

LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS INTERESES DIFUSOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Por MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN *

SUMARIO

1. DERECHOS COLECTIVOS E INTERESES DIFUSOS ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994.—2. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994: A) Titulares: a) *Afectado*. b) *Defensor del pueblo*. c) *Asociaciones de consumidores*.—3. NUESTRA OPINIÓN: ACCIÓN DE CLASE Y ACCIÓN POPULAR.—4. EL AMPARO COMO ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

1. DERECHOS COLECTIVOS E INTERESES DIFUSOS ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Hemos sostenido, desde hace mucho tiempo, que existe una categoría de derechos cuya titularidad no corresponde a los individuos (o al menos no solamente a ellos), sino que es ejercida (exclusivamente o en forma compartida con los individuos) por ciertos grupos sociales, más o menos amplios, más o menos indefinidos o, incluso, por toda la sociedad civil o política.

Como señala certeramente un autor, la cuestión fundamental respecto a estos derechos, a los que denomina «derechos colectivos o sectoriales»¹,

* Profesor Titular (Catedrático) de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y C.S. de la Universidad de Buenos Aires; Profesor Honorario de la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina; Profesor Asociado de la Universidad Central de Cochabamba, Bolivia.

¹ HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional*, CDCS, Buenos Aires, 1978, pp. 216 y ss. Del mismo autor, «De la sociedad pasiva a la democracia social», *La Ley*, t. 1981-C, pp. 1003 y ss.

estriba en la correcta determinación del sujeto (activo, agregamos nosotros) de tales derechos, cuestión ésta que no tenía solución expresa en el texto constitucional argentino antes de la reforma constitucional de 1994, aunque ella estaba —en agraz— en cierta jurisprudencia y en la doctrina progresista que se ocupó del tema.

La doctrina administrativa tradicional² negaba, y aún niega, acción judicial para la protección de los «*intereses difusos*», denominación deficiente e incompleta con que se suele rotular a los denominados derechos colectivos o sectoriales. Los argumentos en que se fundan tales criterios regresivos son —en nuestro criterio— endebles y se centran —fundamentalmente— en la afirmación dogmática de que el derecho positivo argentino no existe la llamada «acción popular»³.

Ya antes de la reforma constitucional realizada en nuestro país en 1994 discrepábamos totalmente con esta posición estrecha. Para fundar nuestra discrepancia nada mejor que transcribir algunos párrafos del medular fallo de primera instancia firme de un juez argentino dictado en autos: «Katan A. y otros c/ Gobierno Nacional»⁴, verdadero *leading case* en el tema: «*Si toda vez que un habitante quisiera protección para sus eventuales derechos, estuviera necesitado de invocar un específico derecho subjetivo, el grueso de la legalidad administrativa quedaría fuera de su alcance, aun en la hipótesis de que el perjuicio fuera cierto e irreversible [...] En nuestro derecho hasta que aparece la ley de procedimientos administrativos, la doctrina y la jurisprudencia negaron la existencia de una acción genérica que contemplara el perjuicio de la situación que se identifica como interés legítimo. Realmente se convirtió en axioma la carencia de protección para la tutela del interés legítimo salvo en casos de excepción. Así, la Corte Suprema, alguna vez, señaló que "en materias regidas especialmente por leyes de orden administrativo, no es de estricta aplicación la regla de derecho común que admite acción en juicio para la defensa de todo derecho o interés legítimo" (Fallos, t. 120, pág. 193). Empero, la vida cambiante de nuestro mundo invita a repensar la cuestión. Hoy ya no es dudoso —por ejemplo— que la ley 19.549 supone un nuevo régimen de impugnación al acto administrativo que consagra el criterio de que el juez puede conocer acerca de la legalidad del acto administrativo. Así, si la norma*

² Léase conservadora.

³ Tesis de MIGUEL MARIENHOFF, «Delfines o toninas y acción popular», *El Derecho*, t. 105, p. 244, y «Nuevamente acerca de la acción popular, prerrogativas jurídicas e interés difuso», *El Derecho*, t. 106, pp. 922, y «La legitimación en las acciones contra el estado», *La Ley*, t. 1986-C, p. 899. De este criterio restrictivo participa FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS, «Vías procesales en la protección del medio ambiente», *La Ley* del 15 de febrero de 1995. En contra ver GERMÁN BIDART CAMPOS, «La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución», *El Derecho* del 6 de febrero de 1996.

⁴ Juzgado Nacional de 1.ª Instancia en lo Contencioso administrativo, núm. 2, de la Capital Federal, Sentencia de 1.ª Instancia firme, *La Ley* del 4 de noviembre de 1984.

permite que el trámite pueda iniciarse por quien invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo (art. 30, RLNPA), no se justifica cercenar la legitimación para obrar reduciendo la posibilidad a quien invoque un derecho subjetivo. Puede decirse que el ordenamiento ha consagrado la protección judicial del interés legítimo por lo menos para los actos de alcance particular y para la impugnación de actos de alcance general. Los miembros de los estados modernos, los habitantes de las grandes comunidades, fácilmente, casi sin protestas, han visto concretar ante sus ojos los mayores atentados jurídicos en el orden económico. Un ministro de economía, con fundamento puramente técnico, corta y raja la hacienda pública; es decir, lo que pertenece a toda la comunidad, comprometiendo al porvenir del país sin que, aparentemente, violente la constitución o las leyes orgánicas. Alberto Alas, en enero de 1881, en el prólogo a la versión española de *La lucha por el derecho de Ihering*, dijo: "Lo primero que se le hace al pueblo con su soberanía es ponérsela donde no la vea; como voto, el ciudadano es tan soberano como cualquier otro; pero como hombre ni siquiera es dueño de sí mismo...". El derecho procesal es la herramienta que sirve para defender las garantías y derechos que otorga la Constitución a los habitantes del país. Si la herramienta no sirve o es inadecuada se hacen ilusorios esos derechos que la misma Constitución y las leyes superiores pretenden asegurar. Por eso no creo que pueda dudarse en otorgar a entidades y personas que defienden el derecho de todos la legitimación para actuar en juicio promoviendo acciones en beneficio de intereses de la comunidad que se relacionan con el medio ambiente».

En sentido concordante con los conceptos transcritos *in extenso* en el párrafo anterior, en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en Wurzburg, en la ex Alemania Federal, en 1983⁵, era denunciado el criterio de la jurisprudencia que con un espíritu conservador mantiene su apego a la idea de que el pleito es una cuestión de interés privado. Esto es erróneo, ya que los conceptos, estructura y métodos procesales tradicionales son inadecuados para cubrir los nuevos intereses que no son ni privados ni públicos, sino sociales. Allí se dijo que, en relación a la defensa de los intereses difusos, la representación tradicional, inclusive la de los ministerios públicos, no se presta para promover el amparo ni la tutela de los intereses de la fauna, de la flora, de las riquezas arqueológicas, históricas, etc.

Como lo hemos adelantado, la corriente jurisprudencial tradicional, mayoritaria en Argentina, era y es contraria a reconocer legitimación procesal a las instituciones intermedias para cuestionar la validez constitucional de normas que afecten a los intereses difusos por ellas defendidos, pretextando que, al no haber derechos subjetivos lesionados (de la institución re-

⁵ Ver comentario al respecto de AUGUSTO MARIO MORELLO en *El Derecho* del 15 de diciembre de 1983.

presentativa), no hay causa judicial y, por ende, la decisión tomaríase en una «cuestión abstracta»⁶.

En cambio, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha reconocido, desde hace ya tiempo, la legitimación procesal de las asociaciones para impugnar actos administrativos que perjudiquen los intereses de sus integrantes⁷ o, incluso, de quienes no lo son, si pertenecen a la misma «clase»⁸.

En nuestra jurisprudencia nacional, en cambio, se ha negado tal posibilidad. La negación proviene de un enfoque exclusivamente jusprivatista para encarar la defensa de los derechos. Ello es un lamentable error, que lesiona gravemente a la democracia participativa. Se le niega al ciudadano el derecho de participar en el gobierno de la cosa pública, mediante su intervención en la defensa judicial de un interés general.

Este criterio estrecho se afirmó desde antiguo en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia Argentina. Debemos remontarnos hasta la causa «Cullen c/ Llerena»⁹, en la cual se introdujo por primera vez el tema de las denominadas «cuestiones políticas no judiciales», y se elaboró un concepto excesivamente estrecho de «causa judicial».

En dicho proceso, en su voto en disidencia, el ministro Luis V. Varela, dijo: «*si la Constitución argentina ha dado jurisdicción a los tribunales federales, en todas las controversias que versen sobre puntos regidos por la Constitución, ni la ley ni la Corte Suprema pueden hacer excepciones. Allí donde la Constitución no ha hecho distinciones, no puede nadie hacerlas. Y esta jurisdicción que la Constitución acuerda a los tribunales federales, nace de la materia en litigio, y no de la condición de las partes que están en el pleito [...] Cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo están en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surgirá una causa judicial*».

En efecto, no puede adoptarse el mismo criterio para legitimar a las partes, v.gr., en un desalojo, que en la defensa del medio ambiente. Así, un autor ha dicho: «*Al interponerse entre el hombre y el estado, las organizaciones como cuerpos intermedios están llamadas a impedir que el poder del estado se desmesure y se agigante; están destinadas a contenerlo, a participar en el proceso de decisiones del poder, a actuar como contrapoderes sociales que moderen y amortigüen al poder político*»¹⁰.

⁶ Ver Cam. Ap. Civil, Cap. Fed., Sala F, sentencia del 26 de abril de 1983, in re: «Cámara de Armadores de Ultramar c. Municipalidad de Buenos Aires», y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, citada en el considerando segundo de dicho fallo.

⁷ CSEU, «National Association for the Advancement of Color People vs. Alabama», 357 US 448.

⁸ Las denominadas «class action», sobre las que volveremos más adelante en el texto.

⁹ CSN, Fallos, t. 53, p. 429.

¹⁰ G. BIDART CAMPOS, *La recreación del liberalismo. Política y Derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1982, pp. 141 y ss.

Es necesario aceptar en forma amplia la acción judicial para asegurar la protección de los intereses legítimos o difusos, dando acción judicial a los individuos y —sobre todo— a las instituciones intermedias. Ello permitirá a éstos provocar e incluso acompañar al control de legitimidad de los poderes del estado, colaborando eficazmente en el mantenimiento de la supremacía constitucional.

Ese criterio restrictivo y arcaico de la jurisprudencia pareciera estar en vísperas de un feliz cambio. En un reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia Argentina ha expresado: «*Que es función indeclinable de los jueces el resolver las causas sometidas a su conocimiento, teniendo como norte el asegurar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional, sin que puedan desligarse de este esencial deber, so color de limitaciones de índole procesal. Esto es especialmente así, si se tiene en cuenta que las normas de ese carácter deben enderezarse a lograr tal efectiva vigencia y no a turbarla*»¹¹.

Más adelante, ese mismo fallo afirma que: «*En fecha relativamente cercana se admitió sin cortapisa alguna que bajo la forma del amparo se pudiesen articular acciones directas de inconstitucionalidad (conf. I-173. XX. Incidente promovido por la querrela s/ inconstitucionalidad del decreto 2125/67) [...] Que sentado ello, cabe afirmar que el art. 2.º inc. d) de la ley 16.986 halla su quicio constitucional en tanto se admita el debate de inconstitucionalidad en el ámbito del proceso de amparo, cuando en el momento de dictar sentencia se pudiese establecer si las disposiciones impugnadas resultan o no clara, palmaria o manifiestamente violatorias de las garantías constitucionales que este remedio tiende a proteger*»¹².

Tales consideraciones no pueden considerarse aún como el reconocimiento de la viabilidad de la «acción popular», esto es, la consagración de la protección judicial de los intereses difusos. Sin embargo, conforman un trascendente paso en tal dirección, ya que —a través de las mismas— la Corte Suprema de Justicia Argentina ha reconocido la existencia de la «acción declarativa de inconstitucionalidad» en el nivel nacional por medio de la acción de amparo, lo que hasta hace pocos años era aún rechazado por la jurisprudencia de ese tribunal¹³.

Este fallo de la Corte Suprema de Justicia ha sentado jurisprudencia —a nuestro criterio equivocada— en otro tema: el referido a los decretos-leyes o decretos de necesidad y urgencia, pero ésa es otra cuestión.

¹¹ CSN in re: «Peralta, Luis A. c. Estado Nacional (Ministerio de Economía, Banco Central de la República Argentina)», *La Ley* del 3 de junio de 1991 y *El Derecho* del 24 de abril de 1991.

¹² Ver nota anterior.

¹³ Venimos bregando por tal reconocimiento desde el año 1970. Ver M. A. EKMEKDJIAN, «El Control de Constitucionalidad y la Acción de Amparo», *Revista Jurídica de San Isidro*, t. 1970/1, publicado luego en mi libro *Temas Constitucionales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 289 y ss.

Es imprescindible ampliar los criterios tradicionales de legitimación procesal, a fin de dar cabida a la protección judicial de los intereses difusos. El amparo es un medio idóneo como forma intermedia entre la clásica acción privada y la acción popular¹⁴.

2. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

La mencionada reforma incorporó nuevas pautas en el texto del nuevo artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución Argentina. Es el que se refiere a los «*derechos de incidencia colectiva en general*», otorgando acción judicial a nuevos titulares, antes no contemplados, como veremos a continuación.

Tales «*derechos de incidencia colectiva*» no se encuentran definidos ni regulados en el texto constitucional.

Como lo hemos advertido muchas veces, dicho texto constitucional no utiliza la terminología que se ha impuesto en la doctrina, tal como «*derechos públicos subjetivos*», o «*intereses difusos*» o directamente «*acción popular*».

Por el contrario, utiliza la frase «*derechos de incidencia colectiva*». Si esta expresión es sinónimo de intereses difusos, bienvenida sea, porque entonces este segundo párrafo del nuevo artículo 43 de la Constitución ha creado la acción popular, esto es, la protección judicial de los intereses difusos para estos derechos especiales que se dan en cabeza de un grupo humano¹⁵, unido por un denominador común: la religión, la etnia, los derechos políticos, en suma, lo que la Corte Suprema de Justicia Argentina ha denominado «*convicciones fundamentales*» en el considerando 25 del fallo «*Ekmekdjian c/ Sofovich*»¹⁶.

Si, en cambio, la Corte Suprema de Justicia llegara a darle el significado de sinónimo de derecho subjetivo¹⁷, nada se habría agregado al arsenal jurídico para defender la libertad y, entonces, la incorporación de este se-

¹⁴ Ver *Temas Constitucionales*, cit., pp. 289 y ss.

¹⁵ GUILLERMO J. CANO, «Un hito en la historia del derecho ambiental argentino», *La Ley*, t. 1983-D, p. 568, y «Acerca de la acción popular y otros temas de derecho ambiental», *El Derecho*, t. 107, p. 876.

¹⁶ CSN, in re: «*Ekmekdjian c/ Sofovich*», *La Ley* del 7 de agosto de 1992.

¹⁷ Tesis de MIGUEL MARIENHOFF, «Delfines o toninas y acción popular», *El Derecho*, t. 105, p. 244, y «Nuevamente acerca de la acción popular, prerrogativas jurídicas e interés difuso», *El Derecho*, t. 106, p. 922, y «La legitimación en las acciones contra el estado», *La Ley*, t. 1986-C, p. 899. De este criterio restrictivo participa FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS, «Vías procesales en la protección del medio ambiente», *La Ley* del 15 de febrero de 1995. En contra ver GERMÁN BIDART CAMPOS, «La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución», *El Derecho* del 6 de febrero de 1996.

gundo párrafo del artículo 43 sería totalmente inútil, ya que el afectado sería únicamente el titular de un derecho subjetivo, quedando fuera de la protección legal, los intereses difusos. En suma, el segundo párrafo del artículo sería una reiteración innecesaria del primero.

Rivas sostiene que el término «afectado» impide considerar a este amparo como la acción popular, esto es, la protección de los intereses difusos, porque no permite asumirla a cualquier persona del pueblo¹⁸, sino sólo al afectado. Esto está, entonces, relacionado con la amplitud de este concepto, que se verá en el párrafo siguiente.

A) Titulares

Veremos ahora quiénes son, conforme al segundo párrafo del nuevo artículo 43 de la Constitución Argentina, los que pueden ejercer la acción judicial en los «derechos de incidencia colectiva».

a) *Afectado*

Según Sagüés, el concepto de afectado abarca a toda persona, ya sea titular de un derecho subjetivo, de un interés legítimo o de un interés difuso¹⁹. En lo personal coincidimos con este criterio, ya que surge claramente de la interpretación literal del concepto.

En efecto, según el *Diccionario de la Lengua Española*, «afectado» es el que adolece de afectación (1.^a), aparente, fingido (2.^a), aquejado, molestado, enfermo (3.^a). Obviamente la acepción que corresponde a este contexto es la tercera.

Entonces, respecto al segundo párrafo del artículo 43, el «afectado» sería aquella persona que se encuentra aquejada o molestada por una acción u omisión arbitraria, que lesionara o amenazara los derechos o intereses mencionados en ese segundo párrafo.

Quiroga Lavié sostiene que con el fallo de la Corte Suprema de Justicia en la causa «Ekmekdjian c/ Sofovich»²⁰ se han institucionalizado los derechos públicos subjetivos en cabeza de cualquier ciudadano que se identifique con un grupo de pertenencia, el que —en los casos como el presen-

¹⁸ ARMANDO RIVAS, «El Amparo y la nueva Constitución de la República Argentina», *La Ley* del 13 de diciembre de 1994, cap. X.

¹⁹ NÉSTOR P. SAGÜÉS, *op. cit.*, cap. III; en igual sentido, AUGUSTO M. MORELLO, «El amparo colectivo», *Jurisprudencia Argentina*, 1985-II, p. 723.

²⁰ CSN in re: «Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otro», *La Ley* del 7 de agosto de 1992.

te— asume una suerte de representación colectiva, según expresa la Corte en su considerando 25²¹.

El afectado, según Augusto Morello, es toda persona que sea perjudicada por una acción u omisión que afecte un derecho de incidencia colectiva aun de modo indirecto o reflejo²², en otras palabras, un interés difuso. Barra, en cambio, sostiene que el afectado es sólo el discriminado, el usuario, el consumidor o la empresa a quien se impide competir, es decir, quien tiene un interés personal y directo, un verdadero derecho subjetivo²³.

Cassagne sostiene que del artículo 43 no se desprende una suerte de acción popular que desvincule absolutamente la ilegalidad del perjuicio o que la sujeción al principio de legalidad se haya transformado en un verdadero derecho subjetivo del particular, aun cuando el pretensor se hallare desvinculado de la relación jurídico material deducida en el proceso²⁴. Creemos que en esta afirmación se confunde el amparo clásico del primer párrafo del artículo 43 con el del segundo párrafo.

Gozáni entiende que en principio el titular de la acción de amparo es el titular del derecho subjetivo, pero en los «derechos de incidencia colectiva» la legitimación se extiende a los intereses difusos²⁵.

Bidart Campos expresa que si el afectado es quien padece un daño diferenciado y propio, como alguna doctrina egoísta viene postulando, estamos restringiendo el sentido del párrafo segundo, asimilándolo al primero. Si, en cambio, el afectado fuera cualquiera recaemos en la acción popular, y ninguna de ambas tesis lo satisface. Para este autor afectados son los que comparten un interés difuso o colectivo²⁶.

Jiménez afirma que afectado es el titular de un «interés social», y admite la acción popular, en defensa de la legalidad de los derechos humanos de tercera generación únicamente²⁷.

²¹ HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, *Los Derechos Humanos y su defensa ante la justicia*, ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 421.

²² AUGUSTO M. MORELLO, «El Amparo después de la reforma constitucional», en *Derecho privado en la reforma*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 240.

²³ RODOLFO BARRA, «La acción de amparo en la constitución reformada, la legitimación para accionar», *La Ley* del 14 de noviembre de 1994.

²⁴ JUAN CARLOS CASSAGNE, «De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo», *La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo* del 6 de diciembre de 1995.

²⁵ OSVALDO GOZAINI, *El Derecho de amparo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 76 y ss. Del mismo autor, «La noción de "afectado" a los fines de acreditar la legitimación procesal en el amparo», *La Ley* del 6 de agosto de 1996.

²⁶ GERMÁN BIDART CAMPOS, «La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución», *El Derecho* del 6 de febrero de 1996.

²⁷ EDUARDO PABLO JIMÉNEZ, «Evaluación de algunos matices conflictivos respecto de la legitimación para obrar en el amparo en procura de la defensa de los derechos humanos de tercera generación», *El Derecho* del 23 de enero de 1997.

Como lo adelantáramos, personalmente nos inclinamos por la tesis defendida por Sagüés y Morello por varias razones. En primer lugar, porque si el segundo párrafo del artículo 43 protege sólo a los titulares de derechos subjetivos era totalmente innecesario. Además, el argumento de Barra deja fuera de la discusión al concepto englobado en la frase «*derechos de incidencia colectiva*», que es, justamente, el meollo de este tema. Por último, la posición de Morello y Sagüés es más progresista, ya que desde la posición contraria nada se habría cambiado en el derecho procesal del amparo.

El propio Morello afirma con gran realismo que «*No le hagamos perder al amparo vivacidad y sus matices. [...] ¿Por qué replegarlo a un rincón, y vaciarlo de contenido, de efectividad? [...] Finalmente, frente a las arbitrariedades modernas, el amparo necesita con la menor represión la mayor comprensión posible. Está organizado —desde la Constitución— en la nueva línea del control social en curso, que contribuye a racionalizar el modo de gestión y también de legitimación de los comportamientos*»²⁸.

b) *Defensor del pueblo*

El ombudsman ha sido creado por el nuevo artículo 86 de la Constitución Argentina, reformada en 1994. Tiene legitimación procesal para defender y proteger los derechos y garantías tutelados por la Constitución y las leyes, y el control de las funciones administrativas públicas.

No estamos en contra de esta figura porque todo instrumento que tienda a controlar y recortar el poder y defender así la libertad individual debe ser bienvenido. Pero si somos contrarios a esa desconfianza que tiene la clase política y algunos doctrinarios sobre el buen criterio y la inteligencia del ciudadano común.

En efecto, mientras la acción del ombudsman sea complementaria de la del ciudadanos en el amparo colectivo, es legítima, pero no lo es si pretende reemplazar a la acción del hombre común, negándole a éste la auto-defensa de sus intereses en la amplia gama que excede a la noción clásica de derecho subjetivo, restringiendo su facultad de ejercer el control del poder a través de los órganos judiciales o bien poniéndole un tutor (llámese «defensor del pueblo» o de cualquier otro modo) para que lo asista, como si fuera un minusválido intelectual.

Alguna jurisprudencia ya se ha manifestado en la línea estrecha de limitar en todo lo posible la renovación garantista del artículo 43. En efecto, la Cámara en lo Contencioso administrativo de la Capital ha expresado que

²⁸ AUGUSTO MARIO MORELLO, «Posibilidades y limitaciones del amparo», *El Derecho* del 22 de noviembre de 1995.

la legitimación procesal que concede el artículo 86 de la Constitución al Defensor del Pueblo no puede ser dilatada en tal forma que permita su intervención judicial en defensa de la pura legalidad²⁹. Esto significa adoptar una posición retrógrada en el tema, como creemos haber demostrado más arriba.

c) *Asociaciones de consumidores*

Es correcto reconocerle legitimación procesal a las asociaciones intermedias (ONG), siempre que tal legitimación sea coincidente con la del afectado. En caso contrario, es decir, si tuviera una legitimación exclusiva y excluyente, implicaría un criterio corporativo de representación funcional totalmente inconstitucional.

En tal sentido, es interesante destacar que este segundo párrafo ha dejado sin efecto al veto del artículo 58 de la ley 24.240 por el decreto 2089/93. Dicho veto impedía a las asociaciones de consumidores intervenir como *litis consortes* en la acciones judiciales iniciadas por los consumidores. *El segundo párrafo del artículo 43, al otorgarle legitimación procesal activa, está dejando sin efecto el veto mencionado.*

3. NUESTRA OPINIÓN: ACCIÓN DE CLASE Y ACCIÓN POPULAR

En las Jornadas Nacionales de Derechos Procesal Constitucional (realizadas en la ciudad de Mar del Plata, Argentina, en octubre de 1995), a las que asistimos como panelista, hemos intentado diferenciar la acción de clase, de la acción popular.

La acción de clase es aquella que afecta a un grupo más o menos amplio de personas. Tal es el caso planteado en el fallo «Ekmekdjian c/ Sofovich», que podía afectar a todos los cristianos o, al menos, a todos los católicos. Otro ejemplo de ello es también el fallo «National Association for the Advancement Color People vs. Alabama»³⁰, en el que se representó a todos los habitantes de color de Estados Unidos. Este país tiene prolijamente reglamentado el procedimiento para las acciones de clase (Rule 23 U.S. Code). El ejercicio de una «acción de clase» requiere de la titularidad de un interés difuso.

²⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de la Capital, Sala I, in re: «Consumidores Libres Coop. Ltda. c/ Estado Nacional», *La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo* del 6 de diciembre de 1995.

³⁰ CSEU 357 US 448.

En la acción popular, en cambio, el actor representa a la sociedad toda, tal es el caso de los delfines y las toninas³¹ y es titular del interés simple de todo habitante.

En el fondo creemos que ésta es una discusión puramente semántica, porque depende de la extensión que se dé al vocablo «afectado». Si éste es el aquejado o molestado, por una acción u omisión que afecte al medio ambiente, a la competencia, a usuarios o consumidores o a las convicciones fundamentales de un grupo de pertenencia, estamos ante una acción de clase. Cuando esa clase es tan amplia que pueda llegar a confundirse con la sociedad toda, estamos muy cerca de la acción popular, porque habrá muy pocas personas que no tengan cabida en este concepto de afectados³².

4. EL AMPARO COMO ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El amparo ha funcionado como *acción declarativa de inconstitucionalidad*, en numerosas ocasiones, en la República Argentina. Ésta no existía, *al menos en el ámbito federal*, según la jurisprudencia de la propia Corte Suprema de Justicia de nuestro país, ya que el control de constitucionalidad debía ejercerse sólo por la vía incidental. Para ello se invocaban disposiciones de una antigua ley orgánica de los tribunales nacionales argentinos, el artículo 2 de la ley 27 y el artículo 2, inc. d), de la ley *de facto* 16.986.

Consideramos que estos textos legales no son fundamento suficiente para tal decisión. El primero de ellos sólo expresa que la Corte Suprema nunca procede de oficio, ejerciendo jurisdicción en los casos contenciosos a instancia de parte. Su texto se limita a reiterar el concepto del artículo 116 (ex art. 100) de la Constitución Argentina, que abre la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación, en las «causas» o litigios. Estos textos no se refieren para nada a la acción declarativa de inconstitucionalidad, ni para prohibirla ni para permitirla. Entonces, por aplicación del teorema de la libertad (todo lo que no está prohibido, está permitido), es obvio que la acción declarativa de inconstitucionalidad en el juicio de amparo está permitida.

En cuanto al artículo 2, inc. d), de la ley *de facto* 16.986, no ha sido óbice para declarar la inconstitucionalidad de normas en numerosos casos.

³¹ El ya citado fallo del Juzgado Nacional de 1.ª Instancia en lo Contencioso administrativo, sentencia firme in re: «Kattan, A. y otros c/ Gobierno Nacional s/ amparo», *La Ley* del 4 de noviembre de 1984.

³² Ver la interesante nota de JORGE DAVID KALNAY, «La legitimación activa del ciudadano común en un fallo del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy», *La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental* del 14 de mayo de 1996.

En un viejo trabajo nuestro sostuvimos que en ciertos casos la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había aceptado la utilización de la acción de amparo como acción declarativa de inconstitucionalidad³³. Decíamos también allí que no existen diferencias esenciales entre la acción de amparo y la acción de inconstitucionalidad, ni en sus requisitos ni en su forma ni incluso en sus efectos.

La Corte Suprema de Justicia Argentina ha juzgado la inconstitucionalidad de leyes y demás normas a través de la acción de amparo, interpuesta expresamente para ello. Así, v.gr., la Corte declaró la inconstitucionalidad del decreto 280/64 (Bolsa de trabajo marítimo)³⁴, de sendos decretos que imponían a la Editorial Primera Plana una clausura y la prohibición de editar una revista que sustituyera a la clausurada³⁵, etc.

Algunos autores sostienen que la acción de inconstitucionalidad se da en defensa de la Constitución y —en cambio— el amparo en defensa de los derechos de ciertos individuos concretos. Esto es, en realidad, un juego de palabras. La Constitución y todo lo que ella significa tiene por objeto la protección de los individuos. La Constitución no es un *fin en sí misma*, sino un *medio* para la defensa de la libertad individual, frente a los posibles abusos del poder.

Según un autor, el artículo 43 de la Constitución Argentina, reformado en 1994, no implica que se haya instaurado una nueva acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal, sino que, a los fines de la declaración judicial respectiva, deberán considerarse los principios generales aplicables en la materia que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en especial la existencia de una «causa», y la relación directa con la litis de la norma cuestionada³⁶.

Para nosotros esta tesis es muy estrecha y pretende minimizar las importantes modificaciones que el nuevo artículo 43 ha introducido en materia de amparo, que han ampliado notablemente esa garantía.

Por otra parte, ya antes de la reforma constitucional de 1994, que en el nuevo artículo 43 admite la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se basa el acto o la omisión lesiva, la Corte Suprema de Justicia había abandonado el criterio del artículo 2, inc. d), de la ley *de facto* 16.986, en el ya citado fallo «Peralta»³⁷, en el cual se decidió que la

³³ MIGUEL A. EKMEKDJIAN, *Temas Constitucionales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1987, pp. 120 y ss.

³⁴ CSN in re: «Outón, Carlos s/ amparo», *La Ley*, t. 126, p. 292, con nota de Carlos Valiente Noailles.

³⁵ CSN in re: «Primera Plana c/ Gobierno Nacional s/ amparo» y «Editorial Primera Plana S.R.L.», *La Ley*, t. 138, fallos 63.105 y 63.106.

³⁶ PABLO GALLEGOS FEDRIANI, «La declaración de inconstitucionalidad en la nueva regulación constitucional del amparo», *El Derecho* del 26 de noviembre de 1996.

³⁷ CSN in re: «Peralta, L. c/ Estado Nacional s/ amparo», *El Derecho* del 22 de abril de 1991 y *La Ley* del 3 y 4 de junio de 1991.

acción de amparo puede funcionar como una acción declarativa de inconstitucionalidad, aunque —por supuesto— limitados sus efectos al caso concreto, no *erga omnes*, como —obviamente— puede suceder en un sistema de control judicial de constitucionalidad *concentrado*, presente, por ejemplo, en el derecho procesal constitucional español.

