

Título: La justicia administrativa y la ampliación del bloque de legalidad (los nuevos derechos y la legitimación).

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: RDA 2009-69, 697

Cita: TR LALEY AR/DOC/9878/2012

I. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Nunca ha sido tarea fácil la de controlar en sede judicial el ejercicio del poder público cuando la Administración afecta los derechos de los ciudadanos. Tuvieron que transcurrir muchos siglos hasta que se consolidasen los sistemas que impidieran, con una mínima eficacia, el desborde de la actividad administrativa y legislativa del cauce del derecho y de la justicia.

Algunos piensan que el control judicial ha de ceñirse, fundamentalmente, a la verificación por el juez de la legalidad de la actuación más o menos determinada de la Administración Pública. Si así fuera, el control judicial se convertiría en una pura operación de subsumir el caso concreto en el ordenamiento general y bastaría con controlar que, aun dentro de la franja de discrecionalidad que puede brindar la norma, la Administración ha optado por una solución razonable y, por lo tanto, exenta de arbitrariedad para dar por cumplida la tutela judicial.

Pero ocurre que las cuestiones a resolver, en materia de control judicial, no se presentan de ese modo tan simple en la mayoría de los casos, lo cual modifica sustancialmente la visión que debe tener el juez a la hora de juzgar a la Administración.

Por de pronto, el juez, en algunos sistemas contencioso administrativos como el nuestro, tiene atribuida la potestad de juzgar la constitucionalidad de la propia ley o el ordenamiento legislativo en el que se fundamenta la actividad administrativa y lo hace no sólo conforme a la técnica de la jerarquía constitucional (de tipo kelseniano), sino a la de los principios generales del derecho, que suelen ser creaciones pretorianas de origen doctrinario o jurisprudencial (como los creados por el Consejo de Estado francés) pero, en cualquier caso, recepcionados por los tribunales, ya que, a través de ellos, estos principios adquieren una realidad o positividad y se incorporan al mundo jurídico.

En otros supuestos, el juez no controla el ejercicio del margen de discrecionalidad, sino la aplicación correcta o no de un concepto jurídico indeterminado. ¿Qué herramientas utiliza para llevar a cabo este control? Como la ley generalmente no proporciona base determinada o si así fuera ésta es casi siempre deficiente, el juez que no puede dejar de fallar en la mayor parte de los sistemas civilizados carece de todo otro recurso que no sea el de acudir (una vez más) a la aplicación de los principios generales del derecho existentes o a la creación de alguno nuevo que le permita resolver el conflicto de la manera más justa. Los casos en que esto acontece son numerosos, habida cuenta de la posibilidad bastante común de que se produzcan carencias normativas, lo cual conduce muchas veces a la necesidad de determinar la dimensión de peso de principios y normas contradictorias. En todos esos supuestos el juez precisa acudir a criterios de justicia antes que al ordenamiento positivo y mantener una posición de equilibrio frente a los demás poderes del Estado y la opinión pública.

Esta somera descripción permite advertir que la labor judicial de controlar a la Administración y a la actividad legislativa es mucho más compleja que la del juez civil, el cual generalmente juzga sobre un marco más estable y con un cuerpo de normas y principios jurídicos arraigados por el peso de una tradición milenaria, en un conflicto entre particulares cuyo grado de repercusión social o de vinculación al interés público es bastante menor.

En cambio, el ordenamiento administrativo presenta una mayor movilidad y su relación directa con la Constitución es mucho más acentuada, aunque, en definitiva, el mundo jurídico tenga en ambas ramas del derecho una estructura tridimensional que se compone de normas, conductas o experiencias y valores de justicia (1), la cual fundamenta la distinción que hace la doctrina entre legalidad y legitimidad (o juridicidad) (2).

En cualquier caso, la labor judicial de controlar la actividad de la Administración y la del Parlamento no es mecánica ni exclusivamente técnica. Es más bien casi un arte: el de impartir justicia teniendo en cuenta la armonización de los intereses individuales o colectivos de cada conflicto con el interés público, sin sustituir como lo ha puntualizado Sesén la discrecionalidad política por la judicial, siendo tan pernicioso el control que paraliza la actividad estatal como el que la limita excesivamente con mengua de las garantías del Estado de derecho (3). Ello sin desconocer que, como bien lo ha puntualizado Vanossi, "a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un acrecentamiento de los controles, un vigorizamiento de las garantías y una acentuación de las responsabilidades (4)".

II. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En la última parte del siglo XX, aproximadamente desde treinta años atrás, la tutela judicial efectiva ha cobrado una gran relevancia en el plano jurídico, gracias al impulso dado por la doctrina en España, a raíz de su recepción constitucional.

Su proyección en Hispanoamérica, particularmente en la Argentina, ha sido notable, habiendo sido recogido el principio tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema como en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994, aunque no siempre se han desprendido de él las consecuencias que cabe extraer en punto a reafirmar la tendencia hacia un control judicial pleno y sin cortapisas de la actividad administrativa.

Nuestra Constitución, en línea con el molde de los antecedentes normativos y proyectos preconstitucionales, consagró, en su art. 18, la garantía de la inviolabilidad "de la defensa en juicio de las personas y de los derechos", siguiendo el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina elaborado por Alberdi (5).

Esa garantía apuntaba, entonces, a brindar protección judicial a los derechos individuales y tendía a tutelar, fundamentalmente, la libertad de los ciudadanos, configurando uno de los ejes en los que se concretaba la filosofía constitucional.

En su evolución posterior, la garantía (6) de la defensa fue completada con otras, tendientes a ampliar el círculo de los derechos protegidos originariamente por el art. 18 de la Constitución Nacional. Tal es lo que ocurrió con el trasplante del debido proceso adjetivo, proveniente del derecho norteamericano (7), y más modernamente, primero con el llamado derecho a la jurisdicción, y luego con el principio de la tutela judicial efectiva.

Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción reclama, simultáneamente, el derecho a ocurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada, susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de los plazos razonables (8).

Estas garantías que la jurisprudencia de la Corte Suprema y la doctrina Fallos 247:267; BIDART CAMPOS, Germán J., Derecho constitucional, cit., t. II, ps. 499-500. consideraron, en su momento, incluidas en la garantía del art. 18 o vinculadas a ella resultan sustancialmente potenciadas en virtud de la recepción de la tutela judicial efectiva, la cual, para un sector de la doctrina, "se encuentra en la base misma del Estado de derecho" (9).

En efecto, no obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas del ordenamiento constitucional argentino con la tutela judicial efectiva, esta última, como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo (10), se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico, sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena Administración (11), proyectándose también al procedimiento administrativo (12), en el que pasa a ser un principio general de amplio espectro dentro de la Administración Pública (13).

Los principales matices diferenciales comprenden tres aspectos, ya que la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción.

Resulta evidente que se trata de una garantía que armoniza de un modo cabal con el reparto de funciones propio de la separación de poderes que ha instituido nuestra Constitución al prescribir positivamente el sistema judicialista (arts. 116 y 117, CN) en el cual los jueces son los órganos encargados de resolver los conflictos entre los particulares y el Estado (14).

En la Argentina, antes de la moderna configuración del principio, un sector de la doctrina (15) propició, en su momento, una serie de posturas que afirmaban la plenitud de la jurisdicción frente a las interpretaciones restrictivas que, con fundamento en las antiguas concepciones del contencioso administrativo francés y español, propugnaban la limitación de los poderes del juez sobre la base de la naturaleza esencialmente revisora (16) que atribuían a esta clase de jurisdicción (la cual era concebida como una jurisdicción de excepción).

Recién en la última década, algunos ordenamientos y la jurisprudencia, en forma limitada, por cierto, han comenzado a transitar por el camino correcto, y sin dejar de reconocer la influencia que ha tenido en esta evolución la obra de los juristas vernáculos, que actuaron como verdaderos pioneros en este campo para desterrar los ápices formales que caracterizaban el contencioso administrativo de su época, no puede menos que señalarse la profunda gravitación que entre nosotros ha alcanzado la doctrina española a partir de la fundación de la RAP y de la publicación de las obras y trabajos científicos de sus juristas más eminentes (17).

Como ha dicho González Pérez, "el derecho a la tutela judicial efectiva que se despliega, básicamente, en tres momentos diferentes del proceso (en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia) es, en definitiva, el derecho de toda persona a que se `haga justicia', que se traduce, en el plano jurídico administrativo en que siempre que crea que puede pretender algo con arreglo a derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos independientes y preparados" (18).

A nuestro juicio, la tutela judicial efectiva no resulta incompatible con el establecimiento de una jurisdicción administrativa primaria (similar a la configurada en el derecho norteamericano), siempre que ella sea instituida por ley y se prescriba la posibilidad de un posterior control judicial, que puede asignarse a los tribunales o cámaras de segunda instancia.

Acierta Soto Kloss, cuando al abordar el recurso de protección en el derecho chileno, apunta que la circunstancia de que los derechos del hombre son anteriores al Estado y que su vida en sociedad constituye la razón de ser del ordenamiento jurídico, su protección se convierte necesariamente en "el fundamento esencial de toda organización estatal SOTO KLOSS, Eduardo, El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 12."

III. AMPLIACIÓN DEL BLOQUE DE LEGALIDAD: LOS NUEVOS DERECHOS Y LA LEGITIMACIÓN

1. Los nuevos derechos

En la Argentina, la reforma constitucional de 1994 introdujo, en los arts. 41 y 42, una serie de derechos calificados como derechos de incidencia colectiva (así los califica el art. 43, CN) o derechos de tercera generación, que tienen por objeto la protección del medio ambiente, la competencia, a usuarios de los servicios públicos y a los consumidores, estos últimos en lo concerniente a la relación de consumo.

De ese modo, el nuevo escenario constitucional ha ampliado no sólo el ámbito de protección de los derechos individuales, sino que ha dado carta de nacionalidad a una nueva categoría de derechos supraindividuales de titularidad indivisible (el derecho a un ambiente sano) y a otros derechos que representan titularidades individuales homogéneas (v.gr., los de los usuarios que reclaman la ilegalidad de una tarifa) (19), Andrés, "Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos", LL 2008-E-1021; ver también CAFFERATA, Néstor A., "Los derechos de incidencia colectiva", LL 2006-A-1196. Ver además GOZAÍNI, Osvaldo A., "Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal", LL 2005-B-1393; a su vez, sobre la necesidad de reglamentar el proceso colectivo: OTEIZA, Eduardo, "La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ampare", en OTEIZA, Eduardo (dir.), Procesos colectivos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 21 y ss.. Al respecto, se han propugnado diferentes categorías de derechos protegidos (20).

Los problemas que plantean los nuevos derechos, complejos y de distinta naturaleza, se ven agravados por la imprecisión o falta de definición de los textos constitucionales que han dado lugar a interpretaciones opuestas en punto a los mecanismos de protección constitucional (21). A ello se añade la cuestionada interpretación que ha hecho la Corte Suprema en punto a asignarle prevalencia a los tratados internacionales de derechos humanos sobre la Constitución, pues, por más que se hayan incorporado o reconocido constitucionalmente "no derogan artículo alguno de la primera parte", siendo complementarios (entiéndase no opuestos) "a los derechos y garantías por ella reconocidos" (22). La fuerza constitucional de dicho precepto no puede enervarse a tenor de criterios subjetivos y precisa ser aplicada sin discriminaciones, cualquiera que fuera el reproche moral, social o político de la persona enjuiciada.

La instauración de estas nuevas categorías jurídicas, si bien responden a la realización de la dignidad de la persona humana, no pueden considerarse opuestas a los derechos individuales reconocidos en el art. 14, CN, que también son fundamentales. Porque dos de los objetivos principales que prescribe el Preámbulo constitucional consisten en afianzar la justicia y asegurar la paz interior, lo que conduce a interpretar que el sistema, en comparación con otros preceptos y en su conjunto, debe procurar el equilibrio y la armonía de los derechos antes que una lucha o confrontación que oponga lo público a lo privado, lo colectivo a lo individual. No creemos, por lo tanto, que el eje del derecho administrativo pase ahora por dejar de lado la defensa de las libertades y demás derechos de los ciudadanos frente a la autoridad ni tampoco la declinación de la clásica ecuación entre prerrogativas y garantías, sino que los nuevos derechos deben integrarse armónicamente en el sistema, buscando el justo equilibrio entre los distintos intereses que ellos representan.

La ecuación no pasa por oponer los derechos colectivos a los derechos individuales, como se insinúa en la postura sostenida por un sector de la doctrina administrativista Sintetizada en la fórmula "derechos vs. derechos"; véase BALBÍN, Carlos, Curso de derecho administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 95/98., pues, en el fondo, se potenciaría una lucha entre ciertos grupos sociales organizados contra las empresas y/o

ciudadanos individuales, cuando la función del Estado es la de afianzar la justicia sin discriminaciones ni supremacías de un sector sobre otro.

Un peligro adicional está representado por la transformación de la justicia administrativa en un proceso objetivo con responsabilidades a cargo de particulares basadas en el riesgo o incluso en la actividad lícita, tal como se ha legislado en materia ambiental (art. 27, ley 25.675) (23).

Otro problema no menor, no previsto en la Constitución ni en las leyes, radica en los efectos erga omnes que algunos precedentes atribuyen a las sentencias en procesos colectivos en los que no ha habido intervención de terceros. En tal sentido, una parte de la doctrina ha postulado (para supuestos en que existan numerosos actores con pretensiones de objeto similar y coincidentes) la instrumentación de las class actions del derecho norteamericano (24), figura que, aparte de englobar necesariamente derechos que no son de incidencia colectiva (p. ej., una acción de resarcimiento de las víctimas de un siniestro donde múltiples actores pretenden la satisfacción de sus derechos patrimoniales), requiere la adopción de un proceso adaptado a la realidad vernácula para evitar eventuales abusos que podrían generarse. A su vez, corresponde diferenciar como hace Falcón (25) el litis consorcio de una eventual acción de clase, en el sentido de que mientras en el primero se trata de un proceso cerrado, la segunda constituye un proceso abierto a un número indeterminado de actores que se unifican ope legis (aunque la iniciativa tenga origen voluntario) en virtud de un procedimiento estatal preestablecido.

2. Problemática de la legitimación en el proceso administrativo

La gran conquista del derecho administrativo del siglo XX, en el plano procesal, ha sido la de haber montado un sistema (a cargo de jueces o tribunales administrativos independientes) de control de los actos de la Administración Pública y otros órganos del Estado que realizan actividades de naturaleza administrativa o normativa.

Sin la organización efectiva de ese control, la teoría de la separación de poderes hubiera quedado relegada a una mera división de funciones y la libertad de las personas, junto con los otros derechos fundamentales, no habrían pasado del rango de las declaraciones de derechos no operativas.

En tal sentido, existe una última conexión entre legitimación y política en el concepto pleno de esta última, habida cuenta de que el sistema procesal, que consagra las reglas de acceso a la justicia, constituye una suerte de receptáculo que alberga las más variadas motivaciones e ideas respecto de las relaciones entre el Estado y las personas privadas, en medio de una dialéctica que plantea una tensión en gran parte irreductible.

Esa tensión que subyace no sólo se produce entre autoridad y libertad, sino, fundamentalmente, en el campo de lo subjetivo y de lo objetivo, como formas de protección de los derechos y de realización de la justicia material.

La solución de este intrincado problema no parece estar destinada a ilustrar sólo una discusión teórica y abstracta. Por el contrario, tiene que ver con las reales posibilidades de protección tanto de los derechos privados como del interés público, porque la legitimación constituye una de las principales válvulas de apertura del proceso contencioso administrativo.

Pero esa válvula puede convertirse en un arma de defensa para la protección de los derechos, o bien en un obstáculo para impedir el ejercicio de los derechos. Éste es, precisamente, el gran dilema que plantea la legitimación (26) y, como en muchas otras cuestiones, la principal dificultad radica en mantener el equilibrio entre una postura abierta al acceso a la jurisdicción y los medios humanos y materiales con que cuenta cada sistema para realizar la justicia.

Porque ninguna duda puede caber en cuanto a que lo ideal sería que cualquier habitante se encuentre legitimado ab initio para promover un proceso contra el Estado, como asimismo que si no tiene derecho tutelable por los jueces, éstos se lo reconozcan o nieguen al momento de dictar la sentencia, sin bloquearle el acceso a la jurisdicción.

Sin embargo, como lo ha puesto de relieve Mairal (27), se trata de "racionar un producto escaso", dado que mientras la cantidad de tribunales es limitada, el número de ciudadanos y, sobre todo, de acciones deducibles, es infinitamente superior a las posibilidades de cualquier sistema para administrar ese recurso escaso.

A su vez, en nuestro sistema, por un imperativo constitucional, el poder judicial sólo está habilitado para resolver casos (28), lo cual requiere la presencia de una real controversia entre partes que afirmen y contesten sus pretensiones sobre derechos que consideran protegidos por el ordenamiento y la configuración de un agravio concreto que recaiga sobre el pretensor (29), siendo indiscutible que este principio se proyecta tanto al derecho federal como al provincial o local.

Se ha dicho también que en esta cuestión incide la visión que preferimos tener del poder judicial según una

postura que nos lleva a optar entre un sistema en el que los jueces deciden sólo a través de sentencias con efectos inter partes y otro donde el poder judicial actúa como órgano político, desplegando su actividad mediante sentencias con efectos erga omnes, cuyos alcances no se limitan a las partes en la causa, sino que se proyectan a terceros.

En realidad, no obstante coincidir en las consecuencias disvaliosas que provoca la falta de regulación de los procesos colectivos y de los efectos de las sentencias que suspenden o invalidan actos de alcance general, la incidencia que provoca la ampliación del acceso a la justicia, generando la sobrecarga de la labor tribunalicia, resulta mayor que las consecuencias de aceptar el criterio que limita los efectos de las sentencias de invalidación de un acto general sólo a las partes de la controversia (30). Esto es así por cuanto aquellos que no fueron parte en el proceso deberán promover un juicio separado, con el consiguiente aumento de la litigiosidad, atiborrando los tribunales de causas idénticas o con similares pretensiones procesales.

Esto indica, a las claras, que la solución hay que buscarla por otro lado, fundamentalmente en la organización de los procesos colectivos, sin resentir el acceso a la justicia, pero, al propio tiempo, sin caer en los inconvenientes constitucionales y prácticos que plantea la generalización de una suerte de acción popular, como está ocurriendo, en muchos casos, con los procesos de amparo.

3. Nuevas tendencias en materia de legitimación

3.1. Hacia una concepción amplia de la legitimación. Sus consecuencias sobre la doctrina del derecho subjetivo

La necesidad de que todos los intereses de las personas tuvieran mecanismos adecuados de acceso a la justicia a raíz de la consolidación del principio de la tutela judicial efectiva amplió el campo de la legitimación procesal, aceptándose que otras situaciones jurídicas, aparte del derecho subjetivo y del interés legítimo, pudieran invocarse por las personas afectadas para ser parte en un proceso concreto. A modo de ejemplo, considérese que, en el nivel nacional, se ha establecido el derecho a solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo ni interés legítimo alguno (31).

En algunos casos esta ampliación puede brindar resultados saludables. Empero, su adopción ilimitada puede terminar quebrando como ocurrió, en ocasiones, en algunos sistemas, como el español y el argentino los vínculos que atan los mecanismos de legitimación procesal a la configuración de determinadas situaciones subjetivas, desplazando, de esa manera, el eje en el que descansa el criterio central de la categorización clásica.

Así, el centro de la teoría del derecho subjetivo ha pasado de la protección de los poderes jurídicos sustanciales y aun reaccionales (32) a la tutela de las situaciones de ventaja, así como a la reparación de las lesiones provocadas por el Estado, en los derechos de las personas.

Desde otro ángulo, un sector de la doctrina nacional ha propiciado la eliminación de la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, sosteniendo que siempre que el administrado pueda invocar el quebrantamiento en su perjuicio de las reglas de la justicia distributiva se encontrará legitimado para recurrir en sede administrativa o promover una demanda judicial, sin que corresponda distinguir entre derecho subjetivo e interés legítimo (33).

La distinción existe no tanto en el plano de la valoración de la "cosa justa", donde la pretensión procesal puede llegar incluso a ser equivalente (v.gr., anulación del acto o contrato) en ambas situaciones jurídicas, sino en la aptitud (legitimación) que amplía la posibilidad de ser parte de un proceso concreto (34). La distinción puede hacerse, aun cuando ella puede ser explicada por concepciones diferentes (35), si bien las tendencias actuales apuntan a eliminarla considerando que, en definitiva, toda situación que reporta utilidad, provecho o ventaja a favor de una persona constituye en el fondo un verdadero derecho subjetivo (36).

En suma, a los efectos de la legitimación para accionar judicialmente, lo que importa es la titularidad de un derecho reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico (37), lo cual no implica instituir una legitimación objetiva basada exclusivamente en la mera legalidad ni menos aún una acción popular a favor de cualquier ciudadano que invoque la sola ilegalidad sin demostrar la afectación o la lesión de un derecho propio de éste o de un determinado círculo o sector de intereses protegidos expresamente por el ordenamiento. La legitimación, más que una aptitud o capacidad, constituye la situación en que se encuentra el demandante en relación con el objeto de la pretensión (38) y el tipo de proceso.

3.2. La superación de las categorías tradicionales

Las dificultades que presentaba, en el plano de la realidad, la utilización promiscua de diferentes concepciones para calificar el derecho subjetivo y el interés legítimo, así como las otras situaciones jurídicas subjetivas u objetivas, generaron la necesidad de superar las categorías tradicionales simplificando la técnica de legitimación procesal.

De esa manera, el concepto de legitimación no se transforma en el eje de una carrera de obstáculos para acceder a la justicia, sino que juega como un elemento que contribuye a la realización del principio de tutela judicial efectiva, ampliando el círculo de la legitimación activa y pasiva al titular de cualquier clase de interés que le proporcione alguna ventaja o beneficio (39), o la compensación o reparación de un perjuicio.

Así, una persona será portadora del derecho que le abre el acceso a un proceso concreto para la satisfacción de una pretensión sustantiva o adjetiva, ya fuere el derecho puramente subjetivo u objetivo-subjetivo, a condición de que concurren los requisitos de ilegitimidad y perjuicio o lesión.

3.3. Los elementos que configuran la legitimación procesal activa (ordinaria y anómala o extraordinaria)

El punto de equilibrio de la legitimación procesal se encuentra en las condiciones que permiten configurar la existencia de la situación que alega una persona para ser parte en un proceso concreto, pues, como es obvio, en la medida en que esas condiciones no resulten exigibles para acceder a la justicia, o simplemente no existan como presupuestos de la legitimación, el sistema se transforma en una suerte de justicia objetiva, generalizándose la acción procesal (que es básicamente subjetiva) como una acción pública, que cualquier ciudadano puede interponer invocando la defensa de la legalidad.

El análisis de los textos constitucionales revela que ésa no ha sido la finalidad del constituyente ni existe cláusula alguna que establezca, en forma preceptiva, la acción popular. Tampoco la recoge el art. 43, CN, el cual, al reglar el proceso de amparo, acuerda legitimación procesal al afectado, sin perjuicio de la legitimación extraordinaria que se le reconoce al Defensor del Pueblo y a las organizaciones de usuarios y consumidores.

El andamiaje de la legitimación activa se arma a partir del reconocimiento de un derecho propio, inmediato y concreto del litigante (40), tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema (41); es decir que, salvo los supuestos de legitimación anómala (42) (que más adelante analizamos), el derecho que invoque el litigante activo no puede ser ajeno, mediato ni abstracto, sino perteneciente a su círculo de intereses, a su zona vital, como alguna vez ha resuelto la jurisprudencia (43).

Este primer requisito se completa con un segundo, representado por la exigencia de que se alegue, sobre la base de fundamentos de hecho y de derecho, con suficiente fuerza de convicción, la configuración de una lesión o perjuicio en cabeza del titular o titulares del derecho.

El tercer elemento de la legitimación activa está constituido por la ilegalidad o, mejor dicho, ilegitimidad de la conducta estatal o pública que se cuestiona en el proceso. La sistematización de estos requisitos la hemos hecho a la luz del excelente artículo de SACRISTÁN, Estela B., "Notas sobre legitimación procesal en la jurisprudencia norteamericana y argentina", en BAZÁN, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2003, ps. 381 y ss..

En definitiva, para justificar la legitimación activa ordinaria se requiere la presencia de un derecho propio, inmediato y concreto, atado a un "cordón umbilical" representado por una unión o vínculo entre ilegalidad (o ilegitimidad) y perjuicio (44).

De otra parte, a raíz de la última reforma constitucional (arts. 43 y 120, CN), se admite una serie de sujetos legitimados que pertenecen a la figura que, en el derecho procesal civil, se conoce con el nombre de "legitimación anómala o extraordinaria" PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. I, 2ª ed. reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 407., en el sentido de que el ordenamiento reconoce la aptitud de determinados sujetos para ser parte en los procesos judiciales en los que invoquen la defensa de intereses ajenos, como las organizaciones de usuarios y consumidores (45) (aunque también puedan representar un interés propio y común), el Defensor del Pueblo (46) y el Ministerio Público (47).

En tales casos, para justificar la legitimación anómala es necesario acreditar la configuración del interés ajeno por el que se actúa (con todos sus requisitos, como el carácter inmediato y concreto del interés, así como el concreto perjuicio o la específica lesión) (48) y no la mera ilegalidad o ilegitimidad del obrar administrativo, salvo que el ordenamiento así lo prescriba en aquellos supuestos en que se configure una acción pública, como acontece en el derecho español en materia urbanística y de protección del patrimonio histórico y, entre nosotros, en la legislación protectora del medio ambiente (49).

Pero fuera de tales supuestos y de otros que la Constitución o las leyes consideren que sean dignos de esta clase de protección, los legitimados anómalos no están facultados para promover acciones públicas y deben acreditar la legitimación que invocan para ser parte en un proceso concreto, en una causa o controversia, como lo requiere el art. 116, CN, cuando determina la competencia de la justicia federal.

De lo contrario, se introduce un elemento de bloqueo en el sistema de separación de poderes (50) susceptible de entorpecer o impedir la acción de los restantes poderes ejecutivo y legislativo dentro del cauce de la armonía

constitucional, con la consiguiente "judicialización" de la política que los gobiernos realizan, especialmente en el campo de los servicios públicos.

3.4. Los derechos de incidencia colectiva y el amparo constitucional

La Constitución reformada de 1994 consagra, como una novedad de nuestro ordenamiento jurídico, la figura del amparo judicial de los llamados derechos de incidencia colectiva (art. 43, CN).

La fórmula constitucional abarca tanto a los titulares de derechos subjetivos (v.gr., la persona que sufre un daño ambiental concreto y determinado) como a los derechos subjetivos no patrimoniales (51), o bien a los derechos de incidencia colectiva, aunque variando el reconocimiento de la legitimación en cada caso.

Cuando se trata de la violación de un derecho subjetivo (incluso del llamado interés legítimo), la calidad para promover el proceso corresponde al "afectado" (art. 43, parte 2ª, CN), que es la persona que sufre, concretamente, la lesión o amenaza de perjuicio, la cual, a su vez, precisa acreditar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto lesivo (art. 43, parte 1ª, CN).

En cambio, y en ello radica la principal innovación constitucional, la protección de los derechos de incidencia colectiva se opera a través de una ampliación de la base de legitimación a favor de personas que no se encuentran personalmente afectadas por el acto lesivo, como el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa de esa clase de derechos (de incidencia colectiva) (52), lo que no implica consagrar una acción estrictamente objetiva, ya que, en todos los supuestos, se tendrá que acreditar tanto la arbitrariedad o la ilegalidad manifiestas como la lesión o la amenaza de lesión a esos derechos concretos de las personas, en el marco de un caso o controversia, a fin de evitar que se pueda incurrir, en determinados casos, en situaciones afines al sistema corporativista, opuesto al modelo del Estado de derecho republicano, representativo y democrático, diseñado por la Constitución (53).

IV. LA TUTELA DE LA LEGALIDAD Y LA ACCIÓN PÚBLICA

La tutela de la legalidad ha pasado por distintas fases en la evolución de los mecanismos procesales de protección en el derecho comparado. El sistema más clásico arranca en el derecho francés, con el recurso por exceso de poder, que exigía, como un requisito de seriedad para su apertura, la configuración de un interés personal y directo, lo que condujo a discusiones interminables acerca del carácter objetivo o subjetivo de este tipo de proceso contencioso-administrativo. Entre los antecedentes que pueden mencionarse, no sin olvidar el ridículo proceso sin partes que promovió el nazismo, cabe mencionar el proceso de impugnación judicial de reglamentos del derecho español e incluso nuestro inorgánico régimen previsto en el art. 24 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo hasta los procesos de amparo en Latinoamérica, que son los que encarnaron con mayor eficacia y amplitud la defensa de la legalidad y el cuestionamiento de la arbitrariedad, sobre todo de la Administración Pública.

Como consecuencia de las nuevas ideas acerca de la transposición de una democracia representativa a una de tipo participativo o semidirecta (54), se confió la tutela genérica de la legalidad a ciertos órganos independientes, ya sea que pertenezcan al Estado lato sensu (v.gr., Defensor del Pueblo), o bien que sean ajenos a éste cuando, p. ej. tengan por objeto la defensa de intereses públicos generales o sectoriales (v.gr., organismos no gubernamentales).

En el sistema representativo que instauró la Constitución de 1853 la tutela de la legalidad, en el ámbito administrativo, correspondía, en principio, al Estado a través de diversos órganos (v.gr., procurador del Tesoro, cuando promovía denuncias o acciones de lesividad o al Ministerio Público, en materia penal).

Aun cuando la vigencia de ese esquema constitucional, la reforma de 1994 y el ordenamiento legislativo han ampliado la tutela de la legalidad en dos sentidos: a) con el reconocimiento de la legitimación del Defensor del Pueblo para promover acciones de amparo conforme al art. 43, CN, y b) a través de la recepción en nuestro ordenamiento de la figura de la acción pública en materia de cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo, que consagra el art. 30 in fine de la ley 25.675 (55).

La diferencia entre la acción popular o acción pública (como se denomina en España a la existente en materia urbanística) y los procesos colectivos es que la figura del legitimado prácticamente no existe (al no haber una especial relación entre el sujeto procesal y el objeto del proceso), pues la acción la puede deducir cualquier persona en el mero interés de la ley. A nuestro juicio, la acción de cese de actividades nocivas al medio ambiente configura un claro supuesto de acción popular.

Este tipo de acciones se inscriben en un escenario favorable a la socialización de los mecanismos de derecho procesal y, consecuentemente, de la defensa de derechos colectivos (56); si bien puede resultar, en ciertos casos, una herramienta para tutelar situaciones jurídicas dignas de esta clase de protección, puede conducir, no obstante las buenas intenciones de quienes lo predicen, a una litigiosidad mayúscula, que obture la marcha de

los procesos judiciales ordinarios y aun extraordinarios, ya que los jueces no podrán dar abasto a las demandas tendientes a satisfacer las pretensiones generalizadas de los ciudadanos. Pero lo más preocupante es, quizás, el hecho de que la utilización de esta clase de acciones supone una mínima cultura jurídica del pueblo y, sobre todo, que los niveles de corrupción sean bajos para evitar que estas acciones sean utilizadas por abogados sin escrúpulos que, mediante demandas sin fundamento, logren que se rechace o acepten pretensiones que transformen la ilegalidad en legalidad, mediante la aplicación de la cosa juzgada erga omnes, como lamentablemente ha ocurrido en nuestro país.

Precisamente, el peligro que podría generar una extensión desmesurada del instrumento procesal de la acción popular radica en que los legitimados pasivos también se han ampliado como consecuencia de la atracción que ejerce, ya sea por la ley o la jurisprudencia, el fuero contencioso administrativo federal o provincial con respecto a las causas en que son parte empresas privadas prestadoras de servicios públicos, lo cual, en el escenario actual, podría generar todo tipo de abusos y batallas judiciales interminables. Esto no es óbice a que, bien reglamentadas y circunscriptas, puedan servir, como cualquier proceso colectivo, al interés general y a la realización de los derechos fundamentales de la persona humana. Desde luego, las atendibles finalidades sociales que persiguen tanto las acciones populares como los procesos colectivos en general no debieran funcionar como instrumentos de aniquilación de los derechos individuales (o derechos de primera generación) ni de la seguridad jurídica basada en los postulados del Estado de derecho, en el que la justicia debe ser la principal garante del equilibrio y armonía social.

Como se ha dicho con acierto, "las anheladas reformas de nuestros sistemas de justicia que obviamente comprenden el crucial tema de la legitimación dependen, en grado prevalente, de la adecuada preparación y aprovechamiento de los recursos humanos y la consecuente promoción de los cambios culturales necesarios para instalar las transformaciones" (57).

V. LOS REQUISITOS DE LA ACCIÓN COLECTIVA

1. El caso "Halabi"

En febrero de 2009, la Corte Suprema dictó sentencia en un juicio de amparo promovido por el abogado Ernesto Halabi contra el Poder Ejecutivo nacional. El objeto de ese juicio estaba centrado en la pretensión de que se declarase la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su dec. regl. 1563/2004, por considerar que sus disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los arts. 18 y 19, CN, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determinara "en qué casos y con qué justificativos" ello podría llevarse a cabo. Al respecto, el actor sostuvo que esa intromisión constituía una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscababa el privilegio de confidencialidad a que, como abogado, tenía derecho en las comunicaciones con sus clientes.

2. Cuatro cuestiones básicas

En primer lugar, el Alto Tribunal plantea que para dilucidar el caso resulta necesario determinar cuatro cuestiones básicas: 1) cuál es la naturaleza jurídica del derecho que se pretendió amparar mediante la acción deducida; 2) quiénes son los sujetos habilitados para articularla; 3) bajo qué condiciones puede resultar admisible; y 4) cuáles son los efectos que derivan de la resolución que se dicte.

3. Los derechos protegidos por la acción de amparo

Con criterio didáctico, el fallo describe tres categorías de derechos (58), a saber: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos o comunes y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (59).

Los derechos individuales, aparte de las acciones procesales ordinarias, se hallan protegidos por la acción de amparo a que hace referencia la primera parte del art. 43, CN (60). Esta acción que como bien dice la Corte es la tradicional acción de amparo instituida por vía pretoriana a partir de los precedentes "Siri" y "Kot" (61), la cual está destinada a la protección de derechos divisibles, no homogéneos, caracterizándose por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados (62).

A su vez, los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos son ejercidos, continúa diciendo la Corte, "por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado". Los bienes que se protegen por esta acción que deriva del art. 43, CN, no pueden ser objeto de apropiación individual en cuanto por pertenecer a toda la comunidad son indivisibles (63).

Interesa puntualizar que la Corte sostiene que para probar si se configura una causa o controversia que abra la tutela judicial debe acreditarse la lesión a un bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionario o de quienes éste representa (64).

La tercera categoría de derechos tutelados por la acción de amparo (art. 43, párr. 2º, CN) es la de los

derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como "el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados" (65). En este supuesto, no hay un bien colectivo, sino derechos individuales divisibles, no obstante existir "un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos", siendo, por lo tanto, identificable una causa fáctica homogénea o normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que respecta a la prueba del daño (que concierne a cada sujeto individualmente considerado).

3.1. El proceso colectivo no requiere regulación legal específica, pues posee base constitucional

Ante la falta de regulación legal específica de esta clase de acciones siguiendo la idea básica de su jurisprudencia tradicional, la Corte sostiene que dicha carencia no es óbice para impedir el acceso a la justicia, toda vez que los derechos que se protegen con la acción de amparo poseen fundamento constitucional y se gozan y ejercen con independencia de las leyes reglamentarias (66).

Se trata, en definitiva, de una creación pretoriana que, si bien se inscribe en la línea de las acciones de clase del derecho norteamericano, no implica la adopción ciega ni automática de sus reglas procesales que por cierto resultan bastante complejas y, en ciertos casos, de difícil adaptación a la realidad vernácula (67).

4. Los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos

La determinación de los elementos para la procedencia de una acción colectiva revela, como suele suceder con las definiciones, una combinación de certezas y penumbras. La Corte, con buen criterio, quizás sobre la base de suponer que no hay todavía un cauce definitivo para determinar la procedencia de esta clase de acciones colectivas, se ha animado a fijar tres pautas o conceptos definitorios. El primer elemento se traduce en la verificación de una causa fáctica y normativa común consistente en un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales (68).

El segundo elemento requiere que la pretensión procesal se concentre en los efectos comunes y no en los que cada persona puede peticionar en forma individual. De ese modo, la configuración de la causa o controversia que habilita la jurisdicción judicial "no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho" (69).

Por último, aparece una exigencia de mayor amplitud interpretativa, en cuanto predica que la acción procederá siempre que "el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia" (70). En este punto, el fallo de la Corte precisa que de todos modos la acción resultará procedente en aquellos supuestos en que prevalecen aspectos que revelan la presencia de un fuerte interés estatal en la protección, como los que se refieren a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados o que se encuentran débilmente protegidos (como los discapacitados, por ejemplo). La pauta para ello se encuentra en los arts. 41, 42 y 43, párr. 2º, CN (71).

5. En el futuro los recaudos serán más rigurosos

La circunstancia de ser ésta la primera oportunidad en que la Corte procede a delinear los caracteres de la acción colectiva (de protección de intereses individuales homogéneos), junto con la ausencia de reglamentación, la llevan a señalar que en el futuro se exigirán recaudos más rigurosos, para lo cual establece obiter dictum dos pautas de gran trascendencia tanto procesal como institucional. La primera se refiere a la adecuada representación de los intereses individuales homogéneos que habrá que exigir para fundamentar la procedencia de esta clase de proceso colectivo. En segundo lugar, el reconocimiento de la potestad de los jueces para que "arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados" (72).

La Corte insiste, más adelante, en la necesidad de resguardar el derecho de la defensa en juicio, "de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar" (73). En tal sentido, el Alto Tribunal considera que para la admisión formal de toda acción colectiva se requiere la verificación de los siguientes recaudos: a) la precisa identificación del grupo o colectivo afectado; b) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación; c) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el grupo colectivo, y d) que se arbitre un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el pleito, de modo que puedan optar por comparecer como parte o contraparte.

6. Los efectos erga omnes de la sentencia

Para fundamentar los efectos erga omnes de la sentencia, la Corte utiliza un argumento lógico y otro jurídico. Ambos tienen sólido sustento, pues mientras es razonable que dicho efecto resulta "inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intenta proteger", también puede colegirse que dicho principio reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional (aunque en forma implícita) y que, por otra parte, se trata de una institución ya reconocida en el ordenamiento vigente (v.gr., art. 54, párr. 2º, de la ley 24.240 y art. 33, in fine, ley 25.675).

VI. CONCLUSIONES

Lo expuesto refleja tan sólo una parte de los problemas que se plantean en el ámbito del proceso administrativo, quizás los de mayor trascendencia para la seguridad jurídica y el equilibrio entre los tres poderes esenciales del Estado federal. Quedan, pues, fuera de este panorama, otras perspectivas del derecho procesal administrativo que revisten interés práctico y doctrinario para la defensa de los derechos de las personas.

En tal sentido, una visión que se proyecta sobre el proceso administrativo tendrá que encarar, necesariamente, la solución de nuevos y antiguos problemas. Entre los primeros se encuentra el relativo al reconocimiento de una jurisdicción administrativa (74) que algunas leyes asignan a los entes reguladores, la instrumentación de acciones colectivas o de clase (75) y de requisitos que aseguren una auténtica representatividad por parte de las asociaciones de usuarios y consumidores, excluyendo toda injerencia política en ellas y la práctica de otorgar medidas cautelares bajo la sola caución juratoria, es decir, sin responsabilidad material alguna para el titular de la pretensión que obtiene una medida sin derecho que más tarde resulta revocada o levantada, por ejemplo, por el efecto de una sentencia adversa.

A su vez, en este grupo de nuevos temas a resolver en el futuro se encuentran los problemas que plantea el acceso a la jurisdicción en los derechos de incidencia colectiva, cuando sólo es parte el Defensor del Pueblo y no existe causa en el sentido constitucional, sino un mero interés de defensa de la legalidad.

Por lo demás, la cuestión del control de la actividad discrecional ha sido ya resuelta en el derecho argentino y la tesis de la exención de su control judicial ya no tiene acogida en el campo del proceso administrativo, siendo posible, cuando menos, ejercer un control del ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración por irrazonabilidad o arbitrariedad (76).

En cuanto a los antiguos problemas, permanecen sin resolverse legislativamente, en el orden nacional, las cuestiones relacionadas con el carácter revisor de la jurisdicción administrativa y la subsistencia de los breves plazos de caducidad para demandar al Estado, en los casos de nulidad absoluta (77), como en las acciones de daños y perjuicios. En tales casos, así como en lo concerniente a la regulación del agotamiento de la instancia administrativa como requisito previo y obligatorio para acudir a la justicia cuando se impugnan actos administrativos, al igual que en materia del reclamo administrativo previo, se impone la interpretación y la consecuente adaptación de las normas vigentes al principio de la tutela judicial efectiva que, como se ha visto, posee superior jerarquía constitucional.

A una conclusión semejante corresponde arribar en punto a la denuncia de ilegitimidad, cuya desestimación en sede administrativa debe ser admitida plenamente en sede judicial, sin cortapisas formales (78).

De otra parte, seguimos pensando que, aun cuando se encuentra abierta la legitimación para ser parte en los procesos administrativos, las categorías del derecho subjetivo y del interés legítimo, en las acciones individuales, seguirán siendo útiles para medir los diferentes grados de responsabilidad estatal, que será de mayor magnitud económica cuando se pretenda el reconocimiento de un derecho subjetivo y el restablecimiento de una situación jurídica individualizada a través de una pretensión de condena pecuniaria que en aquellos supuestos en que la demanda tiene por objeto una pretensión de nulidad. Ello no significa que la violación de un interés legítimo no resulta indemnizable, sino una limitación del alcance de la reparación, ya que los criterios para determinarla no son similares en mérito a la diferencia que hay entre la protección sustantiva reservada al derecho subjetivo y la adjetiva o reaccional, circunscripta al interés legítimo.

Sabemos, por cierto, lo difícil que resulta remar contra las modas doctrinarias de turno, pero, como ocurre siempre, las modas pasan y las categorías quedan, aunque muchas veces a través de formulaciones revestidas de un ropaje distinto o el uso inconsciente que de ellas muchos continúan haciendo, pese a sostener que no existen.

Desde luego que para ello se requerirá el dictado de una legislación que equilibre la protección de los derechos e intereses, con fórmulas justas y razonables que incluyan criterios tasados para determinar la responsabilidad objetiva y directa, que la Corte ha reconocido de cara a la ocurrencia de las llamadas faltas de servicio.

Finalmente, y no menos importante para la realización efectiva de la tutela jurisdiccional de los particulares, queda toda la problemática referente a la ejecución de las sentencias contra el Estado (79), cuya actual

legislación ha implicado un retroceso en relación con la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema a partir del caso "Pietranera", dejando sin solucionar adecuadamente la reparación de la lesión que plantea el hecho de que la Administración muchas veces no cumple con el deber de incluir los créditos emergentes de una condena pecuniaria en el presupuesto correspondiente, situación que los jueces vienen resolviendo a favor de la ejecución inmediata de la sentencia.

Es probable que algunos de los problemas planteados sólo puedan solucionarse definitivamente a la luz de otra reforma constitucional, pero creemos que la mayor parte de ellos pueden encontrar remedio a través de la legislación que dicte el Congreso Nacional, reforzando la justicia básicamente subjetiva como eje del sistema procesal administrativo, sin caer en las tentaciones populistas que propugnan la generalización de las acciones populares pero afirmando, al propio tiempo, el principio de la tutela judicial efectiva con el máximo rigor posible (80).

El establecimiento de los requisitos sustanciales y procedimentales para la procedencia y trámite de las acciones colectivas (ya sea por ley o en forma pretoriana por la jurisprudencia), junto con la institución de tribunales arbitrales como en el Perú (81), para resolver las controversias que se suscitan entre los particulares y el Estado en la faz de ejecución de los contratos, son quizás dos instrumentos eficaces que pueden contribuir a la realización de la justicia (82).

En este sentido, y contrariamente a lo sostenido por un sector de la doctrina (83), reiteramos una vez más nuestra opinión favorable a la sanción de un código o ley de la jurisdicción administrativa que encauce de una manera orgánica y sistemática los mecanismos que tienden a la realización de la efectiva tutela judicial, evitando la judicialización de la política y respetando el principio de la separación de los poderes que constituye la médula del Estado de derecho y de las libertades de los ciudadanos; porque el derecho público, caracterizado por continuas mutaciones, sólo tiene sentido en la medida en que contribuya a asegurar las libertades reales de la gente (84).

(1) Nuestra adhesión al trialismo data de años atrás (véase GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción filosófica al derecho, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973, ps. 36 y 400, 31 y 38). En esta obra (p. 383), el maestro Goldschmidt transcribe unas palabras escritas en nuestro primer libro en el sentido de que "la adhesión a la teoría trialista del mundo jurídico, sobre la base de un jusnaturalismo actualizado, posibilita el hallazgo de justas soluciones con fundamento jurídico-científico, eliminando del derecho natural aquellos enfoques idealistas y racionalistas que hicieron su desprestigio al reconocer que bajo la superficie del fenómeno jurídico anidan elementos de diversa índole como norma, conducta y valor" (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, La ejecutoriedad del acto administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 9).

(2) Véase CALDERÓN MORALES, Hugo H., "Los principios generales del derecho administrativo", en AA.VV., Los principios en el derecho administrativo iberoamericano. Actas del VII Foro de Derecho Administrativo Iberoamericano, Junta de Castilla y León, Netbiblo, La Coruña, 2008, ps. 451-453.

(3) SESÍN, Domingo, "La materia contencioso administrativa en Córdoba", Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo, t. I, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 178.

(4) VANOSSI, Jorge R., "La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder", comunicación efectuada por dicho autor en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y publicada en Separata de LL 2002-35.

(5) En la parte 1ª, cap. II, el art. 19 del proyecto de Alberdi expresa que "el derecho de defensa judicial es inviolable".

(6) Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y afianzar la seguridad jurídica que actúan como instrumentos para contener el poder y lograr una buena administración, establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución Nacional y de las leyes (véase LINARES, Juan F., El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina, Depalma, Buenos Aires, 1944, ps. 203-206; LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional y comparado, t. V, Alfa, Buenos Aires, 1953-1963, p. 355). Para Carrió, cuando aludimos a las "formas de protección de los derechos", "queremos aludir a la acepción restringida de la palabra 'garantía', o sea, la que se refiere a la posibilidad que tiene el titular de un derecho de poner en movimiento el aparato estatal, particularmente el jurisdiccional, a fin de que éste actúe a su servicio y lo tutele" (cfr. CARRIÓ, Genaro R., Recurso de amparo y técnica judicial, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 28).

(7) Ver, por todos, LINARES, Juan F., La responsabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina, 2ª ed., Buenos Aires, 1970, ps. 17 y ss.

(8) BIDART CAMPOS, Germán J., Derecho constitucional, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1969, ps. 473 y ss.

(9) Cfr. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, Recursos directos (aspectos sustanciales y procesales), RAP, Buenos Aires, 2008, p. 54.

(10) Art. 1º, inc. f), LNPA.

- (11) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás R., "Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor", RDA nros. 15/16, ps. 51 y ss.
- (12) CANOSA, Armando N., "Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa", ED 166-988 y ss.
- (13) SCHEFFER TUÑÓN, Javier E., "Los principios generales en el derecho administrativo panameño", en AA.VV., Los principios..., cit., p. 522.
- (14) Un completo desarrollo del principio y consecuencias que derivan de la adopción del sistema judicialista puede verse en la excelente tesis doctoral de BOSCH, Jorge T., ¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?, Zavalfa, Buenos Aires, 1951, ps. 36 y ss. Según este autor la Constitución argentina de 1853 representa, más que una ruptura con los antecedentes españoles, un salto adelante dentro de la línea evolutiva de las instituciones de la Metrópoli (SCHEFFER TUÑÓN, Javier E., "Los principios...", cit., p. 45).
- (15) LINARES, Juan F., "Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal", LL 94-D-919 y ss., especialmente p. 926; GORDILLO Agustín A., Tratado de derecho administrativo, vol. II, Macchi, Buenos Aires, 1980, ps. XIX-21 y ss.
- (16) FIORINI, Bartolomé, ¿Qué es el contencioso?, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 88.
- (17) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Hacia una nueva justicia administrativa, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1992; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, La reforma de la legislación procesal administrativa, Civitas, Madrid, 1992; FERNÁNDEZ, Tomás R., "Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa", en Revista de Derecho Administrativo (1976), p. 728; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de justicia constitucional", Revista de Derecho Público, nros. 16 y 17, ps. 39-64 y 177-201, respectivamente, Madrid, 1982-1983.
- (18) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (ley 29/1998 del 13 de julio), t. I, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 17.
- (19) LORENZETTI, Ricardo L., "Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad", JA 2002-II, ps. 237-238; GIL DOMÍNGUEZ
- (20) FALCÓN, Enrique M., Tratado de derecho procesal civil y comercial, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, ps. 359 y ss. Señala que, en Brasil, el art. 81, LDC, prescribe, para la defensa de los derechos de los consumidores y de las víctimas, tres situaciones jurídicas: a) derechos difusos, cuando se trata de derechos transindividuales, de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho; b) derechos colectivos, también de naturaleza transindividual, de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponda a un grupo, categoría o clase de personas vinculadas por una relación jurídica base; y c) derechos individuales homogéneos, entendiéndose por tales los provenientes de origen común. Al comentar dicha normativa, anota Falcón: "Si observamos las tres categorías, hallamos en la primera la categoría difusa de la indeterminación; en el segundo caso, nos hallamos frente a las acciones de clase o grupo y, en el tercero, encontramos que se halla originado en causas de origen común, que pueden ser mediatas o inmediatas, pero a medida que se alejan en el tiempo (...) se hacen más remotas, menos homogéneos serán los derechos, limitándose a la acción de responsabilidad civil por los daños efectivamente causados".
- (21) DALLA VIA, Alberto R., "Comentario al art. 43 de la Constitución Nacional", en DALLA VIA, Alberto R. (dir.) - GARCÍA LEMA, Alberto M. (colab.), Nuevos derechos y garantías, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 283-284; una opinión restrictiva sobre el concepto de la legitimación del afectado sostiene BARRA, Rodolfo C., "La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Derecho procesal administrativo. Obra en homenaje a Jesús González Pérez, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 543/635.
- (22) Ver GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., "Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional", Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2006, ps. 5 y ss.
- (23) Norma que debe reputarse inconstitucional en cuanto impone un sacrificio especial sin indemnización, lo cual conculca el principio contenido en el art. 17, CN.
- (24) SOLA, Juan V., "Los derechos de incidencia colectiva", Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2007, ps. 5 y ss.
- (25) FALCÓN, Enrique M., Tratado..., cit., ps. 345/347 y 358, advierte acerca de la necesidad de "encontrar equilibrio y de ejercer mesura en el tratamiento de casos en los que la parte, representante de la clase, se atribuye por sí misma esa calidad al margen de los procedimientos clásicos de apoderamiento para actuar en juicio".
- (26) CASSAGNE, Juan Carlos, "La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo", ED 120-979.
- (27) MAIRAL, Héctor A., "La legitimación en el proceso contencioso administrativo", Control de la

Administración Pública, RAP, Buenos Aires, 2003, ps. 111 y ss., quien reproduce una frase bastante gráfica que expuso un tribunal norteamericano: "...cada expediente que está en un juzgado es análogo a una cama ocupada en el hospital: hay un número de camas que se pueden ocupar y no más, y hay un número de expedientes que se pueden manejar y no más" (MAIRAL, Héctor A., "La legitimación...", cit., p. 112).

(28) Art. 116, CN.

(29) Fallos 302:1666.

(30) En sentido contrario: MAIRAL, Héctor A., "La legitimación...", cit., p. 116.

(31) Dec. 1172/2003, Anexo VII, art. 6°.

(32) La tesis de los derechos reaccionales, elaborada en España por García de Enterría y Fernández, representó, en su momento, el embate más serio que se planteó frente a la noción clásica al postular, en definitiva, la unidad de la concepción del derecho subjetivo, superando las antiguas fragmentaciones (derecho subjetivo, interés legítimo, interés personal y directo, derechos debilitados, etc.); véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., Curso de derecho administrativo, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2006, ps. 44 y ss.

(33) Cfr. BARRA, Rodolfo C., Principios de derecho administrativo, Ábaco, Buenos Aires, 1980, ps. 273 y ss. Aun cuando no compartimos los fundamentos de la crítica del autor a la concepción bipartita, no puede dejar de reconocerse que ella responde también a la realización de lo "justo objetivo", en cuanto, lejos de restringirlo, amplía el campo de la legitimación procesal. En nuestro concepto, la legitimación provendrá tanto del quebrantamiento por la Administración de las reglas de la justicia distributiva como de la justicia conmutativa.

(34) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Derecho procesal administrativo, t. II, Civitas, Madrid, 1966, ps. 267 y ss.

(35) Para una reseña bastante completa de las diversas teorías véase URRUTIGOITY, Javier, "El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa", en AA.VV., Estudios de derecho público, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 219 y ss. Este autor, al igual que Barra entre otros, es partidario de unificar ambas categorías en una sola.

(36) Véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Las partes en el proceso administrativo", Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, publicación de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1997, ps. 24/25; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Problemas del derecho público al comienzo del siglo, Civitas, Madrid, 2001, ps. 65 y ss.

(37) Como se prescribe en el Código Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (art. 13, CPCA Bs. As.).

(38) MARTINI, Juan Pablo, "El alcance de los conceptos de 'interés', derechos de incidencia colectiva y legitimación", RDA, nro. 61, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 731.

(39) Cfr. JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia", LL 2003-B-1333/1355, y Suplemento La Ley de la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, nro. 26, julio de 2003; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "Legitimación en el proceso contencioso administrativo", en las Jornadas sobre Derecho Procesal Administrativo, Universidad Católica Argentina, 1999, RAP, Ciencias de la Administración, nro. 267, Buenos Aires, 2000, ps. 9/22; "Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Derecho..., cit., ps. 461/511; "La legitimación y el control judicial. El alcance del control judicial del ejercicio de las funciones administrativas públicas", en Documentación Administrativa, nros. 269/270, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, ps. 7/27.

(40) Véase GARCÍA PULLÉS, Fernando R., Tratado de lo contencioso administrativo, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 556/557, y jurisprudencia allí citada.

(41) "Zaratiegui, Horacio y otros v. Estado nacional s/nulidad de acto legislativo", Fallos 311:2580 (1988), consid. 3°; "Lorenzo, Constantino v. Nación Argentina", Fallos 307:2384 (1985), consid. 4°, recopilados por Estela B. Sacristán en el art. cit. en nota. 47.

(42) Supuestos reconocidos en el art. 43, CN.

(43) Véase C. Nac. Fed., sala 3ª, 8/9/1994, "Schoeder J. v. EN", LL 1994-E-449.

(44) C. Nac. Fed., sala 5ª, 20/10/1995, in re "Consumidores Libres Coop. Ltda. v. Estado nacional", con nuestra nota: CASSAGNE, Juan Carlos, "De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo", LL 1995-E-469/471.

(45) El art. 43, CN, establece que podrán interponer acción de amparo, 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, "las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

(46) El art. 86, CN, dice que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal, al tiempo que el art. 43, CN, establece que dicho organismo podrá interponer acción de amparo 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...".

(47) Así, conf. la ley 24.946, art. 25, inc. 1º, corresponde al Ministerio Público "velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación", por lo que podría actuar invocando la defensa de dichos derechos.

(48) En este sentido, y en punto a la legitimación, véase el trabajo de ROCHA PEREYRA, Gerónimo, "La interpretación judicial sobre la legitimación del Defensor del Pueblo", EDA 2004-404/425, esp. ps. 418/420.

(49) Ley 25.675, art. 30 in fine.

(50) Véase BARRA, Rodolfo C., "La Corte Suprema y la separación de poderes", LL 1993-E-796/805, esp. 800; "La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Derecho..., cit., ps. 543/635. En las mismas aguas se ubica la doctrina norteamericana emanada de un actual juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos: SCALIA, Antonin, "The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers", en Suffolk Law Review, vol. 17, 1983, ps. 881 y ss.

(51) En el caso "Schroder, Juan v. Estado nacional (Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano) s/amparo", LL 1994-E-449, se ha interpretado que la legitimación que reconoce el art. 43 se configura cuando se lesiona el denominado "ámbito o círculo vital" de las personas, el que "viene determinado por una relación de proximidad física, esto es, por una vinculación derivada de la localización especial y no de la pertenencia a una jurisdicción política". GAMBIER, Beltrán - LAGO, Daniel, "El medio ambiente y su reciente recepción constitucional", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Estudios sobre la reforma constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 1/19.

(52) Véanse notas 53 y 54, supra.

(53) Como señala TAWIL, Guido S., Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 81.

(54) Lo cual si bien resulta contrario al sistema representativo puro de nuestra forma de gobierno, nada menos que en el art. 1º de la Constitución, no se puede desconocer que la reforma constitucional de 1994 introduce muchas instituciones y principios que se fundan en la democracia participativa y no representativa.

(55) MORELLO, Augusto M. - SBDAR, Claudia B., Acción popular y procesos colectivos, Lajouane, Buenos Aires, 2007, ps. 129 y ss.

(56) Ver MORELLO, Augusto M., "Legitimaciones plenas y semiplenas en el renovado proceso civil. Su importancia", en AA.VV., La legitimación, obra en homenaje al profesor Lino Enrique Palacio, coordinada por el autor, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 67.

(57) BERIZONCE, Roberto O., "La legitimación, los códigos uniformes y la enseñanza del derecho procesal", en AA.VV., La legitimación..., cit., ps. 522/523.

(58) Categorías que sostuvimos en El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid, 2009, cap. III, pto. 5º.

(59) Consid. 9º.

(60) Consid. 10.

(61) Fallos 239:459 y 241:291, respectivamente.

(62) En este consid. 10 la Corte utiliza el concepto de daño en sentido amplio, comprensivo de toda lesión a un derecho constitucional, aun cuando no sea de contenido patrimonial.

(63) Véase SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime O., "Principios del derecho urbanístico colombiano", AA.VV., Los principios..., cit., p. 208, sostiene que estos derechos que en Colombia se denominan difusos o colectivos "se proyectan en forma unitaria a toda la colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas".

(64) Consid. 11.

(65) Consid. 12.

(66) Consid. 12, párr. 4º.

(67) Véase BIANCHI, Alberto B., Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala, Ábaco, Buenos Aires, 2001, ps. 43 y ss., especialmente las conclusiones que expone en ps. 105/109.

(68) Consid. 13, párr. 2º.

(69) Consid. 13, párr. 3º.

(70) Consid. 13, párr. 4º.

(71) Consid. 13 in fine.

(72) Consid. 15.

(73) Consid. 20.

(74) Cabe recordar que Bosch sostuvo que en la realidad de nuestro sistema procesal administrativo se sustituyó un judicialismo rígido por un judicialismo atenuado (BOSCH, Jorge T., ¿Tribunales judiciales...?, cit., p. 104). Al respecto, pueden verse dos valiosos trabajos: COVIELLO, Pedro J. J., "¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento", y BIANCHI, Alberto B., "El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Derecho..., cit., t. I, ps. 183 y 241, respectivamente.

(75) GARCÍA PULLÉS, Fernando R., Acumulación de procesos o procesos de clase, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 79 y ss.

(76) FERNÁNDEZ, Tomás R., De la arbitrariedad de la Administración, Civitas, Madrid, 1994, especialmente ps. 81 y ss.

(77) Un buen análisis de esta problemática ha efectuado TAWIL, Guido S., Administración..., cit., t. I, ps. 154 y ss., y t. II, ps. 170 y ss.

(78) Cfr. SÁNCHEZ, Alberto M., "La denuncia de ilegitimidad y el acceso a la vía judicial", en AA.VV., Estudios de derecho público, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 2000, ps. 131 y ss.

(79) Sobre el tema puede consultarse el lúcido trabajo de ABERASTURY, Pedro, Ejecución de sentencias contra el Estado, con prólogo de uno de los grandes juristas como es Jorge A. Sáenz, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, ps. 25 y ss.

(80) Pablo Perrino y Carlos Tribiño sostienen que, en el orden federal, a diferencia de la provincia de Buenos Aires, tanto la regulación del fuero como las normas sobre la materia contencioso administrativa pertenecen al resorte del legislativo (Cfr. PERRINO, Pablo E. - TRIBIÑO, Carlos R., La justicia contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 5).

(81) DANOS ORDOÑEZ, Jorge, "El régimen de los contratos estatales en el Perú", en AA.VV., Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo, Palestra, Lima, 2007, p. 97.

(82) DANOS ORDOÑEZ, Jorge, "El régimen...", cit., p. 97, apunta que "la experiencia ha demostrado que la resolución de las controversias contractuales a la vía arbitral que realiza la LCAE potencia los elementos privados de los respectivos contratos".

(83) MAIRAL, Héctor A., Control judicial, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, ps. 106/107, quien señala que ello constituiría una europeización de nuestro derecho administrativo. Sin perjuicio de que la influencia de los derechos europeos, particularmente del español en los últimos cincuenta años, constituye una realidad de nuestro derecho procesal administrativo, aun frente a la inexistencia de un código o ley general de la jurisdicción administrativa, el vaticinio formulado hace veinte años por este autor, en el sentido de que ello provocará una disminución de los poderes de los jueces frente a la Administración, lejos de cumplirse, resulta contradicho por la evolución operada en la jurisprudencia. En efecto, hay muchos que piensan que estamos ante la situación definida como gobierno de los jueces, superior al existente en el derecho norteamericano. Sobre el gobierno de los jueces en dicho derecho puede verse el clásico trabajo de JUSTO, Alberto M., en LL 7-1-secc. doctrina que contiene los puntos de vista expuestos por el profesor Jacques Lambert en una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el año 1937.

(84) RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, "Las reformas administrativas en los últimos años", en AA.VV., Derecho administrativo contemporáneo..., cit., ps. 809/810.