

**Voces:** ACCION DE AMPARO ~ PROCESO COLECTIVO ~ ACCION DE CLASE ~ DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA ~ INTERESES DIFUSOS ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ LEGITIMACION ~ LEGITIMACION ACTIVA ~ REPRESENTACION PROCESAL

**Título:** Legitimación procesal colectiva y representación colectiva adecuada

**Autor:** Gil Domínguez, Andrés

**Publicado en:** LA LEY 06/06/2014, 06/06/2014, 6

**Fallo comentado:** Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2013-12-10 ~ Roquel, Héctor Alberto c. Provincia de Santa Cruz (estado Nacional) s/ acción de amparo

**Cita Online:** AR/DOC/1341/2014

**Sumario:** I. Introducción.— II. Antes y después de la reforma constitucional de 1994: ¿nada cambió?— III. Derechos colectivos, legitimación procesal y representación adecuada.— IV. A modo de conclusión

## I. Introducción

1. En la causa "Roquel, Héctor Alberto c. Santa Cruz", Provincia de (Estado Nacional) s/ acción de amparo" (1) la mayoría de la Corte Suprema de Justicia (2) declaró inadmisible la pretensión colectiva promovida por los actores en su carácter de ciudadanos electores de la Provincia de Santa Cruz, usuarios y consumidores con el objeto que se declare la inconstitucionalidad del dec. 1277/2012 mediante el cual se aprobó la reglamentación de la ley 26.741 (que tuvo por fines la declaración de interés público nacional el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, la creación del Consejo Federal de Hidrocarburos y la declaración de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de YPF S.A. y Repsol YPF Gas S.A.).

2. Invocando precedentes anteriores y posteriores a la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia utilizó los siguientes fundamentos como base argumental de su rechazo:

\* La calidad invocada (ciudadanos electores, consumidores y usuarios) sin la demostración de un perjuicio concreto no es suficiente para sostener la legitimación procesal a los fines de impugnar la constitucionalidad de una norma. (3)

\* La calidad de ciudadano, es un concepto de notable generalidad y su comprobación no basta para demostrar la existencia de un interés "especial" o "directo", "inmediato", "concreto" o "sustancial" que permita tener por configurado un "caso contencioso". (4)

\* Constituye un presupuesto necesario para que la justicia ejerza la jurisdicción la existencia de un caso o controversia que deba ser resuelto por un Tribunal, el cual se verifica cuando se plantea un asunto en el cual se persigue la efectiva determinación de un derecho debatido por partes adversas que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante. (5)

\* La existencia de un caso o controversia presupone la presencia de una parte definida como alguien que reclama (y se beneficia) o se defiende (y se perjudica) con la decisión jurisdiccional que se adopte en el proceso. Por ello, la parte tiene la carga de demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios invocados la afectan de manera suficientemente directa o sustancial. (6)

\* La exigencia de un caso o controversia no fue modificada por la reforma constitucional de 1994 cuando incorporó los arts. 41, 41 y 43. En consecuencia, no fue motivo de modificación la exigencia de que el Poder Judicial solo interviene en el conocimiento y decisión de "causas". (7)

\* Admitir la legitimación en un grado que la identifique con el interés de todos los

ciudadanos deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. [\(8\)](#)

La Corte Suprema de Justicia construyó un estándar habilitador de la jurisdicción constitucional que exige como ineludible necesidad la existencia de una causa, caso o controversia para lo cual combina los siguientes elementos: a) la presencia de una parte actora que invoca la titularidad de un derecho frente a otra parte demandada a la cual se le atribuye una acción u omisión conculcadora; b) la demostración de la parte actora de un perjuicio concreto; c) la acreditación de la parte actora de un interés "especial" o "directo", "inmediato", "concreto" o "sustancial" y d) la demostración de la parte actora que los agravios invocados la afectan de manera suficientemente directa o sustancial. Sin causa, caso o controversia no hay legitimación procesal posible de ninguna índole porque no hay derechos en juego o habiéndolos no se observa ninguna clase de violación de los mismos. Por lo tanto, para que haya causa, caso o controversia debe haber derechos invocados por sus titulares y agravios concretos, directos e inmediatos generados por una contraparte determinable.

La gran duda que surge debido a la falta de un minucioso particularismo por parte de la Corte Suprema de Justicia en cada caso donde se ventila la legitimación procesal colectiva del ciudadano y la permanente invocación de argumentos generales provenientes de sus precedentes, consiste en si la calidad de ciudadano es por sí misma una categoría que desecha la legitimación procesal colectiva, o bien, si en cada caso en los que la Corte Suprema de Justicia intervino ningún ciudadano acreditó los elementos configuradores de la causa, caso o controversia. En otras palabras, si el carácter de ciudadano, siempre y bajo cualquier circunstancia, deforma las relaciones del Poder Judicial con los demás poderes, o bien, solamente esto acaece cuando en el proceso pertinente no se acreditan las exigencias derivados de la causa, caso o controversia.

## **II. Antes y después de la reforma constitucional de 1994: ¿nada cambió?**

3. En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia existen precedentes dictados antes y después de la reforma constitucional de 1994 en los cuales se rechazaron diversas pretensiones colectivas promovidas por distintas personas invocando la calidad de ciudadanos.

Antes de la reforma constitucional se dictaron los siguientes casos:

\* "Baeza" [\(9\)](#): Un abogado inició una acción de amparo con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del dec. 2272/1984 por el cual el Poder Ejecutivo Nacional dispuso consultar la opinión del cuerpo electoral sobre los términos del arreglo de los límites con Chile en la zona del Canal de Beagle.

\* "Constantino" [\(10\)](#): Una persona, en ejercicio de las facultades que le permiten defender la integridad territorial de la Patria, promovió un proceso judicial con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 23.172 de Aprobación del Tratado de Paz y Amistad con la República de Chile:

\* "Dromi" [\(11\)](#): Un diputado nacional por derecho propio y en su carácter de representante del pueblo promovió una acción de amparo con el objeto de lograr que la empresa Aerolíneas Argentinas se encuadrara dentro de los tipos societarios vigentes.

\* "Polino" [\(12\)](#): Dos diputados nacionales, quienes también invocaron su calidad de ciudadanos y representantes del pueblo, promovieron acción de amparo a fin de obtener la nulidad del proceso preconstituyente que concluyó con la sanción de la ley 24.309 —que autorizó al Poder Ejecutivo a convocar al pueblo para elegir convencionales constituyentes— por haberse violado el proceso de sanción de las leyes.

Después de la reforma constitucional se dictaron los siguientes casos:

\* "Gómez Diez" [\(13\)](#): Una persona promovió una acción declarativa de certeza promovida con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de la ley 24.699 que había dispuesto la prórroga del "Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento", por ser contraria al art. 75, inc. 2º y a la cláusula transitoria sexta de la Constitución argentina.

\* "Raimbult" [\(14\)](#) y "Raña" [\(15\)](#): Los actores en su carácter de ciudadanos de Tierra del Fuego habían impugnado la constitucionalidad de una norma que establecía un régimen de jubilación anticipada y obligatoria para funcionarios y magistrados del Poder Judicial de la provincia.

\* "Zatloukan" [\(16\)](#): Una persona invocando el carácter de consumidor, promovió una acción de amparo con el objeto que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución (MEyP) 125/2008 la cual estableció un régimen especial de retenciones móviles a las exportaciones de productos agrícolas.

\* "Thomas" [\(17\)](#): Un diputado nacional, quién además invocó el carácter de ciudadano promovió una acción declarativa de inconstitucionalidad contra la ley de servicios de comunicación audiovisual alegando que en la sanción de las normas se habían conculado el procedimiento de formación y sanción de las leyes.

También de forma indirecta pueden incluirse en este grupo los dos casos "Asociación por los Derechos Civiles (ADC)". [\(18\)](#)

4. Antes y después de la reforma constitucional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no produjo ninguna modificación, ni aclaración respecto de la relación existente entre el concepto de ciudadano y la legitimación procesal colectiva. Aún después de la reforma constitucional no se distinguen diferencias entre la Corte Suprema de Justicia de los años noventa y la actual integración en esta temática.

Entonces: ¿nada cambió? Por supuesto que mucho se modificó porque se llevaron a cabo importantes transformaciones constitucionales y convencionales.

La reforma constitucional incorporó de forma expresa derechos colectivos indivisibles y divisibles (tales como el ambiente, usuario y consumidores, no discriminación negativa, discriminación positiva, defensa de la competencia) y una fórmula de derechos colectivos implícitos (con la categoría "derechos de incidencia colectiva en general") que hospeda derechos colectivos implícitos indivisibles y divisibles. En ambos supuestos, tanto en la faz patrimonial como no patrimonial.

La voluntad del Convencional Constituyente fue interpretada y desarrollada por la mayoría [\(19\)](#) de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Halabi" [\(20\)](#) donde claramente estableció que a partir de la reforma constitucional la dimensión de la validez constitucional y convencional sustancial del Estado constitucional y convencional de derecho argentino está conformada por derechos subjetivos, derechos colectivos indivisibles y derechos colectivos divisibles (tanto en la faz patrimonial como en la no patrimonial). También sostuvo que la exigencia de una causa, caso o controversia se mantiene vigente pero que necesariamente se debe reformular para adecuarse a los presupuestos y exigencias emergentes de la estructura de los derechos colectivos. Con lo cual diferenció las exigencias de la causa, caso o controversia en su faceta dirimente de derechos subjetivos, de los requerimientos que debían solicitarse a la causa, caso o controversia cuando se debaten derechos colectivos. En dicho esquema, se incluyeron las controversias donde se verifiquen afectaciones actuales y las disputas donde se observe una amenaza de lesión futura causalmente previsible. [\(21\)](#)

Los derechos colectivos exigen la construcción de un concepto de causa, caso o controversia colectiva que reformule la rigidez de la división de poderes en la relación que

mantiene el Poder Judicial con los demás poderes, a efectos de que en sede judicial, se puedan esbozar repuestas jurisdiccionales concretas a las violaciones de los derechos colectivos en términos de tutela judicial efectiva. [\(22\)](#)

La gran incógnita que todavía persiste es poder tener en claro cuáles son los requerimientos que debe cumplir una persona titular de un derecho colectivo para que se verifique la existencia de una causa, caso o controversia colectiva que posibilite la configuración de la legitimación procesal colectiva y la consecuente promoción de una acción colectiva.

### **III. Derechos colectivos, legitimación procesal y representación adecuada**

5. La constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia antes y post reforma constitucional parece coincidir en que no proceden los planteos que tengan por objeto antinomias normativas abstractas generales entre el deber ser constitucional y el ser del derecho inferior producido por distintas fuentes. En este ámbito quedaría circunscripto el ciudadano como categoría inhibidora de la causa, caso o controversia en las facetas subjetiva y colectiva.

En la medida que un titular de un derecho colectivo invoque y acredite: a) un perjuicio concreto para el bien colectivo; b) un interés colectivo que persigue proteger de forma directa, inmediata y sustancial; c) la efectiva determinación de un derecho colectivo debatido controversialmente con un sujeto pasivo; d) la demostración por parte del titular del derecho colectivo de agravios que impliquen una afectación suficientemente directa o sustancial; quedaría acreditada la existencia de una causa, caso o controversia colectiva habilitadora de la legitimación procesal colectiva.

6. Quizás sea necesario distinguir entre titularidad de los derechos colectivos, legitimación procesal colectiva y representación colectiva adecuada como tres elementos distintos que se concatenan en un recorrido teórico, normativo y práctico que va desde lo sustancial (los derechos) hasta lo instrumental (las garantías) pasando por la validez (formal y sustancial) y desembocando en la satisfacción real de los derechos (eficacia sociológica).

La titularidad de los derechos colectivos está conformada por un sujeto activo colectivo múltiple o por varios titulares de forma conjunta tanto en los bienes colectivos indivisibles como los divisibles. La diferencia está en el goce del bien colectivo y en la comunidad que se forma, no en la titularidad múltiple del sujeto activo: mientras que los bienes indivisibles solamente se pueden gozar de forma conjunta o social y la comunidad que se conforma en torno a ellos es permanente, los divisibles pueden ser disfrutados individualmente y la comunidad que se conforma es transitoria. En este punto, la postura esgrimida por la mayoría de la Corte Suprema de Justicia en la causa "Halabi" es confusa por cuanto al afirmar que los bienes indivisibles "...no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno" [\(23\)](#), parece confundir la titularidad plural colectiva (o social) de un derecho colectivo indivisible con el goce o disfrute conjunto e insusceptible de apropiación individual exclusiva. Si hay un derecho que puede ser opuesto al Estado y a los terceros necesariamente debe haber un sujeto activo que los titularice, por cuanto, no hay derechos fundamentales y derechos humanos sin titulares que los ejerzan mediante la invocación de distintas pretensiones iusfundamentales.

La legitimación procesal colectiva se vincula con la potestad o facultad otorgada por la Constitución o las leyes para promover acciones colectivas que tienen por objeto la tutela efectiva de bienes colectivos. Cuando cualquier titular de un derecho colectivo que se sienta

afectado puede promover una acción colectiva, la legitimación procesal colectiva es común u ordinaria. Cuando un sujeto distinto a los titulares del derecho colectivo (el Defensor del Pueblo, las Organizaciones no Gubernamentales, el Ministerio Público) puede promover una acción colectiva, la legitimación procesal colectiva es especial o extraordinaria. Por ende, como mínimo, a los legitimados ordinarios no se les puede exigir o negar procesalmente aquello que a los legitimados extraordinarios no se le exige o se les concede.

La representación colectiva adecuada (24) se vincula con las distintas condiciones que debe acreditar el legitimado procesal colectivo para promover una acción colectiva respecto de un bien colectivo indivisible o divisible que abarque a todos los titulares el derecho colectivo. Establecida la legitimación procesal colectiva, la representación colectiva adecuada se vincula con el derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía del debido proceso respecto de los demás titulares del derecho colectivo que no participan de la acción colectiva que se tramitará, con lo cual, lo que se intenta es verificar que el legitimado procesal colectivo se encuentre en condiciones de defender o gestionar los intereses de todos los titulares del derecho colectivo tal como si éstos hubieran estado presentes en el litigio o que su actuación posibilita constatar que de haber promovido los ausentes la acción colectiva no lo hubieran hecho de una mejor manera que su representante. (25)

En el paradigma constitucional argentino observo una situación implícita muy particular en relación con la representación colectiva adecuada. Cuando se trata de órganos constitucionales o de personas jurídicas con estatutos aprobados por el Estado parecería que la representación colectiva adecuada está ipso iure acreditada sin necesidad de ninguna otra clase de recaudo. Pero cuando se trata de un titular afectado las exigencias de la representación colectiva adecuada se profundizan en todo sentido sin razón alguna. Esto lo observo cotidianamente en la práctica judicial: si una ONG promueve una acción colectiva solamente debe acreditar que entre los objetivos sociales previstos por su estatuto se encuentre la defensa y/o promoción directa o indirecta del bien colectivo en cuestión para que no exista ninguna dificultad en la tramitación del proceso colectivo; pero basta que sea un titular del conjunto de titulares afectados el que promueve una acción colectiva, para que comience una discusión judicial eterna sobre los alcances de la legitimación procesal colectiva que anula o entorpece la dinamización de la acción colectiva que se promueve. ¿Por qué sucede esto si se trata de titulares de derechos fundamentales colectivos y no de representantes extraordinarios de los titulares?

La definición de la representación colectiva adecuada en torno a los titulares del derecho colectivo que promueven una acción colectiva abarca por igual a los bienes colectivos indivisibles y los divisibles. Por dicho motivo, evitemos la " copia boba" (que es la contracara de la anomia boba) de los requerimientos de las acciones de clase del derecho comparado y hagamos un esfuerzo para construir constitucional y convencionalmente un concepto que tenga como punto de partida que los derechos colectivos se constituyen como derechos fundamentales y derechos humanos e imponen especialmente un límite concreto al poder del Estado.

Las opciones que en principio se presentan se basan en criterios objetivos o en criterios subjetivos. Los primeros solamente exigen que se cumplan los requerimientos procesales colectivos establecidos por la mayoría de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Halabi". (26) Los segundos exigen la acreditación de ciertas condiciones personales, tal como lo propone el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (CMPCI) en el art. 2º, parte 2<sup>a</sup> cuando sostiene que el juez deberá analizar como datos: a) la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b) sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c) su conducta en otros procesos colectivos; d) la coincidencia entre los intereses de los miembros

del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; e) el tiempo de constitución de la asociación y de la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

Entre las dos alternativas considero que la primera, con un juez dotado de amplias facultades dispositivas, es la opción que mejor se adecua al modelo constitucional y convencional argentino garantizado de forma pro homine el derecho a la igualdad y discriminación y proveyendo una tutela judicial efectiva de los derechos colectivos. [\(27\)](#)

#### **IV. A modo de conclusión**

7. Los fallos como el presente y los precedentes que lo configuran siguen demostrando que la etapa "post-Halabi" solamente se podrá consolidar una vez que la Corte Suprema de Justicia defina, de una vez por todas, las condiciones de la representación adecuada que deben cumplir los titulares de los derechos colectivos para promover como legitimados colectivos un proceso colectivo pleno y eficaz. [\(28\)](#) Ya sabemos que el ciudadano no está legitimado, ahora es indispensable saber cuando un titular de un derecho colectivo puede promover una acción colectiva como una evolución progresiva del Estado constitucional y convencional de derecho argentino.

(1) CSJN Fallos R. 859. XLVIII, 10 de diciembre de 2013.

(2) Integrada por Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Argibay.

(3) Considerando 2.

(4) Ib.

(5) Considerando 3.

(6) Ib.

(7) Ib.

(8) Considerando 4.

(9) CSJN Fallos: 306:1125.

(10) CSJN Fallos: 307: 2384.

(11) CSJN Fallos: 313: 863.

(12) CSJN Fallos: 317:335.

(13) CSJN Fallos: 322:528.

(14) CSJN Fallos: 324: 2381.

(15) CSJN Fallos: 324.2388.

(16) CSJN Fallos: 331:1364.

(17) CSJN Fallos: 333:1023.

(18) CSJN Fallos: 333:1212 y 333:1217.

(19) Integrada por Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco y Zaffaroni.

(20) CSJN Fallos: 332:111.

(21) Considerando 9.

(22) VERBIC, Francisco, Procesos colectivos, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011, p. 102.

(23) Considerando 11.

(24) GIANNINI, Leandro J., "La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas", Procesos colectivos, Eduardo Oteiza (Coordinador), Asociación Argentina de Derecho Procesal, AAVV, Rubinzel-Culzoni Editores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006, p. 179; SALGADO, José María, Tutela individual homogénea, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011, p. 210 y VERBIC, Francisco, ob. cit. 22, p. 81.

(25) SALGADO, José María, Ib., p. 211.

(26) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Derechos colectivos y acciones colectivas", La Ley 20 de mayo de 2009.

(27) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Afectado, derecho de incidencia colectiva individuales homogéneos y acción colectiva", La Ley, 16 de junio de 2011 y "La vigencia del caso 'Halabi'", La Ley 24 de octubre de 2013.

(28) En la actualidad, tramita ante la Corte Suprema de Justicia la causa "Gil Domínguez, Andrés c. EN-PEN-Ley 26854" (Expediente N° 983/2013) donde se debate esta cuestión en referencia a derechos colectivos divisibles.