

LA LEGITIMACIÓN COLECTIVA Y EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

Acerca de la sentencia en la causa "CPACF"

I. Introducción. El caso

El 7 de octubre de 2003 la Corte Suprema de la Nación dictó sentencia en el caso "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/EN - MEyOSP s/Amparo, ley 16.986" (C.955.XXXVI), donde rechaza la legitimación procesal [1] del CPACF -entre otras asociaciones- para defender intereses comunes a sus asociados. Esta causa fue iniciada por el Colegio en el año 1998, solicitando la inconstitucionalidad de la ley 24.977 y su anexo, como también los decretos reglamentarios y resoluciones generales de la AFIP que establecen el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (monotributo), "en cuanto reglamentan dicho régimen con alcance a todos los abogados" [2]. En el Punto IV de la demanda se especifica que se la pide con el fin de que "se deje sin efecto para los abogados el régimen denominado monotributo" sin aclarar, en cambio, cuál sería, a opinión del CPACF, el régimen a aplicar en caso de resolución favorable.

Durante el proceso se agregan como actores el Consejo Profesional de Ciencias Económicas, el Consejo Profesional de Médicos Veterinarios, el Colegio de Traductores Públicos de la Ciudad de Buenos Aires y el Consejo Profesional de Ingeniería Civil. En primera instancia les es otorgada una cautelar, confirmada luego por la respectiva Cámara. Finalmente, obtienen sentencia favorable precisando el alcance de la inconstitucionalidad declarada: "...en la medida en que impide la opción de ser responsable no inscripto del IVA a aquellos profesionales que obtienen ingresos brutos anuales, no superiores a \$ 36.000" [3]. La Cámara ratifica. Finalmente, la Corte Suprema rechaza la acción por falta de legitimación procesal de las asociaciones actoras, remitiendo sus fundamentos a lo expresado en las causas "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/Estado Nacional s/Amparo" (C.547.XXXVI) y "Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcia. c/AFIP s/Amparo" (C.1592.XXXVI). Este trabajo tiende a describir lo resuelto y analizar su alcance a la luz de los principios constitucionales invocados por el tribunal. Por eso, sólo me ocuparé del problema de la legitimación procesal en los juicios citados, dejando de lado la cuestión de fondo -inconstitucionalidad o no del monotributo-, salvo cuando ella incidentalmente repercute en la legitimación [4].

Creo que se advertirá que al respecto hay mucho por dilucidar y que el camino no será fácil.

II. Los fundamentos del actor

El Colegio sustenta su demanda en una resolución del Consejo Directivo de la entidad que aprobó por unanimidad realizar una acción de amparo, solicitando se deje sin efecto el régimen denominado monotributo, decisión que sostiene en normas de su estatuto social y en el artículo 43 de la Constitución Nacional. Respecto a las primeras entiende que el carácter de persona jurídica de Derecho Público, los fines de su constitución y la legitimación procesal para ejercer la acción pública del artículo 21, inciso j, la obligan a: a) asumir la defensa de los profesionales que lo requieran cuando encuentran amenazados sus legítimos derechos; b) la defensa del orden institucional y de los principios republicanos y del orden democrático. Cita la causa "Ferrari" [5], donde la Corte la define como "...una estructura representativa de intereses sectoriales, de grupo o clase [...] integrado por miembros que se reúnen para la gestión y defensa de sus intereses..."

En cuanto al artículo 43 de la Constitución Nacional, primero afirma que "es manifiesto y cierto" que le otorga capacidad procesal a los fines del amparo, pero al desarrollar su argumentación concluye que se aplica "por extensión y analogía" la legitimación activa que la norma otorga a las asociaciones que propendan a la defensa de intereses difusos y colectivos. En el párrafo siguiente identifica al grupo representado como "la matrícula" [6]. Del sucinto relato surgen varias preguntas: a) La decisión del Consejo Directivo claramente habilita al presidente del Colegio a actuar en nombre de éste, pero queda pendiente si es representación suficiente de cada uno de los miembros o del grupo "matrícula" a los fines de la acción. b) No hay ninguna referencia al alcance de las nociones de intereses difusos, intereses colectivos o intereses de grupo ni intento de justificar que lo reclamado se

encuentra dentro de alguna de esas categorías. c) No se hace mención alguna respecto a la homogeneidad o no del grupo que dice representar. Volveremos sobre esto.

III. La respuesta del demandado

El Estado cuestiona la legitimación procesal invocada por la actora, negando que los derechos puestos en crisis afecten a la totalidad de los matriculados, por lo que, entiende, no quedaría identificado a favor de quién se pretende ejercer la representación. En otras palabras, el grupo o clase "matriculados" no sería homogénea respecto al objeto de la demanda, por lo que el Colegio estaría actuando por un sector o grupo menor dentro del grupo mayor "matriculados", sin especificar quiénes componen ese sector parcial. No tiene en cuenta, el demandado, que la Ley de Creación del CPACF le otorga "acción pública" para defender a sus colegiados. Por lo que nada obstaría -conformidad mediante- a su legitimación procesal en una causa donde fueran varios los profesionales demandantes/demandados. Estaríamos ante un litisconsorcio donde se debería acreditar el derecho de cada uno, su violación y el perjuicio de cada uno, aunque común. Tiene razón, en cambio, que en su reclamo el Colegio generaliza o colectiviza la afectación presumiendo su homogeneidad. Nótese que solicita "se deje sin efecto para los abogados el régimen denominado monotributo". Es posible pensar, aunque sea hipotéticamente, en un abogado o más que prefieran el monotributo, por lo que una sentencia favorable los perjudicaría sin haber tomado intervención en la causa. Distinto sería [7] si el pedido hubiera sido que se habilitara la opción entre monotributo o mantenerse como responsable no inscripto -eliminada por la ley cuestionada-, ya que aquí el resultado del fallo sería otorgar una posibilidad no obligatoria para quienes prefieran mantenerse en el sistema.

IV. La sentencia de primera instancia

El juez de grado rechaza, escuetamente, la defensa de falta de legitimación, ya que: "En principio [...] desde la reforma de la Constitución Nacional de 1994, esta acción puede ser promovida por las asociaciones contra cualquier acto de discriminación. En el plano legal, no es dudoso que los respectivos colegios profesionales gozan de suficiente legitimación para velar por los intereses de sus integrantes". De la lectura de la totalidad del fallo se advierte que, en todo momento, el juez razona como si lo solicitado fuera que se habilite la opción de ser responsable no inscripto del IVA, manteniendo el monotributo para aquellos que así lo prefieran. Así, le reprocha al demandado no haber descripto, cuando menos, "un caso hipotético en que al profesional [...] le convenga, por ejemplo, no tener la opción de ser responsable no inscripto". En el mismo sentido, el fallo declara la inconstitucionalidad "en la medida en que impide la opción de ser responsables no inscriptos en el IVA, a aquellos profesionales..."

En síntesis:

- a) Afirma una legitimación amplia de las asociaciones frente a la discriminación, aunque inicia el párrafo con la alocución "en principio", que parecería indicar algún reparo. Pero nada dice ni de una ni de otra afirmación.
- b) Presume que la ley cuestionada es discriminatoria aunque no se analiza el alcance del término "discriminación". No es lo mismo cuando se lo utiliza en el sentido de distinguir, diferenciar, separar [8], de cuando se refiere a "ataque a la unidad o dignidad de la naturaleza humana" [9]. Parecería que este último se aproxima más al que el constituyente quiso darle en el artículo 43 de la Constitución Nacional, mientras que el uso dado en la demanda es el primero o directamente el de sinónimo de igualdad. El juez, en sus fundamentos, habla de "igualdad", y cita el artículo 16 de la Constitución Nacional, y no de "discriminación". Aunque tengan puntos de contacto, no es lo mismo.
- c) Limita la declaración de inconstitucionalidad de la ley, "en la medida en que impide la opción de ser responsable no inscripto del IVA a aquellos profesionales...", manteniendo las demás disposiciones, también cuestionadas por el actor que había solicitado la no aplicación del monotributo a sus colegiados. Esta limitación soluciona el problema de los efectos de la sentencia a los terceros no partícipes en el juicio, ya que simplemente habilita una opción más para los profesionales mientras que el demandado afectado tuvo oportunidad de defenderse.

V. La postura de la Corte

Finalmente, la Corte Suprema rechaza el amparo por entender que no se da en autos un "caso" o "controversia" a resolver ante la falta de legitimación procesal de las entidades actoras y pese a que el recurrente no formula agravios concretos al respecto. Remite sus fundamentos a la doctrina de las causas "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos" y

"Cámara de Comercio de Entre Ríos" [10]. En la primera se plantea un conflicto similar y la Corte no hace lugar remitiendo a los argumentos expresados en la segunda, aunque deja sentado que ha sido deducido "respecto de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, por encontrarse la protección de esa clase de derechos al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el artículo 43 de la Constitución Nacional", por lo que la actora carece de legitimación procesal para promoverla. En la segunda, el reclamo es otro: inconstitucionalidad de la ley 25.239, en cuanto autoriza a los agentes de la AFIP a librar mandamiento de intimación y embargo y a notificarlo sin intervención del juez. La línea argumental parte de la "inexistencia de caso o contienda entre partes" sin la cual no está habilitada la jurisdicción, en virtud del principio de separación de poderes. Para que haya parte debe haber interés jurídico suficiente o afectación suficientemente directa o substancial, que posea suficiente concreción o inmediatez. Y llega a la conclusión de que no se dan esos extremos porque: a) el estatuto de la Cámara actora no le otorga potestad para estar en juicio en representación de sus asociados por un reclamo propio de éstos; b) la protección de esta clase de derechos -patrimoniales, puramente individuales- está al margen de la ampliación del artículo 43 de la Constitución Nacional; c) debería haberse verificado el gravamen individualmente en cabeza de cada uno de los supuestos afectados.

VI. Volviendo a empezar

Del cotejo entre todas surgen algunas diferencias no tenidas en cuenta y muchas dudas. Respecto al requisito a, el estatuto del CPACF prevé expresamente la acción judicial en defensa de sus colegiados en el artículo 21, inciso j, de la ley 23.187, mientras que el de la Cámara de Comercio sólo tiene una referencia genérica en el artículo 1º, inciso c, a la representación de sus socios. Esta capacidad procesal, por supuesto, es distinta de la prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional. Estamos ante una decisión legislativa que otorga a la entidad de Derecho Público la representación judicial de los intereses de los abogados que no se ha cuestionado en su constitucionalidad [11]. Claramente, puede ser materia de interpretación judicial, pero en este fallo nada se dice al respecto, negándosele la aptitud.

En cuanto al punto b, creo que confunde la naturaleza del derecho reclamado con el agravio que la violación ocasiona. La garantía de debido proceso o de igualdad en materia tributaria no son derechos patrimoniales, aunque el perjuicio lo sea. Además, los reclamos de usuarios y consumidores como los de defensa de la competencia generalmente serán de contenido patrimonial y están expresamente incluidos "en el universo" del artículo 43 de la Constitución Nacional por el constituyente. Por otra parte, que un derecho o el perjuicio por su violación sea "puramente individual" nunca ha obstado a que la ley prevea la representación grupal o colectiva. El derecho de propiedad es puramente individual y patrimonial; sin embargo, algunas de sus violaciones -las que el legislador califica como penales- son colectivizadas y encargada su defensa al Ministerio Público.

Lo individual y lo colectivo son nociones abstractas, conceptualmente diferentes y hasta contradictorias. Pero en el mundo de lo empírico no es tan sencillo. Que las cosas sean de apropiación individual y protegidas colectivamente mediante una norma -derecho de propiedad- y un aparato jurisdiccional -Poder Judicial- parece ser simplemente una decisión humana, en lo político. Al menos, no se ha podido demostrar otra naturaleza. Que la defensa de la propiedad privada sea de impulso individual y personal -legitimación procesal al afectado directo- o de representación colectiva -legitimación procesal en el Fiscal o Estado en materia penal- es una decisión política. En un caso, se basa simplemente en el principio liberal de la autonomía en cuanto dice que nadie sabe mejor que uno mismo lo que le conviene; en el otro, en que la autonomía no es absoluta, tiene un límite en lo valorado como común [12]. En ninguno de los dos se entendió que violara el principio de separación de poderes. Enseguida volveremos sobre el tema. Por último, se exige agravio individual -punto c- sin ningún tipo de distingo entre la legitimación procesal estatutaria (Ley de Creación del CPACF) y la constitucional del artículo 43 de la Constitución Nacional y, dentro de ésta, entre la protección del medio ambiente, de los usuarios y consumidores, frente a la discriminación, o de otros derechos de incidencia colectiva. Esta exigencia llevada a sus últimas consecuencias puede llegar a borrar la diferencia entre ambas y entre la legitimación del afectado y la de las asociaciones que tiendan a esos fines, distinción expresa en la Constitución Nacional.

VII. Principio de separación de poderes como fundamento para negar la legitimación procesal

El principio de separación de poderes nunca tuvo un desarrollo lineal y claro. No tiene el mismo alcance en un sistema presidencialista que en uno parlamentarista, y en cada uno de estos sistemas hay diferencia de un país a otro; por ejemplo, según a quién se le otorgue el control de constitucionalidad, si el PE tiene derecho a veto legislativo, etcétera. Tampoco quienes lo enunciaron fueron precisos. En Locke, el Poder Judicial aparece dentro del poder de ejecutar las leyes [13]. Montesquieu lo considera casi nulo [14]; en El Federalista poco se dice al discutir el principio. Sin embargo, es aceptado que un "juez" es alguien que juzga en una disputa. Esto es bien claro cuando dos personas discuten, por ejemplo, acerca de un contrato. Aquí el rol del juez -y del Poder Judicial- es aplicar la ley a un "caso" particular. Pero, en ocasiones, quien decide cómo debe aplicarse la ley a situaciones particulares e impone sanciones es el Poder Ejecutivo. Ahora la disputa es entre un particular y el Estado, y permitirle a un particular contradecir la decisión del Ejecutivo es habilitar su control. También se lo autoriza, en nuestro caso, para ir a juicio y controlar al Legislativo. En pocas palabras, otorgar legitimación procesal es dar capacidad para estar en juicio, potestad para defender una determinada lectura de la norma, e implica controlar al gobierno. Al igual que el principio de separación de poderes, control para la democracia. Qué medida, el cuántum, en qué casos, es en definitiva una decisión de cada sociedad política. Como decía Madison, la separación de poderes significa, "no que se requiera una separación total, sino que se reconozca que allí donde la totalidad del poder de un departamento es ejercido por las mismas manos que poseen la totalidad de poder de otro departamento, se subvierten los principios de una Constitución libre" [15]. Lo que prohibiría el principio es que la totalidad de los poderes que corresponde a dos departamentos fuera ejercida por un solo detentador. Así, en EE. UU. se ha dicho que "la separación de poderes, como mecanismo central de la Constitución, depende en gran medida del común entendimiento acerca de qué actividades son apropiadas para las legislaturas, la administración y los tribunales" [16]. Razones de eficiencia judicial -evitar procesos insustanciales o cuyo resultado sea irrelevante- son las que justifican que, en principio, al tribunal lleguen sólo aquellas controversias planteadas por quienes tienen interés real y directo en ellas. Si hay que limitar el número de causas, mejor atender aquellas en que los involucrados tengan algo concreto que ganar o perder [17].

En nuestro país, el deslinde de atribuciones entre los tres poderes es, primero, constitucional. Pero luego ha sido la propia Corte quien se atribuyó su interpretación y el fijar, en cada caso, cuándo hay violación o no a tal principio. Así: "Planteada una 'causa', no hay otro poder por encima de esta Corte para resolver la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos legislativo, judicial y ejecutivo, y el deslinde de atribuciones de éstos entre sí..." [18] Nos dice que es ella la encargada de fijar el deslinde de las respectivas competencias, para lo que requiere de la existencia de una causa, por aplicación del artículo 116 de la Constitución Nacional. Pero, a su vez, ella misma define cuándo hay "caso" o "controversia" -con sus dos componentes: diferencia o disputa en cuanto a la norma (objetivo) y capacidad procesal para promover la acción (subjetivo)-: "El actor ha invocado ante el Poder Judicial la protección de un derecho [...] A su turno [...] el Estado ha resistido la pretensión. Se ha configurado, por ende, una controversia entre partes que sostienen derechos contrapuestos..." [19]

Entonces, su afirmación de que no puede pronunciarse ante la inexistencia del "caso" sin violar el principio de separación de poderes no me dice mucho: sólo que ella ha decidido entenderlo así. Tradicionalmente, ha exigido:

- a) Que no se trate de una petición de declaración general o consulta.
 - b) El actor debe demostrar claramente el derecho y la lesión invocada.
 - c) El actor debe acreditar que la violación le ocasiona perjuicio, que debe ser "personal, particularizado, concreto y susceptible de tratamiento judicial" [20] o, en otros términos, "agravio diferenciado respecto a la situación en que se hallan los demás ciudadanos". No satisface el que se funda en "interés general en que se cumplan las leyes" [21].
 - d) Que el pronunciamiento sea hábil para reparar el daño invocado.
- ¿Hay relación entre estas exigencias y el principio de separación de poderes? Volvamos a Madison.

Las declaraciones de inconstitucionalidad de efecto general y de oficio podrían ser un supuesto en que el Poder Judicial asume todo el poder del Legislativo -dictar la ley- y, en consecuencia, prohibido claramente por el principio de separación de poderes. Pero, de ahí

a exigir una "parte" como portadora de un derecho subjetivo violado con agravio directo, real y sustancial hay un abanico de posibilidades. El tema es cuándo es más apropiado que la resuelva el Poder Judicial y cuándo es más eficiente que actúen los poderes políticos. Esta decisión es claramente política, pero no por ello arbitraria.

VIII. Pensando posibilidades

Como sostiene el doctor Bidart Campos "poco o nada valen las garantías y las vías idóneas si el acceso a la justicia se bloquea en perjuicio de quien pretende su uso y se le deniega la legitimación" [22]. Afirmación especialmente válida en un sistema de control de constitucionalidad judicial difuso.

Sin embargo, su consecuencia directa -legitimar a todos en todos los casos- tiene un efecto paradójico: transformar al Poder Judicial en poder absoluto y contramayoritario. Por lo que la pregunta es cuándo y a quién es razonable otorgar legitimación, teniendo en vista tanto la defensa de las personas como la eficiencia del sistema. Y la primera respuesta la tiene el legislador o, en su caso, el constituyente. Hay mucho escrito sobre el tema. La Constitución, en 1994, en ejercicio democrático, la ha ampliado cuando están en juego "derechos de incidencia colectiva". Mientras la Corte tiene una interpretación restrictiva, los tribunales inferiores han sido más permeables. Sobre ello y dentro de la etiqueta constitucional, se puede comenzar por distinguir y ordenar situaciones diferentes.

La primera observación, ya aceptada doctrinalmente desde hace tiempo, es que no siempre hay un titular individual que sufra un daño particular directo. El derecho reconoce bienes indivisibles de uso colectivo, no reducibles. Por ejemplo, en materia ambiental, el aire, el mar, los ríos, la flora, la fauna, etcétera. También, el patrimonio artístico, cultural. Son bienes colectivos no divisibles. Hoy le llamaría "bienes de titularidad difusa". En otros casos, tenemos bienes colectivos, divisibles, pero cuya protección individual resulta ineficiente. La seguridad o la salud pública, la no discriminación de un grupo social, la higiene laboral son bienes valorados colectivamente, respecto a los cuales pueden identificarse titulares directos, pero que probablemente presenten poco incentivo individual para su defensa. Así, generalmente voy a preferir que sea mi vecino el que reclame por la seguridad en la cuadra, beneficiándome indirectamente sin pagar el costo, o no aplicarme una vacuna contra una enfermedad contagiosa esperando que lo hagan los demás, ya que, de esta forma, disminuyen las posibilidades de que yo resulte contagiada. El bien colectivo es directamente proporcional a la existencia del bien individual -a mayor seguridad individual, mayor seguridad pública; a más personas sanas, más salud pública-, pero resulta ineficiente encargar su protección a cada una de las personas [23]. El ejemplo más antiguo es el Derecho Penal. La propiedad, la vida, la integridad personal son bienes con titular individual cuya protección -en algunos casos- interesa directamente a la sociedad, por lo que su defensa se le ha encargado al Ministerio Público, colectivizando el bien por razones de valoración y eficiencia. Le llamaría "bienes colectivizados o colectivos".

- Algunas veces, nos enfrentamos con bienes colectivos formados por la suma o agregación de bienes individuales, claramente divisibles, pero -a diferencia del anterior- puede resultar apropiado encargar su defensa a los particulares. La transparencia en el mercado es la suma de transacciones individuales y una de ellas afecta a todo el sistema. Interesa la protección de un bien colectivo -el mercado-, pero resulta apropiado la protección a través de la iniciativa individual. Cada usuario o consumidor actúa como agente de la transparencia del mercado, protegiendo su propio interés. Los etiquetaré como bienes colectivos de titularidad privada.

- También puedo pensar en bienes individuales cuya defensa no interese especialmente a la generalidad, pero que resulte ineficiente la defensa particular. Por ejemplo, reclamos por poco monto o de alto costo judicial o personal, etcétera. Aquí, estaríamos ante "intereses de grupo o clase".

Cada caso es distinto y me merece una reflexión propia. a) Los bienes de titularidad difusa. Quiroga Lavié nos habla de "intereses de pertenencia difusa", ya que es imprecisa la identificación de las personas que están afectadas por la acción u omisión sobre el patrimonio de la sociedad, pero no el interés en sí [24]. Comparto que lo difuso es la pertenencia o titularidad del interés sobre el bien protegido y no el bien en sí. La comisión de un acto contra el patrimonio común -medio ambiente, cultural, etcétera- no encuentra protección en las reglas del "caso" o "controversia" elaboradas por la Corte: aquí no hay un titular con un derecho personal lesionado, no hay parte con el alcance jurisprudencial. Sin embargo, la depredación del ambiente o de los bienes culturales son considerados por cada

uno de nosotros como un daño que nos afecta [25]. Entonces, la norma debe legitimar a alguien para su protección y parece irrazonable exigirle acreditar un agravio directo, diferenciado y sustancial. De "Marbury", ha repetido insistentemente la Corte que "la esencia de la libertad civil consiste, ciertamente, en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes siempre que sea objeto de algún menoscabo" [26]. "Menoscabo" no debe ser necesariamente "agravio". La Constitución Nacional ha optado por el defensor del pueblo, las asociaciones que defiendan estos fines y al afectado. También, le reconoce una legitimación amplia al Ministerio Público, en el artículo 120, para actuar judicialmente "en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad..." y, si bien por ahora se ha mantenido dentro de los carriles tradicionales -bienes colectivizados-, es posible repensar su rol ampliándolo a la defensa de los bienes de titularidad difusa [27]. También leyes especiales han estatuido legitimación a asociaciones protectoras.

Un problema a tener en cuenta es el efecto de las sentencias cuando están en juego bienes colectivos. Si, por definición, el bien es común a todos y el menoscabo afecta a cada uno, su reparación tendrá efectos generales. Al menos se me ocurre una distinción. Si la orden judicial es de naturaleza empírica -evitar la contaminación, controlar el uso de fondos públicos, evitar la salida de una obra de arte, etcétera-, su cumplimiento estará a cargo de una parte identificada que ha tenido oportunidad de defensa (el Estado, la empresa, el particular, etc.), mientras que su resultado beneficia y no perjudica a la generalidad. En cambio, cuando la decisión judicial implica la declaración de inconstitucionalidad de una norma general el problema exige más cuidado para evitar caer en la violación del principio de separación de poderes. Bianchi nos problematiza el tema: un municipio decide la tala de árboles para la construcción de un nuevo camino y dos grupos de vecinos interponen sendas acciones obteniendo sentencias contradictorias [28]. Al menos una de ellas debió declarar inválida una decisión general del municipio, lo que puede deberse a muchas razones: vicio formal, protección del medio ambiente, violación a derechos particulares, etcétera. Cada caso merece un análisis distinto y de diferente rigurosidad, aunque en ningún caso parece haber un perjuicio de entidad tal que no justifique esperar el remedio procesal que unifiquen en una resolución definitiva. Y si no hay tal remedio, es un problema procesal distinto a la legitimación en sí. También podemos pensar en dos vecinos particulares y sendas sentencias contradictorias en defensa de intereses particulares y esto nunca ha sido óbice a la legitimación de cada vecino.

La Corte Suprema se muestra reacia a reconocer legitimación en los casos de bienes colectivos sin titular particular (entre otras, causas "Quesada", "Baeza", "Lorenzo"), a diferencia de los tribunales inferiores que han sido más receptivos (causas "Gambier Beltrán", "Kattan", "Díaz", entre muchas) [29].

b) Bienes colectivizados o colectivos. Son bienes cuya existencia está en correlación con bienes individuales. Hay una relación de proporcionalidad entre los bienes individuales y la obtención del bien colectivo. Encontramos titulares directos, particulares, pero que -en algunos supuestos- no tienen mayor incentivo en su defensa. La sociología y la economía han estudiado las reglas del comportamiento colectivo y muchas veces resulta muy poco atractivo a las personas la defensa de algún bien individual o especulan con obtenerlo por la acción de otros. En principio, se piensa en que queremos estar sanos, por lo que la salud es protegida tradicionalmente como derecho individual. La salud pública será, entonces, la consecuencia de la defensa personal del bien individual. Pero la realidad es bastante más complicada. Por ejemplo, ante una violación sexual puede resultar muy vejatorio pasar por los tribunales; reclamar la provisión de un determinado medicamento puede implicar hacer pública una enfermedad que se quiere mantener en el ámbito de la privacidad. En la misma situación está la seguridad común, la no discriminación, los bienes protegidos por el Derecho Penal. Desde la óptica de la autonomía de la voluntad, no puedo exigir a una persona que incluya en su plan de vida la defensa de un bien personal que no le interesa o no le es prioritario o que le afecta en otros derechos (por ej.: denunciar una discriminación puede implicarle perder el trabajo), porque estaría utilizándola como un medio para obtener un fin social. Distinto es que se le imponga el deber mínimo de pagar los impuestos que permitan sostener la defensa colectivizada, ya que, de lo contrario, estaría obteniendo un beneficio a costa de terceros [30].

La solución tradicional, frente a bienes colectivos considerados valiosos que dependen del esfuerzo individual, es colectivizar el bien encargando su defensa a un funcionario público. Ciertas violaciones al derecho a la propiedad, a la vida, a la integridad personal son "colectivizadas" por el legislador, penalizando las conductas y encargando la defensa al

Estado. Puedo no querer denunciar una extorsión para que no se hagan públicas conductas privadas, o un robo por miedo a la venganza de los autores, estar amenazado, etcétera. En otro orden, el liberalismo consideró más eficiente, a los fines económicos, la protección colectivizada de la seguridad y la propiedad privada en el Estado para que los agentes económicos maximizaran sus negocios. En otras palabras, legitimar procesalmente al fiscal es una decisión política, basada en valores comunes. Hoy se reclama la colectivización de otros bienes. El Derecho Laboral nos da ejemplos de ello: higiene laboral, legitimación de los sindicatos, etcétera. Más actual, también, en materia de discriminación de grupos sociales. En Argentina, el artículo 120 de la Constitución Nacional legitima al Ministerio Público para "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad", y en la práctica se ha limitado a la defensa de bienes tradicionalmente colectivizados. El artículo 43 de la Constitución Nacional ha ampliado los sujetos habilitados al defensor del pueblo, a las asociaciones y al afectado. La Corte reconoció legitimidad procesal a varias entidades no gubernamentales que desarrollan actividades contra el sida para promover un amparo a fin de que se obligue al Estado nacional a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos y, en especial, con el suministro de medicamentos y reactivos necesarios. Entendió que "una de las situaciones que el constituyente consideró es aquella en que la afectación de los derechos comprometidos -por su naturaleza- trae consecuencias que repercuten en todos los que se encuentran en la misma categoría. Resulta menester puntualizar que los agravios a los que hace referencia el artículo 43 de la Constitución Nacional tienen un efecto expansivo, de ahí que baste con que se conculquen o desconozcan ciertos derechos de uno solo de los del grupo para que incida categóricamente en el resto. Lo manifestado no implica negar capacidad procesal a cada uno de los enfermos, sino posibilitar -en atención a cada uno de los enfermos- a una o varias asociaciones el ejercicio monopólico de la acción" [31]. Interesante, además, el argumento de primera instancia, en cuanto "...es necesario [...] por mandato legal (ley 23.798) preservar la privacidad de los afectados a fin de evitar cualquier marginación o humillación". En otras palabras, el titular del daño es uno o varios particulares pero se legitima colectivamente a otro -en el caso, asociaciones-, para evitarles la producción de otro daño. La decisión judicial resulta de carácter general, pero de naturaleza empírica (entregar medicamentos, cumplir con un programa de asistencia médica) y cumplimiento individualizado (aquel que solicite la prestación, sea administrativamente, sea concurriendo a un hospital, etc.). Tampoco aparece un hipotético afectado que no haya tenido participación en el juicio: el obligado tuvo oportunidad de defensa y no es obligatorio para los enfermos recibir la medicación por parte del Estado. En otras palabras, la sentencia habilita una opción para los representados no partícipes del proceso, de la que carecían antes. No parece haber, en el caso, violación alguna al principio de separación de poderes, por el hecho de que se considere parte a quien no cumple con los extremos tradicionales.

c) Bienes colectivos de titularidad privada. Bianchi los define como "derecho de naturaleza singular o individual pero colectivamente compartido" [32]. El bien colectivo es el resultante de la sumatoria de bienes particulares, pero en estos casos resulta eficiente otorgar la defensa del bien a los propios afectados. El caso más típico es el de los usuarios, de los consumidores y de defensa de la competencia, donde el bien colectivo es la transparencia del mercado. Por supuesto, ante el bien colectivo puede ser eficiente la legitimación colectiva, ya sea para defenderlo directamente -impugnación de normas que establezcan monopolios, o nieguen participación de los usuarios en el control de las empresas, publicidad engañosa, etcétera- o indirectamente -representación grupal de usuarios o consumidores-, entre otras, por razones de economía procesal. En Argentina, la Constitución habilita al defensor del pueblo, las asociaciones y al afectado. La Ley de Defensa del Consumidor 24.240 legitima a las asociaciones de consumidores con personería jurídica, a la autoridad de aplicación y al Ministerio Público. La reglamentación de los Tribunales Arbitrales de Consumo autoriza la representación de los consumidores por una asociación de consumidores y de los proveedores por una asociación empresarial, aunque previa carta-poder y presencia personal de las partes. Sin embargo, también ha decidido el legislador optimizar la legitimación individual otorgándole algunas características propias, lo que ha originado el concepto de "relación de consumo". En ésta, el bien protegido es, primero, el particular -daño en su propiedad, en su salud, etcétera- y, sólo en segundo lugar e indirectamente, el colectivo. En todos los casos, la voluntad democrática -constituyente o legislador-, al otorgar legitimación colectiva, decide la defensa del bien en juego y, a su vez, ampliar el control -

en principio, instrumentado en el principio de separación de poderes- mediante la intervención voluntaria de particulares o designando funcionarios al efecto, el defensor del pueblo o Ministerio Público.

d) Intereses grupales o de clase. Quiroga Lavié hace referencia a éstos al identificar "grupos cuyos miembros son titulares de intereses individuales, reconducibles a las figuras subjetivas tradicionales, pero muy laxos en su posibilidad de defensa, por ser ellos de poca entidad. En esos casos, la homogeneidad cualitativa del contenido de dichas pretensiones convierte en colectiva la pretensión que el sistema de justicia debe tutelar" [33]. También podemos incluir aquellos casos en que está en juego algún otro derecho que interfiera o que la discusión colectiva ahorre trabajo al evitar abundantes acciones idénticas, sobrecargando el trabajo de los tribunales. A la causa comentada, la ubico en esta categoría. El colegio está actuando en representación de un grupo homogéneo y evita la multiplicación de causas iguales. No coincido en que el grupo representado sea la matrícula. No es descabellado pensar en abogados que tengan ingresos mensuales mayores a \$ 144.000, o que estén ubicados en la categoría intermedia, o que con ingresos inferiores a \$ 36.000 hubieran preferido mantenerse en el monotributo. El universo representado es el de los abogados con ingresos brutos menores a \$ 36.000, que querían tributar como responsables no inscriptos. Es un grupo de número indeterminado pero determinable de integrantes de la matrícula. Esto no afecta la legitimación procesal del Colegio otorgada por la Constitución Nacional en el artículo 43 ni la especial de la Ley de Creación. En lo que debería tenerse cuidado es en evitar las lesiones sustanciales al principio de contradicción en materia procesal. Por lo que los reclamos deberían limitarse a aquellos que no produzcan perjuicios a los terceros -abogados que prefieran el monotributo- y preferir las soluciones que impliquen opciones, habilitar posibilidades. Y, en su caso, citar a quienes puedan sentirse perjudicados. Esto es lo habitual en los juicios donde hay un universo indeterminado pero determinable de partes o interesados: edictos en sucesorios, quiebras, etcétera. Es cierto que afectaría la rapidez propia del amparo, por lo que habría que estar, en cada caso, a cuál es la vía procesal idónea de conformidad con la pretensión. Recordemos que la legitimación procesal para procesos grupales otorgada por la Ley de Creación del Colegio no se limita al amparo colectivo del artículo 43 de la Constitución Nacional.

La legitimación colectiva, en estos casos, facilita la reparación de agravios de una gran cantidad de ciudadanos, que en forma individual no tendrían incentivo o posibilidad económica de litigar. Y al juez, por un lado, le evita la repetición de causas idénticas, aunque lo obliga a una supervisión más intensa del proceso. Estas categorías no son excluyentes entre sí. Es bien claro en las tres últimas, donde puede darse tanto la legitimación individual como la colectiva, aunque no siempre coincidan. Pero también se lo puede pensar respecto a la primera. Quiroga Lavié nos da el ejemplo del propietario de un bien histórico que sufre menoscabo por la acción administrativa. Éste afecta tanto al bien de pertenencia difusa -al patrimonio cultural- y al bien individual-propiedad privada. Si todo menoscabo merece protección, uno y otro deben ser atendidos, representados, en cada caso, por quien corresponda. Claramente hay un titular de la propiedad con un derecho lesionado legitimado por la jurisprudencia tradicional y, a su vez, la Constitución habilita al defensor del pueblo, a las asociaciones y al afectado -que no necesariamente coincide con el propietario- para defender el patrimonio común. Éstos deberán acreditar la lesión a lo "colectivo" o "común", distinta a la del propietario; pero "distinta" no significa indirecta, simple o no sustancial. Difiere la Corte Suprema respecto al defensor del pueblo con base en la ley 24.284, que en su artículo 21 ordena que "Si iniciada la actuación se interpusiese por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención". Podríamos corregir levemente el ejemplo y que sea el propietario quien afecte el bien histórico -cambie fachada, modifique un cuadro, etcétera-. Aquí ambos intereses se encuentran enfrentados y cada uno necesitaría de la intervención judicial, aunque la doctrina está dividida respecto a si el defensor puede actuar cuando el demandado es un particular.

Pero el hecho de que no sean excluyentes no significa que no sea posible y útil [34] la distinción a los fines de delinear a quién, cómo y cuándo legitimar procesalmente. No siempre que en una causa está en juego el medio ambiente la pretensión será la protección de éste, sino que puede ser el interés personal del actor. Por ejemplo, cuando se reclama que cese la contaminación porque le afecta su salud. El demandante cumplirá con todos los presupuestos que la Corte exige para que haya "causa" o "caso", pero la decisión tiene por

finalidad proteger su salud individual y no el ambiente. Indirectamente se lo está legitimando para promover la salud pública. Sin embargo, y pese a aplicarse los estándares tradicionales, la sentencia favorable tendrá efectos erga omnes, ya que el cese de la contaminación surtirá efectos sobre cada uno -mejor salud personal-, sobre todos -mejor salud pública- y en el medio ambiente. Más aún, alguien podría ser perjudicado -por ejemplo, proliferación de una plaga o especie que resultaba controlada por el contaminante- y de acuerdo a las reglas aceptadas no haber tenido ninguna participación en el proceso. Todo esto nos muestra que el problema de la legitimación procesal es muy complejo. Es que toda su construcción parte de la idea liberal de la sociedad como la suma de individuos yuxtapuestos que se relacionan e instrumentan su autonomía de la voluntad mediante el contrato. Y eran, entonces, en estas disputas interpersonales en las que se estaba pensando. Esta idea de sociedad ya entró en crisis hace mucho tiempo y pocas han sido las respuestas teóricas, menos procesales. Y ante una conceptualización de sociedad más compleja, más compleja resulta la respuesta teórica y las soluciones a los problemas.

IX.

Conclusión

No tengo ni una ni otras. Seguramente, serán el resultado de un trabajo de sedimentación del conocimiento que, como tal, es tarea de todos. Pero sí una reflexión final. La Corte invoca el principio de separación de poderes, "que redundará en beneficio del sistema republicano de gobierno" y "ha permitido la pacífica coexistencia entre las implicancias de una revisión judicial que contraría las decisiones de la mayoría, y los principios democráticos sobre los que reposa, en última instancia, nuestro gobierno federal" [35]. Pero, autores como Bobbio nos han enseñado de las "promesas incumplidas" y de las paradojas de la democracia. Aquí, Carlos Nino ha demostrado que podemos hablar de más democracia o menos democracia [36]. Una democracia sustantiva se propone instituir poder en los individuos y en las estructuras intermedias, reforzando los bienes sociales para controlar al Estado, hacer participar a la mayor cantidad de actores posibles para una mejor decisión. Owen Fiss nos muestra al proceso judicial como una forma de la deliberación pública.

En nuestro país, se ha pronunciado la voluntad democrática en la Constitución y en numerosas leyes. Por lo que invocar, a secas, el principio de separación de poderes y la democracia para negar u otorgar legitimación colectiva es, simplemente, insuficiente. Merecemos más.

- 1 Sin perjuicio de las distintas acepciones doctrinarias de la expresión "legitimación procesal", en este trabajo la usaremos como capacidad para ser parte en un determinado proceso o relación entre quien pide y acerca de lo que pide. Acerca de la falta de uniformidad en el tema ver ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Introducción al estudio del Derecho Procesal.
- 2 Cfr. Punto II, Objeto y Punto VI, Petitorio.
- 3 Sentencia en expte. 31.271/98 del 9-3-99, JFed.CAdm. N° 4, a cargo del Dr. Osvaldo C. Guglielmino.
- 4 La ley 24.977 ha sido recientemente modificada respecto a los puntos cuestionados en la demanda.
- 5 18-9-85, "Ferrari, Alejandro c/Gobierno Nacional", L. L. 1985-E-345 y ss.
- 6 La cursiva no está en el original.
- 7 Aclaro que me refiero a la legitimación procesal en la defensa de intereses colectivos, dejando de lado el tema de fondo respecto a la garantía de igualdad en el tributo.
- 8 Cfr., Diccionario Enciclopédico Universal, Ramón Sopena, Barcelona.
- 9 Cfr. CIDH, Opinión Consultiva 4/84, p. 55, en VENTURA, Manuel E. y ZOVATTO, Daniel, La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, IIDH, Civitas; citado en CNE, expte. 2969/98.
- 10 "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/Estado Nacional s/Amparo" (C.547.XXXVI), y "Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcia. c/AFIP s/Amparo" (C.1592.XXXVI).
- 11 La CNFed.CAdm., sala III, 17-4-97, reconoció la legitimación para actuar en defensa del interés de sus asociados en "CPACF c/Dirección Nacional de Migraciones", causa 6128. En "Ferrari" se discutió la colegiación obligatoria pero no la representación procesal.
- 12 Lo "común" puede ser resultado de un pacto o contrato, de la naturaleza humana, o

tendiente a evitar un daño, etc., según distintas corrientes que no tiene sentido desarrollar acá.

- 13 LOCKE, Segundo tratado, Cap. 12, Sec. 143.
- 14 MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Libro II, Cap. 6: Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est quelque façon nulle.
- 15 El Federalista, 47.
- 16 En "Luján vs. Defenders of Wild Life", 504 US 555 (1992), citado por BIANCHI, Alberto, Control de constitucionalidad, p. 17. La cursiva no está en el original.
- 17 No comparte este argumento: QUIROGA LAVIÉ, Humberto, El amparo colectivo, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1988, ps. 39-40. Hace suya la opinión de DROMI, Roberto, en Derecho subjetivo y responsabilidad pública, Temis, Bogotá, 1980, en el sentido de que es mayor el esfuerzo realizado por los jueces para negar la legitimación procesal que el que les llevaría resolver el fondo del asunto. Es una afirmación empírica que exigiría demostración. Respecto a que la jurisprudencia norteamericana funda la limitación procesal en la eficiencia, véase "United States vs. Richardson", 418 US 166.192 (1974), citado por BIANCHI, Control de constitucionalidad cit., Cap. IV, ps.17-18.
- 18 CSJN, 19-10-95, "Peláez, Víctor", J. A. del 21-8-96, N° 5999, p. 17, citando anteriores pronunciamientos.
- 19 Ídem.
- 20 Causa "Prodelco c/PEN", Fallos: 321:1252.
- 21 Causa "Consumidores Libres Coop. Ltda.", Fallos 321:1352; en el mismo sentido, "Prodelco" cit.
- 22 BIDART CAMPOS, Germán, El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, p. 309.
- 23 Acerca del tema, Mancur Olson, Lógica de la acción colectiva, donde denomina free rider a aquel individuo que aprovecha de lo social pero no está dispuesto a aportar a la comunidad que pertenece.
- 24 No mantengo la etiqueta del Dr. Quiroga Lavié porque él parece englobar en la categoría a todas las enumeradas por mí y me parece que produciría confusión. Sin embargo, la distinción entre la pertenencia del interés y el bien en sí me parece interesante (cfr. QUIROGA LAVIÉ, El amparo colectivo cit., p. 92).
- 25 Si ni lo consideramos daño o afectación común no interesa la protección por el orden jurídico.
- 26 "Marbury vs. Madison", 1 Cranch 137, 163 (1803), desde entonces reiterado por la Corte norteamericana ("Baker vs. Carr", 369 US 204, 208, entre otros) y la nuestra (CSJN, "Peláez, Víctor", J. A. del 21-8-96, N° 5999, entre muchos).
- 27 Cfr. BIANCHI, Control de constitucionalidad cit., ps. 92-93.
- 28 BIANCHI, Control de constitucionalidad cit., p. 61.
- 29 CSJN, "Quesada, R. s/Amparo", Fallos 304:1614; "Baeza c/EN", E. D. 110-357; "Constantino, Lorenzo c/Nación Arg.", Fallos: 307:2386. Tribunales inferiores: "Gambier Beltrán c/PEN" (campaña Menem con fondos públicos), de la CNFed.CAdm., sala II, 10-8-99; "Díaz, Carlos c/PEN" (desechos nucleares), ídem, sala V, 1-10-2001.
- 30 La distinción entre exigir servicio personal y pago en moneda es cara al liberalismo.
- 31 Fallos: 323:1339; el destacado no está en el original.
- 32 BIANCHI, Control de constitucionalidad cit., p. 52.
- 33 QUIROGA LAVIÉ, El amparo colectivo cit., ps. 126-7.
- 34 Dice el viejo enunciado filosófico que si todo lo rojo fuera redondo y todo lo redondo rojo, nos resultaría muy difícil conceptualizar lo rojo y lo redondo. Pero nadie negaría la utilidad de poder distinguirlos.
- 35 Causa "Prodelco", P.475.XXXIII, donde cita a "United States vs. Richardson", 418 US 166, 94 SCt. 2940 41 L. Ed. 2d.678, 1974.
- 36 BOBBIO, N. y otros, Crisis de la democracia, Ariel, Barcelona, 1985; NINO, Carlos S., Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992.