

Los presupuestos del amparo colectivo en la provincia de Buenos Aires*

Por Maximiliano A. Ceballos

El nuevo art. 7° de la ley 13.928, agregado con la última reforma a la ley de amparo provincial, por vía de la ley 14.192, dice: *“En el caso de amparos de incidencia colectiva, la demanda tendrá que contener, además de lo establecido en el artículo anterior, la referencia específica de sus efectos comunes.*

Respecto de los procesos sobre intereses individuales homogéneos, la pretensión deberá además de concentrarse en los efectos comunes, identificar un hecho único o complejo que cause la lesión; el interés individual no debe justificar la promoción de demandas individuales, y debe garantizarse una adecuada representación de todas las personas involucradas.

La representación adecuada del grupo resulta de la precisa identificación del mismo, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación, la debida notificación y publicidad del litigio y el planteo de cuestiones de hecho y de derecho comunes y homogéneas a todo el colectivo”.

Sobre la base de la nueva disposición legal, realizaremos su comentario, repasando brevemente la naturaleza de los derechos involucrados, para poder avanzar y explicar los presupuestos y funcionamiento del novel precepto legal para los amparos colectivos.

1. La indicación de la colectividad afectada y de las implicancias jurídicas que los une en los amparos colectivos

En caso de que se inicie un amparo colectivo, en donde el actor afectado lo haga por derecho propio y en representación de la colectividad que se encuentra en las mismas condiciones, éste debe indicar cuál es ese colectivo afectado y el vínculo jurídico que los une, ya sea que se trate de una acción en tutela de un bien colectivo, o de derechos individuales homogéneos.

Obviamente que no deja de tener esta carga procesal el defensor del pueblo de la provincia o municipal, o las asociaciones de defensa de derechos de pertenencia colectiva.

Como lo establece el último párrafo del art. 7° de la ley 13.928, no basta con solo indicar el grupo afectado, lo cual no demuestra inconvenientes, sino que también se debe acreditar la relación que los une a todos (el artículo dice *la referencia específica de sus efectos comunes*), de manera tal que la sentencia que se dicte pueda afectar de modo directo los derechos de toda esa colectividad, se trate de un amparo colectivo puro, o de un amparo como acción de clase; ambos tienen diferencias conceptuales importantes, como ser, por ejemplo, la divisibilidad del interés en el último y la indivisibilidad en el primero.

* [Bibliografía recomendada.](#)

Se debe ser claro y preciso al indicar a qué grupo colectivo se pretende tutelar y no es necesario adjuntar todos los datos personales de los integrantes; basta sólo con la individualización geográfica, o de la clase de derechos a que pertenezcan esos sujetos.

Esta es una de las premisas fundamentales que se toman en consideración para certificar una *class action* en el derecho estadounidense, bajo la normativa de la Regla Federal 23, de procedimientos civiles, y que sigue el Código Modelo para Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Los contornos de la clase nunca serán precisos, y hasta pueden variar durante el transcurso del proceso¹, exponiendo la doctrina que se ha especializado en el tema, que “la pertenencia a la clase es una circunstancia ocasional, cuya particularidad principal es que no tiene fronteras cerradas, sino que sus límites permeables permiten la entrada y salida de sus integrantes. Es decir, puede ocurrir que, al momento en que el conflicto se desate, una persona determinada no se encuentre comprendida en la clase que se ha definido; sin embargo, por la ocurrencia de alguna circunstancia sobreviniente –v.gr., consumir un producto determinado–, ella se incorporará al grupo en conflicto. O, en el sentido inverso, quien en un momento era vecino de una zona contaminada puede mudarse a otro lugar, dejando de pertenecer a la clase previamente definida”².

Lo característico de la clase es que ella se encuentra determinada por los hechos comunes que la involucran, del mismo modo en que lo legisla la Regla Federal 23 de los Estados Unidos de América, inc. a, ap. 2, en cuanto exige que la clase, para ser tal, debe compartir cuestiones de hecho o de derecho comunes que permita vincular a los miembros de la clase. Aunque de todos modos, como lo afirma Salgado, este requisito “no implica que no deban o puedan existir diferencias o divergencias en la comparación de los derechos individuales, sino que la fase del proceso individual homogéneo tiende a dirimir los aspectos comunes, posponiendo para una fase posterior aquellos que no lo son”³. Y que “la existencia de cuestiones comunes a una clase, alrededor de las cuales girará el debate del proceso colectivo, no es más que la reafirmación del sentido práctico de ese sistema; éstas, por ende, deben presentarse, se trate de derechos difusos⁴ o individuales homogéneos. Sobre el recaudo de la predominancia sólo tiene sentido hablar en los derechos individuales homogéneos, dado que la supremacía de las cuestiones individuales sobre las comunes puede presentarse –impidiendo el litigio colectivo– cuando el derecho es de carácter divisible. Consecuentemente, en los derechos difusos resulta imposible que se verifique la emergencia de cuestiones individuales referidas”⁵.

En cuanto a las consecuencias de la extensión de los efectos de la cosa juzgada en un amparo de tipo colectivo, la misma alcanza a todo el grupo de afectados,

¹ Por eso es criticable que se haya diseñado la posibilidad de la acción de clase (de derechos homogéneos, o colectivos y difusos), por vía de la acción de amparo, pues el mismísimo proceso colectivo es de carácter complejo por su naturaleza misma. Esto es lo que atenta contra la agilidad y expeditividad para la que fue diseñada la acción de amparo.

² Salgado, José M., *Tutela individual homogénea*, Bs. As., Astrea, 2011, p. 50 y 51.

³ Salgado, *Tutela individual homogénea*, p. 207.

⁴ Nosotros hablamos de derechos colectivos o difusos como especie del género “derechos de pertenencia colectiva”.

⁵ Salgado, *Tutela individual homogénea*, p. 208.

hayan o no participado del proceso judicial, tal como lo dispone el nuevo art. 15 de la ley 13.928, introducido por la ley 14.192, adoptando el sistema de la cosa juzgada *secundum eventum litis* y *secundum eventum probationem*, que sería la adopción del sistema de la Regla Federal 23, de preclusión unilateral, pero modificada.

2. Los derechos colectivos y los derechos individuales homogéneos

Dice la Constitución provincial que la acción de amparo procede cuando se vulneren derechos individuales y colectivos, lo que supone que la propia ley fundamental provincial admite, al igual que la nacional, la categoría de derechos según pertenezcan a uno o a todos los individuos. Sin embargo la cuestión no es tan simple como lo parece, puesto que del carácter del derecho tutelado dependerá la legitimación procesal de las diferentes entidades y personas jurídicas en defensa de los derechos.

Como vemos, la individualidad o colectividad de un derecho resulta tajante a la hora de la admisión de las partes como autorizados a iniciar o adherir a un pleito judicial de amparo. Somos de la idea de que si bien la jurisprudencia aún no es pacífica y hasta **incluso al día de hoy** la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de sus votos minoritarios no se encuentra completamente de acuerdo, hay una posición en la que debemos pararnos y fijar postura. Me refiero a que para nosotros los derechos deben catalogarse como de pertenencia individual o de pertenencia colectiva, siguiendo a Jiménez y Constantino⁶, aunque estos autores hablan de derechos difusos, y nosotros proponemos una sutil diferenciación entre derechos colectivos y derechos difusos.

En el marco de esta diferenciación entre derechos de pertenencia individual o de pertenencia colectiva, los primeros nos recuerdan la clásica división de situaciones jurídico subjetivas del derecho administrativo, en donde la Administración pública tiene a su frente un grupo de sujetos legitimados, entre los que cuentan los que gozan de un derecho subjetivo (propio individual), los que tienen un interés legítimo (grupo de sujetos que comparten la exclusividad y excluyen a cualquier otro en el disfrute de ese interés frente a la Administración pública), y los que tienen un interés simple que sólo pueden efectuar meras denuncias, ejerciendo el derecho de petitorio a las autoridades del art. 14 de la Const. nacional.

Y esto es así, porque los derechos colectivos para muchos autores pertenecen a la categoría de intereses simples, mientras que para nosotros están dentro de los intereses legítimos como en breve lo expondremos. Igualmente, esta categorización francamente en crisis en la actualidad, es pensada para el ciudadano frente a la Administración pública, similar a la situación de los derechos públicos subjetivos.

a) *Los derechos de pertenencia individual.* Bajo este acápite iniciamos el análisis de los derechos individuales que son ejercidos por las personas individualmente y que afectan sólo a ese sujeto. Esto supone que pasarán a ser colectivos en la medida que el mismo derecho que pertenece a un persona se encuentre afectando a

⁶ Jiménez, Eduardo P. - Constantino, Juan A., *Intereses difusos: su protección. Efectos y alcances*, ED, 142-834.

varios en la misma situación o en análogas, y en principio, sin importar la entidad o modalidad del daño.

Los derechos los gozamos todos por igual (art. 16, Const. nacional) siempre y cuando estemos en las mismas condiciones, puesto que un incapaz de hecho no puede gozar sus derechos de la misma manera que lo hace una persona capaz, según la legislación civil. Pero en este contexto de disfrute de derechos tanto públicos como privados subjetivos, el Estado o los particulares pueden vulnerarlos. De esta manera están violentando un derecho de pertenencia individual, de un sujeto que halla en el ordenamiento jurídico garantías suficientes para repeler dicho ataque. ¿Pero qué diferencia entonces al derecho de pertenencia individual del de pertenencia colectiva? Pues bien, que el individual corresponde a un sujeto individualizable, es un derecho divisible y no homogéneo, recae en su caso concreto, mientras el acto de la autoridad o de los particulares no se torne de tal entidad que afecte el mismo derecho a un sinnúmero de sujetos, o clases o grupos indeterminados pero determinables de ellos, que autoricen la legitimación procesal de los otros sujetos que la ley y la Constitución provincial permiten intervenir. Ya que ante esta situación, el derecho de pertenencia individual pasa a ser de pertenencia colectiva, que merece una respuesta adecuada con efectos expansivos de la cosa juzgada para todos los casos, en aras de la defensa del principio de economía procesal y de la seguridad jurídica, con el fin de evitar sentencias contradictorias que necesariamente tengan que llevar a unificar jurisprudencia en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Entonces, es titular de un derecho de exclusiva pertenencia individual aquella persona que esté “directamente afectada en un derecho subjetivo”⁷ o como dice Dromi el “particular afectado para presentar judicialmente la acción de amparo, en tanto se haya vulnerado alguno de los derechos consagrados en el ordenamiento vigente, por cuanto es él quien padece en forma actual o inminente una lesión, restricción, alteración o amenaza de algún derecho o garantía constitucional”⁸, apuntando Gozaíni que se reconoce un derecho de pertenencia individual al “titular de un derecho invocado en el juicio, que resulta directamente dañado por el acto lesivo, (que) se lo protege por ser el *dueño del derecho subjetivo*”⁹.

Los caracteres que tipifican al derecho como de pertenencia individual son los de exclusividad, jurídicamente protegido por el ordenamiento vigente, reconocido constitucionalmente, y que todos los habitantes por ser tales los gozan conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Al mismo tiempo es individual y el acto lesivo sólo lo afecta a dicho individuo, generándole una *facultas exigendi* para defenderlo judicialmente. Al respecto dice la jurisprudencia bonaerense que “para ser parte en todo proceso de amparo se requiere que quien lo articula, proceda en virtud de un derecho propio vulnerado, concediéndose tal legitimación al titular del derecho lesionado (art. 6º, ley 7166), o sea, a quien ha sufrido la violación de sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley, y tiene interés en que ella

⁷ Toricelli, Maximiliano, *Legitimación activa en el art. 43 de la Constitución nacional*, en Bidart Campos, Germán J. - Sagüés, Néstor P., *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades*, Bs. As., Depalma, 2000, p. 47 y 48.

⁸ Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*, Bs. As., Ciudad Argentina, 1998, p. 723.

⁹ Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho procesal constitucional. Amparo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 330.

cese; sin embargo por ser esta acción de naturaleza excepcional y de trámite sumarísimo, no resulta imprescindible acreditar la certeza definitiva de la titularidad del derecho invocado, bastando que se proceda en virtud de un derecho propio vulnerado o de un ataque a intereses legítimos del peticionante, para que pueda accederse a la jurisdicción”¹⁰.

b) *Los derechos de pertenencia colectiva. Clasificación.* Este punto trajo más de un dolor de cabeza a la doctrina y a la judicatura, y aún los sigue trayendo, puesto que no hay un consenso absoluto respecto de la clasificación y alcance de determinados derechos de pertenencia colectiva como integrantes de esta categoría, relegados a la de derechos de pertenencia individual o hasta incluso de intereses simples en donde el sujeto queda a la buena de Dios, por así decirlo, puesto que en este caso sólo le compete la potestad de efectuar denuncias ante la Administración pública, y ninguna protección judicial inmediata conlleva.

Para hablar de derechos colectivos, primeramente corresponde dejar aclarado si existen esos derechos, puesto que en general los derechos se identifican de manera individual con el sujeto titular de él. Cabe apuntar, que los derechos que se tutelan por medio de la acción de amparo, son tanto los derechos públicos subjetivos como derechos privados subjetivos.

Ahora bien, como esos derechos son subjetivos significa que recaen sobre un sujeto cierto, determinado o determinable, que resulta ser el titular de ese interés al que la ley le ha asignado protección.

Pero actualmente y desde hace mucho tiempo, la cuestión dejó de ser tan nítida y comenzó a complicarse con el advenimiento de la posmodernidad, puesto que el sujeto individual dejó de valorarse como persona considerada en sí misma y en el individualismo absoluto, reconociéndose como un sujeto social, inmerso en la misma y compartiendo los avatares que se presenten en todos los ámbitos. Es así que en la sociedad de los tiempos actuales, “en la masificación en la producción, en la comercialización, en el consumo, en las comunicaciones, (se) va imponiendo crecientemente la participación colectiva. Es por eso que, en la esfera de implementación de sus derechos e intereses, los ciudadanos no se contentan con respuestas meramente individuales para solucionar sus conflictos”¹¹.

Poco a poco, la cuestión comenzó a tomar contornos mucho más ensanchados llegando a su punto cúlmine con la redacción del nuevo art. 43 de la Const. nacional, y con el consecuente reconocimiento constitucional de una nueva categoría de derechos, los colectivos o difusos. Así, ha dicho la Suprema Corte bonaerense en el caso “Rusconi” que “los nuevos principios consagrados por la Constitución nacional y en la de la provincia de Buenos Aires garantizan un tipo de tutela que asegura el acceso a la justicia a situaciones que exceden el esquema clásico de la custodia de los derechos subjetivos, potenciando de este modo los marcos de legitimación activa para ejercitar pretensiones en juicio”¹².

¹⁰ CCivCom San Isidro, Sala II, 16/3/89, ED, 133-81.

¹¹ Chaumet, Mario E. - Menicocci, Alejandro A., *Los intereses difusos en el art. 43 de la Constitución nacional*, en Bidart Campos - Sagües, “El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades”, p. 132.

¹² SCJBA, 4/7/95, LL, 1996-C-20, del voto del doctor Hitters.

Forzoso es iniciar, en primer lugar, con la dilucidación de si estamos hablando de derechos o de intereses. Para ello en primer término debemos recordar la clasificación propia del derecho administrativo (que escuetamente practicamos más arriba), entre derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples. Es decir, las situaciones jurídicas subjetivas en las que se encuentran los ciudadanos conforme lo ha desarrollado la doctrina administrativista. En primer lugar, el derecho subjetivo es aquel interés jurídico tutelado por la ley, en cuanto se le debe al titular de dicho derecho, una prestación por parte del Estado o sujetos determinados, o la abstención de estos últimos de la realización de ciertos hechos. Si en la relación jurídica se encuentran el Estado o sus entes, generalmente el derecho subjetivo es de carácter público, salvo que el Estado actúe como ente de derecho privado. Pero cuando el legitimado pasivo en la relación jurídica es un particular, nos estamos refiriendo a un derecho subjetivo privado.

Por otro lado, se trata de intereses legítimos, como nueva categoría, aquellas situaciones en donde el derecho se encuentra fragmentado. No pertenece a un sujeto en particular, sino que su dominio es de varias personas al mismo tiempo, de un grupo determinado, que tiene el mismo interés jurídico en que la Administración respete sus derechos (como p.ej., los vecinos de una fábrica que no cumplimenta con la normativa municipal de seguridad ambiental, y que afecte directamente a este grupo de vecinos). Es decir, en el caso de los intereses legítimos estamos en presencia de un grupo de sujetos que tienen exactamente el mismo interés, sobre el mismo objeto, a todos afecta por igual, siendo que dicho derecho se encuentra fragmentado entre todos ellos. El interés legítimo es exclusivo y excluyente de alguien más, y como dice Toricelli, con cita de Dromi, “a diferencia del derecho subjetivo, en el interés legítimo, si bien el individuo tiene un interés personal y directo, esa protección no está concedida por el ordenamiento jurídico de modo exclusivo, sino que hay una concurrencia de individuos que se encuentran en esta misma situación”¹³.

Por último, hablamos de interés simple, cuando se trata de aquellas situaciones en que la población tiene una mera valoración en la buena marcha de la Administración pública, no siendo titular de ningún derecho al control de la misma, siempre que la actividad no le cause perjuicio alguno. Sin embargo, en virtud del art. 14 de la ley fundamental, los ciudadanos tienen el derecho a peticionar a las autoridades, ya sea mediante petitorios, participación en audiencias públicas, denuncias efectuadas ante las propias autoridades, etcétera.

Sin perjuicio de todo ello, Morello y Vallefín son partidarios de que se ha vuelto prácticamente estéril la división entre derecho subjetivo e interés legítimo, puesto que “dentro de las nuevas manifestaciones de *agresión* o *invasión*... no sólo por parte del poder público sino de otras expresiones sociales que requieren un estricto control por la proyección nociva de sus actividades... lleva a atender multiplicadas hipótesis en las que hace crisis la noción receptiva del derecho subjetivo”¹⁴. Y con cita de Celso Antonio Bandera de Mello aclaran que “sagazmente se advierte que no se interpreta a la Constitución procesalmente; por el contrario las contingencias pro-

¹³ Toricelli, Maximiliano, *Organización constitucional del poder*, t. 1, Bs. As., Astrea, 2010, p. 124.

¹⁴ Morello, Augusto C. - Vallefín, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, La Plata, Ediciones del Plata, 2004, p. 269.

cesales son las que deben interpretarse a la luz de las exigencias de la Constitución”¹⁵.

Ante todo el panorama sintetizado, los derechos colectivos o difusos son una nueva categoría reconocida constitucionalmente que no encaja en ninguno de los cánones descriptos anteriormente. Es así que se ha dicho que los derechos o intereses colectivos o difusos (que no son sinónimos), son una categoría vigente entre los intereses legítimos y los intereses simples. Pero al mismo tiempo, estamos los que creemos que en primer término, lo correcto sería hablar de intereses y no de derechos colectivos, sin perjuicio de su coloquial uso como sinónimos. En segundo lugar, creemos con Díaz¹⁶, que los intereses colectivos o difusos son dos especies del interés legítimo y no una categoría diferente. Pero sea como fuere, intereses difusos o colectivos, somos contestes en decir con Morello y Vallefín que “imaginar, pues, una respuesta que admita la legitimación activa de los afectados en sus intereses difusos, no es sino corresponder, desde un ángulo técnico urgido, a la debida atención de esos interesados, a los cuales ha de reconocerse, sea dentro de la propia Administración o fuera de ella y sobremanera con carácter preventivo de vías operantes y adecuadas”¹⁷.

En definitiva, coincidimos que estamos en presencia de intereses colectivos, cuando nos referimos a una pluralidad de sujetos que tienen en común la titularidad del uso o disfrute de un derecho específico. Estos grupos están individualizados o son claramente individualizables.

Cuando hablamos de intereses difusos, nos referimos a una situación jurídica en la cual el goce del derecho le corresponde a muchos sujetos sin poder determinar quién o quiénes son los dueños del derecho¹⁸.

Claro ejemplo de los intereses difusos está en el que la jurisprudencia ha dicho que “no sólo pueden interponer una acción de amparo quienes tienen un derecho subjetivo lesionado sino también aquellos que sin padecer un daño concreto son tocados, interesados, concernidos o vinculados por efectos del acto u omisión lesivos”¹⁹.

De todas maneras, afirmamos que no hay doctrinario que cuente con la verdad absoluta, ya que hay autores como Brola, que define a los derechos difusos (no habla de derechos o intereses colectivos), como “aquellos que poseen un grupo de personas que en razón de cualquier acto de autoridad pública ven de forma actual o inminente lesionados, restringidos, alterados o amenazados sus derechos pero en conjunto, no en forma individual”²⁰. El citado autor, como muchos otros, no entra en la clasificación entre intereses colectivos y difusos, y habla de *derechos difusos*.

Pero todo lo hasta aquí tratado no tiene la finalidad de determinar quién es el titular legitimado activo para interponer acción de amparo en defensa de esos intereses

¹⁵ Morello - Vallefín, *El amparo. Régimen procesal*.

¹⁶ Díaz, Silvia A., *Acción de amparo*, Bs. As., La Ley, 2001, p. 39.

¹⁷ Morello - Vallefín, *El amparo. Régimen procesal*, p. 272.

¹⁸ Machado, Fernando, *Amparos especiales*, en Valdéz, Carlos H. y otros, “Elementos de derecho procesal constitucional”, t. I, Córdoba, Advocatus, 2004, p. 196.

¹⁹ JuzgCivCom n° 11 de San Isidro, 21/5/97, LLBA, 1997-1430.

²⁰ Brola, Daniel E., *Teoría y práctica del proceso de amparo en la provincia de Buenos Aires*, Bs. As., Omar Favale, 2008, p. 193.

colectivos o difusos, sino más bien, saber quién es el titular afectado en ese derecho, que coherentemente tendrá legitimación procesal para defenderlo.

c) *Clasificación de los intereses colectivos y sus implicancias en el derecho procesal actual.* Como expusimos anteriormente, para nosotros la diferencia entre intereses difusos e intereses colectivos existe, aunque con una línea muy frágil de división y al solo fin conceptual, considerando desde ya que ambos forman parte del grupo de los derechos de pertenencia colectiva.

Los intereses colectivos se componen de: 1) aquellos derechos relativos a una colectividad, grupo o clase de sujetos indeterminados pero determinables; 2) aquellos derechos que conciernen a un grupo humano preciso determinado y que comparten en común el hecho de que son homogéneos, es decir, los derechos individuales homogéneos, clasificación nada pacífica en la doctrina y la jurisprudencia, y que autores como Sagüés no comparten como integrante de los derechos colectivos²¹.

Luego, dentro de la segunda categoría podemos hacer una subdivisión. Por una parte, los derechos colectivos que son la suma de derechos individuales afectados pero que no son universales, y pueden denominarse grupales como ser la discriminación racial, religiosa o de género. Por otra, los derechos colectivos que se conforman por derechos pluri-individuales homogéneos, porque un bien se transforma en colectivo como resultado de la sumatoria de derechos individuales y cuyo fundamento está en que los sujetos afectados no tienen incentivo para actuar individualmente, y porque por la magnitud del daño es conveniente la actuación en defensa de ellos por el órgano competente (v.gr., defensor del pueblo), si hay legislación que lo autorice, y corresponde que la sentencia que se dicte alcance a todos los sujetos afectados, siendo ejemplo de ello el caso de los derechos de los usuarios y consumidores.

Esta última clasificación, entendemos que ingresa dentro de los derechos de pertenencia colectiva, siendo utilizada generalmente a través de las acciones de clase, con una muy reciente recepción jurisdiccional certera por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el fallo “Halabi”. En este caso, la Corte Suprema delineó las nuevas fronteras del art. 43 de la Const. nacional.

Al respecto, dijo que el art. 43 contenía en primer lugar al amparo clásico de defensa de los derechos individuales no homogéneos, de derechos subjetivos sobre un bien individualmente disponible por su titular. En segundo lugar, está el amparo en defensa de los derechos de incidencia colectiva que tiene por meta custodiar los bienes colectivos, de carácter indivisible e infragmentable, aquellos derechos que “no pertenecen a la esfera individual sino social, y no son divisibles en modo alguno” (consid. 11 del citado fallo). Por último, la Corte reconoce un tercer tipo de amparo, aquel que defiende “derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”, mencionando como ejemplo los casos de defensa de usuarios y consumidores, y los de discriminación, en donde los derechos, como vemos, son fragmentarios, y en donde –como dice la Corte– “no hay un bien colectivo” (consid. 12). De esta manera habilita expresamente las acciones de clase en materia de amparo, siempre y cuando se dé la situación de “un hecho único o complejo que causa

²¹ Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, t. 3, Bs. As., Astrea, 2007, p. 156.

una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales”, y que “el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda” sea por el monto de la misma, o por el contenido de la discusión (consid. 13).

De todas formas, este tipo de acciones ya encuentran recepción legislativa en el párrafo segundo del art. 54 de la ley 24.240 de defensa del consumidor y del usuario, por la reforma introducida por el art. 27 de la ley 26.361. Y gracias a este precepto, son muy importantes los avances en materia de expansión de los efectos de la cosa juzgada (al menos en materia de consumo), que si bien parece una cuestión de pura lógica en procesos colectivos en la defensa de los derechos constitucionales, trajo serios inconvenientes al doctrinario que intentaba conciliar las posturas constitucionalistas y procesalistas en torno a la legitimación activa, y a la crisis que sufre el sistema procesal en la defensa de estos derechos, sin normativa clara, que permita hacerse de la cosa juzgada recaída en un proceso de amparo, sin violar la defensa en juicio.

Lo destacado de este caso es que así como la legislación nacional tiene una amplia apertura en cuanto a los procesos colectivos de amparo cuando el afectado, el defensor del pueblo o las asociaciones legitimadas actúan, sucede lo mismo en la legislación de amparo en la provincia de Buenos Aires, en donde se encuentra prevista la extensión de la cosa juzgada en el amparo colectivo, según lo previsto en el art. 15, segundo párrafo de la ley 13.928, conforme a la reforma de la ley 14.192.

En cuanto a derecho del consumidor se refiere, el segundo párrafo del art. 54 de la ley 24.240 con la modificación introducida por la ley 26.361, dice: “*La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga*”.

Este párrafo se compadece con el art. 43 de la Const. nacional en cuanto está otorgando los debidos efectos de cosa juzgada a los usuarios que son afectados en sus derechos y que se encuentran en similar situación que el afectado promotor del pleito.

Sin perjuicio de que en materia de amparo provincial no se recepciona esta expansión de la cosa juzgada, en la ley provincial 13.133 (Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires), se autoriza a iniciar las acciones de clase, conforme lo establecido en los arts. 26, inc. a y 28, inc. a, de la citada ley, demostrando un claro y feliz avance en la materia.

Estos ejemplos son los clásicos de la expansión de la cosa juzgada en las acciones de clase, o sea en donde se promociona la defensa de los derechos de pertenencia colectiva de carácter individual-homogéneo, pero no en las acciones de amparo, sino solamente en las de consumo, lo que nos parece un absoluto contrasentido.

Dice Farina, con muy buen criterio, que “la acción de clase, al permitir que un litigante implícitamente defina los intereses de una clase de personas afectadas por el mismo o similares hechos en un juicio particular, ahorra los costos de creación de

una organización permanente”²². Lo cual es muy cierto y loable en el marco de un Estado empeñado en el logro último del bienestar general, afianzando la justicia y proveyendo al bien común tal cual lo prescribe el Preámbulo de la carta magna nacional.

Sagüés²³ nos explica que con la reforma constitucional de 1994 en la Constitución nacional, los autorizados a iniciar la acción de amparo colectivo (afectado, defensor del pueblo, asociaciones), “en tutela de un derecho de incidencia colectiva, del consumidor, del usuario, de la competencia, etc.”, se deberían encontrar amparados por la sentencia que en ese caso se dicte, ya que la misma abarca “a sujetos que no han tenido participación en ese proceso, ya sea beneficiándolos, ya perjudicándolos. El tema no es necesariamente novedoso, pero sí toma auge con motivo de la mencionada enmienda constitucional, ya que estos amparos tienen una estrecha familiaridad con las *acciones de clase* del derecho anglosajón (Bidart Campos). El amparo tendría así efectos *erga omnes*”²⁴. En la jurisprudencia extranjera, con contornos un tanto particulares, se tiene dicho que la “*class action* es un procedimiento judicial que se incoa a raíz de una demanda deducida por uno o más *miembros* de un *numeroso* grupo de personas (llamado *class*) en representación del grupo y en razón de la *impracticabilidad* de reunir a todos sus componentes. *Impracticabilidad* no significa *imposibilidad del joinder*, sino que basta la extrema dificultad o inconveniencia para reunir físicamente a los agraviados demandantes”²⁵.

Como se puede apreciar entonces, lo fundamental en materia de amparos colectivos, no es tanto el procedimiento (que en realidad es el mismo con algunos ajustes propios del tema), sino más bien los sujetos legitimados activos para interponerlo, el tipo de derechos protegidos, y los efectos de la cosa juzgada que la legislación provincial atribuya al amparo. Como lo apuntan Morello y Vallefin “sin lugar a dudas desde el plano constitucional y al cobijo de una interpretación dinámica, esos *intereses* deben contar de manera conspicua con un sistema de protección que brinde el amparo imprescindible”²⁶. Gozaíni, al analizar las características de los derechos difusos, nos dice que “el reconocimiento constitucional –de los derechos colectivos agregamos– fue el hecho normativo más importante en la lucha por obtener un espacio consolidado para los derechos difusos”. Y con absoluta sinceridad aclara que “el problema inmediato aparece en la coherencia que se espera con el sistema normativo inferior, las reglamentaciones consecuentes y los mecanismos locales de asistencia y protección”. “Si el interés colectivo o difuso no tiene ubicación específica en nuestro ordenamiento legal, no hay duda de que se le debe abrir espacio partiendo de la base de los conceptos existentes a las exigencias de la realidad; [y] paralelamente, las vías procesales vigentes tendrán que ser adecuadas a los fines del jue-

²² Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Bs. As., Astrea, 2008, p. 575.

²³ Dejamos aclarado que Sagüés no participa de la tesis que emparenta a los derechos plurindividuales homogéneos con los derechos colectivos.

²⁴ Sagüés, Néstor P., *Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo*, en Bidart Campos - Sagüés, “El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades”, p. 27, con cita de Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. IV, Bs. As., Ediar, 1995, p. 319.

²⁵ “Harris v. Palm Springs Alpine Estates Inc.”, 329 F.2d 909 Ninth Cir. 1964. Parte II, *Aspectos jurídicos de los accidentes aéreos. Cuestiones procesales. Acciones de clase. Qué es “Class Action”? Certification*, diario jurídico “Fojas Cero”, año 18, n° 197, sep. 2009, p. 6.

²⁶ Morello - Vallefin, *El amparo. Régimen procesal*, p. 272.

go de los derechos inherentes a tales intereses. De esta manera, y si se dan los presupuestos comunes al amparo, ningún inconveniente existe en proporcionar esa vía para la puesta en marcha y aplicación de la tutela consiguiente²⁷.

3. Las excesivas exigencias del segundo párrafo del artículo 7º

Con redacción más propia de una obra doctrinaria que del texto de una ley, el segundo párrafo del artículo en comentario dice: *“Respecto de los procesos sobre intereses individuales homogéneos, la pretensión deberá además de concentrarse en los efectos comunes, identificar un hecho único o complejo que cause la lesión; el interés individual no debe justificar la promoción de demandas individuales, y debe garantizarse una adecuada representación de todas las personas involucradas”*.

El texto se refiere puntualmente a los casos de amparo en defensa de los derechos individuales homogéneos. Requiere que a más de la explicación y demostración de los efectos comunes que une a todos los partícipes y no partícipes del proceso, que se indique (y demuestre en el juicio) el hecho único generador de la demanda de amparo.

Esto último resulta una exigencia lógica, pues en estas demandas no hay un bien colectivo tutelado, sino un grupo colectivo que tienen derechos propios, pero que a todos afecta del mismo modo, y un único hecho es el que los lesiona.

No es necesario que el detonador del amparo se trate de un hecho exclusivamente, pues como lo hemos estudiado, y tal como lo prescribe la Constitución provincial (art. 20, inc. 2), el amparo procede contra hechos, actos u omisiones.

Creemos que el equivocado vocabulario utilizado por la ley, se debe al seguimiento textual del fallo de la Corte Suprema de la Nación, del caso “Halabi, Ernesto c/Poder Ejecutivo nacional s/amparo ley 16.986”. Allí, claramente con un lenguaje propio de un tribunal de esa alcurnia, se ha sentado doctrina judicial a futuro, del reconocimiento de las acciones colectivas en defensa de los derechos pluri-individuales, y de las condiciones objetivas de su procedencia sustancial.

La propia Corte dijo que debe darse un hecho único (una causa fáctica homogénea), simple o complejo (consid. 13, fallo “Halabi”), pero tomando ampliamente el término *hecho*.

Se refiere al *hecho* como al acto (jurídico)²⁸, al hecho (jurídico o vía de hecho), o a la omisión de autoridad pública o particular. No es más restringido el alcance que le da la Corte. Pensar lo contrario llevaría a creer que el máximo tribunal habilitó el amparo de clase, solamente para el caso de violaciones por hechos.

Esto nos lleva a insistir en que el lenguaje utilizado en el segundo párrafo del art. 7º, es propio de un análisis doctrinal, sino una copia textual del fallo de la Corte.

Pero lo preocupante de la redacción del artículo, es la gran exigencia para el justiciable en cuanto le dice que *“el interés individual no debe justificar la promoción*

²⁷ Gozaíni, *Derecho procesal constitucional. Amparo*, p. 344 y 346.

²⁸ Que puede ser un acto administrativo en ejercicio de la función materialmente administrativa, o un acto jurídico privado en ejercicio de la actuación del Estado en su condición de persona jurídica de derecho privado.

*de demandas individuales*²⁹, y debe garantizarse una adecuada representación de todas las personas involucradas”.

El juez, bajo una lupa absolutamente subjetiva, analizará si considera cumplido en el caso la exigencia de que el interés individual no debe justificar la promoción de demandas individuales, pero ¿bajo qué valores? ¿Qué casos justifican y qué casos no, la promoción de una acción de clase como acción de amparo? ¿Bajo qué pautas? ¿Económicas, sociales, culturales, de emergencia? ¿Tendrá que ser tomada en cuenta la clase social a la que pertenezcan los afectados, como para justificar que por carecer de recursos, y a pesar del alto impacto económico del daño, resulta prudente la promoción de una sola demanda?

Como vemos, el tema no es baladí y requiere de un profundo y constante desarrollo jurisprudencial, pues la redacción actual de la ley no ayuda en nada.

El juez se convertirá en un juzgador moral sobre si el hecho enjuiciado es más o menos importante, y si dicha significancia autoriza la vía del amparo colectivo, o si debiera irse por la vía individual. Desgraciadamente, estas son las prescripciones de la ley 13.928 para acciones de clase como acciones de amparo, y todo actor deberá exponer y persuadir al juez de que su caso es de aquellos en que no resulta prudente esperar el inicio de varias acciones por cada individuo afectado, de modo de lograr una sentencia única, y no varias contradictorias, en beneficio de todo el colectivo, expandiendo los efectos de la cosa juzgada. Es una tarea que precisará de una buena claridad expositiva, pues a los requisitos comunes que corresponden a toda demanda de amparo individual, habrá que agregarle los que se prevén en el art. 7° de la ley 13.928.

Como pauta interpretativa del párrafo del artículo comentado, Sagüés sintetiza los requisitos exigidos por la Corte Suprema a través del consid. 20 del fallo “Halabi”, los cuales son: “1) por el actor, precisa identificación del grupo o colectivo afectado; 2) idoneidad de quien pretenda asumir su representación; 3) existencia de un planteo que supere los aspectos individuales y exhiba los elementos comunes y homogéneos a todo el grupo colectivo; 4) implementar un mecanismo notificadorio para todas para todas aquellas personas que pudiera tener un interés en el resultado del litigio, a fin de que puedan tanto comparecer como parte o contraparte, o no comparecer, y 5) instrumentar medidas de publicidad que eviten la duplicidad de procesos colectivos con el mismo objeto, para evitar sentencias contrapuestas”³⁰.

Las pautas judiciales para los jueces de la provincia de Buenos Aires son claras, pues la redacción del art. 7° de la ley 13.928, es casi un calco de los considerandos del fallo “Halabi”, de modo que no tienen mayor opción que continuar aplicando el fallo de la Corte, el cual en futuros casos será perfeccionado seguramente, consolidando una mejor y más ajustada doctrina de la acción de clase.

Ahora bien, en cuanto que *debe garantizarse una adecuada representación de todas las personas involucradas*, el artículo parece indicar como involucrados tanto a

²⁹ La Corte Suprema dice en el fallo “Halabi”, que *el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda*, frase que fue casi textualmente copiada en el artículo que comentamos.

³⁰ Sagüés, Néstor P., *Adenda de actualización. El amparo como acción de clase (caso “Halabi”)*, en “Derecho procesal constitucional. Acción de amparo”, p. 10.

los otros sujetos que puedan ser actores, a más de los que debieran ser citados como terceros demandados, a petición de parte o de oficio.

Creemos que el artículo apunta principalmente a los que fueran posibles actores en el proceso, pues la acción de clase es un diseño de demanda colectiva, cuando el afectado es un grupo de personas que reclama, y lo hace como actor en una demanda, no como demandado. De todas formas, no es impreciso que se entienda que la garantía de representación también incluya nuevos demandados y terceros que el juez entienda que se les deba correr traslado de la acción, según la información que surja del libelo postulatorio de la pretensión procesal. Todo ello, siempre que no atente contra la agilidad que debe tener esta acción, tal lo establecido constitucionalmente (acción expedita y rápida de amparo) en las cartas magnas nacional y provincial.

4. La representación procesal del grupo. Los terceros y el litisconsorcio

La representación procesal del grupo, dista mucho de aquella que creemos respecto de la personería tal cual luce legislada en el Código de Procedimientos Civil y Comercial.

La personería que se acredita en este tipo de procedimientos, será en primer lugar, necesariamente la que corresponde a todo *afectado*, siendo también posible que éste, represente con poder a otro grupo de sujetos en similar situación y que quisieran que así lo haga el primero. Hasta aquí ningún inconveniente hay, todo se encuentra dentro del ámbito de un litisconsorcio activo facultativo.

Distinta es la situación, cuando ese *afectado* quiere asumir la representación procesal de un grupo indeterminado de personas que ostenta la misma amenaza o lesión, y que por la insignificancia del reclamo (si se hiciera individualmente), deviene prudente que en un solo proceso se decida la suerte de todo el grupo afectado por el mismo hecho, habiendo sido debidamente identificado por parte del actor.

El juez, si considera que se han cumplido los requisitos de la acción de amparo como acción de clase³¹, deberá proceder³² con la tarea de dar publicidad del proceso y poner en conocimiento del grupo de interesados para que participen en el proceso.

En fin, se tendrá por *idóneo*³³ al promotor de la demanda, en la medida en que demuestre su carácter de integrante del grupo que se dice afectado, y que participa

³¹ En este caso, es decir, cuando es viable la acción de clase, el derecho estadounidense por medio de la Regla Federal 23, inc. c, ap. 1, ha instituido la *certificación*, que será la resolución que determine si la pretensión procesal será admitida como colectiva, y transcurrir así el proceso judicial. En nuestro medio, que carece de legislación, esta etapa, en el marco de la teoría general del proceso, se conoce como la admisibilidad formal de la acción. Empero, nada obsta a que en el transcurso del litigio, se desdibujen los contornos colectivos del proceso, y esa *certificación* sea eliminada, determinando la necesidad de reclamos individuales.

³² Si no considera procedente la *class action*, deberá dar curso, entonces, a la acción de amparo individual.

³³ Y por lo tanto con personería procesal propia y a favor de terceros, lo que implica la representación del grupo.

de los efectos comunes y homogéneos que produce el hecho único, simple o complejo, de la autoridad pública o de un particular.

Como lo afirma Salgado, en posición que compartimos, la representación de clase “es la clave del proceso colectivo. Desde el punto de vista del derecho procesal argentino, es la pieza más novedosa que debemos incorporar. En tanto que, mirada desde el sistema³⁴ de resolución de conflictos individuales homogéneos, es el dispositivo sobre el que reposa el éxito del pleito”³⁵. Y entonces, más adelante se pregunta: “¿cómo garantizamos la inviolabilidad de los derechos de aquellas personas que, sin haber comparecido personalmente al litigio, podrán verse afectadas por la sentencia de mérito que se dicte en él?” Y responde: “El esquema de razonamiento para dar respuesta a esos interrogantes es el siguiente: debe controlarse que aquel que se designe como legitimado extraordinario, a efectos de instar una tutela colectiva, se encuentre en condiciones de defender o gestionar los intereses de todos los miembros ausentes de la clase, tal y como si aquéllos hubieran estado presentes en el litigio, o que su actuación permita afirmar que de haber ejercido éstos –los ausentes– su defensa de modo personal, no podrían haberlo hecho de una mejor manera que su representante”³⁶.

Por último, entiende que no es necesario que el representante adecuado tenga experiencia en litigios en clave colectiva, bastará con “que no tenga conflictos con los miembros de la clase y debe comprender, asimismo, que está ejerciendo una defensa enérgica de los intereses de los miembros ausentes”³⁷.

El panorama no puede dejar de ser enfrentado con los casos legislados en el Código Procesal respecto de la intervención voluntaria u obligatoria de terceros, y los casos de litisconsorcio necesario.

No es imposible que otras personas que forman parte del grupo pretendan asumir también su propia representación, pues el propio artículo en comentario aclara que se debe asegurar la representación de todas las partes involucradas en el proceso.

Seguramente que ante una situación de un número muy elevado de adherentes, que desdibujen los contornos de la acción de clase, convirtiendo al amparo en un proceso individual con litisconsorcio activo facultativo, justifique la decisión judicial de ordenar unificar la personería. Aunque creemos que esto es muy posible que no ocurra, pues la acción de clase es un diseño para aquellos casos en el que el interés considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda individual. Por esta razón, generalmente es uno el actor, o un pequeño grupo de sujetos.

Empero, no es imposible que se dé el caso de muchos actores que comparezcan a un amparo como acción de clase, reclamando su lugar en el proceso.

Si la legislación aplicable supletoriamente es el Código Procesal (art. 25, ley 13.928, introducido por la ley 14.192), entonces estos casos excepcionales quedarán dentro de lo prescripto en el art. 90 del Código mencionado.

³⁴ El autor desarrolla su obra científicamente, basado en la teoría general de los sistemas.

³⁵ Salgado, *Tutela individual homogénea*, p. 210.

³⁶ Salgado, *Tutela individual homogénea*, p. 211.

³⁷ Salgado, *Tutela individual homogénea*, p. 213 y 214.

Dice al respecto dicho artículo: *Intervención voluntaria. Podrá intervenir en un juicio pendiente en calidad de parte, cualquiera fuere la etapa o la instancia en que éste se encontrare, quien: 1) Acredite sumariamente que la sentencia pudiere afectar su interés propio. 2) Según las normas del derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio.*

Como lo afirma Rivas, el proceso deja de ser simple y se convierte en complejo. “Si voluntariamente... un tercero ingresa en el campo actor o en el demandado, haciendo propia la pretensión o la defensa desarrollada hasta ese momento intervención adhesiva de terceros (arts. 90 y 91) sin perjuicio de seguir manejándose a partir de su ingreso por sus propios criterios...; o si las partes se ven necesitadas de requerir la convocatoria de un tercero para integrar debidamente la litis (art. 89), o si esa misma necesidad es cubierta por la iniciativa del juez (art. 89); o si a pedido de cualquiera de las partes se cita a un tercero para que asuma papeles activos o pasivos (citación obligada art. 94). En todos esos casos, el mismo proceso se tornará complejo, sea por la presencia de diversidad de pretensiones o por la multiplicación de los sujetos”³⁸.

Considero que si bien no resulta imposible que exista un tercero adherente en un proceso de amparo como acción de clase, de modo que se reclame por un interés simple, defendiendo un derecho ajeno, lo cierto es que en este tipo de acciones, quienes ingresen lo harán en su calidad de titulares de derechos individuales, como *co-afectados*, por lo que su actuación procesal será en su carácter de adherente litisconsorcial activo.

Somos de la opinión que los casos más comunes que se pueden dar en la esfera activa, son la de litisconsorte o de tercero adherente simple, porque como lo apunta Arazi, analizando las características del coadyuvante, “el tercero adherente simple es quien, *sin estar legitimado* para demandar o ser demandado, *defiende un derecho ajeno* (el del actor o del demandado), pero en interés propio”³⁹. Es un presupuesto de admisibilidad que el tercero tenga interés en defender a la parte a la que adhiere. Él no propone una nueva demanda que amplíe la materia litigiosa, ni deduce, en el proceso en el cual interviene, su pretensión; se limita a ayudar a una de las partes para que resulte triunfadora; no hace valer un derecho suyo, en posición autónoma, sino simplemente sostiene las razones de un litigante contra el otro”⁴⁰ (la bastardilla es nuestra).

Por último, queda por dilucidar qué clase de litisconsorcio activo se aplicará, si facultativo o necesario.

En principio, todo parece indicar que la participación como litisconsorte de los terceros que pidan ingresar judicialmente en la acción de clase, es la de un litisconsorcio facultativo. Es que habría una conexidad (art. 88, Cód. Proc. Civil y Com.) en-

³⁸ Rivas, Adolfo, *Amparo y complejidad procesal*, “Revista de Derecho Procesal”, 2006-2, p. 60; citado por Gozaíni, Osvaldo A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado*, Bs. As., La Ley, 2008, p. 256 y 257.

³⁹ Agregamos entonces, que resulta difícil con este panorama procesal que el defensor del pueblo provincial o municipal pueda participar como adherente, pues si bien tiene legitimación procesal, no para obrar, carece de un interés propio en defensa de un derecho ajeno, que ya fue reclamado judicialmente por su propio titular.

⁴⁰ Arazi, Roland, *El tercero adherente simple*, LL, 1995-C-442.

tre las partes por el objeto demandado que, recordemos, es el *hecho* único, simple o complejo, que cause la amenaza o lesión.

Difícilmente se dé el caso de un litisconsorcio activo necesario en una acción de clase, ya que si el juez tiene por *idóneo* al sujeto promotor de la acción, éste queda investido de la representación del grupo.

Por lo tanto, es más fácil que el caso de litisconsorcio necesario se dé para el aspecto pasivo del proceso. A veces, en demandas contra autoridad pública, no es sólo una la autoridad involucrada, lo que amerita la participación de todos los interesados en responder la demanda, responsables directa o indirectamente de la lesión o amenaza.

Es un caso en donde los sujetos procesales tienen intereses comprometidos de un modo inescindible, y el pronunciamiento de fondo, para ser válido y opuesto a todos, amerita la participación de la totalidad de los involucrados.

Si una empresa de servicios de usuarios y consumidores modifica las condiciones contractuales por autorización de un decreto provincial, el beneficiario directo⁴¹ de la normativa inconstitucional⁴² sería la empresa, con lo cual es nuestro legitimado pasivo.

Hasta aquí no hay duda alguna, pues el juez declarará la inconstitucionalidad del decreto y repondrá la situación contractual de las partes.

Pero qué sucedería si luego de dicha sentencia, un nuevo decreto autoriza a un ministro a dictar una resolución que pusiera en vigencia la situación anteriormente planteada. Indudablemente que no bastaría con demandar al sujeto beneficiario directo del decreto, sería prudente y necesario que recaiga un juicio también en contra de la autoridad que emitió el acto, de modo que dicha conducta no se repita nuevamente.

Se justifica plenamente un litisconsorcio pasivo necesario, el cual puede ser solicitado por la parte actora y de oficio por el propio juez (art. 89, párr. 2º, Cód. Proc. Civil y Com.), de modo que la sentencia tenga verdadera utilidad y se pueda ordenar al poder político a que no reitere dicha conducta. Sólo será posible dictar una medida de esas características, si se respeta el derecho de defensa del Poder Ejecutivo.

Lo mismo ocurriría si se demanda al Estado provincial por la falta de control de los basurales a cielo abierto. El juez o la parte actora podrán solicitar también que se cite como litisconsorte al Organismo Provincial de Desarrollo Sustentable (OPDS), de modo que la sentencia pueda serle opuesta, y el juez cuente con la posibilidad de dar la orden directamente al órgano responsable, sin esperar que el Poder Ejecutivo lo haga en su nombre.

También, esta participación como litisconsorte pasivo necesario, puede ser solicitada por alguna parte que considera que pudo haber sido demandada, en los términos del art. 90, inc. 2 del Cód. Proc. Civil y Comercial.

Sin embargo, Salgado no cree que el litisconsorcio tenga buena relación con el ente “clase”, y sostiene que “la posibilidad de enjuiciar —o resultar demandado— en

⁴¹ Toricelli, *Organización constitucional del poder*, t. I, p. 162 a 168.

⁴² Pues el gobernador carece de facultades para autorizar la modificación de los contratos.

clave litisconsorcial importa aceptar que la relación procesal registrará todas las modificaciones que se verifiquen en ese grupo, sea por incapacidad de uno de sus titulares, por cesión de derechos, por muerte, por fusión o absorción de las sociedades, etcétera. En todos estos casos, en el proceso civil tradicional se asentará el cambio y se convocará a las personas que deban continuar en el pleito ocupando el lugar de aquel que, por el motivo que sea, no seguirá defendiendo los derechos que son objeto del proceso. Esta secuencia se verifica mediante diversos actos jurídicos, como la convocatoria de los herederos, tutores o curadores, la publicación de edictos o la sustitución de partes, entre otros⁴³.

Evidentemente que la acción de clase desborda los márgenes normales del litisconsorcio, complicándose aún más la cuestión por carencia de legislación específica. Sin embargo, pensamos que si se presentan situaciones como las planteadas anteriormente, deberá haber un control significativo y hasta exclusivo (para el caso de desistimiento de la acción, transacción o conciliación) del Ministerio Público Fiscal⁴⁴, de manera análoga a como lo prevé la ley 24.240, para conflictos colectivos individuales homogéneos, referido a los derechos de los usuarios y consumidores.

5. La notificación y publicidad del litigio

Una duda importante presenta el último párrafo del art. 7° de la ley 13.928, pues dice que para que haya una representación adecuada del grupo, es menester la debida notificación y publicidad del litigio.

No queda en claro cómo se practicará esa notificación a los otros sujetos que puedan ser actores, y cómo se pondrá en publicidad dicho proceso.

En principio, la publicidad se daría con el libramiento del oficio al Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva, que por ser de carácter *público* cumpliría con el requisito de la publicidad.

Digo en principio, porque por más público que resulte ese registro, dudo mucho que los ciudadanos se acerquen a consultar si hay procesos en donde se debaten sus derechos. Además, la función de ese registro, a cargo de la Suprema Corte de Justicia, no es el de dar publicidad de dichos procesos⁴⁵, sino la de informar a los jueces de la causa, la interposición de similares acciones, o las mismas, en otros juzgados o tribunales de instancia única. Es decir, parece más bien una función de publicidad para los magistrados.

Creemos que los vocablos notificación y publicidad han sido tomados como sinónimos, y escritos juntos innecesariamente, pues se refieren a lo mismo, y tienen por objeto una sola cosa, que es dar noticia de la existencia de dicho proceso, a los fines de que tomen la participación los sujetos que consideren que la medida tomada por el juez los pueda afectar, lo hagan como actores o como demandados.

Este es un artículo que debe ser reglamentado por el Poder Ejecutivo a los fines de poner a disposición del Poder Judicial, la partida presupuestaria correspon-

⁴³ Salgado, *Tutela individual homogénea*, p. 204.

⁴⁴ En defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

⁴⁵ Por eso discrepamos con la denominación de Registro "Público".

diente que habilite al juzgador a ordenar la publicación en los diarios de circulación masiva de donde se encuentre el grupo afectado, de la interposición de la acción de clase como amparo, el objeto discutido, y las normas, actos, omisiones o hechos atacados. Incluso, se podría pensar en dar publicidad de esos procesos por medio de la prensa televisiva o de radiodifusión.

Bajo estas pautas consideramos que se cumpliría con el requisito de la debida publicidad del proceso de amparo en defensa de intereses individuales homogéneos.

Complicada resultaría la cuestión si se pusiera en cabeza del actor, el notificar por cédula a todos los integrantes del grupo afectado, pues es muy seguro que este grupo sea indeterminado (aunque determinable), y que el promotor no conozca a quienes forman parte de ese colectivo.

Por otro lado, el objetivo principal de la notificación, será la posibilidad de que los potenciales afectados, integrantes de la clase, tengan la posibilidad de solicitar lo que en el *common law* se conoce como “*opt out*”, o sea, la solicitud de exclusión. De este modo lo ha propuesto la Corte Suprema al fallar en la causa “Halabi”.

Quizá el único inconveniente con el que topemos será, el hecho de que el sistema de la ley 13.928 no contempla la cosa juzgada *pro et contra* como la legislada en la Regla Federal 23. Por ello, carecería un poco de sentido legislar de este modo, pues la sentencia expandirá los efectos de la cosa juzgada sólo en cuanto beneficie a los actores, no cuando los perjudique.

Sin embargo, en el sistema de la ley 24.240, luego de la reforma de la ley 26.361, se recepta el sistema del *opt out*. Específicamente está normado en el art. 54, cuya parte pertinente del texto dice: “El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”.

6. Publicación de la sentencia por los medios de comunicación

En materia de acciones colectivas de amparo, en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, consideramos aplicable el art. 28, último párrafo de la ley 13.133, el que dice: “la parte resolutive de la sentencia deberá ser publicada a través del medio de comunicación que el juez considere más conveniente, a cargo de quien resulte vencido”.

De este modo, al no diferenciar la ley 13.133 el tipo de proceso judicial en donde se publicará la sentencia, y abarcando el amparo cualquier situación de ilegalidad⁴⁶ la creemos aplicable también en el ámbito del amparo, de modo que el fallo deberá darse a conocer a través de un medio de comunicación escrito (que es el más utilizado), en un diario o periódico, a costa del vencido, quien deberá publicar y

⁴⁶ Como ser la violación de la ley de defensa del consumidor y el usuario.

acreditar en el expediente, el cumplimiento de esa obligación, bajo apercibimiento de cometer un delito penal por desobediencia judicial, o de aplicarse las astreintes previstas en el art. 666 bis del Cód. Civil.

7. Conclusión

Con este breve análisis, hemos intentado acercar al abogado y a los jueces, un interesante desarrollo de la actualidad del novel amparo colectivo en la provincia de Buenos Aires, contando con un apoyo doctrinal que guíe los nuevos caminos procesales legislados para situaciones tan delicadas que merecen la tutela expedita. No todos los operadores jurídicos se encuentran familiarizados ni especializados en amparo, y si a ello le adicionamos la complejidad que el proceso colectivo trae aparejado, sumamos un problema más a la judicatura. Sirvan estas líneas para entender inicialmente la puesta en práctica del amparo colectivo sin temor a equivocarse, y con el afán de que hasta tanto exista una nueva reforma sobre la materia, serán la jurisprudencia y la doctrina, las que llevarán adelante el perfeccionamiento del proceso judicial legislado en el art. 7° de la ley 13.928.

© Editorial Astrea, 2012. Todos los derechos reservados.

