado *Proyecto de Florencia sobre el efectivo acceso a la justicia*; documento axial que contiene un análisis, a través de la metáfora de oleadas, de los esfuerzos realizados por el movimiento de acceso a la justicia. Estas oleadas son: la ayuda judicial a los pobres, protección de los intereses difusos o fragmentados, más allá de la representación en juicio, y, la investigación de procedimientos más simples, más rápidos, menos costosos, como también de una justicia "equitativa" o "coexistencial" más que contenciosa. (Para un mayor estudio ver: Hernández Martínez, María del Pilar. **Mecanismos de Tutela de los Intereses Difusos y Colectivos**. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, Cap. II)

comerciales. Precisamente, se ha afirmado que los tribunales y los procedimientos actuales no están diseñados para garantizar los "nuevos" derechos que han emergido en nuestra época, como son los de los consumidores, trabajadores, minorías y ambientalistas, entre otros; y que la concepción clásica no permite dar satisfacción a la trasgresión de esta clase de derechos que participan de una naturaleza diferente a la que le asiste a los particulares en forma individual.

En estos "nuevos" derechos, el Estado reconoce el interés que es necesario proteger, pero tiene dificultades en determinar el grupo o sector que se organiza en torno al mismo. Por tanto, debemos analizar si, conforme a las nuevas condiciones que ha creado la sociedad actual, se permite a todo ciudadano acceder a los tribunales para poder asegurar el respeto de sus derechos y obtener satisfacción en sus pretensiones⁵.

Por tanto, la pregunta inicial que con más frecuencia nos formulamos es si nuestro sistema de justicia civil, con sus deficiencias de lentitud, dificultad, onerosidad e incomprensibilidad para el ciudadano común, es adecuado para enfrentar los conflictos de interés que se avecinan en nuestra sociedad, o si se hace necesaria la implementación de otro remedio adecuado a las necesidades que nos aquejan, como son las Acciones Colectivas; que bien estructuradas pueden ser un efectivo instrumento para el perfeccionamiento del acceso a la justicia, eliminando las barreras relacionadas con los costos procesales y el desequilibrio entre las partes.

Debemos tener en cuenta que los daños resultantes de las lesiones a los derechos de incidencia colectiva son frecuentemente considerados separadamente, en términos económicos de pequeño monto haciendo que en la relación costo-beneficio, el juzgamiento de acciones individuales sea poco estimulante y, en la práctica, casi inexistente, demostrando así la fragilidad y deficiencia con relación al acceso a la justicia.

Desde otra perspectiva, la inexistencia del proceso colectivo dentro de nuestro ordenamiento jurídico da lugar a una multiplicación innecesaria del número de causas, agravando aún más la sobrecarga que sufre el Poder Judicial. Además, ante la ausencia en los países del derecho civil, del sistema vinculativo de precedentes (*stare decisis*), los jueces llegan con frecuencia a conclusiones y decisiones variadas y hasta antagónicas. Por consiguiente, personas en situaciones fácticas absolutamente idénticas, desde el punto de vista del derecho material, reciben tratamiento

⁵ Gidi, Antonio. **Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil.** México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. Traducción por Lucio Cabrera Acevedo.

⁶ Esto equivale a darle un contenido real al postulado republicano de igualdad formal de todos frente a la ley.

diferenciado frente a la ley, tornándose un hecho cotidiano y apenas esporádico, consagrando, por tanto, una amenaza al principio de igualdad.

Retomando, el "acceso a la justicia" no tiene un valor cualitativo abstracto; debe ser expedido y proporcionado a las posibilidades económicas de las partes. Un acceso efectivo a la justicia depende de un sistema efectivo de litigio. Los tribunales deben ser el medio idóneo al que todo ciudadano pueda recurrir en el pleno ejercicio de su derecho constitucional de exigir justicia. La jurisdicción y el procedimiento deben ser adaptados a la especificidad del litigio que deben juzgar.

Y es a través de este trabajo que vamos a analizar si las Acciones Colectivas son realmente efectivas para alcanzar este fin, teniendo en cuenta que el proceso colectivo, a pesar de que está orientado para el rompimiento de las limitaciones impuestas por las normas tradicionales del proceso individual, no viene a suplantar las demandas singulares, sino para propiciar, en líneas generales, cuatro objetivos centrales, cuales son, el acceso a la justicia, economía procesal y judicial, la garantía del principio de igualdad y de seguridad jurídica y el equilibrio de las partes en el proceso.

2- DERECHOS DE TERCERA GENERACION

Parecería necesario realizar ahora una breve mención de los "nuevos" derechos comentados con anterioridad⁷.

⁷ Los derechos son clasificados de acuerdo a varios criterios (tiempo, forma, sujeto y contenido). En lo que a nosotros respecta, haremos una breve referencia en razón de su aparición histórica. Así, es factible hablar de derechos constitucionales de primera generación, es decir, los propios del constitucionalismo liberal, reflejados en el caso argentino, en los arts. 14 a 18. Se trata de derechos conferidos por lo común sólo a individuos. Importan el afianzamiento de los valores libertad, propiedad y seguridad, y son, sustancialmente, de derechos contra el Estado.

Los derechos de segunda generación son los propios del constitucionalismo social. Son derechos concedidos principalmente a los trabajadores y a los gremios, aunque también benefician a la familia, y apuntan a resolver la llamada cuestión social. Se plantean no sólo contra el Estado, sino frente a otros sujetos, como los empleadores. Los valores preferidos son aquí igualdad y solidaridad. En la Constitución Nacional se insertan en el art. 14bis, según la reforma de 1957.

Los derechos de tercera generación emergen en el constitucionalismo después de la Segunda Guerra Mundial. Son derechos modernos cuyos titulares son personas, grupos y la sociedad toda. Se refieren, por ejemplo, a la tutela del medio ambiente, del nombre y la propia imagen, el derecho a la paz, etcétera. En la Constitución Argentina muchos de ellos pueden reputárselos captados por el art. 33 (cláusula de los derechos no enumerados). El valor predominante es el de la dignidad humana.

Varios de estos nuevos derechos fueron captados por la reforma de 1994 de modo directo (por ejemplo, art. 41, preservación del medio ambiente; art. 42, derechos del consumidor y del usuario), o por vía de recepción, mediante el art. 75 inc. 22, a derechos enunciados en una serie de declaraciones o convenciones internacionales.

Para más información nos remitimos al libro de Sagües, Néstor Pedro. **Elementos de Derecho Constitucional**. Capital Federal, ASTREA, 1997. Tomo II. Pág. 241 y ss.

En efecto, con la Reforma de 1994 de la Constitución Nacional se incluyeron los derechos de incidencia colectiva, los derechos al ambiente sano y los derechos al consumo, entre otros. Y junto con éstos se reconoció finalmente la existencia del amparo⁸.

Este cambio se vio preanunciado por diversos pronunciamientos en materia de medio ambiente, como lo fue el caso "Kattan"⁹ de 1983, por una parte, y por la otra por una sustancial innovación legislativa en materia de derechos de incidencia colectiva: la Ley de Defensa del Consumidor 24.240. Ambos cuerpos normativos se articulan adecuadamente, pues la ley 24.240 crea ex ante una vía y una serie de principios jurídicos que la Constitución de 1994 amplía y complementa.

El nuevo texto constitucional no se limita a lo dispuesto a título ejemplificativo en la primera parte del segundo párrafo del artículo 43¹⁰: derecho a la no discriminación, al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor. En efecto, la cláusula final que incluye a "los derechos de incidencia colectiva en general" es, a texto expreso e inequívoco, genérica. En otras palabras, lo principal y más general del segundo párrafo es el final de la frase, no su comienzo.

⁸ Decimos "finalmente" porque el amparo transitó por una etapa negatoria anterior a la reforma de 1994 (casos "Bertotto" y "San Miguel"), sustentada en la simple razón de que los jueces no pueden, a falta de ley procesal, crear vías ni procedimientos no previstos, porque deben atenerse a lo que la ley les depara. No es sino hasta 1957 con el caso "Siri", y posteriormente en 1958, con el caso "Kot", que se admite la vía del amparo, el que finalmente es reconocido por la Constitución Nacional a través de su artículo 43.

El célebre caso "Siri" hizo lugar por primera vez a un amparo para proteger la libertad de expresión contra un acto de autoridad que la lesionaba inconstitucionalmente. Se trataba de una imprenta y un periódico clausurados, presuntamente por orden de autoridad. La Corte ordenó el levantamiento de la medida y restableció la libertad de prensa, valiéndose de un procedimiento sumario equivalente al del habeas corpus.

Por su parte, el caso "Kot" trataba de la ocupación de un establecimiento por parte del personal en conflicto con la patronal. La Corte admitió por vía de amparo la desocupación del local, en tutela de los derechos de propiedad y de ejercer la actividad propia de la fábrica (o sea, el derecho de trabajar). La diferencia con el caso "Siri" radicó en que ahora el acto lesivo de un derecho subjetivo emanó, no de autoridad, sino de particulares.

⁹ El fallo hizo lugar a una acción de amparo promovida contra el Estado Nacional por dos personas particulares, con el objeto de que se declarasen nulas las resoluciones del Poder Ejecutivo que autorizaban a dos firmas japonesas para capturar, en nuestra zona marítima, y luego exportar, catorce ejemplares de delfines o toninas overas.

El juez hizo lugar al pedido a pesar de que el amparo fuera interpuesto por dos personas particulares, arguyendo que "... el derecho de todo habitante a que no modifiquen su hábitat constituye un derecho subjetivo" (considerando 18).

Por su parte, Marienhoff, opina que los accionantes no sólo carecían de un derecho subjetivo, sino que ni siquiera tenían un interés legítimo, simplemente tenían como base de su accionar la circunstancia de ser personas del pueblo.

Ver fallo en ED, t. 105, Pág. 245; y su comentario: "Delfines o Toninas y Acción Popular", por Miguel S. Marienhoff.

¹⁰ Art. 43, párr. segundo CN: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas

Ese párrafo comprende, por lo tanto, también todo el capítulo segundo dedicado a "Nuevos derechos y garantías", pues de ello es lo que trata, de derechos de este alcance genérico, más los que surgen de los tratados de derechos humanos previstos en el artículo 75 inciso 22. Tenemos con ellos una doble remisión e inclusión en el artículo 43: todos los derechos de incidencia colectiva de los artículos 36 a 42, y también los derechos colectivos que emergen de los tratados celebrados o a celebrarse.

A título de ejemplo encontramos:

a) el derecho a participar en los partidos políticos y el de estos a actuar (art. 38) y las formas de participación política que consagran los tratados y el propio art. 42;

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

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

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

La enumeración de derechos en materia de servicios públicos continúa:

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

f) a la libertad de elección (art. 42) o sea, que no haya monopolios; en consecuencia, el derecho "a la defensa de la competencia" (ídem, segundo párrafo y 43 segundo párrafo), o sea, a tener por principio, un sistema de libre competencia en la provisión de bienes y servicios;

g) al control de los monopolios naturales y legales (art. 42, segundo párrafo),

h) a la participación, que se manifiesta en la integración ciudadana en la dirección de los servicios públicos (art. 42, tercer párrafo) y se complementa con la garantía de audiencia pública, que a su vez articula el derecho a la defensa previa del art. 18 con el derecho de incidencia colectiva del art. 42;

i) y en general a la tutela del usuario y consumidor (arts. 42 y 43, segundo párrafo).

En rigor y como se advierte, todo el nuevo capítulo segundo de "nuevos derechos y garantías" se refiere a derechos de incidencia colectiva, tanto en su faz sustantiva como procesal. Por ello su natural corolario procesal se encuentra en el artículo 43.

Admitir tal tipo de derechos sustantivos importa, por un mínimo de congruencia interpretativa, reconocer también legitimación judicial para su defensa y ejercicio. No

puede sostenerse racionalmente que exista derecho pero no exista acción. Pero debemos recordar que el derecho no identifica con claridad los grupos para poder ser protegidos, sino que simplemente reconoce a los particulares y su aptitud para reclamar.

Lo que nos deriva en nuestro próximo tema de estudio.

3- DERECHO SUBJETIVO, INTERES LEGITIMO INTERES SIMPLE E INTERES GENERAL

En el esquema de la Constitución de 1853-1860, los derechos tutelados judicialmente eran los derechos subjetivos, individuales y exclusivos, mientras que los casos de acceso a la tutela jurisdiccional por derechos de incidencia colectiva devenían de la legislación o la práctica jurisdiccional, no de la interpretación o aplicación constitucional directa y formal, que no la había. Esta situación cambia con la Reforma de 1994, en la que se agregan los derechos de incidencia colectiva (los del art. 41 para el derecho a la salud y a un medio ambiente sano y los del art. 42 para el derecho de los consumidores y usuarios), la cual se ve precedida, como lo adelantamos, por el dictado de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor que amplió la legitimación para la defensa de los derechos de incidencia colectiva.

Tratando específicamente, en primer lugar, de la clásica distinción entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, la cual parte de la intensidad de la protección y la exclusividad que confieren; podemos definir al derecho subjetivo, siguiendo al autor brasileiro Antonio Gidi, como un derecho personal o un derecho que "pertenece" a alguien (a una persona específica). Si el actor no tiene un "derecho personal" reconocido por el sistema legal, él no puede llegar a tener éxito en el tribunal¹¹.

Cassagne opina que la noción de derecho subjetivo cumple una función de garantía al asignar a la persona el poder jurídico de reclamar al Estado lo suyo e impedir las violaciones de sus derechos individuales de propiedad y libertad. Los derechos subjetivos resultan "poderes jurídicos" otorgados o reconocidos por el ordenamiento a la persona, que se despliegan y contienen dentro del ámbito de una actual y concreta relación con una cosa o sujeto determinados¹².

Por su parte, para Guicciardi, la caracterización del derecho subjetivo y del interés legítimo se funda en la distinción entre normas de acción y normas de relación. Las primeras están orientadas hacia el plano interno de la Administración y al

¹¹ Gidi, Antonio. Ob. Cit., pág. 45-46.

establecimiento de las normas de procedimiento. No crean relaciones jurídicas, reglamentando la actividad administrativa desde la óptica del interés público y generan deberes y obligaciones respecto de los cuales no surgen derechos subjetivos a favor de los particulares.

Dentro de esta concepción se admite la configuración del interés legítimo en dos supuestos, a saber:

1) Cuando el administrado se encuentra en una posición de hecho que lo hace más sensible que otros respecto de un acto administrativo (por ejemplo, la Administración que cierra un camino afecta más directamente a quienes tienen sus fachadas en dicha calle);

2) Si los particulares resultan ser los destinatarios del acto administrativo que se discute (por ejemplo, el acto que resuelve una adjudicación entre quienes han participado en una licitación pública).

Otras teorías ponen el acento en la garantía de utilidad sustancial. De ese modo, mientras el derecho subjetivo aparece como un poder jurídico en garantía de un bien o interés que le proporciona al titular una utilidad directa e indirecta, el interés legítimo representa para el administrado una garantía de legalidad que importa una utilidad instrumental aun cuando puede demostrarse también la existencia de un derecho subjetivo o subyacente.

Pero el interés legítimo, con ser una categoría capaz de satisfacer de un modo mediato los intereses individuales o sociales de carácter substancial, no deja de ser un verdadero poder jurídico que permite exigir la garantía de legalidad instrumental en sede administrativa y que tiene adosado un poder de impugnación o reacción, tanto en sede administrativa como en la judicial.

Según las enseñanzas del maestro Gordillo¹³, 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.

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; pero es previsible que la categoría se amplíe o desaparezca con la introducción al derecho

¹² Cassagne, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996. Tomo II, pág. 92 y ss.

¹³ Gordillo, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo II, cap. III.

positivo de los derechos de incidencia colectiva, en los cuales la indemnización es posible.

Por último, el interés simple consiste en el interés de todo ciudadano en que la ley sea cumplida. En materia de derechos constitucionales, el interés simple coincidiría con la mera pretensión de exigir genéricamente el cumplimiento de la constitución y el respeto a los derechos que reconoce ella. Salvo excepciones (en nuestro país, por ejemplo, la acción de habeas corpus, que la puede promover cualquiera), generalmente no se concede en esta variable legitimación para actuar, salvo para plantear denuncias¹⁴.

Según Cappelletti, conceptualmente, se debe advertir que los intereses colectivos o difusos, no pertenecen exactamente al derecho público, ellos poseen características sui generis. Se encuentran en realidad –en un cierto sentido– en la mitad del camino entre los derechos privados y los públicos. En otras palabras, son públicos solamente en el sentido de que se refieren a categorías o grupos de personas, pero que por lo demás son y permanecen como ciudadanos privados¹⁵.

Concebidos los intereses o derechos difusos, siguiendo a Barbosa Moreira, como aquellos que, subjetivamente, no pertenecen a una persona en particular ni a un grupo nítidamente determinado de personas, sino a un grupo indeterminado o de dificultosa o imposible determinación, cuyos integrantes tampoco se hallan vinculados por una concreta relación jurídica y, objetivamente, versan sobre un bien indivisible y no fraccionable, por ende, en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares, la doctrina no pudo eludir su emplazamiento en alguna o algunas de las citadas categorías (derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple)¹⁶.

Así, por ejemplo, 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 de su propia salud, que queda comprendido en la acción principal (derecho subjetivo).

¹⁴ No podemos dejar de nombrar en esta ocasión al Decreto 229/2000 que crea el Programa Carta Compromiso con el Ciudadano, el cual considera como imprescindible desarrollar herramientas adecuadas para simplificar y facilitar el seguimiento de los procesos administrativos que competen a los ciudadanos, para así lograr una mayor receptividad y mejor respuesta del Estado a las necesidades y prioridades de los ciudadanos en lo referente a la prestación de los servicios a su cargo. El profesor Comadira hace referencia a este Decreto al hablar sobre la ética pública en el derecho argentino, resaltando que el mismo tiene como fin evitar no solo la corrupción, sino también otras conductas que vulneran la ética pública. Para ampliar, ver "Apuntes sobre los principios de la ética pública en el derecho argentino" de Federico Nielsen y Julio Pablo Comadira.

¹⁵ Cappelletti, Mauro. "La protección de los intereses colectivos o difusos", en **XIII Jornada Iberoamericana de Derecho Procesal**, en www.bibliojuridica.org.

¹⁶ Definición extraída de la nota al fallo "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur", LL, 2000-C, 396.

Pero también estará el interés legítimo y el derecho de incidencia colectiva de quienes 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 (interés legítimo).

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 (interés simple).

Como vemos, 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, y ahí es donde hace crisis esta añeja distinción. Por otra parte, nos topamos con una clase de intereses anteriormente no reconocidos, los intereses individuales homogéneos; y es aquí donde se vería la necesidad de desarrollar un sistema de litigio colectivo, si es que los procedimientos ya conocidos y contemplados por la legislación no logran proteger debidamente estos intereses.

En nuestro país, estos procedimientos incluyen la acción de amparo, la acción declarativa o cualquier acción de conocimiento, en especial la acción de defensa del usuario y del consumidor¹⁷, y más precisamente en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, se incluye la ley 13133¹⁸ que consagra una acción colectiva para los consumidores y usuarios. Es decir que, quien no quiere utilizar la acción de amparo puede prescindir de ella y utilizar entonces las demás vías que el ordenamiento procesal en cada caso le otorga. Imponer la "obligatoriedad" del amparo para el resguardo del derecho constitucional previsto en el art. 42 u otros (36, etc.) de la Constitución Nacional, implicaría quitarle al afectado toda acción cuando su derecho no fuera afectado en forma manifiesta, lo que resulta jurídicamente inaceptable.

También ello surge explícito del art. 41 de la Constitución en cuanto tutela el derecho a la salud y a vivir en un medio ambiente sano. Aquí la norma habilita en todos los casos la legitimación judicial amplia y sólo se deberán distinguir los distintos procesos conforme a las reglas generales que rigen unos y otros.

En otros países, como lo es Estados Unidos, estos derechos se hallan protegidos por las *class actions*; o en Brasil, a través de la acción colectiva.

Realizando un análisis más profundo de los derechos difusos, parte de la doctrina se ha inclinado por hacer una distinción dentro de los mismos entre intereses colectivos y difusos.

¹⁷ La Corte Suprema admitió en "AGUEERA" que el derecho del art. 43 puede ejercitarse tanto por la vía del amparo como por la acción meramente declarativa. LL, 1997-C, 322.

¹⁸ Código Provincial de la Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios. La Plata, 16 de diciembre de 2003. B.O. 5 al 9/01/04 (P.B.A.)

Así para Vincenzo Vigoriti¹⁹, los intereses colectivos y difusos se distinguen a partir de la existencia de una organización en los primeros. En ambos tipos de intereses hay una pluralidad de personas, pero en el caso de los intereses colectivos esa pluralidad tiene una organización establecida para la obtención de un fin común.

Vigoriti afirmaba que tanto los intereses colectivos como los difusos se referían a una pluralidad de situaciones de ventaja de carácter individual, pero en los intereses colectivos existía una organización, como expresión de la estructura tendencialmente unitaria del colectivo, que aseguraba unicidad de tratamiento de esos intereses y uniformidad de efectos de la resolución jurisdiccional; en tanto que los intereses difusos estaban considerados todavía en forma atomística, por lo que carecían de los instrumentos para una valoración unitaria.

El autor escribió: "las dos fórmulas conciernen a procesos de agregación de los intereses individuales e indican dos estadios diversos de fenómenos homogéneos en la sustancia. A nivel simplemente difuso faltan los mecanismos de coordinación de las voluntades, no se han establecido los vínculos que puedan dar un carácter unitario a un conjunto de intereses iguales; a nivel colectivo existe en cambio una organización, en el sentido de que existen instrumentos de dirección y de control, y la dimensión supraindividual de los intereses adquiere su precisa relevancia jurídica".

Ada Pelligrini Grinover²⁰, considera colectivos los intereses comunes a una colectividad de personas, pero sólo cuando exista un vínculo jurídico entre los componentes del grupo, como ocurre en las sociedades mercantiles, el condominio, la familia, el sindicato, etc. Y difusos, en cambio, los intereses que, sin fundarse en un vínculo jurídico, se basan en factores de hecho frecuentemente genéricos y contingentes, accidentales y mutables; como el habitar en la misma zona, consumir el mismo producto, vivir en determinadas circunstancias socioeconómicas, etc.

Tomando en cuenta no ya la doctrina sino la legislación comparada, encontramos el Código de Defensa del Consumidor Brasileño, el cual es de suma importancia para nosotros al ser de aplicación en un país de derecho civil.

En este sentido, define como intereses difusos los intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que son titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho. Como intereses colectivos los intereses transindividuales de naturaleza indivisible, de los que es titular un grupo, categoría o clase de personas

¹⁹ Tomamos esta cita de la introducción realizada por José Ovalle Favela en el libro **Las Acciones para la Tutela de los Intereses Colectivos y de Grupo**. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. VIII-IX, el cual lo extrae a su vez de Vigoriti, Vincenzo. "Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire". Milán, Giuffrè, 1979, pp. 42-44.

ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base. Y por último agrega otra categoría, los intereses individuales homogéneos, definiéndolos como aquellos que siendo de carácter individual tienen sin embargo un origen común²¹.

Con respecto a estos últimos, Antonio Gidi opina que la ley brasileña no establece una definición clara. Tan sólo menciona que ellos son derechos de un origen común, sin explicar lo que es un "origen común". Por otra parte, es crucial a este concepto de "origen común" que los derechos individuales tengan la misma o semejante causa de pedir. Esto es lo que define a los derechos individuales como "homogéneos", y permite que se les dé un trato y una sentencia uniformes. Los derechos o pretensiones continúan –sin embargo– siendo solamente una colección de derechos individuales personales separados (derechos subjetivos) individualmente apropiados por cada miembro del grupo²².

Fuera de ello, si bien las acciones que se inicien en defensa del derecho del consumidor pueden ser individuales o colectivas, lo cierto es que esta última vía quedará expedita cuando se encuentre en juego un interés difuso, colectivo o bien individual homogéneo (art. 81); consagrándose, bajo su ámbito, una legitimación amplia en orden a propender a la tutela del derecho involucrado, poseyendo dicha aptitud tanto el Estado, los órganos o entes que lo integran – tengan o no personalidad jurídica – en tanto posean como destino específico la defensa de los intereses y derechos protegidos por el referido código, así como también las asociaciones de defensa del consumidor y el Ministerio Público (art. 82).

Por su parte, el código también prevé el carácter expansivo de los efectos de la sentencia, estableciendo distinciones según la naturaleza del interés en juego y el resultado de la litis²³.

Volviendo a nuestra legislación, y con palabras de Javier Guiridlian, diremos que nada dice nuestra carta magna en punto a la posibilidad de acumular, en una única acción con aptitud de producir efectos expansivos, intereses de tipo individual homogéneos. Únicamente podría admitirse dicha alternativa en tanto exista una ley que al efecto la consagre. Mientras ello no ocurra, dado un supuesto de daño a un derecho individual, aún cuando los afectados sean varios, únicamente podrían accionar a título singular; siendo que, los efectos de la cosa juzgada, se hallarán limitados a las partes que intervinieron en el proceso. Sin embargo, es opinión de otros

²⁰ Tomamos esta cita de la introducción realizada por José Ovalle Favela, Ob. Cit., el cual lo extrae a su vez de Pellegrini, Ada. "A problemática dos intereses difusos. A tutela dos interesses difusos". San Pablo, 1984, pp. 30 y 31.

²¹ Código del Consumidor Brasileño, art. 81.

²² Gidi, Antonio. Ob. Cit., pág. 62.

²³ Guiridlian Larosa, Javier. "Los Procesos Urgentes y la Defensa del Consumidor", en **Revista de Derecho Administrativo**, Editorial Lexis Nexis, número 53.

autores que no es necesario el dictado de una norma que ampare esa posibilidad, simplemente basta con el art. 86 de la CN el cual atribuye legitimación al defensor del pueblo para la "defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración"²⁴ (el subrayado nos corresponde).

Este problema ya no es tema de discusión en la provincia de Buenos Aires luego del dictado de la ley 13133, antes mencionada, ya que la misma no hace distinción entre los distintos tipos de intereses. Pero la controversia se halla latente en el ámbito nacional.

Sabemos que la distinción entre intereses difusos y colectivos no encuentra reflejo en la denominación de las correspondientes acciones, las cuales no se clasifican de manera diferente en función del interés que tutelan. En términos generales puede decirse que el concepto de acción colectiva, simplemente se opone al de acción individual, englobándose dentro de las acciones colectivas tanto aquellas que defienden intereses difusos como intereses colectivos que afectan a un grupo determinado de sujetos (art. 43 CN). Pero ¿qué ocurre con los derechos individuales homogéneos?, ¿Quién gozará de legitimación para su defensa?, ¿Qué efectos tendrá la sentencia respecto de los sujetos afectados por ese "origen común"?

4- LEGITIMACIÓN PARA PROTEGERLOS

La propia Constitución parte de la base de que pueden iniciarse acciones de tipo colectivo en defensa de los intereses generales²⁵ a través de la acción de amparo (art. 43). Pero, en cambio, nada dispone acerca de los derechos individuales homogéneos, aunque no faltan aquellos que consideran que el art. 43 es de aplicación al caso.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, pasaremos al estudio del art. 43 de la Constitución Nacional, el cual establece en su segundo párrafo, que la acción de amparo en lo referente "a los derechos de incidencia colectiva en general" (incluyendo explícitamente "los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor" y "cualquier forma de discriminación") posee tres tipos de legitimados activos:

- a) el propio afectado,
- b) el defensor del pueblo, y

²⁴ Jeanneret de Pérez Cortés, María. "La Legitimación del Afectado, del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2003-B, Sec. Doctrina. Pág. 1343.

²⁵ Expresión adoptada por Javier Guiridlian en su trabajo, por considerar que la distinción entre interés colectivo y difuso resultan comprensivas de un denominador común: el carácter transindividual del sujeto y la naturaleza indivisible del bien involucrado.

c) las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

A estos tres supuestos constitucionales corresponde agregar un supuesto legal adicional previsto en la Ley de Defensa del Consumidor, el ministerio público.

a) El propio afectado: la reforma constitucional de 1994 introduce en el artículo 43 la figura del "afectado"²⁶. Según un minucioso estudio realizado por los autores Morello y Vallefn, "será afectado quien de modo directo y personal es lesionado en el disfrute de sus derechos fundamentales, reconocidos por la propia Constitución Nacional, los tratados y las leyes; quien sufre, de manos de la autoridad pública o de los particulares, en forma actual o inminente una lesión o menoscabo manifiestamente ilegal o arbitrario. Pero también lo será quien experimente tales lesiones de manera indirecta o refleja"²⁷.

La jurisprudencia —encargada últimamente de precisar el concepto— muestra mejor los límites a los que se halla sujeto. Así, ya ha entendido que de conformidad con los arts. 41 y 43 de la CN posee legitimación activa quien, en su condición de vecino de una localidad, promueve acción de amparo para que se decrete la nulidad del concurso público convocado para la selección de proyectos de inversión, instalación y operación de plantas de tratamiento de residuos peligrosos²⁸.

También ha reconocido que la tienen los vecinos que se han visto afectados por una resolución que dispuso la construcción de un albergue deportivo en una zona urbana especial destinada específicamente al uso residencial, contraviniendo la propia normativa puesta en vigencia por las autoridades competentes²⁹.

O que, igualmente se encuentra legitimada para exigir que el municipio proceda a efectuar la limpieza de un predio perteneciente al dominio público ubicado a pocos metros del domicilio real de la actora, donde funciona un basural en el que un grupo de personas recogen y amontonan desperdicios³⁰.

²⁶ La noción de "afectado" ha sido definida por varios autores. Así, según Andrea F. Mac Donald, afectado es toda aquella persona física o jurídica cuyos derechos se encuentran dañados o perjudicados por la ejecución de un acto realizado por otro (Mac Donald, Andrea Fabiana. El Amparo Colectivo, medio de protección del consumidor, en www.elDial.com). Por su parte, Barra puntualiza que el concepto de "afectado" equivale a decir que el demandante debe tener un interés personal y concreto, es decir un verdadero derecho subjetivo y que su agravio debe ser además específico (Barra, Rodolfo. "La Acción de Amparo en la Constitución Reformada, la legitimación para accionar", LL, 1994-E, 1087).

²⁷ Morello, Augusto M.; Vallefn, Carlos A. *El Amparo. Régimen Procesal*. La Plata, Librería Editora Platense, 2000, 4ª edición. Pág. 286 y ss.

²⁸ "Schroder, Juan c/ Estado Nacional —Secretaría de Recursos Naturales" del 8-9-1994, LL, 1994-E, pág. 449.

²⁹ "Carlos E. Moro y otros c/ Municipalidad de Paraná" del 23-6-1995, LL, 1997-A, 58.

³⁰ "María Leticia Seiler c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" del 28-8-1995, ED, 165, pág. 214.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a su turno, va casuística y paulatinamente, precisando la noción. "La Constitución Nacional –dijo- reconoce legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa por el acto u omisión" pero "de esa ampliación constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal para requerir el amparo" no se sigue "la automática aptitud para demandar, sin examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción". Es que "no ha sido objeto de reforma en tal sentido la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de las 'causas' (art. 116 CN)" que son "aquellas que persiguen en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas". Añade que "la protección que el nuevo texto constitucional otorga a los intereses generales, no impide verificar si éstos, no obstante su compleja definición, han sido lesionados por un acto ilegítimo, o existe amenaza de que lo sean". En esta tarea "es relevante determinar si, asumiendo la justiciabilidad de un caso, un pronunciamiento favorable al demandante podría reparar el daño invocado" y que "un daño es abstracto cuando el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes"³¹.

El propio afectado puede actuar en un doble carácter, defendiendo tanto su propio derecho subjetivo como el derecho de incidencia colectiva cuando, por ejemplo, ejerce acciones para resguardar su derecho a la salud y a un medio ambiente sano, de acuerdo al artículo 41, o cuando demanda por sus derechos como usuario de los servicios públicos conforme el artículo 42: allí se unen tanto el derecho individual como el general.

Por lo antedicho es indudable que el afectado se halla legitimado para salvaguardar su interés individual, pero no así para representar al conjunto de los afectados que gozan de un interés general, a no ser que acredite su aptitud para representarlos adecuadamente y de manera justa.

Asimismo, debe mencionarse que, conforme lo sostenido por un sector de la doctrina y la jurisprudencia, la legitimación a los fines de accionar colectivamente únicamente puede ser reconocida en cabeza del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones que propendan a dichos fines, más nunca podría ser intentada ella a

³¹"Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria" del 7-5-1998. Fallo 321:1352. Voto de la mayoría: Nazareno, O'Connor, Boggiano López, Vázquez.

título general por el propio afectado, con exclusión del resto de los sujetos incididos, por cuanto podría llegar a afectarse el derecho de defensa de estos últimos³².

Por su parte, la ley 13133 de aplicación en la provincia de Buenos Aires, confiere a los consumidores o usuarios aptitud para representar en forma individual o colectiva intereses de índole general (art. 26, inc. a).

b) El defensor del pueblo: según Maiorano, "el defensor del pueblo es una autoridad de la Nación cuyas funciones son la tutela de los derechos humanos y el control del ejercicio de las funciones públicas. No pretende ni es su misión interferir el ejercicio jurisdiccional. Pero si es mandato de quien ejerce las funciones de defensor del pueblo exigir el cumplimiento de la Constitución Nacional y de los pactos, convenciones y declaraciones de derechos en orden a la función garantística que tiene asignada la institución"³³.

Además de la mención que el artículo 43 hace del defensor del pueblo como sujeto legitimado en el amparo del párrafo segundo, conviene recordar que el art. 86 reafirma explícitamente que "el defensor del pueblo tiene legitimación procesal"³⁴.

Si su misión, conforme al mismo art. 86, es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses, resulta fácil entender que dispone de acción para acceder a la justicia mediante el amparo de este párrafo segundo.

Sin embargo, la sentencia de la Corte Suprema del 12 de septiembre de 1996 en el caso "Frías Molinas" le negó legitimación en el amparo que promovió para la defensa colectiva de jubilados y pensionados cuyas causas se hallaban pendientes de decisión en el tribunal³⁵. Juzgó que si el mencionado funcionario no estaba legalmente autorizado para investigar la actividad concreta del Poder Judicial —art. 16 de la ley 24284 que es anterior a la reforma constitucional de 1994— menos aún estaría legalmente autorizado para promover acciones o formular peticiones ante el órgano

³² Guiridlian, Javier. Ob. Cit. En este sentido ver autos "Lecuona Daniel César v. Gasnor S. A.", Cámara Nacional Contencioso- Administrativa Federal, Sala 3, del 05/09/02, especialmente considerando 3º, con nota de Fabiana Haydée Schafrik, quien se expide en el sentido indicado. Ver en Revista de Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Nº 43, ps. 189 y ss.

³³ Maiorano, Jorge Luis. "La Legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación: de la Constitución a la Corte Suprema", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1997-A, Sec. Doctrina. Pág. 808.

³⁴ Art.86 CN: "El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito de Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal..."

jurisdiccional respecto a actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito de dicho poder.

En los tribunales federales inferiores, salvo excepciones, la legitimación del defensor del pueblo fue reconocida. A título ilustrativo podemos nombrar el caso "Nieva, Alejandro y otros c/ PEN" del 26-8-97, en el que se admitió su legitimación en el juicio en que había sido planteada una acción de amparo tachando de manifiestamente ilegítimo el decreto de necesidad y urgencia por el que se decidió el llamado a licitación pública para la concesión de los aeropuertos nacionales e internacionales. Se invocó, a esos efectos, lo expresado por los arts. 86 y 43 CN, reconociendo con amplitud la competencia del órgano³⁶.

También fue reconocida esa legitimación en los autos "Youssefian" del 23-6-1998, con invocación de los arts. 86 y 43 CN, y aclarando que el defensor actuaba, en el caso, en defensa de un derecho de usuarios y consumidores³⁷.

Como más arriba lo señalamos, hay autores que no ven la necesidad de una regulación expresa en materia de derechos individuales homogéneos, reconociendo plena legitimación al defensor del pueblo por vía del art. 86 CN.

c) Las Asociaciones que propendan a esos fines: partiendo del precedente de la ley de asociaciones profesionales *stricto sensu*, gremiales o sindicales, la Ley de Defensa del Consumidor se adelantó a la Constitución de 1994 en reconocer legitimación procesal colectiva a las asociaciones de usuarios y consumidores, concepto legal que recoge y amplía la nueva norma constitucional.

Más precisamente, la Ley de Defensa del Usuario y del Consumidor, ley de orden público, consagra el principio de en la duda a favor del usuario o consumidor y otorga expresamente amplio acceso judicial para su tutela. Así admitió la legitimación de los distintos tipos de asociaciones de usuarios y consumidores para actuar en juicio contra los proveedores de bienes y servicios, incluidos los servicios públicos, lo que no ha podido sino ser interpretado con la amplitud que el texto legal consagra.

En efecto, el art. 55 dispone que "las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados los intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el segundo párrafo del artículo 58".

³⁵ "Frias Molina, Nélida Nieves c/ INPS –Caja Nacional de Previsión Social para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad", del 12-9-1996, publicada en ED, 169-433. LL, 1997-A, pág. 67.

³⁶ LL, 1997-F, 884.

³⁷ "Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones". LL, 1997-F, 270.

Por su parte, el art. 56 se refiere a las "organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor," de lo cual resulta claro que no se refiere a ningún tipo de asociación en particular, en lo que se refiere a la legitimación. Cabe también postular que es suficiente con su reconocimiento como persona jurídica por el Estado.

Pese a la reforma constitucional que la consagra, la legitimación de las asociaciones no alcanza consenso en la jurisprudencia.

Así se la desconoció en el caso en que una asociación de consumidores – demanda a la que luego adhirió el defensor del pueblo- persiguió la anulación del decreto del Poder Ejecutivo Nacional que dispuso la intervención de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, acto que –a juicio de aquellos- afectaba directamente los derechos de los usuarios de los servicios públicos reconocidos por el art. 42 CN³⁸.

Pero, en sentido contrario, un importante precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación le reconoció legitimación a una asociación que nucleaba a los grandes usuarios de energía eléctrica que perseguían –si bien no por vía del amparo, sino por la de la acción declarativa- la inconstitucionalidad de ciertos decretos de la Provincia de Buenos Aires que gravaban a los usuarios industriales de un modo diverso, según fuesen abastecidos de energía por prestadores sujetos a la jurisdicción nacional o provincial³⁹.

Y, en otro, sostuvo que las asociaciones actoras, en tanto según sus estatutos tienen por objeto la lucha contra el SIDA "están legitimadas para interponer acción de amparo contra las omisiones del Estado, por presunto incumplimiento de la ley 23798 –que declara de interés nacional la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida y que impone a las autoridades sanitarias desarrollar programas de lucha contra la enfermedad- y de su decreto reglamentario"⁴⁰.

Con respecto a las asociaciones, la ley 13133 solamente exige que se hallen debidamente registradas en la provincia de Buenos Aires (art. 26, inc. b).

d) El ministerio público: el art. 120 CN dispone que el ministerio público tiene por función promover la actuación de la justicia, con los objetivos de defensa de la legalidad y defensa de los intereses generales de la sociedad⁴¹. La expresión en el

³⁸ In re "Consumidores Libres"

³⁹ "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina" (AGUEERA) del 22-4-1997. LL, 1997-C, pág. 322.

⁴⁰ "Asociación Benghalensis y otros" del 1-6-2000. LL, 2001-B, pág. 126.

⁴¹ Art.120 CN: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la

sentido de que la defensa de los intereses generales de la sociedad es misión del ministerio público, puede suponerse a papeles parecidos del defensor del pueblo, que tiene legitimación procesal para plantear amparos a fin de proteger el ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general (art. 43), y proteger los derechos humanos y los demás derechos y garantías constitucionales ante hechos, actos u omisiones de la administración (art. 86).

Refiriéndonos una vez más a la ley 24240, que precedió la reforma de 1994, nos encontramos con su art. 52 el cual otorga "Acciones Judiciales" en los siguientes términos: "Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley".

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

Aquí la legitimación para la defensa de los derechos de incidencia colectiva es cuádruple: el interesado, las asociaciones, la autoridad de aplicación y el ministerio público, quien tiene además obligación de proseguir las acciones en caso de desistimiento de la asociación actora. La legitimación del ministerio público tiene carácter subsidiario, en el supuesto de un desistimiento de las acciones a ser ejercidas por las asociaciones legitimadas.

Según Cappelletti, estructuralmente, el ministerio público continúa siendo un órgano carente de especialización en los campos específicos a los cuales se refieren los nuevos derechos: áreas que incluyen, la ecología, la industria, la producción y el intercambio, y más en general los derechos sociales típicos de las modernas sociedades de bienestar. Además, en muchos países, el ministerio público carece de la independencia orgánica suficiente para hacer de él un representante válido de los intereses que, a menudo, deben hacerse valer contra las autoridades políticas y administrativas, y de todos modos contra sujetos que pueden tener una fuerte influencia sobre dichas autoridades⁴².

Por su parte, la ley 13133 reformada en este aspecto por el decreto 64/04, no prevé al ministerio público como legitimado, pero le asigna la tarea de fiscal de la ley si

legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República...".

⁴² Cappelletti, Mauro. Ob. Cit., pág. 247 y ss.

no actúa como parte, y además el rol de las asociaciones si es que éstas abandonan la acción (art. 27).

Finalizando con el estudio acerca de la legitimación, no podemos dejar de referirnos a un novedoso fallo, "Dirección General de Defensa del Consumidor c/ Banca Nazionale del Lavoro" del 31-8-2004⁴³, que reconoció legitimación a la autoridad de aplicación de la ley 24240.

El fallo acepta una acción de clase dirigida a la defensa de derechos de incidencia colectiva⁴⁴, incoada con éxito por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires ante un tribunal judicial. Lo hace como autoridad de aplicación defendiendo el interés patrimonial de los usuarios, tal como la legitima el art. 52 de la ley 24240; es decir que, se encuentra habilitada legalmente para ello desde la sanción de esta ley y, sin embargo, es el primer caso en que se inicia una acción de este tipo contra una empresa que viola derechos del consumidor.

A modo de conclusión, y citando un pasaje incorporado en el libro de Antonio Gidi, podemos señalar que un amplio análisis comparativo hecho por Mauro Cappelletti demostró que la ley puede dar legitimación a un individuo (sea o no miembro del grupo) o a asociaciones (previamente autorizadas por ley, por el gobierno, por el juez, o por sus miembros) o al gobierno (a través del Ministerio Público, del ombudsman, o de órganos de la administración pública). Y que estas opciones no son excluyentes: cada solución tiene tanto ventajas como desventajas, y que ningún enfoque es por sí solo el ideal.

Una vez superado, relativamente, el tema de la legitimación, surge un problema más importante cual es el carácter vinculante de la sentencia. Tradicionalmente la cosa juzgada se limita a las partes en el juicio; las sentencias colectivas, por definición, vinculan a todos los miembros del grupo.

5- EFECTOS DE LA SENTENCIA

Según lo afirma Gordillo, consecuencia necesaria de admitir la legitimación amplia son también los efectos *erga omnes* de la sentencia. En efecto, esta consecuencia de la sentencia en un caso de derechos de incidencia colectiva es una

⁴³ Mediante este fallo se condenó a la Banca Nazionale del Lavoro a devolver más de seis millones de pesos a los usuarios de tarjetas de crédito por el cobro de un cargo no previsto en los contratos. La sentencia de primera instancia resultó confirmada por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal LL, 2004-E, 962.

⁴⁴ Aunque claramente se observa que estamos ante un caso de intereses individuales homogéneos.

de las obligaciones mínimas de eficiencia y eficacia del sistema. Se trata en suma de que como sociedad no incurramos en gastos superfluos y plenamente evitables⁴⁵.

En la etapa posterior a la reforma, esta problemática se hizo sentir a través de la jurisprudencia. Así, es adecuado mencionar la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Monges, Analfá M. c/ Universidad de Buenos Aires", del 26-12-1996, en la cual se dispuso que la misma tendría autoridad de cosa juzgada para la demandada y respecto de todos los involucrados en el conflicto universitario, aunque no hubieran sido parte en el proceso y más allá de los términos en que la cuestión había sido planteada⁴⁶.

De modo diferente se pronunció el Tribunal Supremo en la causa "PRODELCO c/ Poder Ejecutivo Nacional" del 7-5-1998, planteada por una diputada nacional y una asociación cuestionando la reestructuración de las tarifas llamada "rebalanceo telefónico", al negar la atribución de efectos *erga omnes* a las decisiones que se dictan en los procesos en que intervienen el defensor del pueblo y las asociaciones. Puso allí de relieve que la normativa impugnada repercutía de modo distinto sobre los usuarios y que había dado lugar a fallos contrarios⁴⁷.

Desde otro enfoque, merece una atención especial el voto en disidencia de Enrique Santiago Petracchi en los autos "Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN)" del 7-12-1999, en los que fue cuestionada por un usuario del servicio de trenes subterráneos de la ciudad de Buenos Aires una resolución del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos por la que se había autorizado el redondeo de la tarifa en más de un centavo, implicando un incremento del 3.2%. El juez consideró que "la tutela expedita de los derechos del usuario de los servicios públicos que consagra el art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 sería letra muerta si, en el caso, se interpretase esa cláusula en el sentido de que ella se reduce a garantizar a cada usuario el derecho de demandar individualmente el cobro de unos pocos pesos o centavos, pese a tener idénticos intereses y una misma causa para accionar que los demás. Toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de ellos podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva, una interpretación tal equivaldría lisa y llanamente a negar

⁴⁵ Gordillo, Agustín. "Un Leading Case Provincial en el que el derecho no cae en la vorágine", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2002-B, Sec. Jurisprudencia. Pág. 345.

⁴⁶ La causa fue planteada por una alumna del Curso Preuniversitario de Ingreso creado por resolución del Consejo Directivo de la Facultad de Medicina, y en ella se pretendía la declaración de invalidez de la resolución de la UBA que dejó sin efecto aquella resolución. Para un estudio más acabado remitirse al trabajo de Jeanneret de Pérez Cortes, "La Legitimación del Afectado, del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones", LL, 2003-B. pág. 1350.

⁴⁷ LL, 1998-C, 574.

efectividad de la tutela constitucional frente al acto manifiestamente lesivo, que significa una recaudación excedente de varios millones de pesos por año"⁴⁸.

Los efectos generales de una decisión judicial volvieron a hacerse patentes, en relación con una demanda planteada por una asociación civil, en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, en la causa "Portal de Belén –Asociación Civil sin Fines de Lucro- c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación" del 5-3-2002. En ella el Tribunal revocó la sentencia apelada, hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al Estado Nacional que dejase sin efecto la autorización y prohibiese la fabricación, distribución y comercialización de un fármaco con efectos abortivos⁴⁹.

En la causa "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR s/ responsabilidad por daños" del 16-3-2000⁵⁰, el tribunal consideró que, frente a un hecho que afectó a miles de usuarios, una efectiva tutela judicial de sus derechos requería que se enfatizaran los mecanismos colectivos que para ello existían a fin de resolver los conflictos que involucraban a una gran cantidad de afectados, sin resentir el funcionamiento de los tribunales de justicia; y que, por lo demás, era razonable que frente a una gran cantidad de situaciones análogas se dictase una sola sentencia que comprendiera a todas –si existía una norma que así lo permitía-, evitándose un dispendio inútil de actividad jurisdiccional. En consecuencia, admitió la demanda y declaró la responsabilidad de EDESUR S.A. en el hecho, disponiendo, asimismo, que en lo relativo a los daños y perjuicios que eventualmente pudieron sufrir los usuarios afectados por la interrupción del servicio de energía eléctrica, aquellos que se considerasen con derecho podrían ocurrir ante los tribunales correspondientes y por la vía que estimaren pertinente, o que en cada caso fuera fijada de acuerdo a las particularidades que cada uno pudiera presentar. Por su parte, quedó a cargo exclusivamente de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, la forma de poner en conocimiento de los usuarios la sentencia dictada, extrajudicialmente y por los medios que estimase pertinentes, y sin obligación alguna por parte de la demandada.

Refiriéndonos al ámbito local, no podemos dejar de nombrar la decisión del Juez López de hacer extensiva una medida cautelar en un caso particular a varios análogos, lo cual permitió a cerca de 14 mil ahorristas disponer de los depósitos que estaban retenidos en el corralito financiero⁵¹. Así, dispuso que, "encontrándose en análoga situación a la presente y pendiente el dictado de las medidas cautelares

⁴⁸ LL, 2000-A, 179. Considerando 14.

⁴⁹ ED, serie especial de filosofía del derecho n° 1 del 14-5-2001, pág. 17.

⁵⁰ LL, 2000-C, 399.

⁵¹ Causa "Digilio, Betina Elizabet c/ Estado Nacional y otro s/ amparo" del 19-12-2002 procedente del Juzgado Federal N° 4 de Mar del Plata, expte. 2116/02 (registro interno)

requeridas, -en virtud de la naturaleza de la acción de Amparo que tiende a asegurar la efectiva protección de los derechos constitucionales eventualmente conculcados-, a fin de preservar el cumplimiento eficaz del principio de igualdad ante la ley de rango constitucional establecido en el art. 16 CN, extiéndase mediante la presente la cautela aquí otorgada a todas aquellas acciones que se encuentren en el mismo estado y pendiente de resolución". Obviamente, los autos fueron apelados por las entidades bancarias ante la Cámara Federal de Mar del Plata, y los Dres. Tazza y Ferro, Presidente y Vicepresidente de Cámara, respectivamente, modificaron la decisión en cuanto dispone la extensión de la medida cautelar a todos los amparos pendientes de resolución, debiendo verificarse la concurrencia de los presupuestos formales y sustanciales en cada acción en particular.

Como vimos, hay numerosos casos en los que se hallan implicados derechos individuales homogéneos en los cuales se extendieron los efectos de la cosa juzgada. Igualmente hay que tener cuidado en qué situaciones se puede aplicar este efecto, de manera que nos hallemos ante una solución justa.

Así, tanto el código brasileño como el código de la provincia de Buenos Aires, diagraman distintas soluciones. El primero disponiendo en su art. 103 que la sentencia será cosa juzgada *erga omnes* en acciones colectivas para la protección de derechos individuales homogéneos, solamente si la demanda procede para beneficio de todos los miembros. A su vez, si la demanda es negada, los miembros ausentes que no intervinieron en la acción colectiva pueden presentar acciones individuales por daños. El segundo disponiendo en su art. 28 que "cuando se trate de acciones judiciales para la prevención o solución de conflictos, las sentencias tendrán los siguientes efectos: a) Si admiten la demanda, beneficiarán a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio, quienes podrán -por vía incidental en el mismo proceso- acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia y -en su caso- liquidar los daños. b) Si rechazan la demanda, no impedirán la acción de los consumidores y usuarios titulares de un interés individual, que no hayan intervenido en el proceso. c) Si el rechazo de la demanda se fundó en la insuficiencia de pruebas, cualquier otro legitimado diferente al actor podrá intentar otra acción valiéndose de nuevas pruebas".

Como se puede observar, a lo largo del trabajo vinimos realizando un análisis de nuestro derecho contemplando, a su vez, aspectos del derecho brasileño. Paso seguido, realizaremos un estudio del derecho estadounidense, fiel exponente de las acciones colectivas.

6- ACCIONES COLECTIVAS

Finalmente, arribamos al punto en que nos resulta necesario analizar qué son las Acciones Colectivas o *Class Actions*, tomadas como nuevas técnicas destinadas a inducir a los particulares a intentar acciones en función del interés general.

Es en los Estados Unidos de América en donde tiene su mejor expresión la acción colectiva (*class action*). En ésta, un particular que pertenece a un cierto grupo de personas que se encuentran en una situación similar, puede incoar la acción como parte actora. La acción que se ejercita por el actor no busca como efecto único garantizar su propio interés personal, sino, en la misma manera, la de los otros miembros del grupo, si y sólo si han sido debidamente representados por el actor y han sido debidamente notificados del proceso.

Haciendo un poco de historia, podemos decir que, en los primeros años de su Independencia, en los Estados Unidos la legislación procesal estaba totalmente fragmentada con graves problemas de funcionalidad en su sistema jurídico. David Dudley Field fue quien inició el movimiento uniforme de la reforma procesal norteamericana, que culminó con la adopción de una nueva Constitución en 1846 en el Estado de Nueva York, y la de su Código de Procedimientos Civiles en 1848. A fines de 1873, más de la mitad de los Estados de la Unión Americana habían adoptado el mismo Código. Pero no fue sino hasta 1938 que se redactaron las Reglas Federales para el Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*), que tuvieron una función de ley modelo para la reforma procesal de los estados miembro de la Unión Americana.

El origen de la acción colectiva se remonta a las cortes de equidad del Reino Unido, y esta acción era propia de todas aquellas personas que fueran afectadas por un decreto cuando su número hacía imposible citarlas simultáneamente todas a juicio. El tribunal más conocido era la llamada "*Court of Chancery*" o Tribunal del Canciller, que desarrolló el llamado *bill of peace*, una suerte de remedio procesal que permitía al tribunal de equidad entender en una acción promovida por representantes de un grupo o contra representantes de un grupo, si la parte actora podía acreditar que la cantidad de personas involucradas en el conflicto era tan grande que hacía imposible o impracticable la acumulación de todas las acciones o la acumulación de todas las defensas; si, además, todos los integrantes del grupo poseían un interés común en la materia sometida a decisión judicial; y si las partes mencionadas como actores o como demandados, según el caso, representaban adecuadamente a los ausentes.

En el derecho inglés, si en una acción por clases de personas se llegaba a la conclusión de que los derechos, las obligaciones o las responsabilidades de todos los

integrantes de la clase o grupo podían ser litigados correcta y honestamente, la sentencia final obligaba a todos los miembros de la clase o el grupo, hubieran o no hubieran participado en la sustanciación de la acción.

En los Estados Unidos ganaron utilidad como consecuencia de la agitación y de los cambios producidos durante las décadas del 50 y del 60 para poner fin a la discriminación racial y para asegurar efectivamente los derechos individuales de los ciudadanos de la raza negra, y durante las décadas del 70 y del 80 para proteger a los consumidores frente a los riesgos generados por la producción industrial masiva, el desarrollo de la sociedad de consumo, para cuidar la salud de la población afectada por la proliferación de los agentes contaminantes del medio ambiente. Pero, a diferencia de lo ocurrido en Inglaterra, en los Estados Unidos se halló la incertidumbre respecto del alcance de la sentencia final.

En efecto, las acciones por clase de personas ya habían sido aceptadas como un remedio de *equity*. El Código Field contenía, desde el siglo XIX, algunas disposiciones aisladas en materia de acciones colectivas. En 1938 se retomó la idea, pero no fue hasta 1966 cuando se reformó la regla 23 de las Reglas Federales para el Procedimiento Civil que se intentaron superar las enormes dificultades prevaecientes en su aplicación, ganando la sentencia dictada en una acción por clase de personas el efecto de *res judicata* respecto de todos los miembros de la clase involucrada en el litigio, se hayan hecho presentes o no se hayan hecho presentes en el respectivo juicio.

Concretamente, la Regla 23⁵² fija los lineamientos de las *class actions*,

⁵² "A) Requisitos de una acción colectiva. Uno o más miembros de un grupo pueden demandar o ser demandados como representantes de todos sólo si 1) el grupo es tan numeroso que el litisconsorcio de todos los miembros es impracticable; 2) existen cuestiones de derecho y de hecho comunes al grupo; 3) las demandas o defensas de los representantes son típicas de las demandadas o defensas del grupo, y 4) los representantes protegerán equitativa y adecuadamente los intereses del grupo.

B) Hipótesis en las cuales pueden ejercitarse acciones colectivas. Una acción puede ejercitarse como acción colectiva si se satisfacen los requisitos de la subdivisión A y si además: 1) el ejercicio de acciones individuales separadas por o contra los miembros del grupo podría crear un riesgo de: (a) sentencias inconsistentes o contradictorias con respecto a los miembros del grupo, lo que podría establecer modelos incompatibles de conducta para la parte opuesta al grupo, o (b) sentencias con respecto a miembros del grupo que podrían en la práctica perjudicar los intereses de otros miembros del grupo que no han participado en el proceso individual, o que dañen o impidan la aptitud de éstos para proteger sus propios intereses; o 2) la parte que se oponga al grupo, ha actuado o se ha rehusado a actuar de una manera uniforme con respecto al grupo, resultando apropiado una sentencia inhibitoria o declarativa respecto al grupo entendido como unidad, o 3) el juez considera que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualquier cuestión individual y que la acción colectiva es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficaz resolución de la controversia. En su decisión sobre la superioridad de la acción colectiva, el juez deberá analizar, entre otras cosas: (a) el interés de miembros del grupo en controlar individualmente el ejercicio o defensa de acciones individuales separadas; (b) la amplitud y naturaleza de cualquier litigio acerca de la controversia ya empezado por o contra miembros del grupo; (c) la conveniencia o no de reunir las causas ante el mismo juez; (d) las dificultades que probablemente serán encontradas en la administración de esta acción colectiva.

C) Determinación si una acción colectiva puede ser certificada; notificación; fallo; acciones colectivas parciales.

1) Tan pronto como sea posible después del comienzo de una acción ejercitada como acción colectiva, el juez determinará si ésta puede ser certificada como acción colectiva. Esta decisión puede ser condicional y puede ser modificada antes de la decisión sobre el fondo.

2) En toda acción colectiva de tipo B) 3), el juez dirigirá a los miembros del grupo la mejor notificación posible dadas las circunstancias, incluyendo la notificación individual a todos los miembros que puedan ser identificados a través de un esfuerzo razonable. La notificación informará a cada miembro que: a) el juez excluirá al miembro del grupo si el miembro lo solicita hasta una fecha especificada; b) el fallo, favorable o no, incluirá a todos los miembros que no soliciten su exclusión; y c) cualquier miembro que no haya solicitado la exclusión puede, si lo desea, participar en el juicio con la asistencia de un abogado.

3) El fallo en una acción colectiva de tipo B) 1) o B) 2), sea favorable o no al grupo, incluirá y describirá a aquellos que el juez considere miembros del grupo. El fallo en una acción colectiva de tipo B) 3), sea favorable o no al grupo, incluirá y especificará o describirá a aquellos a los que se dirige la notificación prevista en la subdivisión C) 2), que no han solicitado exclusión, y que el juez considere miembros del grupo.

4) Cuando sea apropiado: a) una acción puede ser propuesta o mantenida como acción colectiva con objeto limitado a solamente algunas cuestiones, o b) un grupo puede ser dividido en subgrupos y cada subgrupo debe ser tratado como un grupo autónomo, aplicándose las disposiciones de esta regla.

D) Proveimientos sobre el ejercicio de las acciones. En el ejercicio de las acciones colectivas, el juez puede: 1) determinar el curso del proceso o adoptar medidas para prevenir repeticiones indebidas o complicaciones en la presentación de la prueba o en la argumentación; 2) promover, para la protección de los miembros del grupo o para el justo desarrollo de la acción, notificación en la forma que determine, para alguno o todos los miembros, sobre cualquier acto o fase del procedimiento o de los efectos de la sentencia, o para dar oportunidad para que los miembros expresen si consideran que la representación es justa y adecuada, para intervenir y presentar demandas o defensas, o para participar de la acción; 3) imponer condiciones a los representantes o a los intervinientes; 4) ordenar que la demanda sea modificada para eliminar las alegaciones a la representación de personas ausentes en el proceso y que la acción se sustancie conforme a lo dispuesto; 5) decidir sobre otras cuestiones procesales similares. Estas

disponiendo, entre otras cosas, los requisitos necesarios para que esta pueda ser entablada; los cuales son, que el grupo sea tan numeroso que resulte imposible que todos sus miembros sean parte de la demanda, que existan cuestiones de hecho o de derecho comunes a todo el grupo, que las excepciones y las defensas sean comunes a todos los miembros, y que quienes desempeñan el papel de representantes protejan los intereses del grupo de manera justa y adecuada.

A su vez, dispone con respecto a la adecuación de la representación, que los pocos miembros de la clase que se presentan pretendiendo representarla llevan a cabo una suerte de autodesignación. Tanto la clase como los tribunales prefieren un solo juicio promovido por esos auto-titulados "representados", que cientos o miles o decenas de miles de juicios individuales. Es responsabilidad primaria y terminante del tribunal decidir acerca de la aptitud representativa de quienes han promovido la demanda o contestado la acción por la clase de personas involucradas en el litigio.

Con respecto a la clase de litigios en los que la Regla 23 permite las acciones por clase de personas, podemos decir que pueden ser promovidas en tres tipos de juicios:

1) Aquellos en los que la promoción de acciones separadas por miembros de la clase pudiera crear el riesgo de sentencias inconsistentes que pudieran requerir conductas incompatibles por parte de quienes se oponen a la clase o bien que pudieran tener efectos dispositivos de los intereses de quienes no se han hecho presentes en el litigio.

2) Aquellos casos en los que la conducta activa u omisiva de quien se opone a la clase o grupo de personas, se basa en argumentos aplicables generalmente a la clase y en los que, además, el remedio ya sea mediante órdenes o declaración judicial se pide apropiadamente para la clase o grupo. Este tipo de litigio incluye casos de discriminación racial y de protección de derechos civiles y variados casos de conflictos de manifiesto contenido social.

3) Aquellos casos en los que se encuentran presentes cuestiones comunes de hecho y de derecho y en los que el empleo de la acción por clase de personas es mejor que otros procedimientos para poner fin al conflicto mediante una sentencia

resoluciones pueden estar combinadas con una resolución según la regla 16 y pueden ser modificadas o revocadas según las necesidades del caso concreto.

E) Terminación o acuerdo. Una acción colectiva no puede ser terminada voluntariamente por las partes ni un acuerdo tendrá validez sin la aprobación del juez, y la propuesta de terminación o acuerdo se notificará a todos los miembros del grupo en la forma que el juez establezca

F) Apelación interlocutoria. El tribunal de segunda instancia puede, en su poder discrecional, permitir una apelación de la certificación o decertificación de una acción colectiva, si el requerimiento ha sido hecho entre los diez días siguientes de la decisión. La apelación no suspende el procedimiento en el juicio de primer grado, a menos que el juez o el tribunal decidan diversamente".

justa y eficaz. En lo sustancial, estos casos se refieren a demandas por indemnización de daños y perjuicios padecidos de manera masiva por los integrantes de una determinada clase de personas.

Refiriéndose a la notificación de la acción colectiva, la Regla 23 exige que en cualquier acción por daños, el tribunal deberá dirigir a los miembros de la clase la mejor notificación practicable según las circunstancias del caso. Dicha notificación hará saber a cada miembro del grupo en el litigio, que serán excluidos del mismo si así lo desean; que la sentencia alcanzará en sus efectos a quienes no hubieran solicitado ser excluidos, y que, si lo desean, pueden actuar en el juicio con la asistencia de su propio abogado.

Para finalizar, respecto a los efectos de la sentencia dictada en una acción colectiva, la Regla 23 fue redactada de tal manera que en el caso de los litigios contemplados en los puntos 1 y 2 analizados con anterioridad, la sentencia, ya favorable ya desfavorable a la clase, debe incluir y describir las personas a las que el tribunal ha considerado integrantes del grupo. En cambio, en el caso de los litigios contemplados en el punto 3 (juicios por indemnización de daños y perjuicios), la respectiva sentencia debe incluir y especificar o describir a aquellos a quienes se ha dirigido la notificación prevista en el inc. C) 2), y que no habían solicitado su exclusión y a quienes el tribunal consideraba miembros de la clase.

Analizado esto, podemos enumerar una serie de ventajas que se derivan de las *class actions*. A saber, supera la dificultad que se presenta en los casos en que, en la práctica, resulta imposible reunir a todos los miembros del grupo como parte actora y evita igualmente que grupos numerosos se presenten ante los tribunales. Ello conlleva sin discusión un ahorro real de tiempo y de trabajo. Asimismo, uno de sus objetivos es, precisamente, hacer eficaces los derechos de grupo, cuando sus miembros individualmente serían incapaces de emplazar a su adversario a juicio.

A su vez, tienen como desventaja el peligro de una representación inadecuada a lo largo del proceso, además de que aparecen dificultades en la notificación a aquellos miembros del grupo que no se conocen.

Por último, podemos definir a las acciones colectivas, junto a Antonio Gidi, diciendo que "una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)"⁵³. En consecuencia, los elementos esenciales de una acción colectiva son la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada.

⁵³ Gidi, Antonio. Ob. Cit., pág. 31.

7- BONDADES DEL INSTITUTO

El problema que nos aqueja es con respecto, pura y exclusivamente, a los intereses individuales homogéneos, ya que los intereses generales, según nuestro punto de vista, se hallan debidamente protegidos por el amparo del art. 43⁵⁴. La discusión surge por el hecho que no hay unanimidad en la doctrina respecto de la aplicación lisa y llana de este instituto a los mismos, considerando algunos que es necesario el dictado de una ley especial.

Específicamente, podemos nombrar como una de las bondades de las acciones colectivas la legitimación. En efecto, tanto en el régimen brasileño como en el estadounidense, los particulares se ven representados por un sujeto cuya capacidad ha sido debidamente comprobada.

La ley 13133, a diferencia de los regímenes antes mencionados, confiere a los consumidores y usuarios aptitud para representar individualmente intereses de índole general sin que medie la necesidad de acreditar la existencia de cualidad alguna en el sujeto para defender los intereses del todo en forma justa y adecuada.

En definitiva, este hecho puede llegar a reducir notablemente el número de causas. Además, muchos afectados no verían la posibilidad de abandonar su derecho por una cuestión de costos.

Con respecto a la cosa juzgada podemos decir que se encuentra estructurada de forma tal que los derechos de los ausentes se hayan plenamente resguardados. A su vez, el efecto *erga omnes* de la sentencia evita el dictado de sentencias contradictorias.

Como vemos, los problemas que se derivan del reconocimiento de la existencia de los intereses individuales homogéneos, se hallarían cubiertos con el sistema de las acciones colectivas.

⁵⁴ Aquellos que posean un punto de vista distinto, pueden extender el alcance del estudio que sigue a los intereses generales, sin afectar por ello el razonamiento.

CONCLUSION

Una vez finalizado el somero estudio de los nuevos derechos junto a sus medios de protección, tanto nacionales como extranjeros, debemos concluir que la Argentina ya cuenta con una debida protección respecto de los intereses difusos y colectivos a través del instituto del amparo, es más, este último goza de muchos de los caracteres de las acciones colectivas, y la jurisprudencia no hace más que confirmarlo.

A pesar de esto, no haya en su legislación una norma específica que contemple el caso de los intereses individuales homogéneos.

Ante esta situación creemos hay dos posibilidades, o se aplica el amparo o se introduce la acción colectiva a nuestro régimen bajo un trasplante responsable de la legislación comparada o extendiendo la acción contemplada en el código de la provincia de Buenos Aires a la Nación.

Dejando de lado nuestra opinión, nos parece de utilidad recordar el pensamiento de algunos juristas renombrados.

Según el maestro Morello, "la consolidación funcional del amparo colectivo — enraizado en nuestra idiosincrasia y hábitos forenses- suple la importación de figuras y técnicas complejas y costosas que hacen pie en el derecho anglosajón pero no parecen —al menos por ahora- como modelos que puedan incorporarse sin más al derecho interno. Es obvio que las *class actions* reconocen su tradición y que tienen en su haber muchas ventajas, pero también es cierto que su implementación no es simple. De saberse mantener el amparo colectivo en el justo y prudente límite de sus atribuciones jurisdiccionales —no más pero tampoco menos- conforme lo va dibujando una jurisprudencia criteriosa, la adaptación es feliz, porque sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, pero igualmente sin angostar las que, en el más trascendente rol de protección le caben a los jueces, va funcionando con pocos inconvenientes y con resultados más o menos efectivos"⁵⁵.

En la misma línea encontramos a Vallefín, cuyas ideas se corresponden con las de su coautor Morello. "No es necesario acudir a otras herramientas: la acción popular, o las acciones de clase, porque nuestro amparo goza de gran predicamento y es fácilmente convertible para los nuevos fines, sin confundir ni absorber por otras figuras de fronteras no claras ni rigurosas"⁵⁶.

⁵⁵ Morello, Augusto M., "La Tutela de los Intereses Difusos en el Derecho Argentino. Legitimaciones, Medidas Cautelares, Trámite y Efectos del Amparo Colectivo". La Plata, Platense, 1999, pág. 84, nota 9 (extraído del libro de Morello, Vallefín. Pág. 269, nota 13)

⁵⁶ Morello, Augusto M., Vallefín, Carlos A. Ob. Cit., pág. 281.

Contrario a lo sostenido anteriormente, encontramos autores que ven como posible y hasta necesaria la implementación de las acciones colectivas a la legislación argentina.

Así, Rivera, padre e hijo, consideran que "si bien es cierto que sería conveniente encontrar un canal procesal adecuado para la tutela de estos intereses (como las acciones de clase del derecho estadounidense), el otorgamiento de legitimación al defensor del pueblo y a las asociaciones del art. 43, segundo párrafo, crearía aun más problemas de los que se pretenden solucionar"⁵⁷.

El maestro Gordillo⁵⁸ opina que es urgente evitar la clonación de juicios, pero no prohibiéndolos a todos sino resumiéndolos en acciones de clase para la defensa de derechos de incidencia colectiva, como el art. 43 de la Constitución lo indica en una lectura con miras al futuro y no atada al pasado. No queda otra alternativa lógica, si queremos tener un Poder Judicial eficiente y sin denegación ni merma de justicia, que admitir las acciones de clase en defensa de los derechos de incidencia colectiva, tal como el art. 43 de la Constitución lo establece y no solamente para juicios de amparo o de la ley de defensa del consumidor, sino también para acciones declarativas de inconstitucionalidad.

Por su parte, Gozáini no toma una postura definitiva, sino que advierte sobre la posible importación a nuestro sistema de las acciones colectivas, diciendo que, "las acciones de clase provienen de un sistema jurídico diferente al que tenemos, condición que no limita su aplicación, pero que debe tenerse en cuenta por las particularidades que proyecta"⁵⁹.

Nos parece interesante hacer referencia, por último, a un autor del derecho comparado, el cual basa su visión en la experiencia de Brasil, país de tradición civilista, el cual implementó en su sistema a las acciones colectivas. Así, Antonio Gidi⁶⁰ sostiene que las acciones colectivas son compatibles con los sistemas jurídicos de tradición continental (civil law). A través de un "transplante responsable", las acciones colectivas en países de tradición continental serán solamente marginalmente diferentes de las acciones colectivas norteamericanas.

Continúa diciendo que, a pesar del escepticismo inicial y de la fuerte oposición académica, el buen sentido ha sugerido y la experiencia ha demostrado que las acciones colectivas (*class actions*) son compatibles con los sistemas de derecho civil.

⁵⁷ Rivera, Julio César; 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". Buenos Aires, La Ley, 2005-B. Pág. 1053.

⁵⁸ Gordillo, Agustín. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo II, cap. XIV.

⁵⁹ Gozáini, Osvaldo Alfredo. "Tutela de los Derechos de Incidencia Colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal". Buenos Aires, La Ley, Martes 12 de Abril de 2005. Pág. 4.

La experiencia brasileña ha demostrado que los países de derecho civil pueden emplear el procedimiento de las acciones colectivas, pero no pueden trasplantar el modelo norteamericano a sus sistemas jurídicos sin una sustancial adaptación.

En definitiva, vimos al comienzo de este trabajo que los legisladores deben alimentar la garantía de acceso a la justicia dando a los ciudadanos los medios adecuados para defender sus derechos, tanto los de primera, segunda como tercera generación. Por su parte, los jueces deben aplicar el derecho de la manera más justa y eficiente posible.

Con respecto a los derechos de incidencia colectiva, vimos que el amparo colectivo del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, según la jurisprudencia mayoritaria, y esperamos que, dentro de poco, unánime; logra llenar las expectativas de la sociedad, si es correctamente interpretado y utilizado. Y en caso de que la lesión no haya sido manifiesta, no olvidemos, que el afectado siempre puede recurrir a la acción declarativa o a cualquier acción de conocimiento.

Esto es, si la reforma reconoció los intereses generales, por lo cual ya no entra en discusión su existencia; si realmente se reconocen como legitimados tanto al afectado, como al defensor del pueblo, las asociaciones que propendan a esos fines y al ministerio público; si, cuando resulte correcto, se le da a la sentencia el debido alcance; no vemos mayor diferencia con las acciones colectivas que una simple denominación.

⁶⁰ Gidj, Antonio. Ob. Cit.

BIBLIOGRAFIA

- ✓ Bonfanti, Mario A. **Derecho del Consumidor y del Usuario**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- ✓ Cappelletti, Mauro. "La protección de los intereses colectivos o difusos", en **XIII Jornada Iberoamericanas de Derecho Procesal**, en www.bibliojuridica.org.
- ✓ Cassagne, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996. Tomos I y II.
- ✓ Comadira, Julio Pablo y Nielsen, Federico. Apuntes sobre los Principios de la Ética Pública en el Derecho Argentino, en www.elDial.com.
- ✓ Cueto Rua, Julio C. "La Acción por Clase de Personas (Class Actions)", en **La Ley**, Buenos Aires, La Ley, 1988-C, Sec. Doctrina. Pág. 952.
- ✓ Gallegos Flores, Joaquín. La Deficiente Tutela de los Intereses Colectivos y Difusos en México, en <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-deficientetu.htm>.
- ✓ Gidi, Antonio. **Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil**. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. Traducción por Lucio Cabrera Acevedo.
- ✓ Gordillo, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomos I y II.
- ✓ Gordillo, Agustín. **Derechos Humanos**. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999.
- ✓ Gordillo, Agustín. "Un Leading Case Provincial en el que el derecho no cae en la vorágine", en **La Ley**, Buenos Aires, La Ley, 2002-B, Sec. Jurisprudencia. Pág. 344.
- ✓ Gordillo, Agustín. "La Dirección General de Defensa y Protección 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", en **La Ley**, Buenos Aires, La Ley, 2005-A. Pág. 818.
- ✓ Gozaíni, Osvaldo Alfredo. "Legitimación para Actuar en el Juicio de Amparo", en **La Ley**, Buenos Aires, La Ley, 1994-C, Sec. Doctrina. Pág. 967.
- ✓ Gozaíni, Osvaldo Alfredo. "La Noción de 'Afectado' y el Derecho de Amparo", en **El Derecho**, Buenos Aires, El Derecho, tomo 165, pág. 216.
- ✓ Gozaíni, Osvaldo Alfredo. "Tutela de los Derechos de Incidencia Colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal", en **La Ley**, Buenos Aires, La Ley, Martes 12 de Abril de 2005. Pág. 1.

- ✓ Guiridlian Larosa, Javier. "Los Procesos Urgentes y la Defensa del Consumidor", en **Revista de Derecho Administrativo**, Editorial Lexis Nexis, número 53.
- ✓ Hernández Martínez, María del Pilar. **Mecanismos de Tutela de los Intereses Difusos y Colectivos**. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- ✓ Jeanneret de Pérez Cortés, María. "La Legitimación del Afectado, del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones", en **La Ley**, Buenos Aires, La Ley, 2003-B, Sec. Doctrina. Pág. 1333.
- ✓ Mac Donald, Andrea Fabiana. El Amparo Colectivo, medio de protección del consumidor, en www.elDial.com.
- ✓ Maiorano, Jorge Luis. "La Legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación: de la Constitución a la Corte Suprema", en **La Ley**, Buenos Aires, La Ley, 1997-A, Sec. Doctrina. Pág. 808.
- ✓ Marienhoff, Miguel S. "La Acción Popular", en **La Ley**, Buenos Aires, La Ley, 1993-D, Sec. Doctrina. Pág. 682.
- ✓ Morello, Augusto M.; Vallefn, Carlos A. **El Amparo. Régimen Procesal**. La Plata, Librería Editora Platense, 2000, 4ª edición.
- ✓ Ovalle Favela, José (coordinador). **Las Acciones para la Tutela de los Intereses Colectivos y de Grupo**. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- ✓ Palacio, Lino Enrique. "El 'Apagón' de Febrero de 1999, los Llamados Intereses Difusos y la Legitimación del Defensor del Pueblo" en **La Ley**, Buenos Aires, La Ley, 2000-C, pág. 395.
- ✓ Quiroga Lavie, Humberto. "El Defensor del Pueblo ante los Estrados de la Justicia", en **La Ley**, Buenos Aires, La Ley, 1995-D, Sec. Doctrina. Pág. 1058.
- ✓ Quiroga Lavie, Humberto. "Luz del Día, Sancho Panza y el Defensor del Pueblo en la Corte Suprema", en **La Ley**, Buenos Aires, La Ley, 1997-A, Sec. Jurisprudencia. Pág. 67.
- ✓ Rivera, Julio César; 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" en **La Ley**, Buenos Aires, La Ley, 2005-B. Pág. 1053.
- ✓ Sagües, Néstor Pedro. **Elementos de Derecho Constitucional**. Capital Federal, ASTREA, 1997. Tomos I y II.
- ✓ Toricelli, Maximiliano. "Los Alcances del Artículo 43 Párrafo 2º. La Consolidación de la Buena Doctrina" en **La Ley**, Buenos Aires, La Ley, 2001-B. Pág. 123.