

**-1-**

**Introducción**

El liberalismo clásico, como sabemos, circunscribía la tutela jurídica al derecho subjetivo<sup>1</sup>. Naturalmente, que desde su perspectiva individualista, el núcleo de toda relación jurídica se explicaba en función de la relación deudor y acreedor, siendo el Estado un mero gendarme que limitaba sus cometidos a la prestación de los servicios de justicia, seguridad y defensa.

En ese esquema, era lógico que el proceso administrativo asumiera, en variados aspectos, similitudes con el proceso civil. Puntualmente en la integración de la *litis*.

Ahora bien, la reforma constitucional de 1994 importó un nuevo paradigma constitucional, direccionado a la protección de diversas situaciones jurídicas, como ser el medio ambiente, los derechos de usuarios y consumidores, etc. Es decir, el Estado social de derecho se afianzó como un mecanismo de protección integral de la persona humana en su faz individual y colectiva. Todo ello con el paralelo deber del Estado de adoptar medidas de acción positivas enderezadas a su tutela (art. 75 inc. 19 C.N. y art. 10 de la CCABA). Huelga señalar que la Constitución porteña, dentro de su ámbito, amplió ese fenómeno, estableciendo una marcada tendencia a la participación ciudadana y a la protección de los bienes colectivos.

**-2-**

**La legitimación y conformación del proceso**

Reconocer la existencia de derechos colectivos no sólo impone la necesidad de conceptualizarlos, sino también diseñar mecanismos idóneos para su defensa<sup>2</sup>.

LORENZETTI<sup>3</sup> identifica al bien colectivo como aquel que es indivisible entre sus beneficiarios, está destinado a un uso común sustentable y, por ende, impide que se excluya a otro de su goce. El ejemplo más claro es el medio ambiente.

Sin embargo, en el caso de la Ciudad ese criterio no puede ser traspolado sin más, por cuanto, en materia de amparo, la Constitución porteña ha concedido legitimación a *cualquier habitante*<sup>4</sup>, aun en situaciones en las que no pareciera estar involucrado un bien colectivo.

---

<sup>1</sup> Ver el voto de la Dra. DANIELE en la causa “Defensoría del Pueblo de la Ciudad”, expte. n° 1772/0, sentencia del 14-8-2008.

<sup>2</sup> Amp. en GORDILLO, AGUSTÍN; *Tratado de Derecho Administrativo*, 2006, Buenos Aires, FDA, T. 2, cap. II.

<sup>3</sup> LORENZETTI, LUIS RICARDO, *Teoría del Derecho Ambiental*, 2008, Buenos Aires, La Ley, p. 7 y ss. CSJN, *in re* “Halabi, Ernesto c/ PEN”, sentencia 24/2/2009, considerandos 10, 11 y 12.

<sup>4</sup> CCAyT, Sala II, *in re* “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia”, sentencia del 7-11-2008. La Sala I, por su parte, dijo en los autos “Club Gimnasia y Esgrima - Asociación Civil”, sentencia del 9-10-02, que “*en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la legitimación para la acción de amparo se amplía aún más que en el ámbito de la Constitución Nacional, pues de conformidad con el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución local, cuando la acción se ejerza en casos en los que se vean afectados derechos e intereses colectivos, estarán legitimados para interponerla*”.

Así lo entendió la jurisprudencia de una de las Salas del CCAyT en el caso “Barila”<sup>5</sup>, en el cual, un habitante, invocando -simplemente- su carácter de tal, solicitó el cumplimiento del cupo del 5 % de personas con necesidades especiales en el empleo público. La Sra. juez de primera instancia rechazó *in limine* la acción, por entender que no había caso o controversia, habida cuenta que el actor no alegó padecer alguna discapacidad.

La Sala II revocó ese pronunciamiento considerando que *“la participación ciudadana, en la conformación del orden social, no se agota en los poderes políticos, sino que —aunque con las modalidades específicas que impone la función a su cargo— comprende, también, al Poder Judicial”*, agregó que de la literalidad del art. 14 de la CCABA se desprende *“... que la legitimación, cuando se debaten cuestiones relativas a la discriminación o a derechos que inciden colectivamente se otorga a ‘cualquier habitante’, no exigiendo —en consecuencia— más que esa condición”*. También puntualizó que *“tal temperamento implica en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al menos en el amparo colectivo, una nueva forma de definir el concepto de ‘caso o controversia’, ya que es impropio acudir a soluciones de otros ámbitos, que son ajenas a la realidad normativa e institucional local, para decidir el punto. En efecto, la norma deslinda la legitimación del interés personal y directo.”*

Recordó, además, las consideraciones del convencional ZAFFARONI en sentido de que *“[e]l amparo no es una institución cerrada; es un medio dinámico que tiene que ir avanzando a la par de los derechos e impulsarlos porque ellos, en definitiva, se realizan cuando se los reconoce, cuando se hacen efectivos y no cuando se los declara [...] el amparo es lo que va a dar vida a los derechos y por ende tiene que ser una institución eminentemente dinámica ...”*

Culminó su razonamiento puntualizando que *“la no discriminación y los derechos de incidencia colectiva en general, adquieren —en la ciudad— una dimensión social trascendente al afectado, ya que, en miras de obtener una sociedad más justa y basada en la participación en la conformación de el orden jurídico y en su defensa, la legitimación se concedió —en tal supuesto— a todo habitante, por ser patrimonio común de todos.”*

En suma, en determinados supuestos se consideró que promedia una acción popular.

-3-

### **La publicidad del proceso**

Si bien la legitimación no encontró, generalmente, obstáculos en la jurisprudencia de los tribunales de la Ciudad, ciertamente la ausencia de reglas concretas limitan la amplia difusión de la *litis* y, con ello, la intervención de los distintos sectores de interés.

Es que, los supuestos en los se admite la acción popular, requieren, a nuestro modo de ver, la existencia de pautas para su difusión, de forma que todos los que tengan algún interés en participar puedan hacerlo.

Reiteramos: la existencia de una legitimación procesal que, en algunos aspectos comprende a *cualquier habitante*, requiere -en forma proporcional- mayor amplitud y publicidad, de forma de no cercenar la participación de los distintos sectores. Se trata, en pocas palabras, de resguardar el debido proceso.

---

*cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos e intereses colectivos.”*

Amp. en SCHEIBLER, GUILLERMO MARTÍN, “Autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño”, en DANIELE, MABEL, Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2008, La Plata, LEP.

<sup>5</sup> CCAyT, Sala II, *in re* “Barila, Santiago c/ GCBA s/ amparo”, expte. 22076/0, sentencia del 5-2-2008.

En pocas palabras, actualmente los tribunales porteños tramitan una considerable cantidad de procesos en los que se debaten cuestiones colectivas o temáticas que habilitan una amplia legitimación, pero sin las herramientas idóneas para que la eventual sentencia, sea la resultante de la consideración de los heterogéneos intereses existentes en el seno de una sociedad. Es que, en el proceso tradicional, el conflicto basado en la idea “particular/administración”, se apoyaba en considerar al Estado como el único gestor del bien común y titular del “interés público”. No se concebía, por ende, un proceso que exorbite o extralimite esos bordes.

La necesidad de readecuar el proceso, ha sido reconocido, por lo pronto, por la Corte Suprema al resolver la causa “Halabí<sup>6</sup>”, en la que consideró, en lo que nos interesa, que “... *con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la ‘acción colectiva’ que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o como contraparte. Es menester, por lo demás, evitar la multiplidad o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos*” (considerando n° 20).

#### -4-

### La propuesta

Ampliada la legitimación procesal, en función del reconocimiento de la existencia de situaciones que exceden lo individual, debemos implementar mecanismos que aseguren, entonces, la concurrencia de la totalidad de los sectores involucrados,

El tema no es novedoso, por cuanto fue propuesto en otra ocasión<sup>7</sup>. Nos referimos al artículo 27 del Proyecto presentado por la ADA<sup>8</sup> a la Legislatura de la Ciudad, que fuera, finalmente, vetado

---

<sup>6</sup> No obstante, reiteramos que esa doctrina jurisprudencial es aplicable en la Ciudad *mutatis mutandi*, por cuanto, a diferencia de la Nación que alude al concepto de afectado (art. 43, C.N.), el art. 14 de la CCABA legitima, en determinadas materias, a *cualquier habitante*. Amp. en SCHEIBLER, GUILLERMO, *op. cit.*

<sup>7</sup> DANIELE, MABEL [directora], *Amparo en la Ciudad de Buenos Aires*, comentario al art. 27, ps. 611/621. Caplán, Ariel, “El amparo colectivo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Daniele [directora], *op. cit.*

<sup>8</sup> Artículo 27.- amparo colectivo: En caso de tratarse de un amparo colectivo, el procedimiento es el establecido en la presente ley con las siguientes particularidades:

a) Interpuesta la demanda, las acciones deberán ser registradas en el Registro previsto en el presente artículo, el que informará en el plazo de un (1) día sobre la existencia de otras acciones que tengan un objeto equivalente o que estén referidas al mismo derecho o interés colectivo o que alcancen en forma total o parcial al mismo colectivo o que la cuestión sometida a debate pueda dar lugar a sentencias contradictorias.

Una vez producido tal informe se dará vista al/la Fiscal quien deberá expedirse y remitir el expediente en el plazo de dos (2) días. Con anterioridad a dicha vista, en caso de que del informe surgiera la existencia de otros juicios, se lo remitirá al Juzgado que previno.

En caso que la demandada durante cualquier estado del proceso denunciara la existencia de un amparo colectivo con el mismo alcance definido anteriormente, el/la Juez/a interviniente requerirá el expediente a efectos de resolver lo que corresponda en materia de competencia.

por el Poder Ejecutivo en ocasión de promulgar la ley n° 2145.

Así las cosas, la reglamentación de la publicidad del proceso, debería tomar en cuenta las líneas trazadas por el máximo tribunal al difundir los procesos colectivos mediante la celebración de diversas audiencias públicas (por caso: los conocidos autos “Mendoza<sup>9</sup>”, “Salas, Dino<sup>10</sup>”).

Desde tal perspectiva, consideramos que, al margen de los recaudos de orden administrativo que deban implementarse (vgr. el registro único de procesos colectivos), resultaría oportuno no sólo publicitar el proceso mediante la publicación de edictos y su difusión por los medios de comunicación locales, sino trasladar la dinámica de las audiencias públicas, en función de las facultades instructorias y ordenatorias, para una visión lo más abarcativa posible del conflicto. Sin

---

b) Créase el Registro Público de Amparos Colectivos, en el que se consignará respecto de cada causa, al menos, los nombres de las partes y letrados intervinientes, el objeto de la pretensión, las resoluciones que concedan cautelares, los acuerdos homologados y las sentencias de todas las instancias.

El Registro será público y de consulta libre y gratuita. Su reglamentación y organización estará a cargo del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

c) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5°, se citará por diez (10) días mediante edictos a todos aquellos que de acuerdo al derecho sustancial hubiesen estado legitimados para demandar o ser demandados en el amparo, para que tomen la intervención que les corresponda como litisconsorte de la parte principal y con sus mismas facultades procesales.

Dichos edictos deberán publicarse en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires y anunciarse por el órgano de difusión radial y televisiva de propiedad de la Ciudad, por el término de tres (3) días. Además, la información deberá publicarse en la página web del Gobierno y del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Excepcionalmente y cuando las circunstancias así lo ameriten, el/la Juez/a mediante auto fundado podrá disponer la publicación de edictos en un diario de amplia circulación en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Su confección, tramitación y erogación estarán a cargo de la oficina judicial que determine el Consejo de la Magistratura.

d) Vencido el plazo indicado en el inciso anterior se correrá traslado de la demanda. El demandado, al momento de contestar la demanda y durante todo el transcurso del proceso, está obligado a denunciar todo amparo colectivo que tenga el mismo o similar objeto dentro de los cinco (5) días de notificado de tal acción. Si no lo hiciera y se dictaran sentencias o medidas cautelares contradictorias, prevalecerán aquellas que concedan el amparo o hagan lugar a las cautelares.

e) Las medidas cautelares otorgadas, los acuerdos homologados y las sentencias definitivas de todas las instancias deberán ser publicadas, con transcripción de la parte resolutive, por dos (2) días, de la misma manera y forma que la indicada en el inciso c).

f) En los procesos de amparo colectivo el Ministerio Público Fiscal tendrá intervención necesaria.

g) Cualquiera sea el legitimado que promueva un amparo colectivo, para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, quien deberá expedirse respecto de la adecuada consideración de los intereses generales de la sociedad. La sentencia homologatoria requerirá de auto fundado y será apelable. El acuerdo será siempre sin perjuicio de la facultad de los particulares afectados no parte de apartarse de la solución general adoptada para el caso e iniciar las acciones individuales que correspondieran.

h) La acción de amparo colectivo no genera litispendencia respecto de las acciones individuales a excepción de la de aquellos que se hubieran presentado como parte en el amparo colectivo.

i) La sentencia recaída en el amparo colectivo no obsta a la presentación de acciones de amparo individuales sobre el mismo objeto por quienes no intervinieron en el proceso colectivo.

j) En el amparo colectivo, la sentencia alcanza a todo el grupo afectado y será oponible al vencido, en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido personalmente en el juicio, comparten la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción.

k) Cualquier miembro del grupo afectado alcanzado por la sentencia puede requerir su ejecución.

l) Amicus Curiae: Cualquier persona previo al dictado de la sentencia puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficioso. En dicha presentación debe constituir domicilio en la jurisdicción. Su participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate. No reviste la calidad de parte ni de tercero. Las opiniones del asistente oficioso tienen por único y exclusivo objeto ilustrar al sentenciante. Su actuación no devengará honorarios judiciales. Todas las resoluciones dictadas en el marco del proceso de amparo son irrecurribles por el asistente oficioso.

<sup>9</sup> M. 1569 XL.

<sup>10</sup> S. 1144 XLIV.

perjuicio, claro está, del desarrollo del instituto del *amicus curiae*, que también contemplaba el proyecto de ley de la ADACiudad<sup>11</sup>.

Otro aspecto que corresponde analizar se relaciona con la intervención del Ministerio Público Fiscal. Desde nuestra perspectiva, la circunstancia de que exista una efectiva publicidad del proceso no implica en los hechos que, eventualmente, exista una amplia concurrencia en la defensa de los bienes sociales. Es más, la experiencia indica que existen algunas organizaciones no gubernamentales dicen defender un interés, encubriendo, en verdad, otro. Por esa razón, entendemos que en las acciones populares deberían adquirir una destacada importancia el rol de los fiscales, en instar el resguardo de la legalidad. Se nos ocurre que a los fines de aventar ese tipo de prácticas, el Ministerio Público debería asumir el rol de instar también la acción a los fines de llegar al dictado de la sentencia de mérito, desde una lograda génesis del pleito. A lo cual, cabe agregar que la Defensoría del Pueblo también debería ser citada.

Otra cuestión, se relaciona con cómo conciliar el régimen de publicidad, cuando se peticiona, concomitantemente, una medida precautoria. En ese caso, lo primero sería resolver resolver la cautela, y luego publicitar la medida y el pleito, convocando a los potenciales interesados. Es que nos parece que no sería prudente postergar la resolución de la medida precautoria por la difusión del pleito.

En suma, sometemos al debate la necesidad de implementación de un sistema de publicidad de las acciones populares o colectivas y, concordantemente con ello, establecer pautas claras y adecuadas para la conformación del litigio.

---

<sup>11</sup> Amp. en CAPLAN, ARIEL – SCHEIBLER, GUILLERMO – LODEIRO MARTÍNEZ, FERNANDO; “Tras el amparo porteño: El desafío de reglamentar sin restringir”, *LL.*, 2006-D, 1052.