

Título: El universo de sujetos legitimados en los procesos colectivos

Autor: González Campaña, Germán

Publicado en: LA LEY 29/06/2022, 1

Cita: TR LALEY AR/DOC/2059/2022

Sumario: I. Planteo.— II. Los legitimados activos.— III. Reflexiones finales.

(*)

I. Planteo

El principio republicano de separación de poderes implica, en términos muy simples, que el Poder Legislativo es el encargado de dictar las normas generales, el Poder Ejecutivo de aplicarlas mediante actos administrativos y el Poder Judicial de dirimir las controversias que se susciten en los casos específicos que le fueren sometidos, sea porque dichas normas resulten inconstitucionales o porque los actos de la administración vayan en contra de las leyes o de la Constitución. No obstante la claridad de esos postulados, los poderes son propensos a excederse de sus ámbitos de actuación e invadir los ajenos: el Ejecutivo tiene una tendencia natural a legislar mediante decretos, el Legislativo a administrar y a juzgar en comisiones especiales, y el Poder Judicial a dictar normas de alcance general, por medio de fallos, resoluciones y acordadas, sea en un caso o fuera de él. De esto último, exclusivamente, habré de ocuparme en este artículo.

Para que exista un caso o causa judicial se requiere una demanda formulada por una persona agraviada por un acto de otro particular o de la administración o afectada por lo dispuesto en una ley, por lo que la acreditación del gravamen sufrido constituye la piedra angular de la actuación del Poder Judicial. En otras palabras, para que la acción de la Justicia sea válida, debe ocurrir dentro de un caso, y este solo se origina ante un reclamo de una parte interesada, siendo que su interés está dado por el daño que le provoca el acto u omisión de que se trate. El perjuicio que el accionante debe demostrar es lo que surte la legitimación procesal; y debe ser directo, concreto y actual, pues la Justicia no está para hacer declaraciones generales ni para responder consultas hipotéticas o abstractas.

¿Qué tiene que ver todo esto con los procesos colectivos? En Argentina, a partir de la década de 1990, se ha ido ampliando el universo de sujetos legitimados en los juicios donde se discuten derechos de incidencia colectiva, tales como el ambiente, la salud, los derechos de los usuarios y consumidores, los derechos humanos en general y hasta la defensa de la democracia y las instituciones republicanas, al punto de prescindirse del requisito de gravamen directo, bastando que las asociaciones constituidas para la defensa de esos derechos prevean en los estatutos por ellas redactados tales fines genéricos. Ello, que puede parecer en principio como algo bueno y positivo, e incluso saludable para la democracia, ha dado lugar a algunos excesos, que más adelante expondré. Y a la vez, ha ahondado una patología ostensible en este tiempo, como es la judicialización de todos los asuntos públicos, pues, al no requerirse la demostración del daño, cualquier ciudadano u asociación, como guardián de la ley, puede cuestionar ante la Justicia una ley, decreto u ordenanza, por más que no le genere ningún perjuicio individual y concreto, con lo cual el Poder Judicial ha perdido ese dique de contención que significa la obligación de actuar dentro de un caso. O, dicho de otra forma, el concepto de causa o caso ha quedado tan dilatado, que no requiere la demostración de un daño específico para originarse. Todo asunto puede ser llevado ante los tribunales, a los que, además de inundar con expedientes que tardan años o décadas en resolverse, se les transfiere la decisión sobre delicados temas sociales, económicos o políticos, siempre opinables y discutibles, sin que los jueces sean responsables ante el electorado por sus resultados.

Se trata de un fenómeno relativamente reciente, que se ha consolidado desde 1990 a la fecha, a la par que ganaban presencia los llamados intereses difusos o derechos de incidencia colectiva, primero en la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario de 1993, que se plasmaron en la Constitución al año siguiente (nótese lo abrupto del cambio). En esa reforma se incorporó un capítulo a la parte primera de la Constitución ("Nuevos derechos y garantías"), que incluyó el derecho al ambiente sano (art. 41) y a la protección de los usuarios y consumidores, previéndose la necesaria participación de las asociaciones que los protegen en los organismos de control (art. 42). Asimismo, se reconoció, expresamente, la garantía de amparo "en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización" (art. 43, segundo párrafo).

Lo que no se sabía entonces era que ese reconocimiento constitucional del amparo, no ya solo en su faz individual, como lo había hecho antes la jurisprudencia y luego la ley, sino en su dimensión colectiva, sería la puerta de entrada para que operase una transformación en el funcionamiento del Poder Judicial: es la propia Constitución la que legitima a las asociaciones a accionar en defensa de los derechos de incidencia colectiva en

general (concepto vago e indeterminado), con lo cual basta con que aquellas cumplan ciertos requisitos burocráticos y que presenten sus estatutos para la homologación en la repartición correspondiente, para que puedan accionar contra el Estado o empresas particulares por lo que fuere.

Esta generosa legitimación colectiva ha llevado, en las últimas décadas, a que se tramiten procesos en los que no se requiere acreditación de daño alguno, más bien todo lo contrario: cuando alguna asociación profesional ha llevado reclamos eminentemente patrimoniales, los han echado de mala manera diciendo que corresponde sean hechos por los afectados individualmente; lo mismo pasó cuando el Defensor del Pueblo —cuyo cargo se encuentra vacante hace más de una década— pretendió que todos los reclamos atinentes al "corralito bancario" fueran resueltos en un único proceso colectivo, en lugar de hacerlo en las más de 300 mil acciones de amparo que abarrotaban los tribunales, como de hecho sucedía; idéntica suerte corrió ese funcionario cuando quiso extender erga omnes la justa sentencia de la Corte en el caso Badaro al resto de los jubilados en idéntica situación, lo que hubiera llevado al desfallo del sistema previsional. Así, la Corte ha ido perfilando el proceso colectivo como un litigio en el cual se debaten desinteresada y altruistamente derechos de incidencia general, no asuntos pecuniarios, cuyo reclamo corresponde a cada interesado, salvo que el monto en juego sea tan insignificante que no justifique la realización de demandas aisladas, con lo cual el proceso colectivo aparece como un medio para facilitar el acceso a la justicia. Y todo ello ha llevado a una situación paradójica: el "afectado" ha pasado a ser, prácticamente, un convidado de piedra, ya que nadie es dueño del ambiente ni único comprador de un producto, ni usuario exclusivo del sistema financiero, y, por lo tanto, mal puede representar al resto, que ni siquiera conoce. Dichos fines son puestos en cabeza de las asociaciones, que las hay buenas y malas, pero siempre tienen su propia agenda, responden a sus intereses, los que pueden ser genuinos o no.

Este reconocimiento amplio de la legitimación de las asociaciones, y a la larga del simple ciudadano o mero elector, no tiene base constitucional. Es cierto que el art. 43 de la Constitución otorga legitimación procesal al afectado, defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a la defensa del ambiente, del usuario y del consumidor y de los derechos de incidencia en general, pero la supedita a la ley "que determinará los requisitos y formas de su organización", es decir, no a cualquiera, sino a la que cumpla los recaudos legales. En modo alguno se pensó en 1994 en modificar los pilares sobre los que se asienta el sistema judicial argentino: la limitación de la actuación del Poder Judicial a la existencia de un caso, asunto o causa contencioso (arts. 116 y 117 de la Constitución, la ley 48, en todo su ajeo articulado, y en especial el art. 2º de la ley 27, vigente desde 1862, que establece que la Justicia "solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte") (1). Criterio, por otro lado, repetido hasta el cansancio por la Corte durante más de un siglo (2) y mantenido recientemente al señalar que "la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la necesidad de que los tribunales de justicia comprueben la existencia de un 'caso', pues no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición" (3). El tema pasa, entonces, por la definición del "caso", cuya ambigüedad y laxitud permite interpretaciones variopintas.

Llevada esta discusión teórica al terreno de los hechos, significa que si cualquiera asociación, legislador opositor o ciudadano de a pie puede plantear un caso judicial, pese a no estar afectado directamente por la norma o acto que impugnen, la decisión que los jueces hayan de tomar ya no estará referida a la situación particular de fulano o mengano, sino que equivaldrá a una declaración general, emitida urbi et orbi. Se dirá que tal o cual ley es inconstitucional y habrá perdido todo valor legal; se pondrá al lado un asterisco que diga "ley declarada inaplicable por la Corte Suprema" y con ello bastará para que haya dejado de existir en el firmamento jurídico. Eso, perfectamente factible en otros sistemas legales con un modelo concentrado de control de constitucionalidad, resulta contrario a la Constitución que rige en este país. La Corte Suprema ha reafirmado desde una sentencia tan antigua como la publicada en el tomo 2 de la colección "Fallos", que "no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos" (4). Y lo mismo señaló en una resolución registrada en el tomo 1 de esa misma colección, donde negó que estuviese en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los poderes Legislativo y Ejecutivo (5). Es decir, doctrina arraigada durante más de 150 años, en las que ha pasado de todo, pero siempre se sostuvo lo mismo.

Pero, como bien dice el refrán popular, las cosas son como son, hasta que dejan de serlo. Prueba de ello es la opinión emitida por la Corte Suprema ante la consulta realizada por la presidente del Senado de la Nación, en el momento más crítico y acuciante de la pandemia del COVID-19. La pregunta estaba bien formulada, porque básicamente lo que la titular del Senado le decía a la Corte era que, atento a que el Poder Ejecutivo no puede dictar decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria porque está prohibido por la Constitución, era vital saber si el Congreso podía sesionar remotamente sin afectarse la seguridad jurídica (es decir, respecto de leyes

que "se aprobarían" en el futuro, así, en modo potencial o condicional). La Corte, en lugar de limitarse a rechazar la demanda por no encontrarse frente a un caso o causa judicial, dejando al pasar algunos párrafos, a manera de obiter dicta, con guiños al Poder Legislativo, evacuó la consulta lisa y llanamente; y así lo dejó plasmado en la parte dispositiva (6). Cabe suponer que se trató de una respuesta excepcional en el marco de una gravísima e inédita emergencia sanitaria; y que la próxima vez que un poder constituido le formule una pregunta hipotética la Corte volverá a su tradicional receta, que tan buenos frutos le rindió durante un siglo y medio.

Dicho ello, me he de centrar ahora en los sujetos habilitados para plantear demandas colectivas, tratando de exhibir las incongruencias de la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema en las últimas dos décadas, y en demostrar por qué es conveniente volver a los principios que rigieron pacíficamente durante siglos; claro que modernizando los instrumentos para hacerlos acordes con estos tiempos.

II. Los legitimados activos

La Constitución nacional, al receptar la acción de amparo en el art. 43, expresamente faculta a su interposición al afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones "que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización". En teoría, no debería haber mayores inconvenientes con que estos tres sujetos constitucionalmente habilitados a accionar lo hagan, en tanto demuestren un interés concreto para ello. Sin embargo, la realidad siempre sobrepasa las previsiones normativas; y así, rara vez una acción colectiva es iniciada por una persona afectada por un acto o una ley o reglamento y, cuando ello sucede, suele ser un abogado particular o un legislador de la oposición al gobierno de turno que plantea la invalidez general de una norma, en su condición de simple ciudadano o de diputado, y en defensa de la mera legalidad. Y qué decir del defensor del pueblo, que las veces que se presentó en tribunales —cuando todavía había uno— le cerraron la puerta airadamente, con excusas de todo tipo. Y las asociaciones son un universo en sí mismo, las hay serias y respetadas, conocidas por su fuerte compromiso con la defensa de los derechos humanos, los derechos civiles o la protección de los consumidores, usuarios y del medioambiente, en tanto que otras aparecen creadas de la noche a la mañana para accionar contra determinada ley o política pública, no siendo más que una cáscara vacía detrás de la cual subyacen intereses alternos.

II.1. El defensor del pueblo

El defensor del pueblo ha sido, desde sus inicios, una figura extraña a la tradición jurídica argentina y su asimilación ha sido por demás dificultosa. En el año 1992 se sancionó la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, que facultaba a los consumidores, usuarios y a las asociaciones que los agrupan a entablar acciones judiciales. A los pocos meses, con el frenesí de las privatizaciones, se creó la figura del defensor del pueblo, en el ámbito del Poder Legislativo, para controlar el funcionamiento de la administración pública, al que se le otorgó amplias facultades para intervenir en asuntos que "afecten intereses difusos o colectivos." Al año siguiente se incorporó todo ello a la Constitución nacional, pese a que aún no se contaba con experiencia suficiente, al punto de que ni siquiera había asumido el primer defensor del pueblo. De allí que, cuando se le dio jerarquía constitucional a este novedoso instituto parlamentario, lo único que se sabía de él era lo bien que funcionaba en Escandinavia, lo cual no debe llamarnos la atención, pues allá todo anda bien. El problema es Argentina, donde las cosas rara vez funcionan bien o no funcionan a secas. Prueba de ello es que tan solo se designó a un único reemplazante de aquel funcionario original, que, al renunciar para asumir como diputado, dejó vacante su cargo, y esto ya hace más de una década, sin que a los sucesivos gobiernos les interese demasiado nombrar a la persona que ha de molestarlos pidiendo límites al ajuste de las tarifas o quejarse por el atraso de las jubilaciones.

Este injerto del derecho continental europeo en la estructura constitucional argentina, tomada del modelo norteamericano, ha exigido denodados esfuerzos interpretativos en torno de la legitimación de este funcionario que representa y defiende a esa entequeia llamada pueblo. Ello, pues, si como dice la ley reglamentaria, el ombudsman puede iniciar o proseguir de oficio o a instancia de parte "cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos" (art. 14 de la ley 24.284), básicamente no quedaría rincón del mundo donde no pueda meter sus narices. Más aún con la redacción del art. 86 de la Constitución, que le encomienda la delicada misión de la "defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas". Es decir, de todo. Un superfuncionario, capaz de controlar el recto funcionamiento de la administración pública y el desempeño puntual de sus agentes, que tiene además la elevada misión de velar por la vigencia de la Constitución y los derechos humanos, en lo que es una superposición con la tarea del Ministerio Público, pero en el caso de aquel, dentro de la órbita del Poder

Legislativo y con una designación acotada a cinco años.

Naturalmente, más allá de lo que diga la Constitución, no se iba a permitir que el nórdico funcionario pudiera quejarse ante la justicia, en nombre de todos, por la mala prestación de los servicios públicos, lo caro de las tarifas o la falta de actualización de los haberes jubilatorios, pues hacerlo significaría entronizar a aquel en la cima del poder público, desde donde todo lo controlaría como una suerte de capataz de estancia. De allí que tan pronto se presentó en tribunales, comenzó su penosa odisea.

Y así fue como, ni bien el primer defensor del pueblo pidió ser parte en un pleito, la Corte por unanimidad lo echó; y de la peor manera. El caso "Frías Molina", de 1996, es peculiar por muchas cosas: se trató de la primera vez que llegaba una petición del novel funcionario a la Corte, lo que sin duda exigía un análisis concienzudo de sus atribuciones, tanto a la luz de la ley que lo instituyó, como de los artículos de la Constitución que refieren a él, además de las fuentes de derecho extranjero donde se inspiró el constituyente. Sin embargo, nada de eso hizo el alto tribunal, al que le bastó poco más de una carilla, escrita de corrido en escuetos párrafos, para advertirle que no vuelva a presentarse en tribunales, pues su función se limitaba a la de controlar el funcionamiento de la administración y no la de hacer presentaciones judiciales. Tan poca entidad le dio al tema, que la sentencia ni siquiera figura publicada en la colección oficial "Fallos", donde se recopilan miles de resoluciones y acordadas, muchas de ellas de menor trascendencia que lo resuelto en este caso.

Los ocho magistrados señalaron al unísono que "el Defensor del Pueblo no está legalmente autorizado en su competencia para investigar la actividad concreta del Poder Judicial, con lo que menos aún estaría legalmente autorizado para promover acciones o formular peticiones ante el órgano jurisdiccional respecto a actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito de dicho poder". Para decidir con tanta liviandad, los jueces citaron el art. 16 de la ley 24.284, que exceptúa de la actuación del defensor del pueblo los ámbitos del Poder Judicial y del Poder Legislativo. Claro que era una ley anterior a la reforma y que por lo tanto podía perfectamente haber devenido inconstitucional a tenor del art. 86, que expresamente le reconoció "legitimación procesal", frase inequívoca que la Corte pasó por alto en su módico fallo. En cambio, sí mencionaron el art. 43 de la Constitución, que faculta al defensor a entablar la acción de amparo en defensa de intereses difusos o colectivos, diciendo con razón que un reclamo jubilatorio no se encasillaba en dicha etérea y amorfa categoría. La legitimación, en tal caso, la tendrían cada uno de los jubilados por su cuenta, sin necesidad que nadie los defienda (7). Ahora bien, si la Constitución reformada en 1994 le reconoce expresamente "legitimación procesal" al defensor del pueblo e incluso lo faculta a presentar acciones de amparo en defensa de intereses colectivos, carece de sentido decir, como hizo la Corte, que el funcionario está impedido de hacer presentaciones ante órganos jurisdiccionales de cualquier tipo y tenor. ¿Para qué sería, entonces, la legitimación procesal? ¿Para hacer gestiones administrativas?

Las cosas no cambiaron con la renovación de la integración de la Corte en el 2003. A fines de 2001 el Defensor del Pueblo de la Nación entabló un amparo colectivo, con el objeto que se declarara la inconstitucionalidad de diversos decretos del Poder Ejecutivo que instauraron el Corralito y su posterior ampliación (el "Corralón"), así como de las resoluciones del Ministerio de Economía que dispusieron la reprogramación de la devolución de los depósitos, pretendiendo que a través de un solo proceso se canalizaran todas las demandas y que, una vez resuelta la cuestión de derecho (la inconstitucionalidad de las normas), se estableciera un sistema para que cada ahorrista acreditara su tenencia y recuperara los dólares que le pertenecían. Algo sumamente lógico.

Tanto el juez de primera instancia como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hicieron lugar a la acción de amparo, declararon la inconstitucionalidad de los decs. 1570/2001 y 214/2002 y de las resoluciones ministeriales, y dispusieron que cada afectado debía concurrir ante los tribunales que correspondan —según su jurisdicción—, a fin de justificar su reclamo patrimonial (8). Es decir, una auténtica acción de clase, con la certificación de sus miembros y la posterior etapa de acreditación y cuantificación del daño concreto sufrido. En términos de economía procesal hubiera significado un gran ahorro de energía, tiempo y dinero para el Estado, pues los tribunales no estaban siquiera preparados ediliciamente para abastecer semejante demanda de atención al público, con colas de abogados y damnificados que colmaban los pasillos y daban vueltas a la manzana.

El Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra, dictaminó en julio de 2003 en contra de la acción de amparo, en el entendimiento que correspondía ser realizada por cada ahorrista individualmente" (9). Sin embargo, la Corte tenía una idea distinta para enfrentar el problema del corralito, que consistía en ir resolviendo caso por caso, dejando así también que el tiempo actuara con su efecto sanador. Todo lo contrario a lo que quería el Defensor del Pueblo, quien pretendía resolver todo de golpe, quedando pendiente únicamente el reclamo individual de cada afectado para la restitución de sus ahorros en su respectiva jurisdicción. Por eso, no es de extrañar que la Corte se tomara cuatro años para decir exactamente lo mismo que el Procurador. Claro

que, cuando dictó la sentencia —en julio de 2007—, no solo su integración era otra, sino que el problema de la pesificación ya había sido encaminado con los casos Bustos (2004) y Massa (2006) [\(10\)](#).

La Corte dijo que el proceso colectivo —en su versión criolla— no es un mecanismo para hacer demandas patrimoniales, sino para litigar por los derechos de incidencia colectiva como los de los consumidores y usuarios (que si bien tienen contenido económico, son iniciadas por asociaciones en defensa y representación de aquellos), el ambiente y la no-discriminación en general. En ese sentido, el tribunal reiteró que "la ampliación del universo de los sujetos legitimados para accionar tras la reforma constitucional de 1994 —entre los que se encuentra el Defensor del Pueblo de la Nación— no se ha dado para la defensa de todo derecho, sino como medio para proteger derechos de incidencia colectiva". Agregando que "queda exceptuada de la legitimación del Defensor del Pueblo... la protección de los derechos que son de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados". Y que la pretensión de declaración de inconstitucionalidad de los decretos de emergencia constituía "un reclamo que tiene por finalidad la defensa del derecho que cada depositante tiene sobre sus depósitos y no de un derecho de incidencia colectiva en los términos del art. 43 de la Ley Fundamental" [\(11\)](#).

Queda claro así que, para la Corte, el proceso colectivo se vislumbra como un mecanismo de tutela para derechos "supraindividuales, indivisibles y no fraccionables en cuotas de cada uno de sus titulares". El énfasis en el carácter plurindividual del daño y en la indivisibilidad del derecho —un derecho que es de muchos o de todos, pero de nadie a la vez— deja afuera las demandas patrimoniales (salvo las de escaso significado económico), que son la razón de ser de las acciones de clase en los Estados Unidos, modelo que la Corte dijo seguir en el caso "Halabi", y con el que poco y nada tiene que ver el perfil del proceso judicial criollo [\(12\)](#).

II.2. Las asociaciones civiles

Las asociaciones civiles han sido las primeras en litigar en defensa de los intereses difusos, especialmente en tutela de los derechos de los consumidores y usuarios de servicios públicos, con el boom del consumo y la privatización de las empresas estatales que se dio en la década del '90. En ese contexto, la Ley de Defensa del Consumidor de 1993 reconoció legitimación al comprador del producto o usuario del servicio, a las asociaciones que agrupan a los mismos, junto con la novel figura del defensor del pueblo (que aún no existía).

El problema que se planteó desde un principio continúa al día de hoy: si una asociación se presenta a reclamar contra una cuestión general vinculada al consumo, como puede ser la "ley del etiquetado frontal", la publicidad engañosa o el redondeo de las tarifas (en épocas que las cosas todavía se pagaban con monedas); no cabe duda de que estaba autorizada a ello. En cambio, si lo que pretende es puramente económico, entonces el reclamo lo debería formular el consumidor o usuario individualmente (el afectado). Después de tres décadas, la jurisprudencia sigue girando en torno del mismo tema. Muestra de ello son dos fallos opuestos dictados por la Corte Suprema en el lapso de un año respecto de las cláusulas de los contratos de adhesión, un típico asunto del derecho de consumo.

En "PADEC c/ Swiss Medica" (2013) la Corte consideró que una asociación se encontraba legitimada para cuestionar las cláusulas contenidas en los contratos de adhesión que la empresa de medicina prepaga hacía firmar a sus afiliados y que la autorizaban a disponer unilateralmente aumentos en las cuotas mensuales que aquellos abonaban. El máximo tribunal afirmó que se encontraba frente a un derecho de incidencia colectiva que involucraba derechos individuales homogéneos, siguiendo la tortuosa clasificación establecida en Halabi. La Corte afirmó que "de no reconocérsele legitimación procesal, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, ya que no aparece justificado que cada uno de los afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable" [\(13\)](#). Razonamiento sumamente correcto, pues al permitir la acumulación de miles de reclamos en un litigio colectivo, sin duda se facilita el acceso a la justicia de muchos consumidores y usuarios que no demandarían por sí mismos, atento a que el monto en juego seguramente no compensa los gastos del proceso (aunque se garantice su gratuidad), que comienzan con la contratación de un abogado que se ocupe del tema.

Meses más tarde, ante un caso prácticamente idéntico, la Corte sostuvo exactamente lo contrario en una sentencia suscripta por los mismos jueces que, pese a su trascendencia, no se encuentra publicada en la colección oficial de "Fallos". En Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros (2014), el tribunal rechazó la legitimación de la accionante, que pretendía que se declararan nulas ciertas cláusulas de adhesión de los contratos de seguros que la demandada hacía firmar a los asegurados. En decir, a simple vista, un caso casi igual al anterior, a tal punto que la Procuradora directamente remitió a lo resuelto en él [\(14\)](#). Sin embargo, para la Corte había algo distinto: los demandantes no eran sectores desprotegidos ni se advertía un fuerte interés social en la acción, todos requisitos que no surgen de la

Constitución ni de la ley y que fueron agregados por la jurisprudencia. En palabras del tribunal: "no corresponde reconocer legitimación a la asociación actora para iniciar la acción colectiva, pues no se advierte que la promoción de acciones individuales respecto de la cuestión planteada resulte inviable o de muy difícil concreción ni que la naturaleza del derecho involucrado en el sub examine revista una trascendencia social que exceda el interés de las partes a quienes se refieren las cláusulas o que estas afecten a un grupo tradicionalmente postergado o débilmente protegido" [\(15\)](#).

Así en "PADEC" la asociación defensora de consumidores y usuarios tenía legitimación procesal, porque la escasa significancia económica hacía inviable que cada asegurado realizara su propio reclamo respecto de las cláusulas de los contratos de adhesión, en tanto que en "Consumidores Financieros" entendió que el derecho involucrado (abusos de las compañías aseguradoras en las cláusulas de los contratos de adhesión) no tenía "trascendencia social que exceda el interés de las partes", porque no se trataba de "grupos postergados o débilmente protegidos". Es decir que, a criterio de la Corte, no es tanto la materia la que surte legitimación colectiva sino la persona: si se trata de sectores vulnerables, la asociación que los representa tendrá un rol tuitivo respecto de ellos; en tanto que si fueran personas comunes y corrientes, podrán defenderse perfectamente por ellas mismas, sin necesidad de que nadie los asista. En el caso de "Consumidores Financieros" la Corte advirtió que las demandas involucraban importantes sumas en juego, sobre todo en atención a los múltiples reclamos por el estilo que enfrentaban las aseguradoras, por lo que constituía una litigación colectiva, sino una corriente y tradicional.

Poco tiempo después, en "CEPIS" (2016), la Corte revocó las resoluciones administrativas que habían dispuesto los incrementos tarifarios, pero acotó sus efectos a los usuarios residenciales, dejando afuera los comerciales e industriales, ya que tan solo respecto de los primeros "involucra un supuesto en el que se encuentra comprometido el acceso a la justicia, en tanto solo en relación a dicho colectivo cabe presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional" [\(16\)](#). Es decir, nuevamente se advierte el argumento del acceso a la justicia y la protección de los sectores desventajados de la sociedad como fundamento del proceso colectivo.

En fin, el proceso colectivo, en su construcción pretoriana de la Corte, aparece como un mecanismo para defender a los sectores vulnerables, no para realizar reclamos patrimoniales (salvo los de escasa significación individual), los que deben ser hechos aisladamente por cada afectado, como se hizo históricamente. Básicamente, lo contrario a lo que sucede en los Estados Unidos, Europa y los países del Commonwealth, donde las acciones de clase sirven como un formidable vehículo para agrupar a miles, cientos de miles o incluso millones de personas afectadas por el mismo hecho dañoso, causado por la industria tabacalera, farmacéutica, aeronáutica, automotriz, etc., en procura de llegar a un cuantioso acuerdo económico (de cientos de millones o miles de millones de dólares) y que, una vez aprobado por la vasta mayoría y homologado judicialmente, vinculará a todos ellos, hayan participado o no del juicio (salvo que hubiesen expresamente optado por retirarse).

II.3. Las asociaciones de derechos humanos

Las asociaciones que tienen por fin la protección de los derechos humanos se encuentran legitimadas para defender los intereses de la sociedad o de un sector de ella, actuando también en el campo del derecho penal. En primer lugar, porque la propia Constitución autoriza a "cualquier persona" a interponer un hábeas corpus cuando la libertad de una persona se encuentre ilegítimamente restringida o amenazada, como también respecto del "agravamiento de las condiciones de detención." Seguramente el constituyente del '94 pensó en situaciones de torturas, vejámenes u otro tipo de maltratos, que están prohibidos por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, a la que se le dio jerarquía constitucional ese año. Ahora bien, el concepto es tan amplio que ha dado lugar a planteos respecto de las condiciones generales de detención, en temas tan variados como el hacinamiento, la separación de procesados de condenados, las visitas sexuales, las requisas personales, el acceso a la educación superior, etc., lo cual no está nada mal, pues ciertamente son temas que afectan, y de qué manera, a la comunidad carcelaria. El problema es el instrumento escogido para solucionarlos; el cual es claramente inadecuado.

Si el amparo colectivo nació con el derecho de rectificación o réplica, el hábeas corpus colectivo dio a luz con dos sentencias de la Corte dictadas en acciones entabladas por el Centro de Estudio Legales y Sociales (CELS). La primera de ellas (Mignone, de 2002), bajo la figura del amparo, que logró que se reconozca el derecho al sufragio a los detenidos con prisión preventiva sin condena firme, y que la Corte recondujo ex officio a la forma del hábeas corpus colectivo y correctivo, pues lo que se buscaba era hacer cesar una forma de agravamiento de las condiciones de detención, como era la privación de los derechos políticos [\(17\)](#).

En la segunda de ellas (Verbisky, de 2005) se trataba de un hábeas corpus en favor de todos los detenidos en comisarias de la Provincia de Buenos Aires, iniciado por el CELS en el 2002 ante el Tribunal de Casación.

En la presentación se señalaba que había más de 6000 presos en las comisarías y alcaldías, cuando no había más que 3000 camas, por lo que aquellos debían dormir en el piso, con baños compartidos, encerrados en celdas poco ventiladas, con riesgo de asfixia por incendio, de contagio de enfermedades y de violencia física y sexual entre los internos.

Los hechos constatados y no controvertidos eran de una gravedad inusitada, y requerían que la Corte nacional interviniera en un asunto exclusivamente local, cosa que hizo al amparo de la eventual responsabilidad internacional que le podía caber al Estado Nacional. La Corte afirmó que disponer que cada uno de los reclamos tramitara ante el respectivo juez de ejecución, en lugar de hacerlo a través de una acción colectiva, desconocía la razón de ser de esta última, máxime cuando todas las partes estaban de acuerdo en la deplorable situación de los calabazos bonaerenses. Por ello, luego de convocar a audiencias públicas, de recabar opiniones de amici curiae, ordenó numerosas medidas y dio precisas instrucciones a la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, fijando plazos de 60 días para que informe sobre las medidas dispuestas y los resultados obtenidos (18).

El fallo de la Corte es célebre por tratarse de la primera "sentencia exhortativa", en la acertada caracterización de Sagüés, que constituye un tipo de resoluciones en las que el tribunal no se limita a decir que tal o cual norma es inválida en el caso concreto, sino que realiza apreciaciones generales y exhorta al Poder Legislativo (en este caso provincial) a modificar ciertas leyes para hacerlas compatibles con los criterios sentados en el fallo, y al Ejecutivo a solucionar el problema en cuestión (19).

Al principio los logros fueron prometedores, el ministro de seguridad, entonces a cargo, prohibió el alojamiento de detenidos en comisarías y dispuso su traslado a centros penitenciarios, cosa que progresivamente se fue haciendo. Pero luego vinieron sucesivos gobiernos que hicieron gala de la cantidad de delincuentes que encerraban, como muestra del éxito de la política contra el delito, con lo que el número de presos en alcaldías, lejos de reducirse, aumentó un 500% en una década (20).

Ante la falta de resultados, el hábeas corpus de Verbitsky volvió a la Corte, que en el 2021 —dos décadas después de entablada esta acción supuestamente "rápida y expedita"—, falló nuevamente a favor del CELS, ordenando que se tomaran medidas urgentes para mejorar la situación carcelaria (21). Tras veinte años de tramitación del hábeas corpus la situación de los presos bonaerenses no solo no ha mejorado, sino que ha empeorado según todos los indicadores, lo que genera serias dudas de la utilidad de las llamadas sentencias exhortativas, así como del hábeas corpus colectivo y correctivo. Me explico: el hábeas corpus es un instituto con siglos de antigüedad, usado para dar con el paradero de una persona detenida ilegalmente, obtener su liberación o para dejar en evidencia su desaparición (por algo proviene del latín: "que tengas tu cuerpo") (22). De allí que la Constitución al receptarlo expresamente en el art. 43, establezca que "el juez resolverá inmediatamente"; y lo mismo hacen las leyes que lo reglamentan, que fijan plazos perentorios de 12 o 24 horas para su sustanciación y resolución (23). Pretender atender un problema estructural como el hacinamiento carcelario o demás condiciones generales de detención con una herramienta prevista para resolver cuestiones puntuales y urgentes lleva a tener expedientes abiertos in eternum sin resultados a la vista, a la vez que daña la autoridad de los fallos de la Corte Suprema.

Una segunda faceta, desconocida hasta hace poco, constituye la facultad reconocida a las asociaciones y fundaciones de derechos humanos a constituirse en parte querellante en procesos en que se investiguen crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos, incorporada como art. 82 bis al Código Procesal Penal bajo el título "intereses colectivos" por la ley 26.550, de 2009. Se buscó con esa reforma que las asociaciones puedan presentarse en los juicios que se llevan a cabo contra los exmilitares a partir de la declaración de nulidad de las leyes de amnistía e indultos y la reapertura de los juicios de lesa humanidad ocurridos desde el caso Simón (2005) (24).

Se incorporó expresamente tal autorización legal, pues en materia penal solo la persona "particularmente ofendida por un delito" puede constituirse en querellante particular (art. 82, Cód. Proc. Penal), en la inteligencia de que la víctima que ha sufrido un daño tiene un interés directo y concreto en participar en el proceso, de manera coadyuvante con el fiscal. El resto de la ciudadanía se encuentra representada por este último, que ejerce de forma cuasimonopólica la vindicta pública "en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad", y que tiene por misión fundamental "velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes" (art. 1º Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal).

La admisión de asociaciones como querellantes en los procesos penales, en principio en causas que se investiguen "crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos" (tal la letra de la ley), se extendió rápidamente, por analogía, a las organizaciones de protección del ambiente y a las que defienden algo tan amplio como los principios republicanos, los valores democráticos o la lucha contra la corrupción. Ello ha

llevado a multiplicar las partes de los procesos penales, todas las cuales pueden recusar, plantear excepciones, ofrecer prueba y apelar, lo que no hace sino ralentizar la tramitación de los expedientes, que de por sí insume décadas, con la consiguiente frustración de la confianza en la justicia. Fuera del caso de los juicios por crímenes de lesa humanidad, que han sido llevados con cierta velocidad (actualmente hay más de mil condenados por tales delitos), el resto del proceso penal luce como un aparato pesado y costoso, que rara vez termina con sentencias condenatorias firmes y cumplidas efectivamente.

II.4. Los legisladores de la oposición o disidentes

La Corte siempre ha negado legitimación procesal a los legisladores para cuestionar en la Justicia una ley aprobada en el Congreso, por más arbitraria, equivocada o inconstitucional que sea, o irregular su procedimiento de sanción. Es que, si un diputado pudiera presentarse en tribunales a impugnar una norma que votó en contra o que se abstuvo de hacerlo, y consiguiera una medida cautelar que suspendiera sus efectos en todo el país, el sistema democrático en su conjunto se desmoronaría por completo. Bastaría así que un solo diputado o senador, de los más de trescientos que componen el Parlamento, volviera a su provincia natal, donde ejerce natural influencia, y lograra que un juez dispusiera una medida de no innovar, bajo una simple caución juratoria, para neutralizar una decisión perdida en la arena política, como una suerte de poder de veto. La Justicia no debería entrar en ese juego, sino solo intervenir para frenar los abusos de poder y reparar los daños efectivamente sufridos por los afectados.

Un ejemplo paradigmático en ese sentido fue el conocido caso "Dromi", donde la Corte admitió un insólito pedido de avocación (no regulado entonces) presentado por el entonces Ministro de Obras Públicas en un expediente iniciado por un legislador que cuestionaba la privatización de la empresa estatal Aerolíneas Argentinas. El escrito tuvo acogida inmediata por el tribunal, que en cuestión de horas dictó sentencia con la firma de seis de sus ministros, suspendiendo los efectos de la decisión ante la marcada gravedad institucional del tema, pese a que no se había deducido recurso extraordinario ni de queja que habilitase su intervención (25). Esa fue, a mi entender, una decisión muy cuestionable, pues nada impedía seguir los trámites regulares. La otra sentencia, dictada dos meses más tarde, me parece inobjetable: la revocación de la resolución del juez de primera instancia, por notoria ausencia de legitimación procesal del accionante. La Corte señaló que "la invocada 'representación del pueblo' con base en la calidad de diputado nacional no concede legitimación para reclamar la intervención de los jueces. Esto es así, pues el ejercicio de la mencionada representación encuentra su quicio en el ámbito del Poder Legislativo, para cuya integración en una de sus cámaras fue electo, y en el terreno de las atribuciones dadas a ese Poder y a sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso" (26).

El mismo principio aplicó la Corte, con esa integración, en el caso Polino (1994), en el cual confirmó el rechazo de la acción de amparo iniciada por dos legisladores socialistas, en sus condiciones de ciudadanos y de diputados nacionales, contra la ley que declaró la necesidad de reforma constitucional, por haberse transgredido el procedimiento previsto en la Constitución nacional para ello. El tribunal, por amplia mayoría, repitió el criterio que la condición de ciudadano "es de una generalidad tal que no permite, en el caso, tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar la presente como una 'causa', 'caso' o 'controversia', único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida" (27).

Dicha doctrina fue aplicada nuevamente por la Corte, décadas más tarde, con motivo de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Apenas fue sancionada la ley 26.522, un diputado nacional disidente, Enrique Thomas, acudió a su provincia natal y obtuvo que un juez federal le otorgase una inédita medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos de la Ley de Medios en todo el país, alegando que se habían visto cercenadas sus facultades en la deliberación previa a la sesión en que se aprobó la norma. El juez reconoció legitimación al voluntarioso legislador y suspendió urbi et orbi la ley, un despropósito que, sin embargo, fue ratificado por la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, bajo el argumento de que existiría un derecho de incidencia colectiva de todos los ciudadanos a ser regidos por leyes dictadas de conformidad con las disposiciones constitucionales. Ese razonamiento implicaba la eliminación lisa y llana del requisito de gravamen concreto y directo, base de la existencia de un caso judicial a lo largo de los siglos de (sana) interpretación constitucional.

Lo decidido por el tribunal me parece irreprochable: primero, que la medida cautelar con efectos erga omnes constituía un exceso jurisdiccional que afectaba el principio de la división de poderes; y segundo, que "un legislador no tendría legitimación activa cuando lo que trae a consideración de un tribunal de justicia es la reedición de un debate que ha perdido en el seno del Poder Legislativo por el juego de las mayorías y minorías respectivas y, por el contrario, dicha legitimación podría eventualmente resultar admisible cuando se trata de la afectación de un interés concreto y directo a su respecto" (28).

El problema de la legitimación procesal de los legisladores se planteó nuevamente a raíz de reclamos iniciados por diversos diputados de la oposición contra los aumentos a las tarifas de electricidad dispuestos por el presidente Macri. El caso llegó a la Corte luego de que la Cámara Federal de La Plata dictara una medida cautelar que suspendía los incrementos tarifarios por tres meses, con efectos limitados para el territorio bonaerense. En Abarca la Corte puso las cosas en su lugar, con el voto unánime de sus cinco miembros, al revocar la sentencia por la falta de legitimación de los diputados provinciales. Señaló que la acreditación del perjuicio sufrido continuaba siendo esencial para la demostración del interés en la causa, aclarando que "la sentencia dictada por la Corte en el precedente "Halabi" no ha mutado la esencia del control de constitucionalidad que la Ley Suprema encomienda al Poder Judicial de la Nación para convertirlo en un recurso abstracto orientado a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República" (29).

No obstante coincidir con el criterio del fallo, la Corte pasó por alto que tanto los legisladores como los demás presentantes acreditaron la calidad de usuarios de los servicios eléctricos, es decir, de afectados por el aumento tarifario tachado de ilegal. Es decir, no solo alegaron un derecho difuso, sino también un derecho subjetivo. Y aquí es donde queda claro que, en nuestro país, el proceso colectivo es entendido como medio para proteger derechos de incidencia general y no para la tutela de derechos individuales. Con ese criterio, un consumidor o usuario aislado no podría plantear una demanda colectiva, sino que quedaría reservada —paradójicamente— para las asociaciones que los agrupan y el defensor del pueblo (de haberlo).

Recientemente, en un durísimo fallo, la Corte Suprema anuló todo lo actuado por un juez federal de Paraná que había dispuesto una medida cautelar solicitada por el amparista, en su doble condición de ciudadano y diputado provincial, y logrado dejar sin efecto lo resuelto por el máximo Tribunal del país, que privó de valor legal la ley de reforma del Consejo de la Magistratura y puso en vigor una norma derogada por el Congreso, algo por cierto inédito. Lo resuelto por el magistrado de primera instancia constituía un serio alzamiento contra el máximo tribunal, por fuera de un caso judicial y sin justificación de su competencia. La Corte hizo lugar al pedido de avocación per saltum y en cuestión de horas deshizo todo lo actuado y dispuso sin más el archivo del expediente, además de denunciar al juez por mal desempeño. Además, agregó con durísimo tono que "este Tribunal no puede dejar de advertir que el magistrado actuante —con una notoria ignorancia del derecho vigente y de los precedentes de este Tribunal— ha dado trámite a una acción promovida por quien manifiestamente carece de legitimación activa tanto en su carácter de ciudadano... como en el de diputado nacional... y, en consecuencia, se ha pronunciado fuera de un caso contencioso que pueda autorizar la intervención del Poder Judicial" (30).

De todos estos casos se ve, como común denominador, la presentación de acciones de amparo con solicitudes de medidas cautelares por parte de legisladores, rápidamente adoptadas por magistrados nacionales o del interior del país, por los cuales suspendieron los efectos de leyes a los que aquellos se oponían y respecto de las cuales trataron sin éxito impedir su sanción en el recinto. Ello sucedió con la ley que dispuso la privatización de Aerolíneas Argentinas a comienzo de los '90 (pedido de avocación del ministro Dromi en los autos Fontenla); y la convocatoria a una reforma constitucional (Polino); y lo mismo sucedió más tarde con la medida cautelar contra la Ley de Medios (Thomas); la suspensión de los aumentos tarifarios dispuestos durante el gobierno de Macri (Acosta), y el summum del summum, con la insólita medida dispuesta por un juez federal que ordenaba al Congreso a abstenerse de enviar sus representantes al Consejo de la Magistratura en cumplimiento de un fallo la Corte Suprema (Casaretto). En todos estos casos, más allá de lo que cada cual opine, se ve un claro intento de judicializar asuntos polémicos, extendiendo a los tribunales la pelea perdida en la arena política.

II.5. El ciudadano (o abogado particular)

La Corte siempre mantuvo el requisito de interés directo para considerar la existencia de una causa judicial y descartar así los planteos formulados por ciudadanos en condición de tales o de simples electores, que perseguían la declaración general de invalidez de las normas, mecanismo completamente ajeno al sistema de control judicial de constitucionalidad argentino. Sin embargo, ese muro ha comenzado a ceder últimamente, con una interpretación que puede parecer más democrática a primera vista (cualquier ciudadano puede cuestionar cualquier acto público en tribunales), pero que en los hechos resulta anti-republicana (todas las decisiones políticas se transfieren a la justicia y en última instancia a una mayoría circunstancial de la Corte Suprema, hoy conformada con tres votos).

El caso más célebre es Baeza, de 1984, con motivo de la consulta popular no vinculante respecto del canal del Beagle, un diferendo territorial con Chile, que poco tiempo antes había llevado al borde de la guerra a los dos países vecinos. Tan pronto se publicó en el Boletín Oficial el decreto que convocaba al referéndum, un abogado, el Dr. Aníbal Roque Baeza, presentó una acción de amparo tendiente a que se "[haga] saber al

Ministerio del Interior que deberá abstenerse de ejecutar o dictar actos tendientes a la realización de la consulta promovida". Sostenía que, habiendo sido designado presidente de mesa en las elecciones de octubre de 1983 —en las que triunfó Alfonsín—, era factible que en la próxima consulta se viese obligado a desempeñar la misma u otra función. Pretendía así el letrado saltar el obstáculo patente de que la consulta era de participación voluntaria y que, por lo tanto, mal podía agravarse de tener que intervenir en algo a lo que no estaba obligado. A lo que se oponía, claramente, era a la celebración del plebiscito en sí y a la posibilidad de que por su resultado final se diera lugar a una cesión de soberanía territorial, como de hecho sucedió. La Corte señaló que el agravio alegado era meramente conjetural e hipotético, agregando que el accionante "no ha solicitado la tutela específica del supuesto derecho que invoca, pero, de todos modos, aunque la hubiese petitionado, no mediaría un interés suficientemente concreto que lo legitimara para reclamarla." Finalmente, la consulta popular se realizó, con un abrumador apoyo al "sí", firmándose el Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Argentina en el Vaticano, bajo la mediación papal, cuatro días más tarde. Lo que tampoco obstó para que otros letrados se presentaran en tribunales planteando la nulidad del acuerdo, corriendo la misma suerte que Baeza (31).

Ese criterio siguió en el caso Gascón Cotti (1990), cuando confirmó una sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires que había denegado legitimación al abogado accionante, en su condición de simple elector, para cuestionar la convocatoria a un plebiscito para reformar la Constitución provincial. El alto tribunal reiteró las "causas de carácter contencioso" a las que alude el art. 2º de la ley 27, son "aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas", que no se da "cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes" (32).

La misma postura adoptó en Monner Sans (2014), frente a una demanda de amparo presentada por el abogado, quien había alegado su condición de ciudadano y de usuario del sistema judicial para alegar un interés en el pleito, en el que perseguía la declaración de invalidez de la ley que reformó la composición del Consejo de la Magistratura de la Nación, dando preponderancia a los sectores políticos sobre los académicos y profesionales. La Corte, por unanimidad, negó legitimación al actor, quien no había demostrado "la existencia de un interés especial, directo o inmediato, concreto o sustancial, criterio que resulta extensible a la alegada condición de abogado y de usuario del sistema de justicia" (33). En cambio, sí reconoció legitimación al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que había adherido a la demanda, por cuanto es el órgano público al que la ley le asigna la responsabilidad de llevar adelante la elección de los representantes de los abogados capitalinos que conforman uno de los estamentos del Consejo de la Magistratura de la Nación. Razonamiento absolutamente correcto, que deslinda bien lo que constituye la afectación de un interés directo que surte legitimación procesal, de la mera declamación de un derecho colectivo como "usuario del sistema judicial".

Otro caso, esta vez con ribetes asombrosos, se dio con un intento de un abogado de obtener la liberación de Milagro Sala, militante de la Provincia de Jujuy, detenida en el marco de varias causas judiciales tras el cambio de gobierno producido a fines de 2015 en esa provincia. El abogado Emiliano Villar promovió un recurso por salto de instancia contra la "omisión de tratamiento" de un planteo suyo supuestamente efectuado ante la justicia federal de Jujuy con el objeto de obtener el cese de la prisión preventiva dispuesta sobre la dirigente social. La Corte rechazó in limine el per saltum interpuesto por el letrado, quien se había presentado alegando la condición de "operador jurídico de la Constitución", lo que el tribunal consideró insuficiente para constituir al peticionario en calidad de parte legitimada, "pues dada su notable generalidad, se confunde con la simple condición de ciudadano", que no faculta a intervenir en un pleito, máxime en una causa penal. La Corte no se quedó ahí, sino que claramente ofuscada con la actitud del presentante, lo reprendió por haber planteado un recurso que no se dirigía contra una resolución judicial, sino contra la falta de su dictado, "desconociendo elementales reglas procesales que regulan —desde hace un siglo— la competencia extraordinaria del Tribunal". Agregando que la presentación "meramente testimonial (sic) parece orientada a incorporarla a la agenda de esta Corte Suprema para satisfacer una finalidad meramente personal del peticionario". Tras ese duro señalamiento, puso en conocimiento la situación ante el Colegio Público de Abogados (34). Desconozco la suerte de la denuncia; de haber litigado en los Estados Unidos, la Corte Suprema lo hubiera eliminado de la lista de abogados autorizados para actuar ante ella (lo que es conocido como disbarment, que se aplica asiduamente para depurar la matrícula).

También fue técnicamente correcta en "Acosta" (2017), cuando revocó la sentencia que había hecho lugar a la impugnación presentada por un elector contra la candidatura del expresidente Carlos Menem, quien pretendía renovar su banca de senador, pese a estar condenado por el tráfico de armas a Croacia y Ecuador. Unas semanas antes de las elecciones primarias del año 2017, la Cámara Nacional Electoral había admitido la tachadura formulada por un apoderado de un partido de izquierda, por la falta de idoneidad moral de Menem. La Corte, por unanimidad, anuló la sentencia bajo un argumento que me parece irreprochable: la Cámara había omitido analizar "si a luz de la ley 26.571 en esta etapa del cronograma electoral la actora estaba legitimada para impugnar una precandidatura de otra agrupación política", examen que debía hacerse de oficio, pues es un

presupuesto necesario para que exista un caso judicial (35).

Sabido es que toda regla tiene excepciones, y la jurisprudencia de la Corte no es inmune a dicho principio. Aunque, en rigor, más que excepciones son contradicciones o incoherencias disimuladas bajo el ropaje de las características propias de los casos, que de excepcionales no tienen nada, aunque sí de curiosas o llamativas.

El primero de ellos, es el fallo *Ekmekdjian c. Sofovich* (1992), donde la Corte no dejó norma ni principio jurídico alguno por pasar por alto en su afán de defender los valores cristianos ultrajados en un popular programa de entretenimiento conducido por el demandado, Gerardo Sofovich. Ante el escándalo público que se generó por los polémicos dichos de un invitado en el show "La noche del sábado", el abogado Miguel Ángel Ekmekdjian, profesor de derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires, demandó al conductor y al canal para que los condenara a leer en vivo la extensa carta documento que le mandara en ejercicio del derecho de réplica, consagrado en el Pacto de Costa Rica y hasta entonces nunca aplicado.

La Corte admitió la acción, por una ajustada mayoría de cinco a cuatro, dejando de lado claros principios jurídicos anclados en reiterados precedentes, incluso uno del propio tribunal dictado cuatro años antes en una demanda idéntica presentada por el mismo abogado por los dichos de otro invitado en una emisión televisiva que tampoco habían sido de su agrado (36). La Corte hizo malabares para desdecirse de lo afirmado poco tiempo antes, con grandes discursos de teoría política y de derecho comparado, que poco y nada tenían que ver con el caso, y justificar así la legitimación de un simple televidente para refutar los comentarios que no le gustaban de un programa político, de entretenimiento o de la farándula, en los cuales no había sido aludido personalmente.

Si bien en el considerando 25 del extenso fallo la mayoría le dedicó dos módicos párrafos al tema de la legitimación (eje de la sentencia recurrida). Y lo hizo de la forma más llamativa, reconociendo un "derecho subjetivo de carácter especial y excepcional" al profesor Ekmekdjian, y para evitar que el resto de los televidentes ofendidos reclamara también su minuto de aire, instituyó una suerte de representación promiscua del primero en quejarse, que actuaría como una especie de gestor de negocios ajenos. Dijo que "a diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal" (37). Así, el Tribunal creó una suerte de "acción colectiva", adjudicando la representación del "grupo de afectados" al primero en quejarse, debiendo los demás conformarse con lo que este hubiese dicho, para bien o para mal. Algo absurdo, y para colmo de males, de escasos efectos prácticos (la sentencia fue dictada cuatro años más tarde de la emisión televisiva, cuando se transmitía por otro canal, y ya no tenía el mismo rating).

Una década más tarde llegó al máximo Tribunal otra demanda atípica. En el año 2003, el presidente Néstor Kirchner postuló a Raúl Zaffaroni como juez de la Corte Suprema, y después de superada la etapa de impugnaciones de su candidatura, y que el Senado le otorgara el acuerdo, la designación fue objetada por el abogado Miguel Padilla, también profesor de derecho constitucional de la Universidad de Buenos Aires, desde el lugar menos pensado: la doble nacionalidad argentino-italiana del recién asumido ministro.

Tanto en primera como en segunda instancia la acción fue rechazada por motivos de fondo. Apelada la sentencia, el Procurador General sostuvo que el actor carecía de legitimación, pues, de acuerdo al propio texto del Código Electoral Nacional "...El impugnante podrá tomar conocimiento de las actuaciones posteriores y será notificado en todos los casos de la resolución definitiva, pero no tendrá participación en la sustanciación de la información que se tramitará con vista al agente fiscal" (art. 28, in fine). La defensa del orden jurídico corresponde al Ministerio Público Fiscal, que "...tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad..." (art. 120 CN) (38).

Llegado el caso a la Corte, intervinieron conjueces de las cámaras federales por excusación de los jueces titulares, quienes confirmaron la sentencia apelada por idénticos fundamentos —el concepto de nacionalidad y el alcance del tratado de doble ciudadanía con Italia—, haciendo caso omiso al óbice procesal señalado por el Procurador (39). Es decir, que se permitió que un ciudadano (un abogado) objetara ante la justicia la designación de un juez de la Corte Suprema, cuando este había superado la etapa de objeciones en la audiencia pública de postulación que se llevó a cabo a esos fines y obtenido el acuerdo del Senado. Un verdadero dislate.

No incluyo aquí el más famoso de los procesos colectivos, el iniciado por el abogado Ernesto Halabi con el objeto que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873, que en sus escuetos tres artículos imponía la obligación de las prestatarias de servicios de comunicaciones de captar y conservar durante diez años los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y el registro del tráfico de sus llamadas para su consulta por el Poder Judicial o el Ministerio Público; y del dec. 1563/2004, que encomendaba como órgano de ejecución de las intercepciones a la Dirección de Observaciones Judiciales, de la Secretaría de Inteligencia del Poder Ejecutivo. Ello, pues el amparista no invocaba un derecho de incidencia colectiva sino una violación de sus derechos a la

privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario del servicio telefónico, a la par de una afectación al privilegio de confidencialidad que, como abogado, gozaban las comunicaciones con sus clientes (arts. 6º y 7º de la ley 23.187). Es decir, derechos subjetivos, comunes por cierto a todas las personas que se encontraban en la misma situación. La Corte hizo un extenso desarrollo de las acciones de clase, lo que resultaba innecesario e inconducente para resolver el planteo. A tal punto, que apenas se ocupó del meollo de la cuestión en los últimos dos considerandos del fallo, donde señaló que la asignación de la captura de las comunicaciones a la ex-SIDE no había surgido con el suspendido decreto del 2004, sino de una ley de 1992, que al privatizar la empresa de telefonía estatal (ENTel) transfirió dicha función al Poder Ejecutivo (40).

Todos estos casos —salvo el de Halabi, por lo que acabo de señalar— tienen en común presentaciones de abogados que pretendieron trasladar a la justicia decisiones políticas no compartidas por ellos, tales como la realización de un referéndum no vinculante por un conflicto limítrofe internacional (Baeza); la convocatoria a elecciones de convencionales constituyentes (Gascón Cotti); la reforma de la integración del Consejo de la Magistratura (Monner Sans); la admisión de la candidatura a senador de un expresidente condenado por graves delitos (Acosta); la designación de un juez de la Corte Suprema que no comulgaba con las ideas del denunciante (Padilla); el pedido para liberar a una dirigente social detenida en el marco de una causa judicial (Villar por Milagro Sala); así como también los dichos en un programa de entretenimiento que ofendieron las "profundas creencias religiosas" de un ocasional televidente (Ekmekdjian). Los motivos que llevaron a los letrados a realizar estas peticiones pueden ser muchos, desde genuinos deseos de mejorar las instituciones republicanas, hasta intereses políticos o de acaparar la atención pública. Cualquiera sea la verdadera razón, lo cierto es que los abogados, por más que tengan granjeado el acceso a los tribunales por la profesión que practican, no tienen mayor legitimación que cualquier persona y, por lo tanto, deben también acreditar la afectación concreta y directa de un derecho individual o colectivo para reclamar tutela judicial.

II.6. Los colegios públicos y privados de abogados

Más compleja es la cuestión respecto de los colegios de abogados, a los que se les ha reconocido derechos que se niegan a las restantes asociaciones profesionales, a las cuales la Corte invariablemente les ha negado a la posibilidad de reclamar por intereses propios de sus miembros (41). Posiblemente, la nota que distingue las demandas de las asociaciones de abogados de las que nuclean a otros profesionales es que aquellas han perseguido fines de interés público —principalmente salvaguardar la independencia judicial— en tanto que las restantes agrupaciones han accionado por temas mayormente patrimoniales y que, por lo tanto, fueron reputados exclusivos de cada uno de sus asociados. Ello puede ser así, pero no explica por qué la Corte rechazó, por las mismas razones, el planteo de inconstitucionalidad de una resolución de la AFIP que la autorizaba a trabar embargos sin intervención judicial, pese a que no era un asunto meramente económico, sino que involucraba también un problema institucional, como era la adopción de medidas por la administración que corresponden al Poder Judicial (42).

Esta apertura hacia la legitimación colectiva amplia de los colegios de abogados se dio en dos fallos de la Corte, uno referido a un colegio público, al que la ley provincial le asigna una importante función pública, y otro, de hace pocos meses, respecto del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, una reconocida asociación civil sin fines de lucro, que no cuenta con ningún tipo de estatus legislativo.

En el año 2006 el gobernador de Tucumán logró sancionar una reforma constitucional que acrecentaba las de por sí desmesuradas atribuciones del Poder Ejecutivo, que ya dominaba la Legislatura, y buscaba controlar al Poder Judicial mediante la cooptación del órgano encargado de la selección y remoción de sus miembros. El problema era grave desde el punto de vista institucional, pues se había colocado al órgano asesor del consejo de la magistratura en el ámbito del Ejecutivo. En ese contexto, el Colegio Público de Abogados de Tucumán planteó la inconstitucionalidad de la reforma constitucional, basando su legitimación en una ley provincial que lo califica de "persona jurídica de derecho público con la categoría de organismo de la administración de justicia", condición bastante para litigar en defensa de sus intereses. Sin embargo, la Corte —al admitir el reclamo— no se ciñó a ponderar esa condición especial que la legislación local le asignó al colegio profesional, sino que fue mucho más allá. De esa manera, apartándose de sus propios precedentes, autorizó la intervención del colegio profesional, considerando que "no se está frente a un problema de legitimación corriente, pues lo que se invoca es la afectación de la fuente misma de toda legitimidad. Por este motivo, la configuración del 'caso' resulta diferente a la delineada por el Tribunal en precedentes que involucraban otro tipo de derechos. En estas situaciones excepcionadísimas, en las que se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, poniendo en jaque los pilares de la arquitectura de la organización del poder diagramada en la Ley Fundamental, la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés 'especial' o 'directo'" (43).

El paso dado por la Corte al permitir que, "en situaciones excepcionadísimas", personas que invocan su mera

condición de ciudadanos puedan accionar judicialmente requería algún tipo de tabique que impidiera una avalancha de demandas de todo tipo y color, partiendo de la premisa que cualquier acción de gobierno siempre tendrá sus seguidores y detractores, máxime en una sociedad tan polarizada. Por ello, el Tribunal intentó aclarar que "esta interpretación no debe equipararse a la admisión de la acción popular que legitima a cualquier persona, aunque no titularice un derecho, ni sea afectada, ni sufra perjuicio. En abierta contradicción a ella, la legitimación en este caso presupone que el derecho o el interés que se alega al iniciar la acción presentan un nexo suficiente con la situación del demandante, y aunque no se requiere que sea suyo exclusivo, resulta evidente que el Colegio —en su carácter de persona jurídica de derecho público con la categoría de organismo de la administración de justicia— será alcanzado por las disposiciones impugnadas a menos que por medio del recurso extraordinario federal se evite el eventual perjuicio denunciado".

Esta última salvedad de la Corte es de vital importancia, por lo menos para poner un coto a la admisión generalizada de demandas de abogados y de las asociaciones que los agrupan en procura de invalidar leyes que no comparten o de decisiones administrativas a las que se opongan, por los motivos que fueren, valederos o no. Caso contrario, todo límite al concepto de caso o causa judicial habrá quedado borrado y cualquier asunto podrá ser judicializado, sin más requisito que tener firma y sello del profesional que lo suscribe. La admisión de la Corte de demandas realizadas con "la simple condición de ciudadano", por más que diga que sucede en "excepcionalísimas circunstancias", es una contradicción abierta con lo resuelto durante décadas, por lo menos desde el precedente "Baeza" (1984), máxime cuando no había necesidad alguna de abrir la puerta de par en par en atención al expreso reconocimiento legislativo de la condición de persona de derecho público "con categoría de organismo de administración de justicia" que ostentaba el Colegio de Abogados provincial, que claramente excedía el rol de simple ciudadano.

Como suele suceder, lo excepcional se estandariza y se termina asumiendo como algo cotidiano, que no llama la atención de nadie. Prueba de ello son los decretos de necesidad y urgencia que, prohibidos tajantemente por la Constitución "salvo en circunstancias excepcionales" (art. 99 inc. 3), son dictados casi a diario para tratar los temas más variados y triviales, como disponer los feriados nacionales, asunto sin la menor necesidad ni urgencia (44). Lo mismo ha pasado con la apertura de la legitimación realizada por la Corte, seguramente con las mejores intenciones, en el caso del Colegio Público de Abogados de Tucumán, que rápidamente fue imitada en numerosas causas iniciadas por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, pese a que aquella es una institución de derecho público con categoría de órgano de administración de justicia, en tanto esta última es una asociación civil sin fines de lucro, que no tiene rango legal. Así, mediante presentaciones en las que invocaron "excepcionalísimas circunstancias", dicha asociación civil logró medidas cautelares que suspendieron la designación y el traslado de fiscales y la realización de concursos para suplir las vacancias (45). De la misma forma obtuvieron una cuestionable sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la garantía de inamovilidad del Procurador General de la Nación, por lo que —a partir de ese antecedente— la cabeza del Ministerio Público se encuentra a tiro de decreto del Poder Ejecutivo, sin necesidad de juicio político ni de demostración de mal desempeño (46).

Lo mismo aconteció con el reciente fallo por el que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley que reformó la integración del Consejo de la Magistratura nacional, acrecentando la participación de los sectores políticos en desmedro de los otros estamentos, que debían ser completados por representantes de los abogados y de las universidades. Más allá de compartir lo resuelto por la sentencia, hay un punto que no fue tratado, que es, precisamente, la legitimación de la actora. El voto de la mayoría nada dice al respecto, como si la cuestión no hubiese sido propuesta por ninguna de las múltiples partes a las que se les corrió traslado de la demanda, lo cual no deja de sorprenderme. Es que el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires no tiene injerencia alguna en la matrícula profesional en el ámbito de esa ciudad, la que es gobernada exclusivamente por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que tiene esa importante función por ley 23.187, que lo erige en la categoría de persona jurídica de derecho público (art. 17). De allí que el representante de los letrados matriculados en el Consejo surge de elecciones que se llevan a cabo en el Colegio Público, sin la menor intervención del otro Colegio, que es una respetable institución privada. En el caso de los letrados del interior, la elección es llevada adelante por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) que, si bien es una asociación civil sin fines de lucro, tiene encomendada esa importante misión. Por todo ello me llama la atención que el tema no haya sido motivo de debate y que solo surja del voto en disidencia del juez Lorenzetti, quien enfatizó que "los colegios de abogados cumplen una función importantísima en la defensa de la Constitución", sin distinguir si son instituciones públicas o asociaciones privadas y si cuentan con alguna atribución legal (47).

Los casos recién citados ponen en evidencia la necesidad de parte de la Corte de mensurar cuidadosamente el alcance de sus sentencias, pues una decisión sana como fue la de poner coto al avasallamiento del gobernador tucumano sobre la justicia local, luego es imitada por un sector que busca judicializar un asunto que no puede

neutralizar en el Congreso o por el propio Poder Ejecutivo, valiéndose de asociaciones afines que hacen planteos, para lo cual, de por sí, se encuentra impedido, los que deberían ser canalizados por los carriles constitucionales correspondientes.

III. Reflexiones finales

Borges se imaginaba el Aleph como una pequeña esfera, de casi intolerable fulgor, que debía medir no más de dos o tres centímetros, en la cual cabía todo el universo, algo inconcebible para el ojo humano. Esa diminuta esfera tornasolada era la puerta de entrada al infinito cosmos, una hendidura por donde pasaban todos los sucesos de la historia personal y universal, tanto de lo que fue como de lo que será. Pues bien, a mí se me figura que ese Aleph en el mundo del derecho, aunque menos poético, lo representan los procesos colectivos elaborados a la manera de Halabi por la Corte Suprema, en los que ceden todas las reglas que gobiernan la acción de la justicia, permitiendo que ella actúe por fuera de un caso judicial, entendido este como un conflicto que se da entre dos o más partes, una de las cuales acusa a la otra u otras de haberle causado un daño y exige su reparación (principio que se aplica tanto en el derecho penal como en el civil, en sentido lato). Y ello es así, porque se permite que una persona física o jurídica que no ha sido afectada directamente por acto o norma alguna acuda en procura de tutela judicial y la obtenga. Es también, por así decirlo, otra hendidura por donde pasan todos los reclamos habidos y por haber (salvo que sean estrictamente económicos). Se podrá decir, como hace la Corte, que, en realidad, no se está fuera de una causa judicial, sino que el concepto de esta se ha extendido a los procesos en los que se litigan derechos de incidencia colectiva o, para usar la terminología en boga, derechos plurindividuales homogéneos. Todo lo cual no es más que un juego de palabras. Lo cierto es que las asociaciones, los abogados y los colegios profesionales que los representan pueden demandar por cuestiones de interés público, pese a no haber sido ellos afectados en modo alguno, trasladando los diferendos a los tribunales, lo que no hace sino politizar su actuación. Así, la política jugará el primer tiempo en el Congreso o el Ejecutivo, y el segundo en la Justicia, que es la que tendrá la última palabra. Parafraseando a Von Clausewitz, si la diplomacia es la continuación de la guerra por otros medios, la justicia será entonces la continuación de la política, también por otros medios. No es de extrañar, entonces, las presiones que sufre ni cómo se disputan los cargos y el control de los órganos de control.

A lo largo de este trabajo, y de otros que le precedieron, he pretendido dejar en evidencia la expansión jurisprudencial que se ha ido dando y que ha delineado los contornos del proceso colectivo como un mecanismo tuitivo de los grupos vulnerables o postergados, destinado a facilitar el acceso a la justicia de los sectores populares desprotegidos, representados y defendidos desinteresadamente por las asociaciones y el defensor del pueblo (de haber uno), en demandas sin un contenido económico. Esa desnaturalización de las acciones de clase ha llevado a reconocer, generosamente, legitimación procesal a las asociaciones y —a veces— al defensor del pueblo en asuntos no-pecuniarios que puedan englobarse dentro del genérico concepto de intereses difusos, e incluso —en "situaciones excepcionadísimas"— al ciudadano común en defensa de las instituciones republicanas fundamentales. Ello ha llevado a admitir la acción popular, como medio de defensa de la legalidad, sin necesidad de acreditar un gravamen directo y concreto, base de la existencia de un caso judicial, todo lo que implica una transferencia enorme de poder hacia los tribunales [\(48\)](#).

De esa manera, se ha ido modificando el proceso civil, y el penal también, con jurisprudencia que se ha ido apartando de las bases que sustentaron el proceso judicial durante siglos. Ello no estaría nada mal, si de dicha evolución se hubieran obtenido resultados positivos, como ser mayor acceso a la justicia, soluciones más justas y equitativas, y un mejoramiento del funcionamiento del aparato judicial, con economía de recursos que permita dictar mayor número de sentencias en menor tiempo y que estas se cumplan acabadamente. Nada de lo cual acontece en la realidad, más bien, todo lo contrario. La ampliación indiscriminada de la legitimación procesal, con prescindencia de la acreditación de un daño concreto individual o común a toda la clase de afectados, ha llevado a abarrotar de expedientes los tribunales, con juicios que duran años o décadas y que casi nunca llegan a ninguna parte. A diferencia de lo que sucede en Norteamérica o en Europa, aquí jamás se oye hablar de sentencias o acuerdos transaccionales de tal o cual industria farmacéutica, tabacalera o automotriz con miles o cientos de miles de usuarios, por las que hubieran desembolsado millones de dólares (o miles de millones de dólares), como es moneda corriente en los países desarrollados. En Argentina la Corte Suprema, a partir de una clasificación indescifrable elaborada en Halabi, ha ido despojando al proceso colectivo de su naturaleza resarcitoria (su razón de ser), para convertirlo en un vehículo en el que se debaten derechos de incidencia colectiva en general, pero sin contenido patrimonial, y siempre con un fin tuitivo de los sectores desfavorecidos de la sociedad. Así, se lo ha llevado al terreno de lo abstracto y etéreo, como un mecanismo para que las asociaciones (o el defensor del pueblo, cuando había uno) planteen la inconstitucionalidad de leyes o reglamentos y se ordene al Poder Ejecutivo o a las empresas prestatarias de servicios públicos a hacer tal o cual cosa, sin que ello modifique sustancialmente la realidad del ciudadano de a pie.

En fin, al vaciar a los procesos colectivos de su contenido económico, ha quedado en pie un instrumento sin una finalidad práctica, realmente útil. Lo que resta es un artefacto que sirve para discutir judicialmente cuestiones de interés general o de políticas públicas, pero ya no planteadas por el afectado o un grupo de afectados, sino por asociaciones que tienen entre sus fines la defensa de esos vagos y altos intereses o por ciudadanos defensores de la legalidad. Me parece que es tiempo de poner las cosas en su quicio. Los criterios elaborados por la Corte en Halabi no están escritos en sánscrito ni provienen de las sagradas escrituras, son tan solo una de las interpretaciones plausibles, de hace poco más de una década, y que pueden ser perfectamente puestos en tela de juicio e incluso dejados de lado por otras ideas superadoras, teniendo en cuenta sus consecuencias prácticas.

(A) Abogado (UNLP) y candidato doctoral (UBA). Master en Leyes (Harvard Law School - Fulbright Scholar). Admitido para la práctica de la profesión en Buenos Aires y Nueva York. Miembro del New York State Bar Association y de la American Bar Association.

(1) Ello lo decía con toda claridad el título preliminar del Código de Comercio, redactado por Vélez Sarsfield y Acevedo en 1857, que rigió el derecho mercantil en nuestro país hasta el año 2015, y que disponía en el apartado III: "Se prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al caso especial de que conocen" Pese a la sabiduría de ese concepto, el mismo no fue mantenido en el actual Código Civil y Comercial, elaborado por la comisión presidida por el juez Ricardo Lorenzetti, pese a contar con un título preliminar mucho más extenso, compuesto de cuatro capítulos y decenas de artículos.

(2) Procurador fiscal de la sección del Uruguay, sobre desalojo de ocupantes de la Colonia Yervá, Fallos: 109:106 (1908).

(3) Afirmación realizada en "Halabi", Fallos 332:111, de 2009, y reiterada luego en "Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior (DNV) y otro s/ proceso de conocimiento", del 15 de octubre de 2020, Fallos: 343:1259.

(4) Fallos: 2:253; 24:248; 94:444; 94:51; 130:157; 243:177; 256: 103; 263:397 y muchos otros.

(5) Fallos: 1:27 y 292; 12:372; 95:51 y 115:163.

(6) El voto de la mayoría, compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, resolvió: "Por ello... se resuelve que el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción incoada" (lo que es una flagrante contradicción). En su voto concordante el juez Rosatti rechazó la demanda por falta de caso, pero dejó asentadas unas recomendaciones o tips como "colaboración entre poderes". En cambio, el juez Rosenkrantz, directamente rechazó la acción por falta de caso, sin contemplación alguna. In re: "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza", del 24 de abril de 2020, Fallos: 343:195. Pueden verse los excelentes artículos de Jorge A. Diegues: "La Corte rechazó la acción. La Presidenta del Senado consiguió la certeza", LA LEY del 28 de mayo de 2020, p. 10; y de Emilio Ibarlucía: "La existencia de un 'caso' judicial y un peligroso precedente", en ese mismo suplemento especial, p. 15.

(7) CS, "Frías Molina, Néida y otros c/ INPS s/ reajuste por movilidad", 12/09/1996, cons. 4º y 5º. Véase: QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "El Defensor del Pueblo ante los estrados de la Justicia", LA LEY, 1995-D, 1058. También, del mismo autor: "Requiem al amparo colectivo", LA LEY, 1998-C, 1337.

(8) El expediente 29.255/01 tramitó ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal nº 9, siendo confirmada la sentencia por la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo el 13 de septiembre de 2002. Ver los detalles en el informe anual del Defensor del Pueblo: <http://www.dpn.gob.ar/documentos/anales/ianual2002.pdf>

(9) Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dto. 1316/02 c/E.N. - P.E.N.- dtos. 1570/01 y 1606/01 s/amparo ley 16.986, D. 2080. XXXVIII y D. 2113. XXXVIII, dictamen del Procuración General de la Nación, 08/07/2003, cons. IV.

(10) CS, "Bustos, Alberto Roque y otros c/Estado Nacional y otros", 26/10/2004, Fallos: 327:4495; "Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional", 27/12/2006, Fallos: 329:5913.

(11) CS, "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo", 26/06/2007, Fallos: 330:2800. Conformaron la mayoría los jueces Highton de Nolasco, Argibay, Maqueda y Fayt (aunque con votos separados). El Dr. Petracchi, como ya dije se excusó de intervenir en temas del Corralito, en tanto que los jueces Lorenzetti y Zaffaroni se abstuvieron de votar.

(12) CS, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", 24/02/2009, Fallos: 332:111, la Corte sostuvo ante el supuesto retraso del Poder Legislativo de regular las acciones de clase (que no es tal), correspondía adoptar "una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano". He criticado esta afirmación en mi artículo "Las acciones de clase en Estados Unidos y los procesos colectivos en Argentina: Dos modelos antagónicos", en ROSALES CUELLO, Ramiro (dir.),

Constitución y proceso. Parte II, J.A. 2018-I, fasc. 6, págs. 38/55.

(13) CS, "PADEC c/Swiss Medical s/ nulidad de cláusulas contractuales", 21/08/2013, Fallos: 336:1236, suscripta por los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda, Fayt, y por Petracchi y Argibay, según sus propios fundamentos.

(14) Consumidores Financieros Asociación Civil p/su Defensa c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales. S.A. s/ordinario, dictamen del 23/12/2013, que remite a la opinión emitida en los autos: Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Citibank NA s/ ordinario, C. 434, L. XLVII.

(15) CS, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/su Defensa c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales. S.A. s/ordinario", C. 161. XLIX. REX, 27/11/2014, suscripta por los doctores Highton, Maqueda, Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, es decir, los mismos que un año antes firmaran el fallo PADEC. No obstante ello, en otros fallos posteriores admitió la legitimación de esta asociación civil para reclamar por cuestiones de seguros: "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.", Fallos: 337:762, y Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A. s/ ordinario, 26/12/2017, Fallos: 340:1969.

(16) CS, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad c/Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo", 18/08/2016, Fallos: 339:1077, firmado por los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda y Rosatti.

(17) CS, "Mignone, Emilio Fermín s/ Acción de amparo", 09/04/2002, Fallos: 325:524.

(18) CS, "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", 03/05/2005, Fallos: 328:1146, opinión mayoritaria de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Highton de Nolasco. En disidencia votó el juez Boggiano, quien, pese a reconocer la gravedad del tema, postuló el rechazo de la acción, en tanto que los jueces Fayt y Argibay discreparon puntualmente sobre los alcances de la facultad de la Corte Suprema de darle órdenes al gobernador, a la Legislatura y a la Suprema Corte locales para que a su vez esta baje línea a los jueces respectivos.

(19) Ver: SAGÜÉS, Néstor P., "Las sentencias constitucionales exhortativas ("apelativas" o "con aviso"), y su recepción en Argentina", LA LEY, 2005-F, 1461.

(20) Ver estadísticas y gráficos en la página del CELS: <https://www.cels.org.ar/web/2021/05/la-csjn-le-ordeno-a-la-suprema-corte-bonaerense-que-tome-medidas-de-fondo-contra-el-hacienda>

(21) CS, "Verbitsky, Horacio s/ Hábeas corpus", 13/05/2021, Fallos: 344:1102, opinión de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco, y de Rosatti, con voto propio. El juez Rosenkrantz votó en disidencia.

(22) El writ of habeas corpus rige desde la época de la colonia en Estados Unidos, por aplicación de la legislación inglesa, donde rige desde hace siglos para cuestionar todo tipo de detenciones. Ampliar: SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho Procesal Constitucional", Astrea, 2008, 4ª ed., t. 4, Hábeas corpus, ps. 34/49.

(23) Ley 23.098, a nivel nacional, fija términos de 24 horas para producir la prueba, llamar a audiencias, dictar sentencia, recurrir la decisión, y para que la Cámara la revise. El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires establece que el hábeas corpus puede ser presentado a cualquier hora, por escrito u oralmente, ante juez de cualquier instancia, debiendo evacuarse el informe en 12 horas, producirse la prueba en 24 horas, y en el mismo plazo dictarse la resolución (arts. 406/415). Incluso considera falta grave del magistrado no resolver la petición de forma inmediata (art. 420).

(24) CS, "Simón Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad etc.", 14/06/2005, Fallos: 328:2056.

(25) CS, "Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ avocación en autos: Fontenla, Moisés Eduardo c/Estado Nacional", 13/07/1990, Fallos: 313:630, suscripta por los jueces Levene (h.), Cavagna Martínez, Petracchi, Belluscio, Barra y Nazareno.

(26) CS, "José Roberto Dromi (Ministro de Obras y Servicios Públicos) s/solicita avocación en los autos: Fontenla, Moisés c/Estado Nacional", 06/09/1990, Fallos: 318:863, cons. 13. La resolución fue suscripta por los jueces Ricardo Levene (h.), Mariano Augusto Cavagna Martínez, Rodolfo Barra y Enrique Petracchi, y con votos propios por los doctores Julio Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor. Solo votó en disidencia el Dr. Fayt, quien luego de un concienzudo estudio del derecho norteamericano, llegó a la conclusión que el per saltum no se hallaba previsto en nuestra legislación, por lo que su admisión por la Corte afectaba las garantías del debido proceso y del juez natural.

(27) CS, "Polino, Héctor y otro c/Poder Ejecutivo (Exp. Feria 5/94) s/amparo", 07/04/1994, Fallos: 317:335, voto de los doctores Belluscio, Petracchi, Levene (h.), Nazareno y Moliné O'Connor. En disidencia firmaron los jueces Fayt y Boggiano, aunque este último aclaró que la invalidez de la ley que convocó a la convención constituyente no implicaba la nulidad del "Núcleo de Coincidencias Básico", pues los legisladores accionantes carecían de legitimación para reclamarla.

(28) CS, "Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo", 15/06/2010, Fallos: 333:1023. Suscribieron el fallo los jueces Zaffaroni, Highton, Lorenzetti, Maqueda, Argibay y Petracchi.

(29) CS, "Abarca, Walter y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Energía y Minería y otro s/Amparo Ley 16.986", 06/09/2016, Fallos: 339:1223, suscripta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda,

Rosenkrantz y Rosatti.

(30) CS, "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires s/ avocación en autos: Casaretto, Marcelo Pablo c/ Cámara de Diputados Nacionales y otro s/ amparo ley 16.986", CSJ 684/2022/CS1 PVA, 18/04/2022, suscripta por los jueces Rosatti, Rosenkrantz y Maqueda. Pese al grave alzamiento contra una sentencia de la Corte, e Dr. Lorenzetti se abstuvo de votar.

(31) CS, "Constantino, Lorenzo c/Nación Argentina", 12/12/1985, Fallos: 307:2384 y "Zaratiegui, Horacio c/Estado Nacional", 06/12/1988.

(32) CS, "Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89", 06/07/1990, Fallos: 313:594, suscripta por los doctores Levene (h.), Belluscio, Petracchi, Barra, Nazareno, Oyhanarte, con la disidencia del juez Fayt.

(33) CS, "Monner Sans, Ricardo c/ Estado Nacional - Secretaría General de la Presidencia y otros s/ amparo", 06/03/2014, Fallos: 337:166, suscripta por los jueces Maqueda, Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Petracchi, y los jueces Zaffaroni y Argibay con sus propios votos.

(34) CS, "N. N. s/ averiguación de delito (Milagro Sala)", 19/04/2016, Fallos: 339:477.

(35) CS, "Acosta, Leonel Ignacio s/ Impugnación de precandidatos elecciones primarias - Frente Justicialista Riojano", 22/08/2017, Fallos: 340:1084, suscripta por los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz.

(36) CS, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Neustadt, Bernardo y otro s/amparo", 01/12/1988, Fallos: 311: 2498. Conformaron la mayoría los doctores Petracchi, Bacqué y el Dr. Belluscio, este último con su propio voto.

(37) CS, "Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros", 07/07/1992, Fallos: 315:1492, voto de la mayoría, compuesta por los jueces Boggiano, Nazareno, Barra, Cavagna Martínez y Fayt, cons. 25 y 26.

(38) Padilla, Miguel s/presentación", P.1571.L.XI, dictamen del 05/05/2004, suscripto por el Dr. González Warcalde.

(39) CS, "Padilla, Miguel s/presentación", 10/04/2007, Fallos: 330:1436.

(40) CS, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", 24/02/2009, Fallos: 332:111, voto de los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni. Highton de Nolasco dejó a salvo su disidencia sobre la legitimación colectiva del defensor del pueblo en asuntos puramente patrimoniales, en tanto que los jueces Petracchi y Argibay, de forma conjunta, y el Dr. Fayt, por separado, coincidieron en confirmar la sentencia, pero se limitaron a analizar sus efectos erga omnes, sin entrar en el tema de las acciones de clase como la hizo —innecesariamente— la mayoría.

(41) CS, "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/Estado Nacional s/amparo", 26/08/2003, Fallos: 326:2998; en el mismo sentido, más recientemente: Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas c/ EN - M° Interior (DNV) y otro s/ proceso de conocimiento, del 20 de octubre de 2020, Fallos: 433:1259.

(42) CS, "Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c/AFIP s/amparo", 26/08/2003, Fallos: 326:3007. Años más tarde, en "AFIP c/Intercorp S.R.L. s/ ejecución fiscal", 15/06/2010, Fallos: 333:935, la Corte —por una ajustada mayoría— declaró la inconstitucionalidad de la norma que facultaba a la AFIP a trabar los embargos sin disposición judicial.

(43) CS, "Colegio Público de Abogados de Tucumán c/Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro s/inconstitucionalidad", 14/04/2015, Fallos: 338:249 y 280. Solo suscribieron el fallo tres jueces, los doctores Lorenzetti, Highton y Fayt, en votos separados, absteniéndose el Dr. Maqueda. La mayoría hizo suyo el voto en disidencia del juez Fayt los casos Polino y Gascón Cotti, antes citados.

(44) Hasta el dictado de la ley 27.399 los feriados nacionales eran fijados por DNU del Poder Ejecutivo Nacional. A partir de la sanción de dicha ley, en el 2017, los mismos han quedado establecidos por ella, sin perjuicio de autorizarse al Ejecutivo a agregar tres feriados adicionales para fines de semana largo con fines turísticos (art. 7).

(45) Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal n° 2, "Será Justicia (Asociación Civil) c/ Estado Nacional (Procuración General de la Nación) s/ amparo", 06/02/2017, del publicada en: <https://www.cij.gov.ar/nota-24714-Fallo-suspende-designaciones-y-traslados-de-fiscales.html>, donde el Poder Ejecutivo adhirió al planteo efectuado por la asociación civil afín.

(46) El texto completo del fallo se puede ver en: <https://www.cij.gov.ar/nota-28102-Fallo-declara-inconstitucional-la-ley-que-establece-el-procedimiento-de-juicio-pol-tico-como-n>. De la consulta pública del expediente N° 24.971/2017, caratulado: "Será Justicia y otra c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ proceso de conocimiento", se puede ver que la Asociación Civil "Será Justicia" y el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires se presentaron en calidad de asociaciones civiles sin fines de lucro, y lograron que se declarara que el titular de la Procuración General de la Nación puede ser desplazado por decreto del Poder Ejecutivo. El juez de grado declaró la inconstitucionalidad de la norma, y, tan pronto consiguieron su objetivo —la renuncia de la Procuradora— desistieron de la acción y del derecho, de manera de impedir que la

Cámara o eventualmente la Corte revocaran la sentencia.

(47) CS, "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN - ley 26.080 - dto. 816/99- y otros s/ proceso de conocimiento", 16/12/2021, Fallos: 344:3636, voto de los jueces Rosatti, Rosenkrantz y Maqueda.

(48) Ampliar en: Germán González Campaña: "Del proceso colectivo a la acción popular. Una mirada crítica a la expansión jurisprudencial de la legitimación procesal", en Roberto Berizonce y Ramiro Rosales Cuellos (dir.), *El Derecho en evolución* (parte I). En memoria de Augusto M. Morello, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Núm. Especial 2019-1, fasc. 6, del 6 de febrero de 2019, ps. 75/111.