

Voces: AMPARO - LEGITIMACIÓN PROCESAL - DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA - DERECHOS HUMANOS

Título: Evaluación de algunos matices conflictivos respecto de la legitimación para obrar en el amparo en procura de la defensa de los derechos humanos de la tercera generación

Autor: Jiménez, Eduardo Pablo

Fecha: 1-feb-1997

Cita: MJ-DOC-75-AR | MJD75

Producto: MJ

Sumario: “Incorporada a la suma del poder inútil, la Justicia estaba en Altamarca más cerca de la ficción que de la realidad” Ricardo Nosedá, Los Decretos de Altamarca. I. Consideraciones generales. - II. Una discrepancia trascendente que puede ser despejada recurriendo a la lectura de las sesiones de la convención constituyente. - III. Dificultades en la implementación de la tesis propuesta. - IV. Posición de doctrina calificada y jurisprudencia reciente al respecto: A) La doctrina. B) La jurisprudencia. - V. Algunas conclusiones.

I

CONSIDERACIONES GENERALES

Bueno es recordar al lector nuestra posición respecto de la legitimación para obrar en materia de derechos de la tercera generación, luego de la reforma constitucional producida en 1994.

Decíamos antes de ahora(1), y a ese respecto, que la acción de amparo en materia de protección de los derechos de la tercera generación, por imperio de lo dispuesto en el artículo 43, no excluye la legitimación del habitante, sino que la amplía, incluyendo además del afectado, al Defensor del Pueblo, Ministerio Público y asociaciones que propenden a esos fines. Conviene, en consecuencia, desarrollar en detalle la extensión del horizonte en materia de legitimación para obrar, por nosotros propugnada.

Así, y una vez producida la reforma constitucional de 1994, queda en claro el hecho de que los derechos de la tercera generación han sido expresamente reconocidos a partir del marco textual. No se hablará, de aquí en más, de implicitudes o aun de matices de jerarquía constitucional.

Se han consagrado los derechos del usuario y el consumidor, y los medio-ambientales. El propio texto constitucional se encarga además de hacer notar que los restantes derechos de la tercera generación se encuentran en él acogidos, cuando el artículo 43 se refiere a los derechos de incidencia colectiva en general.

Párrafo aparte merece esta última denominación, que acabe desde ahora con las disquisiciones entre quienes suponen que estos derechos se configuran efectivamente como tales, y quienes los consideran intereses debido a la debilidad de su estructura. La Constitución ampara derechos, y por ello, concede acción para su tutela. Y por si en este caso quedase alguna duda, se refiere a ellos en forma expresa.

Si algo debiese quedar en claro de aquí y en más, es que ya no podrá hablarse de intereses difusos o intereses de pertenencia difusa, cuando de derechos de tercera generación se trate. Han sido rebautizados por el Constituyente como derechos de incidencia colectiva en general. Asimismo, hemos de rescatar la circunstancia de que el camino a la legitimación para obrar amplia que estos derechos requieren para ser actuados, también se acentuó desde la formulación normativa del artículo 43 de la CN, que concede acción de amparo a toda persona, para hacer valer sus derechos constitucionales (de la generación que fuesen, siempre que se encuentren estatuidos en la Constitución textual). Pero ello no ha sido todo. A fin de despejar dudas, el texto fundamental legitima para solicitar amparo, también:

* al afectado (art. 43)

* al Defensor del Pueblo (arts. 43, 86)

* al Ministerio Público (art. 43, 120)

* a las asociaciones que propenden a esos fines (art. 43)(2).

II

UNA DISCREPANCIA TRASCENDENTE QUE PUEDE SER DESPEJADA RECURRIENDO A LA

LECTURA DE LAS SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE

Hemos advertido, desde la lectura de análisis doctrinarios de primer nivel, referidos a la legitimación para obrar en materia de derechos de la tercera generación, luego de operada la reforma constitucional de 1994(3), una interpretación que sostiene que de la Constitución reformada no se desprende en modo alguno la consagración de una suerte de acción popular que desvincule absolutamente la legalidad del perjuicio o que la sujeción al principio de la legalidad se haya transformado en un verdadero derecho subjetivo del particular ante el Poder Judicial aun cuando el pretensor se hallare desvinculado de la relación jurídico material deducida en el proceso.

Para clarificar esta noción, con la que concordamos sólo parcialmente cabe acudir al siguiente desarrollo:

Así, sostenemos que obvia, por lo general la doctrina la relación existente entre los derechos humanos de la tercera generación y el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Insistimos en ello, pues de una cuidadosa y garantista lectura del texto constitucional, se sigue sin necesidad de recurrir a demasías interpretativas, que el amparo ha sido legislado para que lo actúe toda persona en defensa de derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un Tratado o una Ley. Por otra parte, el artículo 41 expresa que Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano. y el artículo 42 enuncia que Los consumidores y los usuarios de bienes y servicios tienen derecho.

En consecuencia, creemos posible sostener que todos los habitantes, ante una lesión en los derechos de la tercera generación, están habilitados para promover acción de amparo, en los términos del artículo 43 del texto supremo.

En nuestro sentir, y atendiendo como ya lo hemos referido largamente(4), a la peculiar naturaleza de estos derechos, que no cabe otra interpretación -si es que se pretende- que ellos puedan ser actuados por el habitante en el modo en que han sido concebidos.

Nuestra posición se ve avalada por lo expuesto en el recinto por el miembro informante del despacho mayoritario, de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, Sr. Convencional Díaz, al explicitar el sentido del texto que finalmente resultó aprobado como nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional.

En este aspecto, clarificó el mentado Convencional, que esta formulación:

.va a permitir que cada ciudadano, en su condición de tal, que cada habitante, que cada miembro de la comunidad de este país tenga los instrumentos necesarios para hacer valer, en su caso, la vigencia de los derechos que esta Constitución reconoce.

Estimamos que tal grado de amplitud conceptual, propicia la adopción de la acción de amparo, en materia de tutela de derechos de la tercera generación, a modo de acción popular cuando ella es instada por el habitante en el solo interés de la defensa de la legalidad. En tanto, cuando el requerimiento lo efectúa alguna de las asociaciones indicadas en el texto constitucional, en favor de diversos afectados, nos encontramos frente a la habilitación constitucional de la acción de clase. Diremos someramente a este respecto, que en la acción popular, quien reclama, no solamente efectúa denuncia impulsora de trámite, sino que se hace parte en el juicio, debiendo impulsar el proceso en la medida en que la ley no disponga la oficiosidad en el trámite(5). En vez, la acción de clase puede ser incoada por determinadas asociaciones u organizaciones privadas a las que la ley les reconoce la representación de los intereses públicos(6).

Obsérvese que la tesis por nosotros propugnada no hace otra cosa que poner de manifiesto, frente a la declamada vigencia de los derechos de la tercera generación, la circunstancia de la discutible supervivencia, a su respecto, del interés directo, o interés legítimo, en la medida que condicionan su actuación.

Con ello queremos indicar que el interés directo, y su modo de requerir legitimación, jugarán para aquel habitante, que afectado en su derecho de la tercera generación, acredite un daño sobre el que reclame reparación. No para el accionar de un afectado, ni para el del habitante, en los términos que han sido explicitados. Así, las acciones populares legitiman la intervención de cualquier ciudadano o persona del pueblo para actuar jurisdiccionalmente, y las de clase, a una organización a la que la ley le reconoce representación de los intereses públicos, cuando se procura la protección de un interés social. Enfatizamos que negar hoy tal aptitud a una organización al habitante que estime exista violación (v.gr.) al medio ambiente, por el accionar del Estado, o algún particular, o asociación, en los términos reseñados, pese a no ser el habitante afectado, sería tanto como privarlo del derecho a la jurisdicción, que hoy tiene entre nosotros jerarquía constitucional, por imperio de lo dispuesto en el artículo 75 inc.22 de la Constitución Nacional, en su referencia a los artículos 1 y 2 de la C.A.D.H.(7).

Con seguridad, la argumentación presentada, merezca algunas precisiones adicionales, a fin de aclarar nuestra posición, ya que si bien desde la postura tradicional, el acceso a la justicia (derecho a la jurisdicción) constituye en sí una limitación a los derechos subjetivos, en la medida del interés del reclamante; en el caso de los derechos de la tercera generación, la legitimación para obrar debe igualarse con la titularidad del derecho en cuestión, pues éste implica también un interés social, que no puede ser obviado al momento de ser actuado en juicio.

Esto significa que los viejos moldes procesales no pueden obstar a la actuación de los nuevos derechos constitucionales por la sola cuestión de que el Magistrado actuante encuentre que un habitante no representa entidad subjetiva suficiente para reclamar por la vigencia de un derecho de la tercera generación. Es que en realidad, este habitante no requiere de una entidad o porción subjetiva para hacer valer un derecho constitucionalizado en función de un interés social. Debe recordarse, a todo evento, que lo procesal es tributario y no condicionante de lo constitucional, lo que significa que el proceso está estructurado para servir al ciudadano a actuar la regla de la superación de la auto-defensa, pues sabido es que desde la organización del Estado moderno, se estimó que la justa paz sólo es posible en la medida en que el Estado es capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer las pretensiones que ante él mismo se formulan.

He aquí, y a partir de las palabras que anteceden, la correlación que existe entre los derechos humanos de la tercera generación, el derecho a la jurisdicción y la necesaria legitimación que todo habitante ha de tener en el momento de peticionar su vigencia, para que efectivamente, ellos no se tornen en un mero catálogo de ilusiones. Entendemos asimismo, y luego de cerrada la mención antecedente, que el artículo 43, en su segunda parte, de la Constitución Nacional, no inhabilita la reclamación por parte del habitante, en general, sino que amplía la frontera de la legitimación hasta alcanzar al afectado, al Defensor del Pueblo, al Ministerio Público y a aquellas asociaciones que propendan a esos fines.

Véase, en respaldo de nuestra posición, que cuando la norma fundamental indica que podrán interponer esta acción contra cualquier. (art. 43, 2do. párrafo), no expresa que solamente podrán interponer esta acción contra cualquier.

No prescindimos, en esta parte del análisis, del importante trabajo de RODOLFO BARRA(8), en cuya óptica, el artículo 43 de la Constitución Nacional se divide, en lo que a la acción de amparo respecta, en dos partes, manifestando que recién en el segundo párrafo del citado artículo el Constituyente se introduce en nuestra problemática. Si esta fuera la interpretación final de la norma, enfatizaríamos que estos derechos serán al menos seriamente limitados en cuanto a su posibilidad de actuación.

Concordamos con BARRA en que tal inciso, identifica a otros, que sin ser afectados, se encuentran igualmente legitimados para accionar en razón de la especial naturaleza del derecho protegido. Pero no podemos concluir de allí que la Constitución hubiese excluido al habitante común, quien hoy es titular de esos derechos, de la posibilidad de actuarlos en justicia, a menos que acredite su condición de afectado.

No creemos tampoco, como lo expresa el autor citado, que la terminología incidencia colectiva se relacione con el concepto de agravio expansivo, ya que en estos casos, no es que el agravio de uno pueda expandirse a muchos, sino que en razón del interés social, el agravio es aquí de todos(9).

Nuestra posición se ve, de todos modos fortalecida por la clara explicación que el Sr. miembro

informante por la mayoría de la Comisión respectiva (Nuevos Derechos y Garantías), brindó en el recinto del paraninfo santafesino, aventando las dudas respecto del sentido de la ubicación del primer y segundo párrafo del artículo 43.

Sostuvo -en suma- el Convencional Díaz que:

.Aunque quizá no valga la pena, reitero que este segundo párrafo del dictamen no limita el derecho reconocido a toda persona como se estipula en el primero. Solamente expande a otro tipo de sujetos la posibilidad de acceder a la protección de la tutela, en determinadas materias y sujetos específicos.(10).

Creemos que tan contundente afirmación de quien informó respecto de la norma en cuestión, exime de mayor comentario, al menos si deseamos desentrañar la meritación del constituyente al respecto del alcance de la norma en materia de legitimación para accionar.

En definitiva, estimamos que desde la reforma constitucional, el derecho que asiste a los habitantes en materia de tercera generación, merita la exigencia de diversos niveles de legitimación según se trate de pretensiones anulatorias, reparatorias o indemnizatorias. Pese a ello, no consustanciamos esta argumentación con la pretendida diferenciación jurídica entre derechos e intereses. Existen -desde nuestra visión- derechos consagrados y niveles de legitimación, con fundamento en los dos modos posibles de perjuicio: individual (postura clásica) y social.

Así, enfatizamos que en la defensa de estos derechos, existen tres niveles de legitimación:

* El habitante: tiene derecho para actuar en defensa de la legalidad y el patrimonio social (pretensión anulatoria)

* El afectado: posee derecho para actuar la defensa de la legalidad y una habilitación específica, dada la actuación concreta del elemento que lesiona el derecho de la tercera generación, aunque ella no le produzca un daño personal mensurable (pretensión reparatoria).

* El afectado, a quien además, se le produce un daño personal (pretensión resarcitoria), cuya generación deberá acreditar en juicio, en la forma de uso (este habitante titulariza un derecho subjetivo, en los términos de la primera generación, cuya operatividad se resuelve a partir de las reglas convencionales de actuación en juicio).

III

DIFICULTADES EN LA IMPLEMENTACION DE LA TESIS PROPUESTA

Sabemos que la vía judicial es por lo general, reacia a aceptar en su seno, sujetos que estima impersonales por cuanto se privilegia la atención sobre los derechos subjetivos, sin permitir que se filtre algún otro modo de participación en procura de prerrogativas, aunque sean diferentes, o la motivación de su actuación sea también diferente. Somos conscientes también de que tales nuevas motivaciones ponen en crisis la valla del individualismo, parapetadas en el hoy muy vigente derecho al acceso a la justicia, pero ha de hacerse notar que este modo de garantía fundamental hoy de expresa jerarquía constitucional, como se dijo ya, debe nutrir además a estos nuevos derechos, a fin de no tornarlos en evanescentes.

Estimamos que en este sentido, no debe claudicarse, admitiendo como excusa la ineficacia del sistema judicial, para negar a los habitantes su legitimación en el intento de la defensa de sus derechos (aun de aquellos que actúan de diverso modo, y motivados por diversos parámetros), mucho más, a sabiendas de lo dificultoso que es motivar al habitante para que actúe sus derechos en justicia. Si alguien se decide, pese a las molestias que ello le ocasiona, a entablar una acción, es porque tiene un interés real en el asunto de que se trata, sea cual fuere la generación de derechos que ello implique. Quizá debiera comenzarse a reinterpretar aquel concepto de la dimensión difusa (por expansiva) que se ha endilgado a los derechos de la tercera generación, de la que se hacía derivar que todos tenemos una porción subjetiva del derecho. Ello está muy bien cuando se habla del concepto de afectado, quien -como explicamos- se relaciona, desde nuestra interpretación, con la lesión del acto lesivo concreto al patrimonio social (aunque ello no lo perjudique subjetivamente).

Cuando hablamos del derecho del habitante (v.gr.) a un ambiente sano y equilibrado, y la aptitud que un acto determinado posea para violentarlo, hemos de ver aquí una habilitación de él y cualquier otro habitante, para verificar el cumplimiento de la legalidad (en este caso, constitucional). Por ello es que propugnamos en estos casos, comenzar a asociar los nuevos derechos con una dimensión social, a la que todos los habitantes tienen acceso, pues la violación al derecho implica en estas circunstancias, lesión al patrimonio social.

Enfatizamos, frente a nuestra pretensión de una legitimación amplia para obrar los derechos de la tercera generación, que aquí no solamente actúa una relación de pertenencia, sino además, de pertinencia, con lo que si todos somos parte del medio, a todos nos interesa por esa razón, la totalidad de lo que allí sucede. Por ello nos incumbe el deterioro que provoca la contaminación del aire que respiramos, en lo que compete a los problemas de salud que de tal hecho pueden derivar. Nos interesa también la circunstancia de que debido a su mal uso, muchos recursos naturales ya no sean considerados renovables. Nos afecta el menoscabo y desinterés respecto de los valores paisajísticos y culturales y tal afección es social, con impacto en futuras generaciones.

También nos afecta socialmente, como consumidores, la defectuosa provisión de servicios públicos esenciales, y valga lo expresado sólo como ejemplo. Retornando al tema de la viabilidad de la acción popular, como una de las modalidades posibles de actuación de estos derechos, y sin perjuicio de lo dicho en torno a que desde la reforma constitucional, el artículo 43 del texto supremo puede vehicularla en materia de derechos humanos de la tercera generación, cuando sólo se trate de instar el cumplimiento de la legalidad, también reconocemos que sería adecuado, en un futuro, que el legislador instituya un procedimiento, también de carácter sumarísimo, con posibilidad de articulación en el mismo de medidas cautelares de protección inmediata respecto de los derechos amparados, dándole así al instituto la estructura procesal moderna que su jerarquía requiere.

Advertimos, de todos modos, que -ínterin ello suceda- es nuestro criterio que el amparo, es asimismo proceso idóneo, siempre que se advierta el desamparo, para vehicular este particular modo de actuar la legalidad en materia de derechos de la tercera generación(11).

IV

POSICION DE DOCTRINA CALIFICADA Y JURISPRUDENCIA RECIENTE AL RESPECTO

a) La doctrina

En un serio e interesante análisis reciente, abordado desde la temática de la posibilidad de interponer amparo en favor de terceros, ha indicado GUILLERMO PEYRANO(12) que la nueva norma resulta ser sumamente amplia en materia de legitimación activa, indicando que se ha expresado a este respecto, que toda persona se encuentra facultada para interponer la acción, claro está, siempre que se den los supuestos que la misma norma constitucional establece.

Al enfocar luego el segundo párrafo de la norma en cuestión, advierte que el constituyente fue cuidadoso en la delimitación de los legitimados activos, reconociendo en primer término al afectado esa legitimación.

He aquí nuestra discrepancia con el distinguido colega(13) ya que desde nuestra interpretación, el artículo 43 de la CN resulta ser una estructura normativa, que en este punto, no puede escindirse en primero y segundo párrafos. El amparo es reconocido a todos los habitantes. En materia de Derechos Humanos de la tercera generación, ese reconocimiento se amplía a otros sujetos, mencionados en el texto supremo. Por ello no concordamos en que el amparo general posea una mayor extensión que el referido a los derechos de incidencia colectiva. Lo que sucede es que el modo de actuación del

habitante, cuando por vía de amparo y en materia de derechos de la tercera generación, intenta promover defensa de la legalidad, con pretensión anulatoria, se transforma [desde esa sola arista] en una peculiar modalidad de acción popular.

Ella no será viable en materia de derechos de primera y segunda generación, pues no se suscita desde su violación posible, un interés social digno de resguardo, sino que prima el interés individual, que se actúa en función de un perjuicio probado en juicio.

En suma, la extensión del amparo en ambos supuestos, no resulta mayor o menor, sino distinta, en función de que la lesión se produzca al interés individual o al interés social.

Salvada nuestra posición diremos sin perjuicio de ello, que el enfoque de PEYRANO, sin compartirlo, resulta ser renovador y altamente garantista. En tal tesitura podemos ubicar la posición de ALBERTO DALLA VÍA, GERMÁN J. BIDART CAMPOS y MIGUEL ANGEL EKMEKDJIAN entre otros.

Con posición contraria, y reflejando lo que en alguna manera entendemos como interpretación doctrinaria mayoritaria en la cuestión, además de RODOLFO BARRA, señalan ROBERTO DROMI y EDUARDO MENEM(14) que la protección de los intereses difusos no puede ser ilimitada, irrestricta o indiscriminada, sino que debe existir una relación de causalidad dada por el efecto reflejo de la objetividad en la subjetividad, es decir, que el interés colectivo debe traducirse en alguna afectación, aunque fuere indirecta o refleja, respecto del accionante. También expresa, desde igual línea de pensamiento EDUARDO FERNÁNDEZ FIX(15) respecto de lo que denomina el amparo de los derechos colectivos, que parece prudente no otorgar legitimación al titular de un interés simple. Por su parte, enfatiza JUAN CARLOS CASSAGNE(16) que sin que ello signifique desnaturalizar la función que cumple el Defensor del Pueblo, creemos (.) que la intervención en los procesos de este nuevo órgano de la Constitución Nacional, con arreglo a su artículo 86, no es susceptible de ser infinitamente dilatada en forma tal que sustente su intervención en defensa de la pura legalidad, agregando que no hay que olvidar que lo esencial del sistema se encuentra en la preservación de una injusticia subjetiva que tutele con la debida amplitud los diferentes derechos e intereses personales y aquellos de carácter colectivo cualificados expresamente por las normas.

Se patentiza en las muy calificadas posiciones transcriptas, en nuestro entender, la dificultad en interpretar la concepción que subyace y nutre a estos derechos, y nuevamente, el intento de contenerlos en la tesis del derecho subjetivo y la libertad pública, nutriente de los derechos de la primera, y con esfuerzo(17), de la segunda generación de derechos humanos, que no están en condiciones de proveer adecuadamente a su realización. Obsérvese como tal postura, procede generalmente de la utilización de la terminología intereses difusos, acerca de la que nos hemos mostrado, altamente críticos, o relacionar esta categoría, cuando no se accede al status de afectado, con la terminología interés simple, cuya trasposición es siempre conflictiva fuera del Derecho Administrativo (y sinceramente creemos, aun dentro de él).

La posición que asumimos, no propugna una apertura indiscriminada de la legitimación, sino más bien adecuar el concepto de legitimación, a la modalidad del interés social abriendo la compuerta de la acción popular, solamente cuando se actúa en defensa de la legalidad, en el marco de los derechos humanos de la tercera generación.

Esta interpretación nos parece prudente, fundada y correcta. b) La jurisprudencia

Respecto de las líneas jurisprudenciales recientes, y luego de la agradable sensación de aire fresco que dejaron entrever algunos sonados fallos precursores⁽¹⁸⁾ que nos conformaban con sus garantistas posiciones, la realidad parece demostrar que algunos jueces prefieren cerrar las puertas de la legitimación para así garantizar un presunto marco de seguridad jurídica que se pretende con ello preservar.

Para muestra, bastan dos pronunciamientos:

En primer término, los obrados Consumidores libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios y Acción Comunitaria c/ Estado Nacional -Decreto 702/95-(19).

Allí, en una pretensión de neto corte anulatorio la cooperativa de mención interpuso acción de amparo a fin de que se decrete la ilegalidad del decreto 702/95, que dispuso la intervención de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, por entender que resultaba manifiestamente arbitrario e inconstitucional con expresa violación del artículo 42 de la Constitución Nacional.

En su informe, la demandada excepciona de falta de legitimación para obrar en la actora aduciendo que no existe daño concreto a consumidor alguno, y que -por otra parte- la norma del artículo 43 es esencialmente programática.

La respuesta del juzgado de 1ra. Instancia fue impecable. Desarticuló la excepción indicando que según el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuando se trata de los derechos relativos al ambiente a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva, la acción podrá ser interpuesta por: a) el afectado, b) el defensor del pueblo y c) las asociaciones que propendan a esos fines agregando que esta condición se encuentra debidamente cumplida en el sub examine ya que consumidores libres, de acuerdo al acta constitutiva, tiene por objeto todo lo concerniente a la defensa del consumidor.

Se aclaró luego que se trataba de una pretensión exclusivamente anulatoria con la que no se pretendía el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su eventual reestablecimiento. Por otra parte, enfatiza el Magistrado actuante, que aun cuando se pretendiese restar legitimación a la Cooperativa, por no existir reglamentación que determine su accionar, había tomado intervención en la causa, el Defensor del Pueblo, quien sin dudas posee legitimación procesal a esos fines.

Al evaluar el fondo del asunto, el Juez de 1ra. Instancia también da razón al demandante por considerar que el acto administrativo poseía ciertos vicios que tornaban viable la impugnación de la demandante Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria y el Defensor del Pueblo de la Nación(20).

Pero todo se modificó con el pronunciamiento de Alzada(21) ya que el Superior interpretó que el criterio según el cual la posibilidad de impugnar una decisión administrativa se encuentra circunscripta a las hipótesis en las cuales un acto administrativo ilegal produce un perjuicio efectivo, enfatizando el tribunal que el artículo 43 de la Constitución reformada no ha consagrado una suerte de acción popular que desvincule absolutamente la ilegalidad del perjuicio, ni transformó la sujeción al principio de legalidad en un verdadero derecho del particular.

Aun avanza el fallo indicado que la legitimación procesal que el artículo 86 de la Constitución confiere al Defensor del Pueblo no puede ser dilatada en forma tal que permita su intervención judicial en defensa de la pura legalidad.

Finaliza la avanzada cercenante al enfatizar que hasta tanto se dicte la legislación a que remite el artículo 42, párr. 3ro. de la Constitución Nacional, la acción de amparo promovida en defensa de los consumidores y relacionada con los servicios públicos debe ser enjuiciada con arreglo a las soluciones del ordenamiento vigente.

En nuestro sentir, un franco y definido retroceso. Respecto del primer aspecto del tratamiento comentado, parece obviar la Alzada que en materia de derechos humanos de la tercera generación -como ya se lo señaló más arriba- el perjuicio que se procura evitar, no posee entidad subjetiva, sino social; de allí los diversos niveles de legitimación que comentamos.

Por ello es que seguimos aplaudiendo la resolución del juez de grado, que admitió una pretensión meramente anulatoria por considerar que el perjuicio social debía ser evitado.

Discrepamos también con la negación del tribunal a la admisión de la acción popular en materia de derechos humanos de la tercera generación. No volveremos aquí acerca del modo en que es posible implementarla en nuestro derecho con beneficio para el patrimonio social. Entendemos de todos

modos, que en el caso de la Cooperativa, se trataba de una acción de clase, y el Defensor del pueblo poseía legitimación subjetiva para accionar, particularmente en defensa de la pura legalidad, al igual que el Ministerio Público también la posee (arts. 43, 120, CN).

Finalmente sienta la Alzada una regla en contra de lo casi unánimemente interpretado por la doctrina nacional(22), en el sentido de que la cláusula constitucional de habilitación respecto a las asociaciones que propenden a tales fines, para demandar amparo no es directamente operativa.

Discrepamos en el punto también -en consecuencia- con el comentario que el prestigioso administrativista JUAN CARLOS CASSAGNE (23) efectúa al pronunciamiento, pues a contrario de lo dicho por el maestro, con la solución propugnada por el tribunal, se resta realmente operatividad a la cláusula constitucional en comentario. No tenemos dudas de ello.

Obsérvese que -analizando el aleccionador fallo de 1ra. Instancia- que fuera revocado por la Alzada, expresó AGUSTÍN(24) que con toda corrección, el fallo [revocado] declara el carácter inmediatamente operativo de dicha cláusula constitucional, sin perjuicio de la ulterior reglamentación legislativa del Congreso. Es también la buena doctrina. Nosotros lo creemos así.

Otro pronunciamiento sobre el que queremos hacer hincapié es el que rescata la posición de la Cámara Federal Contencioso Administrativo, sala III, respecto de la concesión de medidas cautelares en procesos referidos a derechos humanos de la tercera generación(25).

Allí ha sostenido la Alzada que el objeto de la acción de Amparo no puede coincidir con el de la cautelar, ya que de ser así, se anticiparía indebidamente la sentencia definitiva.

Entendemos -y en particular teniendo en cuenta que se trataba de un amparo en materia medio-ambiental- que aquí debe ser la judicatura generosa en la concesión de cautelares, ya que la Constitución garantiza, sin ambages el derecho a un medio ambiente sano. Para el caso se trataba de la puesta en funcionamiento de una planta sin el debido estudio de impacto ambiental.

Creemos que es en estas circunstancias, harto dificultoso lidiar con el disvalor del hecho consumado, y por ello cabe aquí ser flexible, atendiendo a la regla prioritaria de la prevención, frente a modos de reparación, que a veces son imposibles de lograr.

Bien aconseja AGUSTÍN en su comentario al fallo(26) que se trata entonces de demandar más en el amparo que lo que se va a pedir en la cautelar.

Resulta una obviedad en que de todas formas incurriremos, insistir en la dificultad de comprensión, respecto del marco de actuación de los derechos humanos de la tercera generación.

Del análisis jurisprudencial reciente que hemos efectuado, se desprende otro retroceso en la interpretación de esta novedosa materia, que entendimos importante explicitar, y particularmente porque nuestra fe en la judicatura nos invita a aportar elementos para una madura discusión de ideas, pues todavía creemos que en democracia el debate enriquece.

Basta que todos oigamos, y estemos dispuestos a afrontar el cambio de siglo sin rémoras que nos aten al pasado. Quizá el secreto, para amalgamar posiciones se encuentre en enfatizar que hay un único lugar donde ayer y hoy se encuentran y se reconocen y se abrazan, y ese lugar es mañana.

V

ALGUNAS CONCLUSIONES

Creemos que el debate sobre el tema recién comienza. Sólo intentamos, como se dijo párrafos más arriba, nutrir con algunos conceptos propios, la discusión democrática de ideas.

Sabemos también que la tercera generación de derechos humanos es superadora [por diversa] de las anteriores, y posee distinto marco de actuación. Ello deberá ser efectivamente interpretado si es que estos nuevos derechos pretenden ser efectivizados. Si no, la resultante solamente será más de lo mismo.

Nosotros tenemos esperanza en que lo normado en el texto fundamental sea respetado por los operadores políticos de los Poderes Públicos ya que la ciudadanía merece una adecuada tutela a sus derechos constitucionalmente consagrados.

Y de eso se trata. De ofrecer instrumentos idóneos. De que los técnicos del derecho se encuentren en todos los casos, a la altura de la gente que pretende manejar fácilmente las herramientas de actuación de la democracia.

Y reiteramos que no pretendemos nutrir al lector de una voz de desesperanza. Muy por el contrario. Es por ello que nos permitimos culminar nuestro modesto aporte, con una cita del maestro, que entendemos oportuna, aun pese a su evidente traspolación, la que esperamos, sea disculpada en lo que surja impertinente:

No hay poeta que sea voz total del querer, del odiar, de la muerte o del desesperar. Es decir, los grandes versos de la humanidad no han sido aún escritos. Esta es imperfección, de que debe alegrarse nuestra esperanza(27).

NOTAS

(1) En ponencia presentada a la II Jornada Nacional sobre Temas Constitucionales relevantes (Rosario, 3 de setiembre de 1995), trabajo que fuera comentado por GUILLERMO PEYRANO en La posibilidad del amparo en favor de terceros en el marco del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, JA del 22/11/95, pág. 6.(2) Se invita aquí al lector a recurrir a la ponencia de nuestra autoría referenciada supra en la que intentamos despejar dudas que pueden inducir a error, cuando la Constitución hace referencia al concepto intereses.

(3) Ver, por todos ellos, y en postura que consideramos extrema [frente a la que discrepamos] el importante trabajo de CASSAGNE, JUAN CARLOS, De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo, en LL, Suplemento de jurisprudencia de derecho administrativo del 6 de diciembre de 1995, pág. 3 y ss.

(4) Ver, de nuestra autoría, Los Derechos Humanos de la tercera generación en AADC, N° 98, de junio de 1994, pág. 4 y ss. Además, en colaboración con DANIEL VICENTE, La creación del defensor del pueblo comunal en Mar del Plata, ED, 146-908 y con JUAN COSTANTINO, Intereses difusos, su protección, efectos y alcances, ED, 142-834.

(5) Lo que es preferible en la interpretación de QUIROGA LAVIÉ, Los derechos públicos subjetivos y la participación social, Depalma, 1985, ya que disponiéndose la oficiosidad, no se deja librada la suerte del interés público a la diligencia del accionante.

(6) Como es el caso de los consumidores, citado por QUIROGA LAVIÉ, quienes al no poder actuar eficientemente si lo hacen en forma aislada, se asocian con el objeto de protegerse frente a eventuales maniobras que pudiesen ser instrumentadas por los comerciantes.

(7) No está de más destacar la importancia de tan trascendente garantía, a partir de la cual, todo aquél que crea tener derecho a algo, puede acudir a un órgano Estatal imparcial que lo atienda, verificando su razón y en su caso, haciendo efectivo el derecho. Ello implica, en nuestro sentir, que tal derecho significará desde ahora y en más, una pauta valorativa de contenido obligatorio para los Poderes Públicos, ya sea para su interpretación (Poder Judicial), como para su aplicación y puesta en marcha (restantes Poderes Públicos, y en caso de omisión, Poder Judicial, luego de arbitrada la pertinente inconstitucionalidad por omisión).

(8) BARRA, RODOLFO, La acción de Amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar, LL, del 14 de noviembre de 1994.

(9) Obsérvese que en esta oportunidad, se intenta adaptar la figura en cuestión al concepto de derecho subjetivo. BARRA interpreta que el derecho de tercera generación impacta en un afectado directo, que por tal razón actúa en justicia (desde esta óptica, nada agrega la consagración constitucional de estos nuevos derechos), pero adiciona que el agravio individual, puede tener incidencia colectiva. Y entonces, con tal fundamento, se amplía la legitimación activa. No compartimos tal tesis. Afirmamos que la incidencia colectiva de un derecho implica que él motiva un interés social, y por ello, puede ser actuado por todos y cada uno de los habitantes que lo titularizan.

(10) Entendemos que tal explicitación, exige de mayores comentarios al respecto (Diario de Sesiones citado, pág. 4050). Sin perjuicio de ello, bueno es citar la discrepancia, que sí existió con el informe de minoría (a cargo del Convencional Barcesat, pág. 4052 y ss.) en cuanto tal segundo dictamen pretendía explicitar en este punto la incorporación de la palabra también (pág. 4056) por entender que las legitimaciones conferidas al Defensor del Pueblo y Asociaciones concernidas, jamás deberían desplazar a los particulares damnificados. Como se ve, en ningún caso se cuestionó en el recinto, la perspectiva de que el habitante pudiese accionar en pos de los derechos de tercera generación que la propia Constitución Nacional le garantiza expresamente. (11) Igual criterio sostuvo, en ponencia presentada a las IV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional, celebradas en la ciudad de Mar del Plata el 12 y 13 de octubre de 1995, el Dr. DOMINGO ALBERTO VIRDO. Agrega enfáticamente, sin perjuicio de lo dicho, que la estructura de la ley 16.986 [ED, 16-967] no es adecuada a esos fines.

(12) PEYRANO, GUILLERMO, ob. cit., supra.

(13) Que a fuer de ser sinceros, fue expresamente rescatada por el analista en su trabajo, lo que realmente reconocemos y agradecemos.

(14) La Constitución Reformada, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 164.

(15) Análisis de las garantías del artículo 43 de la Constitución Nacional, Revista Quorum del Colegio de Abogados de la ciudad de Mar del Plata, correspondiente al mes de junio de 1995, pág. 17/18.

(16) De nuevo sobre la legitimación procesal para accionar en el amparo, ya citada.

(17) A partir de la inserción del concepto de norma programática.

(18) Nos referimos a los obrados Vaggione, Rafael c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ acción de amparo (ED, 159-359, con nota de GERMÁN J. BIDART CAMPOS) resuelto pocos días antes de entrar en vigencia la reforma constitucional de 1994 y Schroeder, Juan c/ Estado Nacional (Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano) (LL, 1994-E-449).

(19) Publicado en LL. Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo, del 6 de diciembre de 1995, pág. 39 y ss.

(20) Resulta aquí interesante recatar la cautela y sentido común del Juez de Grado que si bien recepta la acción en los términos narrados, la rechaza respecto del co-demandante Fecosur toda vez que estima que tal entidad no poseía legitimidad suficiente para reclamar, al no ser su pretensión exclusivamente anulatoria, ni ser una asociación que propenda a los fines de la defensa del consumidor. En este sentido, y siguiendo la doctrina Schroeder, admite una modalidad de acción de clase cuando la pretensión es exclusivamente anulatoria. Entendemos nosotros, que si -en el caso de Fecosur- la pretensión hubiese sido sólo anulatoria, debiera haberse otorgado legitimación a modo de acción popular, en defensa y custodia de la legalidad.

(21) CNCont.adm.Fed., sala I, octubre 20-1995, en íd. caso.

(22) Ver por todos ellos a SAIRES, GUSTAVO y otro, La defensa del consumidor: concepto y encuadre legal actual, en JA, del 14 de junio de 1995, pág. 18 y ss. Nro. 5937. Allí indican los autores señalados que tal cláusula constitucional es directamente operativa, ya que no se advierte qué legislación es necesaria a los fines de reglamentar la actuación judicial de tales entidades.

(23) CASSAGNE, JUAN CARLOS, De nuevo sobre la legitimación., ya citado.

(24) La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva, LL,

Suplemento de jurisprudencia de derecho administrativo, 6 de diciembre de 1995, pág. 39 y ss.

(25) Se trata de Schroeder, Juan y otros c/ Estado Nacional s/ medida precautoria (CNCont.adm.Fed., sala III, feb. 3-1995).

(26) Consejos para amparistas, en LL, Suplemento de jurisprudencia de derecho administrativo, 4 de setiembre de 1995, pág. 51.

(27) JORGE LUIS BORGES, La fruición literaria.