

## LA LEGITIMACION EN EL PROCESO CIVIL

### INTRODUCCION

En los últimos años ha despertado un auténtico interés por develar el misterioso problema que presenta la legitimación para obrar en el proceso.

Quizá, la constatación de verla como un obstáculo para el acceso a la justicia haya motivado a la doctrina para abordar nuevamente sus prolegómenos; aunque también actúan en la especie otras consideraciones como son la tradición jurisprudencial equívoca, la repetición dogmática de criterios ambiguos, y porqué, no, la incoherencia legislativa que domina en los códigos y en la misma Constitución Nacional.

Argentina resuelve la cuestión en dos ámbitos diferentes, aun cuando se relacionan íntimamente: son los campos procesal y el constitucional.

El primero, adopta la sistemática que nos viene de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española; y la restante, a través de los derechos y garantías consagrados en los artículos 18 y 43, básicamente.

Sin embargo, la metodología que llega del sistema ibérico no refiere en momento alguno a la legitimación procesal, prefiriendo dividir las aguas entre los problemas del "carácter con que el litigante se presenta al juicio", y las "cualidades necesarias para hacerlo".

Por su parte, nuestra Ley Fundamental, sobre todo en el capítulo de los "nuevos derechos y garantías", insiste en otorgar acciones rápidas y expeditas para proteger los derechos que allí enumera, a "toda persona", a "todos los habitantes", "a los consumidores" y "usuarios", que después se encuentran postergados por la escala de accesos que parte de los derechos individuales, continuando con las representaciones directas o indirectas posibles.

Nuestra intención es ofrecer una visión simultánea en ambos frentes. El derecho procesal constitucional lo permite aun cuando sea preciso trazar algunas distancias por las diferencias técnicas que surgen de las materias disciplinadas.

El punto de reunión es la entrada al proceso, a todo proceso (civil, constitucional, internacional, transnacional), de manera que la referencia obligada es el concepto de "acción", desde el cual se vislumbra el acceso a la justicia y sus diferencias con los derechos alegados y la pretensión a una sentencia favorable.

Las categorías establecidas en la legitimación (ad causam y ad processum) constituyen el paso siguiente, para proyectar inmediatamente las consecuencias de cada una de los presupuestos que se requieren para actuar en el proceso civil.

Una vez cumplidos los esclarecimientos que, como perspectivas particulares, no dejan de mostrar ideas que pueden asimismo aparecer confusas, propiciamos encontrar en las cuestiones de legitimación que se ofrecen, un punto morigerador, una teoría <<procesal-constitucional>> de la legitimación que dinamice y haga efectivo el derecho a la tutela judicial que, consagrada en el artículo 24 de la Constitución española, surge presente en el texto nacional a través de sus nuevos capítulos.

## CAPITULO I

### LA ACCION Y EL DERECHO AL PROCESO

#### 1. El problema a descifrar: la división entre el derecho y la acción.

La acción tiene raíces en el derecho romano, de donde nos viene aquello que la define como la res in iudicio deducta, es decir, la cosa que en el juicio se pide.

Esta coincidencia entre el objeto pretendido y el acto de solicitar ante la justicia, llevó a que se identificaran los conceptos, los cuales continuaron así durante buena parte de la evolución del derecho romano.

Superado el período conocido de las legis actionis, llegó la época de los pretores que a través de fórmulas otorgaban el pase a la justicia. Celso, por entonces, definió a la acción como el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe, demostrando que aquella residía en el jus persequendi, que permitía al Pretor conceder o no la fórmula.

Se hizo evidente que el actor tenía una opción de ejercicio independiente del derecho que reclamaba.

Pero esta distinción no fue advertida, quizá porque no era necesario ni existían problemas conexos con ello; de modo tal que, al llegar el período extraordinario, otra vez los términos se confunden, y la idea permaneció unida, al punto que el magistrado romano -por razones de equidad- podía modificar lo peticionado por las partes.

Este piso dogmático no concibe todavía a la legitimación procesal, que comienza recién a estudiarse en el derecho intermedio, donde aparece el término neolatino legitimare, que equivale a "justificarse", y sirve para designar la prueba de la facultad o titularidad para realizar un acto determinado ( ).

Es la base, también, que sustenta la doctrina civilista de la acción, dándole un evidente tinte privatista, donde nada hay que distinguir, pues la acción no es otra cosa que el derecho mismo invocado ante la justicia.

Esta es, asimismo, la filosofía que impregna nuestro código civil, pues aún cuando Velez Sarsfield no tuvo una manifestación expresa sobre el tema, en los artículos 515, 2558, 2757, 2765, 3955, entre otros, parece indicar la sinonimia entre derecho y acción ( ).

La importancia de advertir este concepto estriba en que cualquier demanda judicial suponía ejercitar el derecho de acción, pero este derecho no era diferente del sustrato material que posicionaba al actor, sino que constituía el mismo derecho subjetivo.

Pero entre 1856 y 1857, con la famosa polémica -que no es tal- entre Windscheid y Muther, se interpreta el fenómeno de la acción en el derecho civil romano y se obtiene el definitivo desprendimiento entre el derecho de acción (derecho a la tutela jurídica) y el derecho subjetivo ( ).

El problema inmediato fue encontrar una respuesta a la acción procesal, pues si constituía un derecho de acceso a la justicia era al mismo tiempo posible pensar en un derecho subjetivo para obtener de la jurisdicción una tutela concreta.

Para ir directamente al tema que nos convoca, y no diluir la clave de la cuestión en planteos teóricos, observemos que la respuesta debiera ser afirmativa.

Porqu, si el hombre perdió la posibilidad de la autotutela, encontró limitada la autodefensa y sólo eventualmente conservó la potestad de resolver con otro sus controversias, para dejar en manos del Estado (los jueces) la aplicación de los criterios de justicia a trav,s de un procedimiento establecido; era manifiesto el derecho a que planteada la petición no encontrara cancelada la vía. De otro modo, la misma jurisdicción perdía esencia y justificativo.

Es la t,sis de la acción como derecho concreto que explicara magníficamente Wach en estos breves pasajes: "La acción procesal como objeto concreto del proceso, es un derecho justiciario de car cter material, no de car cter procesal. No es una pretensión (acción o derecho) preprocesal o supraprocesal m s que desde el punto de vista de la concepción civilística corriente, que supone la existencia de presupuestos. Para la concepción procesalista, según la cual el fin del proceso es hacer evidente el derecho discutido, es, antes y durante el proceso, la posibilidad de obtener una sentencia favorable, y despu,s de terminados los debates, la expectativa de la misma" ( ).

No obstante, la teoría fue duramente criticada, pues la afirmación de tener por cumplida la acción quedaba suspendida hasta que la sentencia se dictara, para reconocer allí, si había o no derecho. Por tanto, la respuesta que se diera por afirmativa, presenta series reparos que deben analizarse.

Por su parte, la expectativa a un pronunciamiento favorable, no podía conceptuar la naturaleza de la acción, en la medida que el acto de pedir era posible tanto por quien tuviera o no razón.

De todos modos, la acción desde un plano concreto puede tener otra lectura. Gomez de Orbaneja advierte sobre ello, indicando que la acción no debe confundirse con la facultad general que corresponde a cualquiera para demandar, sino, como lo dice Rosenberg, en cuanto a que el objeto del proceso civil no es la acción en cuanto existente, sino en cuanto afirmada. Pero ello no significa que la existencia de lo afirmado sea irrelevante para el proceso y la acción un concepto no procesal ( ).

En otra línea, Degenkolb había sostenido y que la acción era un derecho abstracto que le pertenecía a todo quien deseara formular pretensiones a la justicia, dando lugar a la primera exposición que v, tambi,n en la especie un "derecho subjetivo público".

Ugo Rocco continúa el pensamiento y sostiene que la acción "es un derecho subjetivo público del individuo para con el Estado, que tiene como contenido sustancial el inter,s abstracto a la intervención del Estado para la eliminación de los obst culos, que la incertidumbre o la inobservancia de la norma aplicable en el caso concreto, pueden oponer a la realización de los intereses protegidos" ( ).

Es importante detenernos en esta t,sis para desarrollar desde aquí algunos espacios que le corresponden a la teoría de la legitimación.

En efecto, la teoría de la acción como derecho abstracto significó la consagración publicística de la ciencia procesal. El proceso encuentra su fundamento a partir de la iniciativa particular, y es el inter,s el que va a determinar la naturaleza jurídica.

Tiempo despu,s esta doctrina afianza la relación con el derecho constitucional, cuando la acción se confirma como un derecho a ser oído por los tribunales.

Con Chiovenda nace un concepto diferente. Primero critica la teoría de Wach, sobre todo en cuanto refiere al derecho a obtener una sentencia favorable, considerando que, en realidad, el derecho que se ejercita pone en marcha un poder jurídico que permite actuar la voluntad legal establecida, contra el adversario.

Este carácter potestativo que le atribuye, le corresponde una naturaleza pública o privada según la norma que deba actuarse, por eso -dice- "la acción es un bien y un derecho autónomo" ( ).

Sin embargo, de la doctrina esbozada surge cierta confusión cuando emparenta la acción con la obligación (est última, en el sentido de que todo derecho supone una prestación positiva o negativa, que se presenta como obligación en el momento del proceso << >>), dado que ellos son dos derechos subjetivos distintos, que unidos llenan absolutamente la voluntad concreta de la ley que llamamos derecho objetivo ( ).

Llegados a esta instancia cuadra interrogar "para qué, nos sirve esclarecer la naturaleza jurídica de la acción?, pues aparentemente, cualquier respuesta derivada de las posiciones antes resumidas nos conducen a similares resultados. Habrá un proceso incoado, un procedimiento cumplido, una sentencia lograda y "con la acción, ¿?".

Estos interrogantes son los que despejan las teorías siguientes a la formulación chiovendiana, en miras a determinar la naturaleza pública o privada de la acción.

Sintéticamente la cuestión se presenta para definir las consecuencias que siguen al planteo de la acción. Mientras algunos sostienen que ella se dirige al adversario debiendo continuarse con las reglas que cada ordenamiento establezca; otros indican que tal ejercicio se formula contra el Estado para que actúe su deber de administrar justicia en el caso concreto.

De este modo, ambas teorías tendrán múltiples reflexiones que trasuntarán la verdad de cada una; sin embargo, en cuanto a nosotros interesa, superaremos la etapa para avanzar un paso más.

El desarrollo doctrinario de este siglo se caracteriza, fundamentalmente en la ciencia procesal, en resolver qué rol tiene el Juez en el proceso: la acción se desplazó del interés de las partes, a la actividad jurisdiccional.

"Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el "qué, es la acción") - decía Couture- debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Este derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción" ( ).

Por primera vez la acción es colocada dentro de los derechos cívicos, como una forma del derecho de petición.

Es cierto, también, que ya se hablaba de un derecho genérico de recurrir a los tribunales, concibiendo a tal ejercicio como un derecho abstracto; pero es Couture quien fundó la importancia de esta idea sobre la base de considerar a la acción como un atributo de la personalidad y, por ende, de carácter privado. No obstante, como al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, cobra inmediatamente carácter público.

Ahora bien, nosotros reflejamos nuestro pensamiento espejados en la estimativa del maestro uruguayo; pero queremos adicionar algunas consideraciones más desde la perspectiva de las consecuencias procesales y constitucionales que la acción deriva.

La acción no es más que un acto de contenido estrictamente procesal destinado a efectuar un reclamo a la autoridad jurisdiccional, para que actúe consecuentemente, contra un adversario a quien tendrá que emplazar para someterlo a las reglas del proceso judicial.

Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Como tal el carácter abstracto que pondera se manifiesta en la posibilidad de optar por la vía del litigio, antes que en las soluciones autocompositivas. Para obrar así, basta con el ejercicio de la demanda, tenga o no razón o respaldo normativo alguno; el Estado le garantiza el acceso. Debe garantizar el proceso, porque, ese es el mandamiento fundamental que nutre los derechos y garantías provenientes de la Constitución Nacional ( ).

Por eso, también la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica, y para que ésta se cumpla, la acción no sólo afianza el primer espacio abierto, es decir, la entrada al proceso, sino, toda la instancia, lo cual significa llegar a la sentencia sobre el fondo del problema planteado.

Pero entre ambos contingentes se abren espacios que deben explicarse independientemente.

Por un lado aparece el derecho subjetivo público que dirigido al Estado le obliga a abrir las puertas de la jurisdicción. Sería esto, ni más ni menos, que el deber estatal a prestar la actividad jurisdiccional, pero la naturaleza intrínseca aparecería, en este espacio reiteramos, como un derecho abstracto, absolutamente.

No hay más vínculos en esta parcela que las emergentes del acto de pedir y la obligación de proveimiento del Estado a través de sus jueces.

Claro está que la acción, así comprendida, tampoco requeriría del acto formal que contiene la demanda -evitando la pertenencia procesal de dicho acto-, para constituirlo como un poder político, un supuesto de actividad procesal fuera del mundo del proceso, como dice Guasp ( ).

Empero, tal autonomía carece de total relevancia si queda en el marco de la posibilidad sin expresión concreta, al punto que correspondería adoptar el silogismo de que no hay derecho sin acción, y una acción sin derecho que amparar no tiene significación jurídica.

De esta manera, soportar a la acción como un derecho sin más resultados que la apertura de un proceso, no tiene justificativos lógicos, es preciso oponer estas consecuencias con la otra parte de la cuestión.

Del otro lado aparece la naturaleza procesal de la acción, con sus presupuestos necesarios para dar vida al proceso incoado y llegar a una sentencia válida entre las partes que no debe ser necesariamente favorable para quien demanda.

La acción cobra naturaleza procesal porque, más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. Es el derecho a la jurisdicción de que nos hablan algunos autores españoles, con gran tino y verdad, al evidenciar el desarrollo de la teoría que tratamos de simplificar ( ).

Entonces, si por la acción existe el proceso, el desarrollo de éste también sucede por la actividad de las partes, de tal manera que la acción resulta del conjunto de las actuaciones de las partes.

En su juridicidad la acción es petición del juicio y, en último extremo, exigencia del derecho. Si el derecho no existe sin el juicio, éste no existe sin la acción.

Según este razonamiento, el destinatario de la acción sería el Estado, pues a él recurrimos persiguiendo la tutela jurídica (derivación del concepto sustitutivo del Estado que se apropia de la facultad de juzgar y por ende debe componer los conflictos que se le plantean); pero también, la otra parte: el demandado, es objeto de nuestro interés. Procuramos que se someta a una obligación.

La dificultad que surge de esta presentación aparece para encuadrar a la acción como derecho concreto o abstracto.

Pensamos que ni uno ni otro son conceptos que cubran totalmente la dimensión planteada. Ambos criterios interesan tanto al Estado como al particular según refieran a la relación sustancial que se traba entre las partes del proceso; o consideren el derecho subjetivo público que contra el Estado se tiene para obtener la tutela del derecho.

Si la acción fuera solamente un derecho contra el Estado quedaría sin sustento la cuestión de fondo que vincula a las partes con un derecho material; en tanto que invertir los conceptos, dejarían aislados a los contradictores ante un juzgador sin obligación que cumplir hacia ellos.

Todo parece indicar que la acción es un derecho que se dirige contra el Estado en su deber de afianzar la tutela jurisdiccional; y que concreta con la otra parte el vínculo necesario que caracteriza a la relación jurídico procesal.

Aceptado este contenido corresponde fijar el alcance dentro del sistema de derecho.

Respecto al Estado, el deber correspondiente no puede ser otro que la "justa composición de la litis" ( ); y en este aspecto, la jurisdicción podrá obrar en el terreno propio de la actividad procesal, es decir, con facultades suficientes para denegar su intervención (v.gr.: cuestiones de competencia; rechazo in limine de la demanda; recusaciones o excusaciones; etc.). Por eso se advierte que en este campo no puede hablarse aun de un derecho a la sentencia favorable, ni a la sentencia de fondo. En realidad, nos instalamos en la antesala del proceso, y para que la justicia de satisfacción plena a los preceptos fundamentales que de ella se esperan, ningún proceso podrá cancelarse en este estadio ( ).

Todo nos lleva a justificar porqué, el derecho al proceso que la acción provoca no se detiene en este pasillo de espera que propicia el acceso.

Cuando se promueve la acción procesal, se quiere desarrollar un proceso que resuelva las cuestiones de fondo, este es el derecho concreto que a través de la acción se pide.

Es un derecho frente al Estado, no porque acuse un capricho del justiciable, "sino porque se parte de la existencia del derecho a la tutela jurídica concreta y, desde este presupuesto, el destinatario de la acción, el sujeto pasivo de ese derecho, no puede ser otro que quien está en condiciones de otorgar la tutela, que es, justamente, el Estado" ( ).

Ello no importa que al otorgar la acción, o derecho a tramitar en una instancia útil y efectiva, se conceda otro derecho paralelo al éxito. Esto es diferente, depende de otras condiciones que nada tienen que ver con el derecho de acción, y sí, con la pretensión procesal y material ( ).

Para la acción no existen condiciones para ejercerla, en todo caso los requisitos corresponden a la pretensión, que es el objeto propuesto en la demanda a la jurisdicción. Por eso el deber del Estado consiste en otorgar el acceso a la justicia toda vez que el acto de pedir tiene sustento constitucional ( ).

## 2. La acción y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Emplazada la acción entre los derechos básicos de la persona, la conexión con el proceso se da a través de la demanda. En el medio aparece la pretensión, que promueve dos visiones distintas: una enfoca el tema de la relación jurídica sustancial que se dirige al adversario (pretensión material); y otra que tiene en su mira a la jurisdicción, a quien la parte que deduce la demanda, debe acreditar ciertos requisitos de admisión y pertinencia que son llamados, presupuestos procesales.

Una vez entablada la litis nos adentramos en el proceso. Pero este proceso también puede revestir una condición mínima inmodificable que afirma la noción del "debido proceso" constitucional.

Este horizonte fue tomado de la Carta Fundamental de Estados Unidos de América, a pesar de las diferencias sistémicas entre el civil law y el common law; aun cuando es preciso señalar la distancia, no por derivaciones equívocas que de ella podría surgir, sino, antes bien, para mostrar la adecuación que hemos logrado.

Una de las aproximaciones más efectivas se dió en el modelo político creado para el control de la constitucionalidad de las leyes, que tiene significativa importancia como veremos inmediatamente.

Pero también la elaboración de los requerimientos principistas que diseñaron la teoría del debido proceso adjetivo fue similar.

Estos recaudos comunes, por razones de brevedad, los hemos indicado en torno del derecho a la jurisdicción, y se resumen en: a) derecho al juez predeterminado con anterioridad a la causa (garantía del juez natural); b) que el magistrado asuma su competencia sin desbordes paralizantes (excusamientos incausados); c) que den curso a la instancia judicial con la asignación del trámite pertinente; d) que satisfagan con prudencia el control de la legitimación ad causam y ad processum; e) que, en su oportunidad, valore a conciencia y razón las pruebas cumplidas en la litis; f) finalmente, que produzca una sentencia fundada en derecho y con adecuada constatación de las circunstancias efectivamente comprobadas ( ).

En esta parcela, inclusive, se han desarrollado extensiones dinámicas que interpretaron las reglas del debido proceso legal, donde podemos reseñar, entre otras garantías, las siguientes: a) la prevalencia del carácter bilateral del proceso a fines de evitar toda actuación esquiva con el principio de igualdad; b) la eficacia del servicio jurisdiccional; c) la colaboración y ayuda legal del abogado, que se representa en la asistencia letrada idónea y en la defensa jurídica gratuita; d) sobrellevar las complejidades del actual proceso común a una dimensión acorde con los requerimientos del proceso justo (due process of law), que consigan, en suma, armar un procedimiento útil y efectivo.

La razonabilidad fue el agregado ideal al dogma previsto en las cartas constitucionales; se propició excluir toda arbitrariedad, toda decisión absurda, o manifiestamente ilegal.

En materia penal, a partir de la comprensión del derecho de defensa (art. 18, Constitución Argentina), los paralelos fueron mayores, y así es que la Corte Suprema de Justicia llega a sostener en la base de la jurisprudencia americana que "la garantía constitucional de la defensa en juicio, especialmente cuando se trata de un pronunciamiento condenatorio en causa penal, requiere que haya tenido lugar y lidamente en el proceso, la acusación, defensa, prueba y sentencia final" ( ).

Lo expuesto pretende sortear algunos obstáculos que eviten observar como opera la noción de debido proceso respecto a la garantía constitucional que la acción procesal promete.

Cuando manifestamos que el derecho de acceso supone tanto ingresar sin restricciones como tramitar un proceso útil, pensamos en resolver la controversia en un proceso justo, que no tenga repliegues estériles soportados en disposiciones rituales, o que actúen las normas procesales sobre operatividades puramente formales.

Hay aquí también un nuevo derecho: el de que la acción incoada no tenga solamente efectos de movida inicial, sino que traslade y se proyecte a todas las instancias que lleven a la sentencia: este es el sentido del derecho al proceso, o de la tutela judicial efectiva que pregonan otras normas fundamentales (Constitución Española de 1978, art. 24).

Nosotros, después de la reforma constitucional de 1994, hemos adoptado la misma filosofía, a partir de los derechos y garantías establecidos en los artículos 36 a 43, y especialmente, a través del derecho de amparo.

Lo que distingue nuestro derecho a la defensa por medio de esta garantía, del derecho a la "tutela judicial efectiva" que reconocen el derecho español (art. 24, CE), el derecho constitucional italiano (art. 24, CI) o la Ley Fundamental de Bonn (art. 19.4, Constitución alemana), proviene de un hecho natural como es la ausencia de un órgano específico para el control constitucional como tienen en estos países, de modo tal que la norma argentina piensa más en asegurar un tipo de respuesta rápida y segura a la crisis de los derechos del hombre, antes que en resguardar la supremacía interna de la construcción fundamental.

Por eso en el juicio de amparo varían también las cuestiones de legitimación; los obstáculos a la apertura (se eliminan las vías previas); y se diseñan varias modalidades procesales por el objeto, antes que por el tipo de procedimiento que mantiene su perfil general.

Existe, en consecuencia, un derecho a la promoción de la eficacia de la actividad jurisdiccional, que no siendo manifiestamente idónea, reposa su confianza inmediata en el juicio de amparo ( ).

El legislador no debe perder de vista ello, pues "...al regular la constitución y funcionamiento de los tribunales, debe considerar los posibles riesgos de ineffectividad de la tutela, y ello aun al margen de si ese riesgo no resultase realizable en todos los casos. Es obligación, pues, del legislador lograr en lo posible la efectividad de la tutela judicial..." ( ).

## Capítulo II

### LOS DERECHOS Y LA LEGITIMACION PROCESAL

#### 3. La legitimación, problema constitucional

El derecho de incitar la actuación jurisdiccional no tiene más relación causal con el derecho al proceso, en sí mismo, que ese primer acto de petición a las autoridades, sea nominado como "tutela jurídica" o para "resolver conflictos con otra persona".

Es decir, existe un desmembramiento absoluto entre el "acto de pedir" (y por tanto debe ponerse fuera del problema de la legitimación para obrar) y el "derecho de pedir", porque, este último refleja el verdadero problema a resolver.

La legitimación para obrar hace a una coincidencia entre la persona que requiere el servicio judicial y el que se encuentra dentro del proceso ejerciendo determinada pretensión. De esta forma, ocupa al actor, al demandado, y aun a ciertos terceros.

Algunos autores plantean la necesaria intimidad entre quien reclama la protección judicial y el derecho que hace a la relación jurídica que presenta; pero es más conveniente trazar distancia, pues resulta posible que alguien, aun siendo titular de un derecho determinado pueda no tener la aptitud necesaria para obrar.

En tal caso, hemos dicho que "si pensamos en una capacidad civil desentendida de la aptitud procesal (legitimación o capacidad procesal) es probable que, quien tenga derecho no lo pueda reclamar por no cumplir las cualidades que el derecho ritual le pide que reúna".

"De ser así es natural que se halle una limitación al derecho subjetivo. Y es cierto: el acceso a la justicia, per se, constituye una limitación de los derechos subjetivos. Pero igualar la titularidad del derecho con la legitimación procesal sólo sería factible desde una perspectiva estricta; es decir, como legitimación ad processum, que tiene cierta independencia del derecho o interés que se cuenta, de manera que se impone como un requisito de carácter procesal para que la litis a desenvolver pueda trabarse en forma debida" ( ).

Cada uno de los conceptos que van apareciendo (V.gr.: capacidad civil, capacidad procesal, legitimación ad causam, legitimación ad processum, calidad de parte, etc.) exponen múltiples situaciones que testimonian las dificultades a superar en la dinámica que requiere el acceso a la justicia.

En efecto, lo importante que aparece a primera vista es que al individuo como tal, se le otorgan una serie de atribuciones jurídicas que le corresponden en exclusividad. Estos que, ejemplificativamente, podrían ser los derechos civiles, no ofrecen mayores problemas pues están bien perfilados y reconocidos como derechos subjetivos en el plano constitucional. Por lo común, no suscitan inconvenientes para conferir legitimación procesal a quienes reclaman su defensa.

Otras veces, los derechos que la misma persona tiene, se difuminan o concurren con otros que se comparten en la vida de relación. La titularidad exclusiva aquí se esfuma, queda atrapada la expectativa de su protección.

Lo mismo ocurre de frente a algún sector de los derechos políticos, donde la legitimación procesal se evade en categorías que no admiten, prima facie, reconocimiento alguno (V.gr.: interés simple).

Este bosquejo simplista de las llamadas situaciones jurídicas subjetivas, llevadas al proceso le otorgan legitimación a quien demande o sea demandado; de manera que la íntima relación que se traba entre la aptitud y la categoría subjetiva (derecho o interés) determina la posibilidad de lograr protección jurídica.

Estar legitimado en la causa supone tener una situación personal que le permita al individuo tener una sólida expectativa a tramitar un proceso y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto, lo cual indica porque, la legitimación es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión.

Sin embargo, enmarcar la cuestión en términos tan absolutos, reduce o simplifica la temática sin resolver su auténtica dificultad.

En efecto, "no se concilia con una buena relación entre lo constitucional (los derechos e intereses subjetivos) y lo procesal (legitimación) el reduccionismo egoísta que a derechos o intereses compartidos por muchos les reconoce la porción subjetiva y concreta que cada uno de esos muchos tiene en ellos, porque no encuentra en esa porción una situación con entidad subjetiva e individual ninguna diferencia con la de cada uno de los demás y, como consecuencia, tampoco reconoce legitimación procesal de uno o de algunos del conjunto. Parece que lo que es de todos o de muchos no es de nadie" ( ).

La gravedad del cuadro se advierte con mayor nitidez cuando se tratan de derechos políticos, difusos o colectivos, porque se bloquea la protección fundamental desde el simplismo de formular soluciones puramente académicas que no tienen arraigo ni reconocimiento constitucional.

Es un círculo vicioso, no hay legitimación procesal porque, no se reconoce la subjetividad propia, concreta e individual en quien comparte grupalmente con otros aquellos tipos de intereses.

Por eso en el estudio es importante advertir esta base que relaciona el sustrato constitucional con los presupuestos para tramitar un proceso útil y efectivo, donde no bastan las definiciones clásicas que parten de exponer e interpretar a los códigos, sino en todo caso, en darles a ellos, una interpretación funcional que ponga a la legitimación como un problema de índole fundamental.

#### 4. Las situaciones jurídicas subjetivas

El derecho romano no conocía problemas de acceso vinculados con cuestiones de legitimación procesal, sencillamente porque, estaba asociado el interés de pedir con el derecho reclamado.

Era la reunión de dos aspectos no diferenciados que recién se logra con los estudios sobre la acción.

Pero esa proximidad llevó a decir que el derecho subjetivo, concebido el poder como se manifestaba la específica fuerza que es el Derecho ( ), era el centro de atención de toda la ciencia jurídica.

Más allá de la verdad que pueda trasuntar esta definición ( ), lo cierto fue que los derechos sustentados ante los jueces, pretores y, en el último período, frente a los magistrados, ponían de relieve el derecho de pedir por el derecho afectado. Este era individual, concreto y pocas veces grupal o colectivo.

Así progresó todo el tiempo la "pertenencia del derecho como única apertura exclusiva" de las puertas de la justicia ( ). Recién con Kelsen se consigue poner distancia y fin a este emplazamiento, pues diferencia las calidades de derecho subjetivo y derecho objetivo.

En el autor no estuvo ausente la idea de reclamación directa (pretensión), sólo que la concibió como un derecho de contenido técnico que autorizaba al individuo a participar del proceso de formación de las normas.

Pero como para dar vida a esta capacidad jurídica de postulación era preciso contar con la autorización del ordenamiento jurídico, dijo que, "en un sentido muy lato, determinada conducta de

determinado individuo se encuentra facultado por el orden jurídico, no sólo cuando se concede al individuo un poder jurídico, esto es, la capacidad de producir normas, sino, en general, cuando la conducta del individuo es convertida en condición directa o indirecta de la consecuencia jurídica, esto es, del acto coactivo instituido como debido, o constituye ella misma la conducta consistente en el acto coactivo" ( ).

El "ser" y el "deber ser" de kelsen deciden el curso de la legitimación procesal, tanto como sirvió para que las doctrinas acerca del "derecho subjetivo" prefirieran referir a la relación jurídica que surge del derecho; a la primacía del deber sobre el ser; o bien para llevar al campo del derecho subjetivo, directamente, la consideración central de los derechos de un ordenamiento determinado.

La diferencia entre un orden positivo que marca la voluntad estatal para lograr la socialización y convivencia pacífica; y los derechos personales desenvueltos en el plano de las relaciones intersubjetivas, demostraron la existencia de otros fenómenos vinculados que no tenían captación por el sistema normativo.

Las situaciones jurídicas subjetivas explicaron, entonces, la posición que encontraba al individuo frente al derecho que reclamaba.

A veces, no existía dificultad alguna para encontrar el nexo ineludible que provenía de antaño, es decir, la relación directa e inmediata entre la persona y el derecho sustentado.

En otras, la cuestión fugaba su claridad debiendo en consecuencia catalogarse de algún modo la posición del interesado.

En un grupo se hallaban los deberes, que podían ser generales (cuando provenían de las normas) o legales (cuando la sentencia judicial imponía una conducta propia); en otro, estaban las obligaciones, concepto acuñado por la doctrina civilista y que, de ordinario, se tomó para los compromisos patrimoniales asumidos entre partes contratantes; estaban, también, las facultades, que no reconocieron ajustes especiales en tanto existiera la posibilidad de actuar un derecho específico; y finalmente, el grupo más importante, fue el de las posiciones, que integraba, conectaba y personalizaba los derechos, deberes y facultades con la persona ( ).

La doctrina administrativista tomó el último grupo y definió en escalas la relación existente entre el derecho y sus expectativas de actuación por individuos o grupos.

Se conocieron así los agrupamientos clásicos del: a) derecho subjetivo; b) interés legítimo; c) interés simple y d) intereses colectivos. Poco después, apareció una categoría diferente, los llamados derechos o intereses difusos.

En los hechos, la relación que permitía la tutela jurisdiccional separó a los derechos de los intereses, al punto que sólo confirió protección a los primeros, siempre que estuviesen reclamados por quien sufría el perjuicio y tuviera aptitudes suficientes para actuarlo.

En cambio los intereses fueron diversificados y la defensa quedó pendiente según la proximidad que tenía con quien pedía.

Estos intereses podían ser directos y encuadrarse como "legítimos"; indirectos y mediatos, y como tales soportados en la categoría de los "intereses simples"; o estar involucrados en la órbita de los intereses colectivos que no identifican a ningún titular específico porque, el derecho le corresponde a un sector; o bien ser de todos y encuadrarse como "intereses difusos".

No interesa demasiado reconocer el espacio que cubre cada tipo, pues en los hechos constituyen la relación entre el derecho y el estado jurídico que se pretende a su través. Sería, ni más ni menos, que la actuación del derecho objetivo a las situaciones jurídicas subjetivas.

Bien se explica que "toda persona o sujeto de derecho, disfruta de un estado de hecho, configurado como una esfera de actuación lícita que debe ser respetada, es decir, no inquietada o perturbada. En términos jurídicos esta esfera de desenvolvimiento de la persona tiene carácter posesorio y debe estar al resguardo de agresiones antijurídicas. Los intereses que motivan el desenvolvimiento y la actuación de la persona, pueden devenir afectados por actuaciones ajenas. El ordenamiento jurídico puede y debe tutelar estos intereses otorgandoles una protección jurisdiccional, para impedir que actuaciones ilegítimas incidan sobre la esfera del sujeto o para procurar que, legítimamente, se interese en relaciones jurídicas ajenas que, sin embargo, le afectan. Puede, pues, decirse que a estas situaciones jurídicas constituyentes, por actos extraños, de modificaciones en su estatuto jurídico o de perturbaciones en su estado de hecho, se les confiere relevancia en orden a establecer medios de defensa para evitar o reparar los perjuicios que las mismas originen" ( ).

Pero el problema está en que la captación de estas proyecciones de derechos no personales, típicamente involucrados como intereses de diferente signo, no tienen recepción judicial. Excepcionalmente encuentran alguna que otra calidez jurisprudencial, pero la regla es el rechazo por carecer quien presenta el reclamo de la aptitud necesaria para postular, es decir, de legitimación *ad causam*.

Los casos son incesantes y de diferente registro; bastan para demostrar el problema citar algunos ejemplos.

Uno de ellos señala la necesidad de acreditar un interés propio, cierto y tangible al individuo que invocando la calidad de ciudadano argentino impugnó la validez de la ley que aprobó el Tratado de Paz y Amistad firmado con la República de Chile ( ).

También, en ocasión de impugnarse judicialmente en el año 1990 la reforma de la constitución de la provincia de Buenos Aires que estaba pendiente de referéndum popular, la Corte Suprema de Justicia negó legitimación activa a los ciudadanos que con calidad de parte actora promovieron el proceso, y eso ocurrió porque el Tribunal consideró que al no investir con subjetividad propia y personal un derecho o un interés concretos que fueran distintos de los que tenía el común de todos los ciudadanos, carecían de legitimación ( ).

Un caso similar se dió con la sanción de la Ley 24.309, donde también la Corte superior sostuvo que la condición de diputado nacional no confería legitimidad para promover la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad del proceso preconstituyente que culminó con el dictado de la norma citada; "ya que el interés propio alegado -referido a un coartamiento en la función de control del procedimiento sancionador de las leyes- no fue sustentado con la precisa y suficiente fundamentación que exige el sostenimiento de un recurso extraordinario, para lo cual no basta la invocación genérica y esquemática de agravios...", sin perjuicio de haber anticipado que "...la condición de ciudadano no es apta para fundar la acción promovida a fin de declarar la nulidad del proceso legislativo, en cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite tener por configurado un interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a admitir la existencia de un caso o controversia" ( ).

A veces, la ausencia de otros requisitos posterga el tratamiento de la legitimación difusa, tal como se resolvió en otro proceso ( ), destacando que la inexistencia de causa torna imposible considerar la posibilidad de postulación.

La indeterminación del afectado y la proyección del interés a grupos ciertos o representativos se restringe al máximo, bajo la premisa de que el interés de terceros no presentados en la causa oportunamente, no les otorga derecho de defensa ( ).

La reforma de la carta fundamental en 1994 abre un rumbo nuevo, a partir de los artículos 41 y 43 que otorgan legitimación activa a cualquier ciudadano que acredite el interés en obrar ( ).

### Capítulo III

#### LA LEGITIMACION PARA OBRAR

##### 5. La legitimación procesal "ad causam" y "ad processum", diferencias.

Así como la pertenencia del derecho define las posibilidades del acceso a la justicia, tanto en el sentido de peticionar a la autoridad jurisdiccional, como para tramitar un proceso que lo lleve a una sentencia que resuelva el conflicto; también la legitimación procesal incorpora un elemento de consideración vinculado con las situaciones jurídicas subjetivas.

La pertenencia exclusiva del derecho supone que, llevada al proceso judicial, sea propuesta por la misma persona que la ostenta, pues de otro modo, no existe la legitimación en la causa necesaria para resolver la aptitud para obrar.

Estar legitimado para actuar significa tener una situación individual que permite contar con una expectativa cierta a la sentencia; de este modo se reitera el emparentamiento entre legitimación y pretensión.

La aptitud para obrar tiene como referencia a otro sujeto, que es con quien se va a constituir la relación jurídica procesal, la que de todos modos, tiene antecedentes en los hechos que la preceden.

El problema aparece cuando el interés expuesto a través de la demanda no se postula por quien ha sido el titular de la relación jurídica sustancial, tal como sucede en los casos de representación, cesión de derechos, sucesión, etc., posiciones que tendremos que ver poco más adelante.

El código procesal civil y comercial de la nación refiere a la legitimación para obrar únicamente en el artículo 347 inciso 3º al señalar en el capítulo de las defensas y excepciones (se pueden oponer al progreso de la demanda) que: "Sólo se admitirán como previas las siguientes excepciones....3) Falta de legitimación para obrar en el actor o en el demandado cuando fuere manifiesta, sin perjuicio, en caso de no concurrir esta última circunstancia, de que el juez la considere en la sentencia definitiva".

La importancia que tiene no definir en parte alguna del código lo que se pretende con la legitimación, para referirse solo a ella en un capítulo contingente como es el de las excepciones,

podría sospechar que es un tema meramente facultativo, dispuesto como potestades del demandado, antes que valoradas ex officio por el juez de la causa.

Por su parte, la "legitimación ad processum" explica las aptitudes necesarias para actuar en juicio y las condiciones que ha de tener la relación jurídica procesal para que pueda dictarse una sentencia útil a los "contradictores necesarios".

Comúnmente se habla en el derecho material de legítima persona standi in iudicio con referencia a la capacidad para comparecer o estar en juicio, determinando que sólo pueden hacerlo quienes están en pleno ejercicio de sus derechos civiles, excluyendo a los que están incapacitados o inhabilitados.

Por eso, la legitimación se refiere al título legal en que la representación del derecho se funda ( ) y es indudablemente un presupuesto de validez del proceso como un todo y de cada uno de los singulares actos procesales.

Es el terreno de la admisión preliminar que configuran típicas cuestiones procesales, no materiales como en la legitimación ad causam ( ).

Nuestro ordenamiento procesal, también en el artículo 347 inciso 2do., propone como defensa la excepción de falta de personería "en el demandante, en el demandado o sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente".

Pero aquí la cuestión no se presenta aislada, pues el resto del sistema normativo encuentra otros "controles" de la regularidad, tales como los artículos 34, 36, 46, 47, 48, entre otros, sin perjuicio de las disposiciones emergentes del código civil (arts. 52, 128, 131, o en los capítulos signados para el mandato y la representación, etc.).

El tema se bifurca en dos aspectos, de un lado la aptitud necesaria que debe tener quien se presenta solicitando la calidad de "parte", el cual para serlo tendr que tener capacidad suficiente; y por otro, la representación invocada, que ha de ser efectiva para no desvirtuar el alcance probable de la sentencia por indebida integración.

## 6. La legitimación procesal "ad causam".

Nuestro sistema procesal reconoce antecedentes y modelo en la ley de enjuiciamiento civil española de 1855; la diferencia, en punto al tema de la legitimación, fue que nosotros distinguimos -sobre todo después de la reforma procesal de la ley 17.454- los problemas de representación y capacidad, de aquellos que corresponden a la acción, propiamente dicha (por eso a la falta de personería suele llamarse excepción de falta de acción); mientras en España, admitiendo que no se habla en parte alguna de su legislación procesal de la legitimación, se dividieron las aguas entre el "carácter" con que el litigante se presentaba al juicio, y la "cualidad" que debía acreditar para dicho comparecimiento.

En Argentina, entonces, la legitimación procesal recibe la mismas cuestiones de tratamiento que en España, solo que se asignan denominaciones diferentes pero que llevan el mismo sentido.

Tal similitud obliga a reconocer en el paralelo idénticos problemas e iguales confusiones, aunque la jurisprudencia local utilizó algunas respuestas del sistema aplicado en Estados Unidos de América para definir el standing to sue (legitimación para obrar).

Quiz el fundamental sea el que propicia ubicar en el hall de entrada al proceso la acreditación del inter, s con que se actúa (legítima persona standi in iudicio), tal como lo propicia el artículo 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.) que nomina el "car cter" a demostrar junto con la demanda o contestación, al igual que la representación legal de las personas presentadas.

Al fraccionarse la tem tica quedan expuestas las dos situaciones que deberían demostrarse "prima facie", esto es: la representación legal suficiente y la acreditación del derecho que se esgrime.

En España el planteo supone que, como el art. 503.2 de la L.E.C. no utiliza el t, rmino <<representación>> con referencia a todos los casos posibles de la misma, sino limit ndolos a la <<representación legal de alguna persona o corporación>>, se reducen las representaciones a los supuestos característicos del mandato legal (tutor, curador, etc.), y la representación necesaria (directores de las sociedades, representantes legales de personas jurídicas, etc.), excluyendo los casos de representación voluntaria, aunque el Tribunal Superior de Justicia actualmente los incluye entre los supuestos considerados ( ).

Mientras que el acreditamiento inicial del "car cter" como se actúa, se ha de verificar a trav, s de toda la prueba documental que desde el inicio debe acompañarse. Al actor se lo obliga a presentar el instrumento que acredite la representación, y ante su falta, el demandado puede alegar la defensa pertinente.

Ambas ideas quedaron englobadas bajo la denominación de "personalidad procesal" ( ), si bien vinculadas a otras extensiones del problema como son la capacidad y la condición de parte.

En este aspecto se ha dicho que "la naturaleza de la capacidad para ser parte, es un reflejo de la cualidad otorgada por el orden jurídico. Debe existir por lo menos y en todo caso en el momento del fallo. El examen de su existencia no corresponde al Tribunal según nuestro sistema dispositivo, sino que su falta podría ser denunciada por el demandado como excepción. En cambio, la capacidad procesal es un requisito para la actuación procesal y ha de existir en todo momento" ( ).

En nuestro país, el "car cter" asumió la fisonomía de la legitimación, en tanto que la "representación" quedó en la etapa preliminar de las alegaciones y en el cuadro de posibilidades defensivas (dilatatorias) que tiene el demandado.

Como se v,, el sistema fu, id, ntico al español, incluso en el tema de la representación voluntaria, que como indicamos sufrió modificaciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo hispano.

Adquiere sentido así, tener a la legitimación para obrar como derecho a que se resuelva lo solicitado en la demanda, sobre el derecho sustancial que se pretende ejercer; de manera que la carencia de titularidad en el derecho (legitimación sustancial) queda configurada cuando una de las partes no es quien debe ser en la relación jurídica material.

No importa en el caso ver si la pretensión (el objeto de la demanda) es fundada o razonable, pues lo que debe cotejarse es si el que reclama y ante quien se reclama son los titulares de la relación jurídica sustancial.

La sine actionis agit (falta de acción) sólo puede alegarse ante la ausencia de esa integración adecuada entre partes, es decir, a la controversia debida entre quienes son "partes legítimas".

Pero además, tal como se instala en el sistema procesal argentino, la excepción de falta de legitimación para obrar se puede denunciar alguna de las siguientes circunstancias: a) que el actor o demandado no son los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión, con prescindencia de la fundabilidad de esta, o -por extensión- que el primero carece de interés jurídico tutelable; b) que no concurre, respecto a quien se presenta como sustituto procesal, el requisito que lo autoriza para actuar en tal carácter, con la misma salvedad señalada precedentemente y c) que mediando alguna hipótesis de litisconsorcio necesario, la pretensión no ha sido interpuesta por o frente a todos los legitimados.

Ahora bien, cada una de estas posibilidades tiene recepción en el derecho de defensa, circunstancia que obliga a señalar que, facultades de control y corrección tiene el juez cuando advierte que la legitimación ad causam no coincide con las personas que efectivamente han trabado la litis. Sobre esto hablaremos inmediatamente.

### 6.1 La legitimación ad causam y la expectativa a una sentencia favorable.

Teóricamente se plantea la siguiente hipótesis: el sujeto jurídico que deduce una demanda lo hace anhelando lograr, mediante la actividad jurisdiccional, determinados efectos sobre el derecho que alega. Obviamente esta declaración acerca de la razón que tiene y espera le otorgan una expectativa cierta a la sentencia favorable.

La idea parte de posicionar a la acción como derecho concreto y en esta medida, quien reclama la intervención judicial debe ser el titular del derecho subjetivo privado. Por eso la legitimación deja de ser un presupuesto del proceso para convertirse en una necesidad ineludible de la estimación de la demanda.

Esta deducción nos lleva a coincidir con Montero, en cuanto a que "si falta un presupuesto procesal, como es la capacidad, no se dicta sentencia sobre el fondo, sino meramente procesal o de absolución de la instancia; si falta la legitimación sí se dicta sentencia sobre el fondo, denegándose en ella la tutela judicial pedida" ( ).

Pero esto constituye una verdadera dificultad para la concepción del derecho a un proceso que pregonamos a través de estas líneas.

En efecto, hacer coincidir legitimación con sentencia llevaría a creer que si la pretensión es rechazada, o el proceso termina por algún modo anormal, la legitimación para obrar no existe. Asimismo, la posición proyecta sus conclusiones al derecho de acción pues sería inexistente sin la capacidad que permite la actuación.

Interpretado este pensamiento seguiría la consecuencia de que la legitimación ad causam resulta condición para la acción, de forma tal que quien se constituya en actor tendrá que demostrar la titularidad que tiene sobre el derecho que sostiene, la identidad del demandado y el nexo causal necesario que sostenga la relación jurídica; este conjunto integrado adecuadamente permitir llegar a la sentencia y a la formación de la cosa juzgada v lida entre partes.

Además, la teoría presenta otra lectura para las potestades del juez en la causa, pues el magistrado podría en cualquier estado del proceso y aún sin petición expresa de parte, declarar la inexistencia de la relación jurídica, señalando en consecuencia la ausencia de legitimación, dictando entonces, un pronunciamiento definitivo que alcanzaría las cuestiones sustanciales debatidas.

Gómez de Orbaneja, con alguna diferencia, menciona que la expresión *legitimatio ad causam* no se refiere a la admisibilidad del proceso, sino a la existencia misma de la acción; o sea, que no cabe referirlas al derecho de ser demandante, o a la carga de ser demandado, en un determinado pleito, sino al derecho a la sentencia en el sentido pedido en la demanda ( ).

Continúa el autor sosteniendo que "el poder de conducir el proceso -debe considerarse- como la manifestación o derivación procesal del poder de disposición del derecho civil -y en principio siempre- legitimados como partes los sujetos de la relación jurídica material deducida en juicio" ( ).

La crítica que surge inmediata estaría en que, precisamente lo que se trata de averiguar, es si quien plantea la demanda tiene o no derecho para actuar, y esto, evidentemente, solamente se sabrá al tiempo de decidir definitivamente.

Allorio se opone y sostuvo que, la relación jurídica material debía considerarse no como existente y desde ella partir la intelección sobre quienes son los legitimados activo y pasivo; sino atenderla en la forma como llega al proceso, para resolver a través de las diferentes etapas procesales el derecho a obtener un pronunciamiento favorable ( ).

Tal criterio predomina actualmente, si bien con algunas variaciones.

Ramos Mendez ha dicho que "la teoría de la legitimación representa hoy un esfuerzo superfluo y vano para tratar de asegurar la presencia en el proceso, desde su iniciación, del verdadero titular del derecho discutido en el juicio. Dicho propósito es estéril porque, admitido el principio de libertad de acción, no puede condicionarse la admisibilidad del proceso a que el litigante justifique in limine litis la titularidad de su derecho. La existencia o no de dicha titularidad sólo resultará del juicio, de la sentencia, en definitiva. Lo que basta para la conducción del proceso es sencillamente que dicha persona sea uno de los litigantes. Por este camino, la legitimación sólo nos viene a indicar quien es el demandante y quien es el demandado, y nada más. Su aportación a la teoría de las partes es si se quiere sencilla, pero necesaria y suficiente, porque los juicios no se desenvuelven entre entes abstractos, sino entre personas concretas" ( ).

En definitiva, la importancia que tiene esta teoría deviene por la consideración evidentemente sustancial que cobra la legitimación para obrar. Al estar profundamente vinculada con la decisión que resuelva los derechos que tienen las partes en juicio, la sentencia sobre el fondo determina la coincidencia entre derecho y legitimación, sin poder delimitar qué espacios tiene cada una.

Sería difícil concebir desde este atalaya a la legitimación como un presupuesto procedimental, pues en los hechos obra preliminar al tema principal en controversia y, por tanto, sólo factible de esclarecer al tiempo de dictar sentencia.

En cambio, si la capacidad para postular fuera atendida previamente (tal como sucede cuando es "manifiesta" -art.347 inciso 3ro., CPC-), o de oficio, quizá la conclusión fuera otra.

## 6.2 El control de oficio de la legitimación *ad causam*.

La concepción privatista o sustancial que la teoría anterior genera al concepto de legitimación, olvida la relación ineludible con otras cuestiones tan importantes como la capacidad, la condición de parte, la postulación o derecho de comparecer al proceso, entre otras, que no reciben tratamiento sustancial por ser, estrictamente, situaciones procesales.

Advertidos sobre la dimensión del problema, y procurando evitar que la legitimación ad causam se valore recién al tiempo de dictar sentencia, sostiene un sector importante de la doctrina que debe priorizarse la atención in limine litis, para evitar que se desarrolle un proceso inútil entre quienes no sean las "partes justas", o no estén todos los que deban comparecer obligatoriamente a la adecuada integración de la litis.

Para aplicar en los hechos esta postura, es preciso tener a la legitimación como un presupuesto procesal, de forma que pueda el juez resolver la calidad que tiene el portante del derecho alegado, sin necesitar que la parte lo pida.

En tal sentido se afirma que "el juez ha de controlar de oficio la concurrencia de la legitimación, siendo ésta un verdadero presupuesto procesal. No hay que extenderse demasiado en fundamentar la afirmación de que su ausencia constituye un defecto no subsanable, dado que la legitimación se tiene o no se tiene" ( ).

Aceptando esta corriente queda corresponderla con la situación prevista para el derecho de acción, el cual, como dijimos, no puede sufrir restricciones de acceso, a no ser que sea manifiestamente insostenible el derecho que se propone.

Otros mencionan que "la legitimación en la causa tiene naturaleza eminentemente formal, atisba a la eficacia del proceso, no a su mérito; es la aptitud de las partes para recibir un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión. Su examen es oficioso siendo como es condición para el estudio de fondo, y su carencia implica sentencia apenas sobre el proceso mismo, indicativa de que se ha percibido la ineficacia del proceso y se hace impropio el adentramiento en el estudio sobre el mérito de la pretensión" ( ).

Si bien este pensamiento no excluye la posibilidad de actuar el control a través de las excepciones o defensas procesales, lo cierto es que prevalece el sentido de aumentar las facultades jurisdiccionales en pos de asegurar una tutela judicial efectiva.

Pero también ocurre que, comparando legislaciones adjetivas, casi todas recurren a la vía de las excepciones previas para denunciar la ausencia o insuficiencia de legitimación para obrar.

Sucede así en el código procesal civil y comercial de la Nación, cuyo artículo 347 inciso 3º indica, entre las excepciones admisibles, la falta de legitimación para obrar en el actor o en el demandado, dejando su decisión para considerarla al dictar sentencia definitiva, salvo que fuese manifiesta, en cuyo caso, se resuelve como previa y de especial pronunciamiento.

Sin embargo, la conclusión no puede ser tan severa, en la medida que un somero estudio de las restantes disposiciones muestra que el legislador ha otorgado al juez facultades suficientes para otorgar regularidad a la marcha procedimental (art.34 inciso 5º apartado b), 36 inciso 2º apartado c).

Lo importante es no confundir el estudio preliminar con los requisitos que cubre la legitimación ad processum, equívoco natural que surge cuando se toma al concepto "carácter", entre las aptitudes para pretender y resistir en el proceso.

Esta es observación de Montero, al señalar que la "doctrina española desde el primer momento en que empezó a hablar de <<capacidad de actuar procesalmente un derecho concreto>> o de <<facultad de disposición procesal>> o de legitimación, entendió que la misma podía quedar incluida dentro del término <<carácter>> que emplea el art. 533.2 y 4. de la LEC, y de ahí que el

art. 30.2 del Decreto del 21 de noviembre de 1952 llegara a sustituir esa palabra por la de legitimación, a pesar de que tal situación respondió a un error manifiesto" ( ).

Ella se transmite a nuestras reglas adjetivas, que utiliza el término <<carácter>> y también <<personalidad>> en los arts. 46, 47, 48, 53 inciso 3ro., entre otros, que provocan a veces, la denegatoria inmediata del derecho al proceso, siendo que son etapas o actos formales subsanables que, inclusive, pueden alegarse por el demandado en oportunidad de articular sus excepciones y defensas.

En cambio, elogiando la sistemática argentina, el renombrado artículo 347 divide con exactitud los límites donde actúa cada una de las legitimaciones indicadas (restaría ver si es conveniente que se hable de más de una legitimación, sin señalar las diferencias que tienen los presupuestos procesales respecto de las condiciones para tramitar un proceso), es decir, mientras el inciso 2º atiende los supuestos de capacidad y representación, el inciso 3º regula la legitimación para obrar válidamente.

### 6.3 La legitimación ad causam y la pretensión procesal

Un estudio de Garbagnati ( ), seguido después por otros autores italianos, echando mano a la teoría de la pretensión elaborada en Alemania por Leo Rosenberg, muda el enfoque que hasta entonces tenía la legitimación para observarla desde el objeto que el proceso persigue.

La pretensión, recordemos, procura dos finalidades: una, que se desenvuelva el juicio jurisdiccional <<pretensión procesal>>; otra, que la razón llevada sea la causa determinante para obtener una sentencia favorable <<pretensión material>>.

En la exposición de motivos del código procesal alemán (ZPO) se lee: "Si la ley admite, al lado de la acción de prestación que corresponde a la relación jurídica respectiva, una acción declarativa, reconoce con ello que de la relación jurídica nace, al lado de la pretensión de prestación, otra pretensión independientemente realizable, que tiene por objeto la declaración del derecho. Tal como la pretensión de la prestación, también puede ser infringida, la pretensión de declaración, y sólo cuando hubiese sido infringida existir motivo para interponer una acción de declaración" ( ).

Conforme esta línea argumental la legitimación debe relacionarse con la pretensión en cuanto a revestirla de razones y argumentos que perfeccionen la situación jurídica que otorga derecho a tramitar un proceso.

No es ya la acción la que se vincula en la simetría, sino la pretensión procesal. Concepto que, tiempo después, avanza Carnelutti al definir su posición respecto a la naturaleza jurídica del proceso.

En pocas palabras, la trascendencia que tiene el emplazamiento estriba en modificar la calidad de quien pide respecto a lo que espera obtener, esto es, no se trata ya de ver si quien acciona tiene derecho, sino de analizar, si quien pretende acredita suficiente interés para tramitar un juicio.

Rosenberg advierte que la facultad de gestión del proceso, o el poder de conducción sobre el mismo, en el que se ha hecho versar la legitimación ad causam, se confiere o atañe por regla general a los mismos titulares de la relación jurídica controvertida; pero en el derecho contemporáneo no se confiere dicho poder a esos titulares sino a otros que nada tienen que ver con la relación sustancial, siendo entonces así que, a medida que se progresa en la teoría del proceso va relevándose

la inexacta afirmación acerca de que el poder de conducción procesal lo tienen quienes son dichos propietarios del derecho o de la obligación ( ).

Precisamente, calificar la legitimación para obrar de acuerdo con la pertenencia del derecho, evita considerar las situaciones de sucesión procesal, representación, mandato, gestión, etc., que resultan en el caso aquellos que efectivamente deducen la pretensión.

Por eso la idea de relacionar pretensión con legitimación personifica la realidad circunstancial y permite ocuparse de los denominados casos de legitimación anormal o extraordinaria, en los cuales la relación jurídica clásica entre dos, desaparece por la confusión de una de las partes o la incorporación de otros interesados, que a su vez, lleva a tener que especificar el rol que tiene el inter,s en la teoría de la legitimación.

#### 6.4 Tiene legitimación quien invoca la relación jurídica.

Evitando establecer el tipo de derecho o inter,s que ventila quien a juicio se presenta, un sector diferente plantea que tiene legitimación aqu,l que invoca la relación jurídica sustancial.

Allorio sostiene que basta con afirmar como propia una situación determinada, y denunciar un demandado para que surja la legitimación para actuar. Ambos aspectos son necesarios y suficientes ( ).

En la misma dirección se dice que "la legitimación sirve para dar vida a un proceso concreto en cuanto se afirme su existencia, y sólo por eso" ( ), de modo tal que no existiría necesidad de coberturas adicionales pues, en definitiva, la debida integración de la litis o el derecho a la sentencia, quedar esclarecido al tiempo de resolver.

La posición ubica el problema con cierta relatividad y sin afrontarla como un aspecto procesal que deba analizarse preliminarmente; al llevar la cuestión a la sentencia, los efectos consecuentes son la pertenencia como derechos sustanciales y la correspondiente cosa juzgada material cuando se deniega la demanda por deficiencias de legitimación.

Es el sistema que tiene el art. 347 inciso 3º del código federal argentino, pues cuando se declara que la cualidad de las partes no era pertinente para admitir la acción, la sentencia hace cosa juzgada evitando que el caso se reedite ( ).

Sin embargo, como tambi,n se permite el tratamiento de la excepción como previa y de especial pronunciamiento, la figura se adscribe en la idea de evitar que tramite un juicio que ab initio presenta la certeza de que las partes no son las adecuadas. Esto es, que quien demanda o contra quien se demanda no revisten la condición de personas habilitadas por la ley para discutir sobre el objeto a que el juicio se refiere.

En similar emplazamiento, el juez podría ex officio pronunciar que la legitimación no es suficiente, porqu, las normas ya indicadas del código procesal lo facultan a verificar la regularidad del proceso en toda su dimensión.

Serra Domínguez podría ubicarse en esta línea argumental pero establece excepciones conforme el tipo de proceso donde la legitimación deba acreditarse.

Despu,s de señalar que "la legitimación procesal equivale a la posibilidad de realizar actos procesales eficaces en un proceso concreto" ( ), afirma que la determinación varía según la forma del procedimiento, a saber:

"1. En el proceso civil están legitimados procesalmente el demandante, por el mero hecho de formular su demanda, y el demandado, por haber sido elegido como tal por el demandante. La demanda marca, pues, en principio, cuáles son las partes legitimadas...

"2. Lo mismo ocurre con el proceso laboral, la legitimación puede ser inicial, derivada de la presentación de la demanda o sobrevenida, por intervención en el proceso de un tercero interesado. Los problemas relativos a la intervención en el proceso como partes de las entidades gestoras, mutuales patronales, fondos de garantía, servicio de reaseguro y fondo compensador, pueden encajar perfectamente en ambas categorías.

"3. En cambio, la legitimación adquiere especial significado en el proceso penal, tanto por la intervención del Ministerio Fiscal como por la existencia de partes públicas y privadas en igual posición activa, y el carácter heterogéneo del objeto del proceso, todo ello unido a la peculiar estructura del proceso penal...

"4. La legitimación de las partes en el proceso contencioso-administrativo presenta la particularidad de estar influenciada no sólo por el recurso, sino también por el acto administrativo impugnado. Partes iniciales son siempre el recurrente y la Administración demandada. Pero además de la posible intervención en el proceso contencioso-administrativo de los terceros interesados...y reviste especial interés la legitimación de <<las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto>>, personas que son parte independientemente de su comparecencia..." ( ).

## 7. Legitimación e interés para actuar

De lo expuesto puede colegirse cierta relación efectiva entre el derecho subjetivo y la legitimación ad causam. Evidentemente, todo el tratamiento doctrinario y legislativo se ocupa principalmente de resolver la acreditación del status jurídico para definir a posteriori la admisión del proceso (si se permite el relevamiento oficioso) o la denegación en la sentencia (con los efectos de cosa juzgada que cada caso merezcan).

Pero el tema no puede quedarse en esta parcela tan singular y acotada de los derechos personales, pues aquí la explicación se detiene para los llamados casos de legitimación ordinaria, sin ocuparse de las extensiones que tiene la dinámica del interés en otras áreas jurídicas.

Esta proyección del "derecho al proceso" a otros interesados que no resultan "dueños" del derecho subjetivo, soportan también la apertura del juicio.

De alguna manera es un retorno al problema que presentan los llamados "intereses o derechos difusos", donde la individualización no resulta posible, aunque está clara la masificación del interés en actuar.

En España, la norma constitucional ha dado cierta apertura para la defensa de estas legítimas preocupaciones colectivas; de modo tal que si en sede ordinaria se declara inadmisibile la pretensión por falta de legitimación activa, se puede recurrir en amparo requiriendo la calidad de "parte".

En este sentido ha dicho el Tribunal Constitucional que "cuando el objeto del proceso previo sea la tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas...y la causa de la inadmisibilidad sea la falta de legitimación, este Tribunal no puede contraer el examen del caso a la mera comprobación de que hubo una sentencia fundada en derecho, sino que ha de entrar a analizar la concurrencia o no de la falta de legitimación, pues en el supuesto de que ésta hubiese sido

incorrectamente apreciada por el tribunal ordinario, quedaría sin protección ni tutela efectiva el derecho o derechos fundamentales en cada caso debatidos y su ejercicio quedaría de facto indebidamente restringido" ( ).

No se trata, esencialmente, de identificar al derecho subjetivo con los intereses legítimos, tal como lo propone cierto sector doctrinario inspirado, principalmente, por autores administrativistas ( ), sino de superar algunos dogmas impositivos del acceso a la justicia

En efecto, es evidente que el proceso mismo transforma los derechos inicialmente actuados, y que en su curso operan modificaciones, innovaciones, y aun creaciones de derechos y obligaciones nuevas (V.gr.: condenaciones en costas, sanciones por astreintes, multas procesales, etc.); tal virtualidad recrea un sinnúmero de alternancias que reconocen una dimensión distinta al tradicional derecho subjetivo.

Tampoco se ocupa de ver la eficacia que puede dárseles a dichos intereses legítimos desde las compuertas que abre la flexibilización del concepto de propiedad individualizada del derecho y el sacrificio o daño de él emergentes; sino de entender que el proceso es una garantía de tutela que no puede cumplirse adecuadamente en la etapa solitaria que permite el derecho de acción. Es imperioso que la protección cubra todo el trámite (derecho al acceso irrestricto y a tener un proceso desarrollado hasta la sentencia que resuelva sobre el fondo de la pretensión material), para justificar desde una perspectiva constitucional la nueva órbita en que se emplazan los derechos del hombre.

La legitimación tiene que ser reconocida porque se juega en su medida una cuestión fundamental que sólo el derecho constitucional debe tomar a su cargo. Pero agregamos más: hay casos en que, aunque la ley niegue legitimación a alguien, el juez tendrá que reconocerla "contra ley", porque si se la niega en mérito de que esa es la solución que arbitra la ley, cumplir la misma pero violar la Constitución. Tal ocurre cuando es evidente que en un proceso determinado y con un objeto también determinado, alguien que ostenta derecho e interés en la cuestión no puede intervenir en el proceso, no puede plantear la cuestión, está privado del derecho a formular su pretensión y a obtener resolución judicial sobre ella, y tampoco puede promover el control constitucional.

La inconstitucionalidad que se tipifica en esos supuestos radica, en su última base, en la violación del derecho a la jurisdicción como derecho de acceder a un tribunal judicial ( ).

Cuando hablemos de intereses legítimos, o simplemente de intereses, debemos relegar aquella distancia que surge del derecho italiano para explicar las diferencias entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa, en el sentido de que mientras la primera atiende y tutela los derechos civiles y políticos, la segunda se dirige a los temas de legalidad y autoridad en la gestión de gobierno.

La cuestión más importante, vertebral, es aquella que focaliza el problema en sí mismo, es decir, el objeto del proceso, para después resolver desde la dimensión procesal, si la legitimación para obrar justifica el interés puesto de manifiesto, y en su caso, si la sentencia puede originar sobre alguien que pretende los efectos jurídicos que se propusieron.

## 7.1 Interés sustancial y procesal

Esa separación entre derecho e inter,s no surge explícita en los códigos, ni siquiera en los modernos ( ), pues en casi todos la legitimación ad causam est relacionada con las situaciones jurídicas subjetivas que tienen posibilidades en el derecho a la jurisdicción.

Satta consideró que era totalmente equivocado referir a un inter,s procesal distinto del que se hace valer en juicio, dando por tierra el presupuesto de las dos pretensiones que mencionamos ut supra ( ).

La dualidad entendida, en realidad, no es tal porqu, no existen derechos inamovibles e inmodificables que lleven a resultados seguros ante su sólo mención. Dice Satta que quien acciona justifica su proceder a trav,s del inter,s que motiva, y ese inter,s recibe justamente el beneplacito del derecho que sostiene. Por eso el inter,s abandona su criterio abstracto para ser concreto, con un determinado contenido y ocasionando varios tipos de tutela.

Allorio, que comparte parcialmente la idea, agrega que "en la definición de cada uno de los tipos de tutela va ínsito este elemento del inter,s a la tutela. La valoración de la presencia de un inter,s ha sido en suma ya hecha por el legislador en el momento en que predispuso cada una de las formas de protección jurídica. Ha otorgado ,l la tutela, precisamente, porqu,, a priori, ha encontrado presente un inter,s para obtenerla" ( ).

La posición nos presenta un lado diferente al tratamiento ordinario que de la legitimación se realiza. Ahora, se propicia demostrar que a trav,s del inter,s se fundamenta el movimiento que pone en marcha el proceso y permite aspirar a una sentencia que resuelva el conflicto entre partes.

Empero el "inter,s" puede reflejar una situación jurídica subjetiva (intereses legítimos, simples, colectivos y difusos, en la clasificación típica), y tambi,n, un motivo para promover la demanda.

Inclusive, pueden aparecer otros intereses distintos a los que cuadran en la relación jurídica; por ejemplo, el acreedor que teme la distracción de bienes de su deudor y se protege a trav,s de las acciones que el derecho material le confiere, o el tercero que acude al proceso representando sus preocupaciones individuales, o bien el que adquiere derechos litigiosos y toma la posición de la parte sin haber tenido vínculos originales en la convención.

Todo este complejo mundo de intereses llegan al proceso explicados por quienes representan una situación jurídica determinada y un motivo que los incita a demandar o a resistir.

Calamandrei ya había dicho que, despu,s de petitionar la protección jurídica del Estado a trav,s de la jurisdicción, es decir, de haber suscitado la acción, ,sta debe acondicionarse con tres elementos constitutivos como son: 1) los hechos relatados y vinculados con la norma jurídica que los fundamenta; 2) la legitimación; y 3) el inter,s para obrar ( ).

Tiempo despu,s Podetti agregó que la conjunción de esos tres elementos originaba el inter,s legítimo de obrar, que a su vez, da legitimación para demandar y contradecir, y por ende, para accionar o contradecir a trav,s de los grados posibles como se muestra dicho inter,s ( ).

La presencia del inter,s y su valoración intrínseca para definir el derecho de postulación, incorpora un argumento más a la crítica de la teoría tradicional que identifica la legitimación en la causa con la titularidad del derecho, o de la relación jurídica material.

Dejar de considerar a la acción como el derecho subjetivo mismo, o como parte de ,l, alienta la división entre la legitimación en la causa y la titularidad del derecho material.

En nuestra opinión, el ejercicio del derecho de acción importa reclamar a la justicia actos necesarios para tutelar un determinado interés. Luego, en la sentencia, se verá si ese interés es posible de incitar la actividad jurisdiccional, tendrán los resultados esperados por las partes; por ello, en la etapa inicial, no es necesario que quien exponga razones las tenga, basta con la creencia de obrar asistido de buena fe.

Es decir, que las partes pueden estar legitimadas en la causa, tengan derecho o no, porque el titular del derecho subjetivo no es el único al que le corresponde el derecho de acción.

La legitimación llega después, casi inmediatamente. El interés para obrar significa tener derecho a que se resuelvan las peticiones formuladas en la demanda, sin que se tengan nexos con la obtención de sentencia favorable.

En consecuencia, cuando una de las partes no acredita la calidad invocada, la decisión final no puede ser definitiva en cuanto al sustrato material deducido en juicio, sino únicamente, sobre la legitimación.

En este único aspecto, la legitimación *ad causam* es un presupuesto de la pretensión para la sentencia de fondo, ya que determina quienes deben o pueden demandar y a quien se debe o puede demandarse. Dicho de otro modo, el proceso necesita que actúen quienes han debido hacerlo, por ser las personas físicas o jurídicas idóneas para discutir sobre el objeto concreto de la litis ( ).

## 7.2 El interés como fundante de la legitimación *ad causam*

La afirmación de un derecho presentado a través del interés para obrar en la causa, y no invocando la titularidad exclusiva que otorga la posibilidad de tener un proceso de inmediato, es un mecanismo adoptado en el código procesal alemán.

La recepción que en este tiene la teoría de las dos pretensiones se refleja en el parágrafo 256 de la ZPO cuando señala que: "Se podrá demandar la declaración de existencia o de inexistencia de una relación jurídica y el reconocimiento de la autenticidad o la declaración de la falsedad de un documento, si el demandante tiene un interés jurídico en que la relación jurídica o la autenticidad o falsedad del documento sean declarados inmediatamente por resolución judicial".

En otras legislaciones la mención del interés es ocasional y casi siempre vinculada con la legitimación *ad causam* antes que con la pretensión. Por tanto, la consideración que recibe cobra importancia cuando no aparece claro en la demanda la calidad del que pide, permitiéndose declarar inadmisión in limine.

En el código procesal de la nación argentina, el artículo 337 faculta a los jueces a "rechazar de oficio las demandas que no se ajusten a las reglas establecidas", cubriendo extensivamente las causales de improponibilidad objetiva y subjetiva de pretensiones ( ). Igual dispositivo adoptó el Código General del Proceso uruguayo a través de los arts. 24 y 341 inciso 5º

De esta manera, el juez de la causa puede controlar la regularidad del trámite tanto en su dimensión formal como sustancial, si bien en este último espacio el tema se encuentra más difuso ( ) y controvertido doctrinariamente

Ahora bien, la medida parece apropiada como providencia saneadora de la actividad procesal, y en orden a la misión de orquestar enjuiciamientos útiles que eviten el absurdo de

procesos inconducentes. Es verdad, también, que esta suerte de control anticipado, podría mejor delimitarse en una audiencia preliminar ( ).

“¿Qué rol tiene el inter,s para obrar en estas cuestiones?”

La atendibilidad de la pretensión viene sorteando etapas que sólo quedar n esclarecidas definitivamente cuando la sentencia se pronuncie.

Los recaudos formales, e inclusive, algunos aspectos de la legitimación ad processum, pueden revisarse antes de poner en marcha el contradictorio, pero referidos a la legitimación sustancial, el momento de estudio depende del encuadre procesal o material que le asignemos a la misma.

En efecto, si la soportamos como un presupuesto de admisión, resulta que el juez puede indagar si la norma abstracta que se invoca ampara el caso concreto que en el litigio queda deducida, y si en la persona que concurre afirmando se encuentra acreditado, prima facie, el derecho, la calidad y el inter,s en obrar.

Estas son facultades que se actúen de oficio y antes de dar trámite.

La reunión en quien pide del *fumus bonis juris* (humo de buen derecho) le asigna verosimilitud a su demanda; la calidad depende de la situación jurídica subjetiva (legitimación ordinaria o extraordinaria), y el inter,s tendr que estar adecuadamente motivado para que pueda resultar protegido jurídicamente.

En cambio, si la legitimación se vincula con la acreditación del derecho afirmado, eludiendo la fundamentación y el inter,s jurídico en juego, la decisión sólo puede tomarse en la sentencia, al cabo de la sustanciación integral del proceso.

Ambas construcciones tienen para sí parte de razón, es cierto, pero también lo es que anticipar la denegatoria por contingencias que supervisan la superficie del caso, tanto como hacerlo al final, y rechazar la pretensión por ausencia de legitimación *ad causam*, parecen inapropiadas para el dispositivo que enlazan los conceptos de acción, legitimación e inter,s.

Esto es, que quien acciona y ejerce el derecho de peticionar la formación de un proceso que ya lo cuenta como garantía constitucional, no tiene por qué, acreditar el derecho que lo sostiene para darle legitimación en la causa; a él, le basta con demostrar el inter,s con que actúa.

El inter,s para obrar depende de la pretensión, y muchas veces opera en relación con las facultades que posee la función jurisdiccional (V.gr.: si plantea la inconstitucionalidad de una ley por vía directa, sabido es que no existe tal posibilidad en nuestro sistema federal).

Así como existen pretensiones constitutivas o condenatorias que no presentan inconvenientes para demostrar el inter,s genérico de actuar en el proceso; también hay otro tipo de pretensiones en las que el inter,s se difumina al faltar algún elemento característico. Por ejemplo, en las pretensiones declarativas no existe un derecho subjetivo vulnerado, apenas aparece amenazado o incierto, y "es por ello por lo que tradicionalmente el inter,s se ha referido de modo especial a este tipo de pretensiones, en las que es común en la doctrina y en la jurisprudencia señalar que, además de la afirmación del derecho subjetivo, el actor precisa alegar la concurrencia de un inter,s específico" ( ).

Dicho inter,s ha de aparecer fundamentado por qué, es la única forma que tiene quien pretende lograr la "llave" que le abra las puertas del proceso. No es preciso que el juez valore en

profundidad esas motivaciones -esto le corresponde hacerlo en la sentencia y respecto a la pretensión sustancial-, sino que releve el derecho al proceso que pregona quien tiene el "inter,s jurídicamente relevante".

Seguidamente, el derecho subjetivo no se identifica con el inter,s; mientras el primero se relaciona con una relación jurídica preexistente, el restante activa por sus fundamentos el mecanismo jurisdiccional, dando legitimación para obrar.

Queremos ser cuidadosos en esta conclusión, pues para alcanzar el derecho al proceso a través del inter,s, no suponemos las categorías que promedian las situaciones jurídicas subjetivas (estas son útiles para clasificar los tipos de legitimación), sino la coherencia preliminar que muestra quien afirma y solicita se generen determinadas consecuencias jurídicas ( ).

## 8. Clasificación en las legitimaciones para obrar

Esquemáticamente, y por razones prácticas que facilitan la comprensión de cómo sucede la cobertura de legitimación ad causam en una persona o conjunto de ellas, suele clasificarse el inter,s tutelado en la medida que admite cada ordenamiento jurídico.

Se divide así en dos campos bastante diferentes: a) Legitimación ordinaria; b) Legitimación extraordinaria.

### 8.1 Legitimación ordinaria

Este tipo de legitimación es el común, aquel que busca relacionar el derecho subjetivo en cabeza de quien se presenta ante la jurisdicción formulando la demanda. No interesa el problema de la representación o el mandato, sino quien asume la calidad de parte legítima <<justa parte>>.

Est claro que a partir de este concepto, y precisamente por su generalidad, se llega al problema de confundir legitimación ad causam con titularidad del derecho subjetivo.

Así lo presenta, por ejemplo, la L.E.C. cuando solicita en el art. 503 que se acredite necesariamente el "carácter", que como tal, involucra al inter,s en actuar y a la representación que el mismo tiene ante la justicia.

Igual sucede en nuestro sistema adjetivo, que para cierto tipo de procedimientos se pide al juez que verifique previamente la calidad del que pide y el inter,s que suscita, a efectos de formular un antejuicio sobre la legitimación material. Es lo que acontece con el proceso de declaración de incapacidad que admite únicamente la denuncia de personas ciertas; el juicio de alimentos, que exige acreditar en quien promueve la demanda el título en cuya virtud solicita; las tercerías y el proceso ejecutivo, que imponen al juez examinar cuidadosamente el instrumento con que se deduce la ejecución.

### 8.2 Legitimaciones extraordinarias

Se refieren a las diversidades de intereses que tienen protección judicial y a las personas que los promueven.

Por un lado, suponen reconocer otros derechos diversos al subjetivo que se posicionan como intereses jurídicamente relevantes que deben tener tutela jurídica.

Por otra, surgen en contraposición a la idea de legitimación ordinaria, explicando la función de quienes actúan en el proceso en nombre de otro a quien representan, sustituyen o acompañan (V.gr.: sustituto procesal, sucesión procesal, litisconsorcio necesario, intervención de terceros, condóminos, representantes legales, etc.)

La legitimación extraordinaria en el primer aspecto, se produce como parte del ensanchamiento de la franja de derechos tutelados que diseña todo orden jurídico. Así como antaño sólo era objeto de atención el derecho subjetivo, dando cuño individualista al proceso judicial; ahora promedian otros intereses colectivos, sociales, o meramente difusos (<<de incidencia colectiva>> los llama el art. 43 de la Constitución Nacional) que a trav,s de situaciones o representantes diversos, tienen cabida en el aura de la legitimación para actuar.

Se trata de cubrir el quid que surge cuando la pretensión planteada en juicio no viene en cabeza de su titular, sino en la masificación del inter,s. Algo así como un bien indivisible que admite "cuotas" identificadas en cada afectado, donde cada uno tiene parte de un todo, pero donde nadie es dueño absoluto.

El reconocimiento de estos derechos repercute en la calidad de parte y en los efectos que siguen a la sentencia, por ello, cada sistema legal debe garantizar el acceso a la jurisdicción, sin descuidar los excesos probables de los grupos que actúan.

El segundo orden que tipifica la legitimación extraordinaria lo componen varias figuras que alteran la personalidad procesal, de los que nos ocupamos por separado.

En resumen, los casos de legitimación extraordinaria quedan simplificados en la modalidad como se presenta y tiene el derecho o inter,s a tutelar. Lo común es que sea el titular el que reclame, pero el mismo inter,s puede estar cedido, en cuyo caso quien lo adquiere tiene un inter,s derivado pero excluyente.

Si la cuestión se deduce a trav,s de representantes legales o judiciales, la legitimación ad causam se vincula con la condición de parte.

Mientras que la acumulación de personas en un mismo sector permite referir a legitimaciones activas o pasivas conforme se traten de litisconsorcios de uno u otro tipo.

## 9. Derechos e intereses tutelados

A veces, por razones metodológicas, es preferible nominar como situaciones jurídicas subjetivas la relación que une la calidad del que peticona con la cualidad que pretende, pero ello importa, casi siempre, vislumbrar que para acceder al proceso, es necesario cubrir un aspecto del derecho subjetivo.

De esta forma se regresa al pol,mico paralelo entre legitimación y titularidad, o entre derecho y proceso, que como hemos visto, tiende a superarse.

En su lugar podemos referir a los derechos e intereses que pueden sostenerse en una demanda y otorgar legitimación ad causam a quienes los invoquen.

Los intereses son múltiples y polifac,ticos, de modo tal que, para lograr cierta precisión en punto a la legitimación procesal, debemos capturarlos de acuerdo a como ellos se presentan al proceso.

a) Intereses públicos e intereses privados: correspondiente a un esquema el sico embuído del sistema liberal que pregonaba la gran mayoría de los códigos procesales de la primera mitad de este siglo, avanzando hasta la década del 80 cuando aparecen los intereses colectivos y difusos, otorgando una dimensión pluralista a los derechos que debían ser satisfechos.

La división genera que la defensa de unos deban intentarse a través de quienes "tienen" representación adecuada (derecho subjetivo) y otros, por el mecanismo articulado en el Ministerio Público, o nuevos órganos que tienen cierta especialización (V.gr.: Defensor del Pueblo).

b) Intereses individuales e intereses colectivos: los primeros procuran satisfacer necesidades particulares que no tienen proyecciones hacia otros, pues la sentencia sólo beneficia al actor o al demandado ( ); los intereses colectivos, en cambio, refieren a las acciones de grupos que personifican un interés susceptible de provocar efectos reflejos a todos los que se encuentran dentro del sector.

La "categoría" del interés a tutelar significa cierto grado de organización en la preparación de las acciones, y una elección adecuada de la vía procesal pertinente.

Ejemplo de estos intereses son las "acciones de clase" norteamericanas, o algunas modalidades del amparo colectivo que recrea en nuestro diseño constitucional el artículo 43.

c) Intereses difusos: son la novedad de este siglo pues se presentaron para dar vuelta el sistema creado por la doctrina administrativa que, en su tiempo, separó al derecho subjetivo de los intereses, y a estos los catalogó como legítimos, colectivos o simples de acuerdo a la situación jurídica que denunciara el individuo.

Existe en los derechos de incidencia colectiva (cfr. art. 43 de la Constitución argentina) una traspersonalización de la pertenencia. No existe un dueño exclusivo ni singular, porque la pertenencia es 'de todos'.

Las modalidades que adquiere la protección procesal de los intereses o derechos difusos depende, en gran medida, de una decisión de política legislativa.

En Estados Unidos el modelo está en la "acción popular", que por su amplia cobertura elimina en la práctica el problema de la legitimación.

En nuestro país, el sistema preferente es el juicio de amparo que se otorga facultativamente a las asociaciones debidamente registradas (confundiendo, en consecuencia, derechos difusos con derechos de incidencia colectiva).

En esta cuestión Cappelletti no encuentra un término medio apropiado, y después de señalar que lo más grave sería dejar sin mecanismos de defensa a estos "nuevos derechos", alega la conveniencia de repudiar el modelo de legitimación el sico para adoptar temperamentos modernos que refresquen la tutela diferenciada que la colectividad merece, tomando algunos reaseguros sobre las posibilidades ciertas de excesos, fraudes o representaciones inadecuadas ( ).

## Capítulo IV

### LA LEGITIMACION AD PROCESSUM

#### 10. Los presupuestos procesales.

La legitimación ad processum refiere a las condiciones particulares que las partes deben acreditar para comparecer en juicio. Son presupuestos vinculados con la capacidad y la representación, a diferencia de la L.E.C. que los separa teniendo a la primera como parte de la "cualidad necesaria para comparecer en juicio" (art. 533.2), y a la segunda como "carácter con que el litigante se presente en juicio" (art. 503.2).

La diferencia obedece a la corrección hecha en nuestro sistema procesal luego de las fundadas críticas que tuvo la ley de enjuiciamiento.

Al resultar condiciones o aptitudes que deben tener las partes, la legitimación ad processum se relaciona íntimamente con los presupuestos procesales, en especial, con aquellos que se exigen para el ejercicio de la acción ( ).

Estos presupuestos son necesarios para validar la eficacia de los actos dispuestos, los que como procedimiento que arman, atraviesan etapas sucesivas con similares requisitos en cada una.

Con la demanda y el despacho del Juez se inicia la instancia que obliga a proveer. Pero, antes de ello, el magistrado debe analizar la procedencia de las peticiones y vincular el ejercicio de la pretensión con el agente que la porta (representación); luego, investigar si tal acto puede o no ser tenido en cuenta (inter, s en obrar), prescindiendo de su incidencia con la providencia de m,rito; y finalmente, controlar el revestimiento externo del acto para recabar del mismo su apego a las formas.

Este estudio previo de los requisitos de procedencia constituyen actitudes oficiosas del órgano jurisdiccional, y someten al proceso a un examen liminar tendiente a depurarlo de eventuales vicios invalidantes.

El autocontrol puede desplazarse a la decisión del contradictor, por medio de las excepciones procesales, que son, justamente, las situaciones que pueden oponerse al progreso de un proceso irregularmente constituido (art. 347 incisos 2º y 3º CPC). Este pasaje importa considerarlo específicamente por mediar en nuestros códigos una confusión ancestral que pondera en un mismo rango a los presupuestos procesales con la posibilidad de obtener sentencia favorable.

Superado recién este segmento y sustanciada la causa, el Juez puede entrar a la etapa resolutive. Aquí la relación entre el m,rito y los presupuestos procesales resulta diferente a los anteriores. Ahora las condiciones versan sobre la suerte de la pretensión para lograr sentencia de fondo y, en esta oportunidad, los presupuestos actúan en secuencia o complementarios de los aspectos investigados en particular. Ellos refieren a la existencia del derecho, a la relación jurídica material invocada, a la prueba rendida para verificar el derecho afirmado, a la exigibilidad cierta del inter, s, a la congruencia de la petición con lo obrado en juicio, a la claridad de los hechos invocados en la demanda, etc. ( ).

En otro sentido, para la sentencia favorable es difícil enumerar con pretendida precisión cuales serían los presupuestos requeridos. Prima facie, la legitimación ad causam, la posibilidad jurídica y la producción de la prueba serían los requerimientos principales. O bien, como señala Couture, "la invocación del derecho, cuando ella es indispensable, y la producción de la prueba cuando se tiene sobre sí la carga de la misma, son presupuestos procesales de una sentencia favorable. No alcanza, como dice el precepto de la sabiduría popular, con tener derecho: es preciso demostrarlo y probarlo" ( ).

De este modo vemos como se distancian la legitimación ad causam de la legitimación ad processum. Si el inter, s para obrar es el que justifica el derecho al proceso, por una parte; en la otra,

los presupuestos validantes de la acción reposan en exigencias sustentadas en condiciones procesales, de manera que la distinción entre legitimaciones parece ambigua, siendo más conveniente referir a una sola legitimación ( ).

La univocidad lograría que se ubique el dilema de la etapa donde debe analizarse la regularidad del trámite. El problema sería adecuar el tiempo adecuado, toda vez que si está entre los requisitos de admisibilidad de la demanda, podría eventualmente vulnerarse el derecho a la jurisdicción (esto es, el derecho al proceso, una vez reconocido el derecho de acción); y si es posterior, cabe la posibilidad de someter a la justicia a un desgaste innecesario, que pudo impedirse.

También es posible indicar como finalidades de estos presupuestos de la legitimación, dos direcciones. Una que se ocupa de validar la relación jurídica que se constituye; y otra, que persigue la eficacia de la sentencia aplicada a las "partes legítimas".

De esta manera, cuando se hable de legitimación procesal el interesado sabrá que para lograr la aptitud de tramitar un litigio y llegar a una sentencia sobre el fondo, tendrá que cubrir estos espacios fundamentales de los presupuestos procesales:

1) Los que se dirigen a validar el ejercicio de la acción por la persona que peticiona en la demanda, esto es, la verificación de la capacidad procesal y la forma de la representación en juicio.

2) Los que encaminan la eficacia de la pretensión, y como tales asientan en el interés para obrar, o lo que es igual decir, aquellos que demuestren la posibilidad jurídica de dar curso a la relación procesal con los sujetos que la integran y respecto de la causa de pedir, para constatar la efectividad de ese derecho.

3) Los relacionados directamente con el procedimiento y sus etapas, que si bien no se relacionan directamente con la legitimación, sí en cambio lo hacen para vincular el derecho a una sentencia favorable a partir del derecho acreditado, que justificaría la llamada legitimación ad causam.

## 11. La capacidad para estar en juicio

Una vez definido el interés que moviliza la presentación ante la justicia, nos encontramos ante un nuevo avatar. No basta ser "dueño" del derecho subjetivo, ni alcanza con fundar adecuadamente el "interés" que se reclama. Para postular es preciso, además, tener capacidad para hacerlo, de manera que por esa aptitud tendrá posibilidades de actuar como lo pretende.

La idoneidad para ser sujeto de derechos es diversa de la condición para disfrutarlos, porque bien puede una persona ser capaz de derecho, pero no de hecho, lo que significa ser titular de un atributo jurídico, pero no poder reclamarlo si no intervienen sus representantes capaces.

Este tipo de capacidad -dice Palacio- "supone, por lo tanto, la aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes inherentes a la calidad de parte o peticionario. De allí que, así como la capacidad para asumir tales calidades constituye un reflejo de la capacidad jurídica genéricamente considerada, la capacidad procesal viene a reeditar, en el ámbito del proceso, los principios que el derecho privado contiene en materia de capacidad de obrar o de hecho" ( ).

Sin embargo, tal afirmación no se plasma en la realidad, porque no existe tal fusión entre la capacidad requerida para estar en juicio y la que surge del derecho civil ( ).

El derecho sustancial comúnmente establece la capacidad como regla y la incapacidad como excepción. La capacidad define la personalidad jurídica, lo que puede llevar a decir que "toda capacidad implica un reconocimiento legal (y en este sentido es una legitimación) y que toda legitimación implica una aptitud, una habilidad (una capacidad, en suma)" ( ).

El término se clarifica cuando se aprecia que a partir del concepto se desprende que deben distinguirse dos grandes ámbitos en los cuales se desenvuelve la idea de capacidad: por un lado, lo que se denomina tradicionalmente capacidad de derecho, que significa la idoneidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, o bien, capacidad de goce o capacidad para ser titular de derechos, según las preferencias de cada uno de los autores que han tratado el tema; por otro lado, se infiere el concepto de capacidad de ejercicio o capacidad de obrar, que supone la facultad de poder ejercitar el propio sujeto esos derechos y deberes de los cuales es titular ( ).

De esta manera podríamos hablar de una capacidad civil, dada por la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, y de una capacidad procesal que se determina por la cualidad de exigir el cumplimiento de esas atribuciones que ostenta.

Por este punto de vista, la legitimación haría a la primera de las configuraciones, en tanto que la calidad de parte, a la restante.

Sin embargo ello sería propio, por ejemplo, para el derecho italiano, donde se indica que "tienen capacidad para estar en juicio las personas que tienen el libre ejercicio de los derechos que en sí se hacen valer" (art. 75, Código Procesal Civil), de modo tal que coincide la capacidad de derecho material con la capacidad asignada por el derecho procesal.

Pero en nuestro sistema tal apareamiento no es posible, toda vez que la legitimación es un concepto procesal diferente de la legitimación civil.

Ello se observa nítidamente en el carácter complementario que tiene la legitimación respecto a la capacidad. Es más, hasta resulta erróneo pensar en una legitimación civil, pues lo propio es hablar de una capacidad de disfrute.

Ahora bien, si la capacidad procesal no se identifica con la capacidad civil, ¿quién, referentes le encontramos en tanto las normas procesales son instrumentales de las que constituyen el derecho de fondo? y de este modo ¿deben conjugarse con la capacidad civil?.

La explicación puede partir de un encuentro en el derecho sustantivo que no se da en el derecho procesal. La capacidad de obrar y la capacidad jurídica son, en el derecho de fondo, aspectos de una misma realidad. Por eso cuando necesitan ejercitarse a través de la pretensión (o la resistencia u oposición) la ley adjetiva pide que se tengan ciertas cualidades con relación a momentos diversos que sufre el proceso.

Ellas asientan, básicamente, en la legitimación ad processum que, como vimos, son los presupuestos necesarios para la efectiva constitución de la litis.

De estas cualidades surge el verdadero contexto de la legitimación procesal y se comprende porque tiene solamente carácter instrumental, sin posibilidad alguna de remitirlo a categorías del derecho de fondo.

De todos modos es preciso afirmar que el cumplimiento eficaz del acto procesal exige la capacidad prevista por las normas materiales para cada situación en particular. Con este razonamiento podemos concluir que la capacidad procesal no tiene categoría ni jerarquías propias sino en relación con lo que obtiene del derecho sustantivo.

Las reglas han de perfilarse a partir de las disposiciones materiales, y la legitimación depender de los demás presupuestos instrumentales, sin perjuicio que sean preservadas ciertas capacidades especiales para el trámite procesal ( ).

En definitiva, si bien toda persona puede tener legitimación para obrar en una causa, ellas mismas quizá, no tengan la capacidad requerida para estar en juicio. Mientras en la legitimación el tema vincula relaciones entre sujetos, y entre el sujeto con el interés que quiere tutelar; en la capacidad referimos a una aptitud legal señalada a través de disposiciones materiales.

### 11.1 Los sujetos y la capacidad procesal

La elaboración previa define quienes tendrán posibilidades concretas para actuar en el proceso, debiendo agregar en estos párrafos que, por ahora, no consideramos la situación de quienes teniendo capacidad pueden constituirse en "partes" dentro del juicio.

Precisamente, la mayor confusión existente entre legitimación y capacidad es el nexo que se quiere trazar con el concepto de parte, insumiéndole a éste un carácter sustancial o vinculado con la pertenencia del derecho subjetivo que, en realidad, nada tiene que ver.

En todo caso, la capacidad para ser parte proviene de normas materiales, en el sentido de capacidad de goce o disfrute; pero la capacidad para obrar depende de los presupuestos procesales.

En principio, las personas físicas son las únicas que tienen capacidad suficiente para actuar en juicio, porque las personas jurídicas deben hacerlo a través de sus representantes legales ( ).

El código civil entiende capaces a aquellos que tienen aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; pero el derecho procesal toma en cuenta apenas parcialmente este signo. Digamos que se acepta la "posibilidad de actuar" antes que el ejercicio pleno, es decir, consigna una especie de reconocimiento general en tanto no existan impedimentos que señalen algún supuesto de inhabilitación.

La incapacidad es la excepción, debiendo actuarse en el proceso a través de representantes; con ello se demuestra que la legitimatio ad causam no guarda conexiones con la titularidad en el ejercicio de la acción.

Son incapaces: 1) los menores de 21 años de edad, a no ser que estuviesen emancipados, o actuaren en defensa de derechos laborales propios u obtenidos con su trabajo personal; 2) los dementes declarados en juicio y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito; 3) los concursados, salvo para las actuaciones tendientes a conservar sus derechos individuales que el síndico no actúe; 4) los condenados a pena privativa de la libertad por más de tres años ( ).

Una calidad similar que impide la actuación directa en juicio, aun teniendo capacidad (limitada o restringida), ocurre con los inhabilitados, cuyos derechos deben representarse a través de tutores o curadores.

La capacidad debe subsistir durante todo el proceso, de manera que si se pierde en el curso del trámite operan otras figuras que luego veremos, tales como la sucesión procesal y la representación adecuada, entre otras.

### 11.2 La falta de capacidad

El art. 347 inciso 2º del código procesal de la nación, dispone como excepción dilatoria la defensa de falta de capacidad civil para estar en juicio.

De acuerdo con estos términos, la excepción que habitualmente se denomina "falta de personería" sólo es viable cuando se la funda en la carencia de capacidad civil de los litigantes para estar en juicio, o también, en la insuficiencia de la representación invocada. Empero, por esta vía no se podrá denunciar la ausencia de legitimación procesal, es decir, la circunstancia de que el actor o el demandado no son las personas especialmente habilitadas por la ley para sumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre la que versa el proceso.

La falta de capacidad es un vicio subsanable, y por lo tanto, puede corregirse la defección a través de los conferimientos de representación (legal, no voluntaria) o mandato pertinentes ( ).

En consecuencia son impedimentos absolutamente conexos con el derecho material, porque de estas normas se toma la capacidad civil que el código procesal contempla.

También el juez, de oficio, puede rechazar la demanda por falta de capacidad civil -absoluta o relativa- (art. 34 inciso 5º ap. b>>, CPC), tolerando de la parte el recurso de reposición o la apelación directa o en subsidio. A su vez, el actor puede impugnar por las mismas vías una capacidad mal atribuída a una persona que se la tiene por parte, siendo inhábil para ello.

En todos los supuestos, la decisión no hace cosa juzgada sobre el fondo del problema, sino que posterga la investidura como parte hasta que se acredite debidamente tal presupuesto de admisión.

## 12. La representación de quienes carecen de capacidad

La falta de capacidad procesal (rectius: de postulación) puede suplirse -o integrarse- con el instituto de la representación necesaria. Es el caso típico de los padres que asumen el derecho de postulación ante la incapacidad ocasional de sus hijos menores de edad.

En otros supuestos, quienes no tienen capacidad para estar en juicio confieren representaciones legales a otros que, por ese acto, se constituyen en agentes portadores de la cualidad de postulación (V.gr.: representantes de las personas jurídicas). Son los casos de representación necesaria.

Mientras que la concurrencia al proceso acompañada de un abogado de confianza o conferido por el Estado, no supone casos de integración de la capacidad ausente; tan sólo ejemplifica el derecho de representación voluntaria a través de las reglas del mandato o del patrocinio jurídico.

En el medio se ubican situaciones muy particulares que merecen un tratamiento singular, en la medida que no se encuentra alterada la capacidad civil para estar en juicio sino la facultad para disponer del derecho que en el proceso se va a debatir (V.gr.: caso del concursado o quebrado; e incluso, el caso de los menores adultos que tienen una incapacidad transitoria sujeta, de algún modo, a una condición suspensiva que suceder con el paso del tiempo).

Por estas características, la representación que vincula a los problemas de legitimación, o más correctamente, a los presupuestos procesales, son de tres tipos:

a) La representación legal que la ley asigna para sustituir la falta transitoria de capacidad civil (V.gr.: menores de edad, tutores, curadores, etc.)

b) La representación necesaria que deben aplicar las personas jurídicas debidamente organizadas y reconocidas estatutariamente por los órganos del Estado. Se extiende el modismo, para los casos de administradores de masas concursales y hereditarias.

c) La representación voluntaria, en la cual una persona que tiene capacidad para actuar prefiere designar a otro para que en su nombre invoque y desarrolle los actos a que ,l tiene derecho. Como se advierte, no es un caso de suplencia o integración de una capacidad ausente, sino de formas de presentarse al proceso. Se rige por las normas sustantivas pertinentes y, una vez instalado en el juicio, ha de acreditarse adecuadamente la representación.

Señala Serra Domínguez, a quien seguimos en esta clasificación, que "las tres clases de representación presentan notas comunes y una esencial diferencia en cuanto a su función:

"a) el representante debe ser en todo caso capaz procesalmente, ya que de lo contrario no podría completar en forma alguna la posible incapacidad de su representado.

"b) el representado actúa en nombre ajeno un derecho igualmente ajeno. El actuar en nombre ajeno lo diferencia de la parte, y explica que las consecuencias procesales y materiales de su actuación repercutan, salvo supuestos excepcionales, en la persona del representado. Parte es el representado, nunca el representante, quien sin embargo puede asumir determinadas responsabilidades procesales por los actos que realice siempre que le sean personalmente imputados.

"c) La principal nota distintiva de las tres clases de representación que justifica su tratamiento separado es que mientras en los dos primeros supuestos, representación legal y necesaria, la representación suple la falta de capacidad procesal del representado y posibilita a ,ste su presencia en el proceso; en cambio, en la representación voluntaria forzosamente deben existir sujetos capaces procesalmente: la parte representada y el representante instrumental. Ello implica importantes diferencias en el tratamiento procesal de dichas instituciones, ya que mientras el voluntariamente representado puede asumir personalmente la dirección del proceso, removiendo a su representante, la persona jurídica puede cambiar su representante necesario, pero no ponerse en su lugar; y el representado legalmente carece, en principio, de facultades para designar a su representante, quien deja de serlo tan pronto el representado adquiere capacidad procesal" ( ).

## 12.1 La representación legal

La representación de un derecho que no resulte propio debe acreditarse en forma preliminar al otorgamiento del pase al contradictorio.

El art. 46, bajo el rótulo de justificación de la personería, dice: " La persona que se presente en juicio por un derecho que sea propio, aunque le competa ejercerlo en virtud de una representación legal, deber acompañar con su primer escrito los documentos que acrediten el carcter que inviste.

"Si se invocare la imposibilidad de presentar el documento, ya otorgado, que justifique la representación y el juez considere atendible las razones que se expresen podrá acordar un plazo de hasta veinte (20) días para que se acompañe dicho documento, bajo apercibimiento de tener por inexistente la representación invocada.

"Los padres que comparezcan en representación de sus hijos y el marido que lo haga en nombre de su mujer, no tendrán obligación de presentar las partidas correspondientes, salvo que el

juez a petición de parte o de oficio, los emplazare a presentarlas, bajo apercibimiento del pago de las costas y perjuicios que ocasionaren".

La norma requiere, en su primer párrafo, que se acredite el "carácter", tal como pide por su parte la L.E.C. española. El párrafo siguiente admite la interposición de una causal justificativa en la demora de verificación; y la última parte exonera a los padres y al marido de toda prueba del vínculo a excepción de que surjan dudas en el juez que entiende en la causa, o lo pida la contraparte.

Obviamente, el precepto no se vincula a la legitimación, como sí ocurre en España y mereció la crítica aciaga de casi toda la doctrina de ese país ( ).

La capacidad que la norma señala refiere a la aptitud intrínseca del sujeto para obrar dentro del proceso asumiendo por sí a en representación de otro el interés jurídicamente relevante que otorga la legitimación.

#### a) La capacidad de los menores

Los menores de 21 años de edad para estar en juicio necesitan la representación de sus padres, o de quienes ejerzan la representación legal.

Esta es la regla, pero se admiten numerosas excepciones de acuerdo con la edad o la condición que tenga el interesado.

Por ejemplo, en el caso de menores adultos (entre 14 y 21 años) pueden asumir representación de sus propios intereses si tienen autorización de quien ejerce la patria potestad, o del juez en caso de disenso.

La habilitación paterna o judicial es diferente de la asistencia jurídica y de la misma representación, pues se trata de cubrir una ausencia de capacidad que impide obrar por sí en un asunto de interés particular.

Esta habilitación para el proceso no supone que el menor actúe sólo sino a través de un tutor especial que al efecto se designa.

Otra excepción la constituye el menor que actúa en defensa de sus derechos laborales o para tutelar los bienes adquiridos en virtud de su oficio o profesión, aunque el límite de edad para el supuesto parte desde los 18 años.

No requiere aquí de tutor ad litem, al estar salvaguardada la seguridad de sus actos mediante el control del Ministerio Pupilar y el patrocinio letrado obligatorio.

Por último, los menores adultos no necesitan de la habilitación de sus padres o judicial, gozando en consecuencia de capacidad procesal plena, en los siguientes casos: i) En los juicios civiles o penales derivados de los contratos de trabajo celebrados para desarrollar cualquier actividad permitida, o en la que tenga un título profesional habilitante; ii) Cuando revistieren la condición de imputados en un proceso penal; iii) En los procesos laborales tienen la misma aptitud que la normalmente exigida, pudiendo entregar cartas de apoderamiento y celebrar acuerdos conciliatorios o de similares consecuencias; iiiii) Para intervenir en los procesos relacionados con actos que el menor puede cumplir sin autorización de sus padres (disposiciones de última voluntad y reconocimiento de hijos extramatrimoniales); iiiiii) Para requerir autorización judicial para contraer matrimonio o requerir la emancipación por edad ( ).

Además de estas circunstancias que admiten la capacidad procesal del menor, promedia el instituto de la emancipación por edad o por matrimonio que otorgan una ampliación considerable de los actos jurídicos que pueden celebrar.

Los conflictos donde pueden obrar sin problemas de habilidad son: i) los que versen sobre actos de disposición relativo a bienes adquiridos a título oneroso o gratuito, siempre que tuvieran autorización judicial para resolver el destino de los recibidos en este último carácter o exista acuerdo entre cónyuges; ii) los relacionados con la administración de los bienes adquiridos por cualquier título, tengan o no contenido patrimonial.

La representación legal que mencionamos permite presentar en el proceso a los padres en conjunto o separadamente, sin que deban acreditar el vínculo familiar.

En el supuesto de colisión entre los intereses del padre o la madre con los del hijo no emancipado, aparece la suplencia que el juez decide a través de la designación de un tutor ad litem.

No obstante, si el juicio se desarrollara en condiciones tales que permaneciera oculto el disenso familiar, si el hijo alcanzada la mayoría de edad ratifica lo actuado por sus padres, desaparece la causa de nulidad.

#### b) Los incapaces e inhabilitados

Los incapaces de hecho y los inhabilitados judicialmente concurren al proceso a través de sus tutores o curadores respectivos.

En ambos casos no se trata de sustituir una capacidad inexistente con la capacidad del representante, sino de asistir al interesado (como sujeto activo o pasivo del juicio) de la adecuada representación que la ley exige para dotar de regularidad y eficacia al litigio emprendido.

La sentencia judicial que declara la inhabilitación debe especificar el alcance que tiene la curatela dispuesta, pues la incapacidad que sigue a este pronunciamiento se circunscribe, por vía de principio, a los actos de administración y disposición patrimonial, sin afectar los derechos que mantienen para contradecir las decisiones tomadas por sus representantes legales en desmedro de sus intereses o ejercidos más allá de las facultades judicialmente predisuestas.

Son ejemplos de este tipo las personas inhabilitadas por ebriedad consuetudinaria; uso de estupefacientes que disminuya las facultades de racionalidad; dementes y pródigos.

#### c) Los condenados a prisión efectiva

Toda persona que deba concurrir a juicio civil y se encuentre condenada a sufrir la pena de prisión efectiva (es decir, que no se ejecuta condicionalmente) pierde su capacidad normal, afectando sus derechos de patria potestad, administración y disposición de sus bienes.

No obstante, podría hipotéticamente actuar en los conflictos que incidan en sus relaciones personales de familia (V.gr.: divorcio, filiación, etc.), o en las emergentes de su propia condición (V.gr.: ejecución de honorarios promovida por quien fuera su abogado).

#### d) Concursados y quebrados.

La indisponibilidad patrimonial que padecen los sujetos que se encuentran en concurso civil o comercial, y el desapoderamiento consecuente de bienes que en ellos sucede, tanto como en los procesos que se declara la quiebra, derivan en la incapacidad de las personas físicas que tendrían que intervenir.

En su lugar actúa el síndico y la administración de los bienes se convierte en una masa patrimonial que pertenece a un núcleo común que es el concurso o la quiebra.

## 12.2 La representación necesaria

Cuando la persona que actúa en el proceso no presenta un interés que le sea propio sino ajeno, y lo ejerza por representación (art. 46 párrafo primero, CPC), tendrá que acreditar documentalmente la personería <<carácter>> que invoca.

Est claro que la justificación requerida es para la representación y no respecto al derecho de fondo, de manera que a tenor de corresponder el citado artículo 46 con el artículo 333 ("Con la demanda, reconvención y contestación de ambas en toda clase de juicios, deberá acompañarse la prueba documental que estuviese en poder de las partes" -párrafo primero-), podemos clasificar los documentos a presentar liminarmente en: a) aquellos destinados a verificar la concurrencia de los presupuestos procesales de admisión de la demanda, y b) los instrumentos -materiales- acompañados como prueba del derecho de fondo que se quiere defender ( ).

### a) El caso de las personas jurídicas

La distinción trazada entre entidades morales sin capacidad procesal y representación necesaria que les otorga legitimación ad processum, sirve para demostrar cómo operan las reglas del proceso, que admiten la calidad de "parte legítima" a una de estas agrupaciones.

No pretendemos ingresar en la polémica anticipada sobre la capacidad material de las personas jurídicas, que de hecho estaría reconocida en las leyes sustantivas de nuestro país, y en particular por el artículo 33 del Código Civil.

Inclusive, agrega Palacio, "la capacidad procesal de las personas jurídicas se halla reconocida por los arts. 41 y 42 del Cód. Civ., el primero en tanto autoriza a esos entes para <<intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles o criminales>>, y el segundo en tanto prevé, que aquellos pueden ser demandados <<por acciones civiles>>" ( ).

Sin embargo, la cuestión adjetiva se presenta como un aspecto de la representación antes que de la acreditación del derecho subjetivo o, preferentemente, del interés para obrar.

Obsérvese, por ejemplo, que la legitimación conferida en el actual amparo constitucional previsto en el artículo 43 de la carta fundamental, se otorga a las asociaciones de protección de los llamados derechos de incidencia colectiva (intereses difusos) que se encuentren registradas conforme a la ley; indicando, en consecuencia, que no se trata de acreditar el *fumus bonis juris* sino la calidad que tienen como persona habilitada para representar dicho interés colectivo o masificado.

El tráfico jurídico actual aprisiona muchas manifestaciones adicionales de estas formas asociativas. No son únicamente las sociedades tradicionales e inscriptas las que asumen representaciones de intereses específicos, sino también, otras modalidades como los sindicatos,

partidos políticos, alianzas estratégicas, uniones transitorias de empresas, entidades deportivas, asociaciones vecinales, comunidades de propietarios, entre muchas más.

En cada una, la actuación ante la justicia difumina la titularidad del derecho, pero lo concreta cuando se establece la representación.

La personalidad jurídica de ellas difiere de las personas físicas, en las que puede señalarse un tiempo de permanencia o de terminación; en las personas jurídicas depende de la forma estatutaria y de la regularidad de su constitución.

Por eso, al analizar la capacidad procesal de las entidades debe atenderse tanto su posibilidad de actuar como actores y demandados. Sobre todo esta última, en la medida de que una estructura informal podría utilizarse abusivamente, desconociendo en perjuicio del actor o de terceros, la obligación que se les denuncia.

Obsérvese cómo el artículo 405 inciso 3º del Código Procesal reafirma esta tendencia a tener una "representación adecuada" en el proceso, cuando establece que pueden ser citados a absolver posiciones "los representantes de las personas jurídicas, sociedades, o entidades colectivas, que tuvieren facultad para obligarlas".

#### b) El Ministerio Público

En el proceso civil la actuación del Ministerio Público es residual y con finalidades muy precisas, pero en algunos casos, su presencia en calidad de "parte" es ineludible, tal como sucede cuando el Estado ocurre como actor o demandado.

A veces, la participación se refiere a la fiscalización del orden público como en el artículo 151 que dice: "En los juicios de divorcio y de nulidad de matrimonio sólo se dar vista a los representantes del Ministerio Público en los siguientes casos: 1. Luego de contestada la demanda o la reconvenición; 2. Una vez vencido el plazo de presentación de los alegatos; 3. Cuando se plantee alguna cuestión vinculada a la representación que ejercen. En este caso, la vista será conferida por resolución fundada del juez".

Debe aclararse que son representantes del Ministerio Público el agente fiscal y el asesor de menores. A ellos se refiere este artículo, pues cuando en un juicio actúan el defensor de menores y los defensores de pobres y ausentes, lo hacen como representantes de parte interesada y no como meros intervinientes con función de vigilancia, ya sea, en el caso del agente fiscal, en las cuestiones de estado que se ventila en un juicio de divorcio o de nulidad matrimonial, o en el caso del asesor de menores e incapaces, coadyuvando como representante promiscuo ( )

En la provincia de Buenos Aires, la legitimación para actuar que confiere este dispositivo colisiona con las normas que organizan la misma composición del cuerpo oficial, pues en estas se permite la intervención a requerimiento de los jueces de la causa, lo que ha sido declarado impertinente por la Suprema Corte provincial ( ).

En el orden federal, al Estado lo representa la Procuración del Tesoro de la Nación, mientras que en la provincia de Buenos Aires, la función le corresponde a la Fiscalía de Estado.

En ambos casos, el Código Civil les asigna calidad de personas jurídicas de carácter público (art. 33 inciso 1º.), prescindiendo de la relación jurídica que al proceso los lleve; situación que se proyecta a las demás administraciones estatales con autarquía y autonomía funcional.

Los planteos de legitimación que suelen ocurrir asientan más en equivocaciones de las partes al elegir el ente demandado que por cuestiones de capacidad, propiamente dichas. Si fuera una universidad pública la accionada y se nominara en la demanda (art. 330 inciso 2º CPC) como sujeto pasivo a una Facultad que la integra, se manifiesta la confusión. No existe incapacidad del órgano, sino imposibilidad de asumir calidad de parte por no ser el "justo contradictor", a pesar de estar emplazado en el derecho e interés que produce el conflicto.

Una vez más, queda demostrada la distancia entre legitimación y capacidad.

### c) La administración del sucesorio

En consonancia con el artículo 3451 del Código Civil se establece que ningún heredero tiene la administración de los bienes de la herencia, debiendo para ello designarse un administrador acordado entre los sucesores o, en su defecto, fijado por el juez (art. 709, CPC).

Al administrador le compete realizar todos los actos conservatorios de los bienes, y excepcionalmente puede retener fondos o disponer de ellos con el objeto de pagar los gastos normales de la función que cumple.

La impersonalidad de la herencia yacente requiere de un representante para los juicios que debieran iniciarse o en los que fuera demandada. Natural sería que el susodicho administrador tuviera la calidad de representante procesal, sin embargo, el artículo 712 limita las facultades al indicar que "cuando no mediare acuerdo entre los herederos, el administrador podrá ser autorizado por el juez para promover, proseguir o contestar las demandas de la sucesión. Si existieren razones de urgencia, podrá prescindir de dicha autorización, pero deberá dar cuenta al juzgado de esa circunstancia en forma inmediata".

Por tanto si la demanda se deduce por el administrador permite la excepción de falta de personería, tanto por la ausencia de facultades, como por no haber acreditado la calidad que invoca al promover el acto.

La iniciación del proceso sucesorio tiene mayores reconocimientos: cualquier heredero, el cónyuge supérstite, los legatarios, e inclusive los acreedores del causante.

Mientras que la condición de sujeto pasivo presenta algunas particularidades. Si un sólo sucesor se presenta a contestar una demanda, no puede dar lugar al impedimento procesal de falta de personería, si quien lo hace es único heredero, pues hay identificación plena entre la persona y lo que se transmite.

En cambio, no es así cuando existen varios herederos, porque entre ellos es preciso el acuerdo de voluntades para unificar la personería o la presentación de todos.

Estos últimos, no podrán deducir la petición sin que haya mediado intimación previa a los herederos conocidos para que acepten o repudien la herencia (art. 3314, Cód. Civil). Además, han de esperar cuatro meses desde el fallecimiento de la persona que se quiera abrir la sucesión para lograr la aptitud necesaria que habilite el trámite incoado.

Recién cubiertos estos requisitos los acreedores podrán por sí, requerir la asignación de las providencias pertinentes. "El fin perseguido por la ley es impedir que, con el objeto de perseguir los honorarios correspondientes a la iniciación del sucesorio, los profesionales puedan actuar desaprensivamente promoviendo innecesaria y apresuradamente el proceso" ( ).

Si la herencia fuera vacante, sea por no haberse presentado los herederos o los que habiéndolo hecho no acreditan la calidad de tales, corresponde designar representante (curador ad litem) a un agente de la autoridad encargada de recibir las herencias vacantes, quien desde ese momento ser parte (art. 733, CPC) ( ).

Vemos en el sistema como se otorga participación en el proceso a quien no tuvo que ver con relación jurídica alguna precedente, o con derecho subjetivo que le permita obtener una potestad sobre los bienes. Pero como subyacen intereses públicos superiores y una finalidad correspondida con el bienestar general, se admite al Estado a través de sus representantes asuma la posición de parte interesada.

Ello así aunque el Estado no sea en sentido técnico un heredero o un sucesor -así lo destaca Velaz en la nota al art. 3588 del Código Civil-, pues la ley equipara para lograr que los derechos y obligaciones del causante no queden sin nadie que los tutele.

El curador ad litem designado es parte principal.

### 13. La representación voluntaria

La persona capaz de hecho y de derecho puede resolver su presentación en juicio a través de otros que lo representen. La autonomía de la voluntad le permite decidir la intervención directa o la delegación a un tercero que, a tales fines, está regido jurídicamente por las disposiciones del contrato de mandato (arts. 1869 y ss. del Cód. Civil).

Otra cosa es la asistencia jurídica por la cual quien pueda ser o constituirse en parte procesal debe concurrir bajo el patrocinio de abogado, o confiriendo a éste la representación en el proceso.

Cuando al litigio se accede por la vía del mandato, el representante debe acreditar las facultades que se le confieren en el instrumento que lo acuerda. El análisis que se concreta es sobre la personería, y no sobre la capacidad para hacerlo (tanto del que lo otorga como del mandatario), de modo tal que al juez le corresponde controlar la regularidad del documento, sus límites y extensiones; y a la contraparte alegar, en su caso, la excepción de falta de personería.

Cualquier defecto intrínseco del contrato de mandato debe denunciarse por otra vía que permita pronunciarse sobre la nulidad del acto jurídico.

En cambio, la intervención de abogados agrega a la justificación del carácter con que se actúa, la demostración de estar matriculado en la jurisdicción donde deba prestar asistencia.

El artículo 47 del Código Procesal indica: "Los procuradores o apoderados acreditar en su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente escritura de poder.

"Sin embargo, cuando se invoque un poder general o especial para varios actos, se lo acreditará con la agregación de una copia íntegra firmada por el letrado patrocinante o por el apoderado. De oficio o a petición de parte, podrá intimarse la presentación del testimonio original".

#### 13.1 Presentación en juicio de los poderes

La norma transcripta precedentemente obliga al mandatario y al abogado a que acrediten el título justificativo de su actuación.

La mención expresa a la "personalidad" no debe confundirse con "legitimación", como vimos ocurre en la ley española (art. 503.2), sino a los documentos que habilitan la actuación en nombre del titular del interés jurídicamente relevante.

La presentación en juicio de los poderes reconoce una pequeña diferencia según se trate de instrumentos que asignan aptitud para obrar especialmente para un juicio, o se trate de apoderamientos genéricos que involucran diversos tipos de actividades (habitualmente administrativas y judiciales). En el primer caso, deber acompañarse el título original con copias debidamente rubricadas por el letrado para su conocimiento por las partes; en tanto que en los poderes generales, basta agregar la copia en número suficiente para incorporar al expediente y dar los traslados que correspondan.

Pero no es posible tener por acreditada en legal forma la personería de aquél que presenta una copia simple, sin firmar, de un poder especial para un sólo juicio; aunque por aplicación del principio de que todas las nulidades procesales son relativas, si el tribunal no ordenó el desglose, y la contraparte no lo solicitó oportunamente, queda convalidado el vicio (en rigor, la irregularidad) y saneada la justificación de la personalidad procesal.

Se confirma con el artículo 48 del régimen ritual de la Nación, la distancia entre legitimación y personería, cuando se permite que, ante la urgencia de realizar actos procesales el abogado pueda presentarse sin acreditar los títulos que justifican su actuación.

Dice la norma: "Cuando deban realizarse actos procesales urgentes y existan hechos o circunstancias que impidan la actuación de la parte que ha de cumplirlos, podrá ser admitida la comparecencia en juicio de quien no tuviere representación conferida...".

En todos los casos, una vez aceptada la personería del representante y consentido que quien pidió por otro está realmente habilitado para hacerlo, ninguna duda hay en cuanto a la improcedencia de llamar a juicio al representado con el fin de integrar una litis, ya que está integrado, precisamente, por él, aunque a través de una persona que por la ley o un contrato está facultada para obligarlo.

Una actitud en contrario supone confundir la calidad de parte con la legitimación ad causam; o también, personería con titularidad del interés para obrar.

### 13.2 La personería a través de la representación por abogados.

Existen dos modalidades que relacionan el ejercicio de la profesión legal (abogados, procuradores y escribanos) con la asistencia jurídica que prestan a sus clientes.

En el primero, dice Palacio, "el análisis comparativo de la legislación procesal vigente permite comprobar la existencia de dos sistemas extremos, caracterizados por la separación o por la unificación total de las profesiones de abogado y procurador, y de un sistema intermedio o ecléctico, según el cual es admisible el ejercicio acumulativo de ambas profesiones"

"El sistema de la separación ha sido adoptado por las leyes francesas, inglesas y españolas. De acuerdo con los regímenes legales vigentes en esos países, mientras el abogado (avocat en Francia; barrister en Inglaterra y abogado en España) tiene como única función la consistente en asistir a las partes, exponiendo verbalmente o por escrito las razones que aquéllas pueden alegar en apoyo de sus derechos; el procurador (avoué, solicitador y procurador, respectivamente), tiene a su

cargo la representación de las partes, es notable particularmente encomendado el cumplimiento de los actos de impulso procesal y la confección de los escritos"

"...En lo que atañe al segundo grupo de sistemas citados, gran parte de la legislación moderna adhiere a aquél en cuya virtud el poder de postulación procesal corresponde, como principio general, a los auxiliares de las partes, de manera tal que estas últimas no pueden comparecer personalmente y deben formular sus peticiones por intermedio de un abogado o procurador" (V.gr.: Alemania, Italia, y la provincia de Santa Fe, en nuestro país, entre algunos otros) ( ).

En cada modismo está bien delineado el problema de la legitimación e interés en actuar de quien pretende la tutela de un derecho al que accede de buena fe, o en la creencia de estar por el mismo asistido; y la representación que cuenta para el derecho de postulación.

Esta separación permite diferir al abogado las cuestiones que él presente como dificultades para el acceso. Por ejemplo, sería procedente oponerse -a través de la excepción de falta de personería- a la actuación de un letrado que no se encuentra matriculado en la jurisdicción donde quiere intervenir; o no tiene aún el título habilitante; o cuenta con un poder insuficiente.

#### 14. Capacidad y calidad de "parte"

Una vez comprendida la forma como define el ingreso el individuo que pretende tutelar un derecho o interés, corresponde atender la dimensión como lo atrapa el proceso judicial.

Una visión panorámica muestra que la demanda otorga un pase expedito, pero en absoluto definitivo. Depende de otros contingentes como la idoneidad del objeto requerido y los presupuestos procesales.

Con esta plataforma fácil es colegir como se vincula el sistema político con la manera dispuesta para la protección de los derechos.

En efecto, la regulación del conflicto intersubjetivo demuestra porqué, la legitimación, además de ser una categoría técnica de iure, se razona en una dimensión sustancial que la aproxima a la intención primera de planificar una política procesal para el acceso a la jurisdicción, y porqué, no, también, como una forma de limitar el control a los poderes públicos.

Convengamos que la interpretación es correcta nada más que para seguir el curso del pensamiento. Entonces, cuando el Estado orienta la forma de tutela, exige que se reúnan los requisitos para la apertura de la vía jurisdiccional: capacidad, legitimación ad causam, interés, y calidad de parte.

Un nuevo valladar a superar: "cómo se consigue constituirse en parte de un proceso? Otra justificación más para quien porta la pretensión. Sigue la línea de ver a la legitimación como un antejuicio sustancial que prohíbe la libertad de acceso que los derechos fundamentales reclaman, y la tutela judicial deja pendiente.

## Capítulo V

### LAS PARTES EN EL PROCESO

## 15. Concepto de parte

El derecho de acceder a la jurisdicción está respaldado como una garantía constitucional; es un patrimonio incorporado a los derechos del hombre que no reconoce calidades especiales.

La mención que hace la Constitución Nacional, sobre todo en los artículos 41 y 43 acerca de que "todos los habitantes" o "todas las personas" tienen derecho a un proceso rápido y expedito importan reconocer la amplitud como se extiende en nuestro sistema el ingreso a la justicia.

La defensa de los derechos e intereses individuales, sociales, colectivos y difusos tienen vías particulares que, al estar reguladas en los códigos de procedimientos, requieren cumplimentar presupuestos de admisión y pertinencia.

La relación entre Constitución y proceso impone que las cargas técnicas no desvirtúen el contenido principista de la norma fundamental; y al mismo tiempo, que el debido proceso previsto en la Carta magna pueda instrumentarse adecuadamente en las reglas adjetivas.

El objeto final es, precisamente, lograr que el sistema otorgue la tutela efectiva sobre dichos intereses y derechos subjetivos, generando la satisfacción plena de las pretensiones opuestas.

Este es el marco como se orquesta el diseño del acceso a la justicia y el derecho a la jurisdicción.

Inmediatamente, apenas establecido el placet de admisión al juicio, observamos que la preocupación inmediata del litigante es convertirse en parte. "¿Qué, significa este concepto?".

Es evidente que para hablar de "parte" o de "partes" se necesita tener un interés, un contrapuesto, duplicidad de planteos o la misma controversia (lucha de intereses) entre dos o más individuos. La idea de conflicto subyace en la concepción buscada, y en la tradición que orienta respuestas al problema.

Pero la calidad de "parte" sólo se obtiene en el proceso, porque, es un concepto puro y exclusivamente procesal. Tal entidad tiene que la L.E.C. dice que el proceso jurisdiccional es un proceso de partes (arts. 481 y 486), e inclusive, cualquier ordenamiento lo confirma, porque, si una de ellas no estuviera, el Estado se ocupa de generar figuras de representación que, gracias a las ficciones de las reglamentaciones técnicas, permiten encontrar la dualidad necesaria (principio de bilateralidad).

Aun así la idea no tiene demasiada claridad, pues basta una simple mirada hacia las personas que actúan en juicio para ver que no son únicamente los contradictores los que allí se encuentran. Intervienen, quizá, otros que asumen la representación del titular del derecho conflictuado; gestores procesales; terceros interesados; e incluso, abogados que patrocinando a la parte se convierten ellos mismos en "parte" a través de las creaciones de derechos que el enjuiciamiento provoca (V.gr.: condena en costas, derecho al honorario, etc.).

Es más, el conflicto planteado en hipótesis podría reconocer más de un involucrado y no hallarse todos ellos en el proceso, de modo que la integración del pensamiento común de una de las partes estaría ausente, afectando el derecho de defensa de quien no está.

Existen distintas posibilidades para examinar la noción de parte y conceptos distintos para hacerlo. Básicamente encontramos tres ideas contrapuestas:

a) Parte es, en primer lugar, la persona que demanda o en cuyo nombre se demanda; y en segundo lugar, la persona frente a la que se demanda. Son partes por el sólo hecho de formular la

pretensión, independientemente de que sean o no titulares de la relación jurídica sustancial deducida.

b) No se puede considerar una sola tipicidad para establecer la condición de parte, sino en función de la calidad del derecho que tutelén; de este modo, quien sea titular en la relación jurídica tendrá condición de "parte material"; mientras que la actuación de otros podrá catalogarse como "parte" en sentido procesal.

c) Parte, es solamente el titular del interés jurídicamente relevante que en el juicio se promueve.

Cada una de ellas adscribe al vínculo que los autores señalan con el derecho de acción y, por tanto, a partir de ellos ha de buscarse la coincidencia o el error.

## 16. Breve explicación de las doctrinas

La primera de las posiciones expuestas tiene las mayores adhesiones doctrinarias. Fue Chiovenda quien dijo que es parte "el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre se demanda) una actuación de ley, y aquí, frente al cual, ésta es demandada" ( ).

Pueden ser parte todas las personas, tanto físicas como jurídicas (porque, para éstas no tiene importancia la ausencia de capacidad, y sí, en cambio, la representación), sin interesar sus problemas de legitimación ad causam, pues el derecho a obtener una sentencia que los favorezca sólo está resuelto una vez sustanciado el proceso. Es decir, sin afectar la calidad de partes de quien ha propuesto la demanda o de quien se encontró como parte demandada ( ).

La segunda de las doctrinas pertenece a Carnelutti ( ), por lo cual asocia en la idea su concepto sobre la acción como ejercicio de una función de contenido procesal, que se moviliza a través de la voluntad de quien pide y el interés que actúa. Cuando coinciden voluntad e interés en la persona que está en el proceso y es la titular de la relación jurídica, menciona al hecho como sujeto simple; mientras que si la pertenencia del derecho no es propia y se obra a través de las diversidades de la representación, el sujeto es complejo. De aquí proviene, por ejemplo, que el menor es "parte en sentido sustancial" y el tutor "parte en sentido formal".

El problema que importa considerar esta teoría proviene de contingencias naturales que suceden a la calidad de parte, tales como la extensión de la cosa juzgada, el alcance que tendría una litispendencia hipotética, o la posibilidad de obligar al titular por el reconocimiento que haga el representante, entre otras.

La identificación del interés con la condición de parte corresponde a Satta ( ), pero constituye una idea con la que no comulgamos pues no vive la realidad del proceso.

En efecto, en el juicio no siempre se presenta el "dueño" del interés jurídico o del derecho específico a tutelar; la adquisición del concepto de "parte" no depende del fundamento de la pretensión, sino de las personas que invoquen la actuación que contra alguien solicitan. Si la relación jurídica resulta posteriormente desconocida haber existido, no obstante, un proceso entre partes.

## 17. La tesis del conflicto

Conforme lo sustentan las posiciones expuestas, la idea del conflicto corresponde al concepto de parte. El antagonismo propiamente dicho que ha caracterizado todo el desarrollo del proceso civil y su protagónico en el sistema adversarial son las piezas claves para comprender la noción.

Este es el piso donde asientan las principales corrientes, y pretenden desde allí proyectar la naturaleza y necesidad del proceso jurisdiccional.

Guasp fue uno de los principales mentores de la tesis del conflicto como justificativo del proceso. Las manifestaciones encontradas las deslindó en tres orientaciones dependientes de los hechos que en la realidad se constatan, a saber:

Un conflicto puede resolverse por la actitud individual de los interesados, sea por acatamiento voluntario o por acuerdos compositivos; pero si la conciliación no se consigue, acontece el conflicto, el cual puede darse en tres frentes: 1) subjetivo, porque demuestra el contraste entre opiniones y voluntades discordantes; 2) objetivo, por la controversia dispuesta sobre los intereses en juego, y 3) de actividades, porque a través de las actitudes discrepantes de cada sujeto se pretenden obtener efectos y beneficios particulares ( ).

Es la tendencia advertida en los prácticos españoles de fines del siglo pasado que veían al proceso como "la controversia o discusión que sostienen con arreglo a las leyes, dos o más personas que tienen intereses opuestos, sobre sus respectivos derechos u obligaciones..." ( ).

La reducción del proceso al ámbito de la controversia era la característica esencial para configurarlo; de otro modo, no había proceso sino actos de jurisdicción voluntaria.

Después, Carnelutti formuló su conocida teoría de la litis ordenando las diferencias entre procesos contenciosos y voluntarios; luego criticado por Calamandrei respecto a la inexistencia de "litis" donde no hay intereses en conflicto pero necesidad de tutela jurisdiccional ( ).

En nuestro país Palacio toma la idea e interpreta que el concepto de parte sólo es aplicable a los procesos contenciosos, sin que ello suponga la existencia de intereses contrapuestos; en cambio, en la jurisdicción voluntaria -agrega-, corresponde hablar de "peticionarios", es decir, "la persona que, en nombre propio o en cuyo nombre se reclama la emisión de un pronunciamiento judicial que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica privada" ( ).

Para nosotros la reducción del concepto de parte a la necesidad del conflicto, peca de una manifiesta confusión.

El conflicto sucede como tantos hechos normales de la vida. Se pueden dar frente a una persona por colisionar los intereses sobre algún bien determinado; ante el Estado por cuestiones de ilegitimidad o arbitrariedad en las decisiones de gobierno; contra un acto legislativo que se denuncia como inconstitucional; o, quizá, frente al derecho mismo, que sin resultar ilegítimo, ni arbitrario, ni inconstitucional, necesita de la actividad de los jueces para completar las necesidades del hombre (V.gr.: ponerlo en posesión de la herencia; autorizar a los menores sin padres ni tutores a contraer matrimonio; discernimiento de curatela o tutela; renovación de títulos perdidos o destruidos, entre otros enumerados en el libro VII del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

La equiparación del conflicto con la disputa entre intereses no puede llevarse al extremo de polarizar la contienda entre dos partes, porque, al Estado también le interesan los sucesos que debe esclarecer a través del proceso.

En definitiva, así como el juicio tiene carácter público a pesar de ventilar intereses privados en el caso que fuese; también el conflicto, antes que la bilateralidad de planteos, necesita del órgano jurisdiccional que d, satisfacción a las pretensiones incoadas.

Si fuera reducida la cuestión procesal a una "lucha entre partes", también el concepto sería equívoco en la medida que la duplicidad de criterios precede al conflicto, al cual se llega, en definitiva, por no haber logrado cada individualidad, un acercamiento efectivo sobre las posibilidades de arreglo extrajudicial.

Obs,rvese la trascendencia que tiene este fenómeno cuando se advierte que, en general, al Derecho le importa que sean los particulares quienes compongan pacíficamente sus diferencias. El Estado no le asigna prioridad a la intervención de sus jueces, sino a la autonomía de la voluntad ( ).

Quienes prefieren asimilar el conflicto con la controversia también incurren en un equívoco manifiesto. El conflicto precede a la controversia, que, en definitiva, es contingente al depender de las actitudes que asuma el demandado.

El problema se extiende y proyecta a otras cuestiones tan importantes como definir la calidad de parte en el proceso. Por ejemplo, la trascendencia que tendría en el caso el derecho de contradicción; o bien, el examen pertinente sobre la acción y el derecho a la jurisdicción; o la determinación de las cargas, deberes y obligaciones de quienes concurren al proceso.

La síntesis entre todas ellas, revela que cuando una persona tiene un conflicto de hecho (con otros sujetos físicos o de existencia ideal) o de derecho (en el caso de las actuaciones denominadas de jurisdicción voluntaria) tiene posibilidades de solución propias (autonomía de la voluntad, mecanismos alternos al proceso judicial, formas heterocompositivas -mediación, v.gr.-) o a trav,s de un tercero impuesto por el Estado que es quien ejerce la potestad jurisdiccional. Si opta por esta vía, ejercer el derecho de acción, y con ello, habr promovido una secuencia de actos que deben desarrollarse para lograr la tutela judicial efectiva.

La demanda es el medio instrumental por el cual canaliza la pretensión que a otro se opone, y que reclama del Estado su defensa; pero esto sólo se d cuando existe contenciosidad, es decir, una situación con duplicidad de intereses que aun no tienen controversia, a diferencia de las situaciones de crisis en el Derecho, o comúnmente conocidas como de jurisdicción no contenciosa.

Todo ello conduce a que la calidad de parte se obtenga con la demanda, sin que tengan relación los intereses conflictuados ni la titularidad en la relación sustancial.

## 18. Nuestro concepto de parte

Es, entonces, el concepto de parte un elemento característico e inconfundible de todo proceso judicial. Son tipificaciones de las posiciones que tienen los sujetos que en ,l intervienen y por eso la calidad v recre ndose en la medida que el juicio avanza hacia la sentencia.

Si fijamos la atención en esta idea, constataremos con los hechos la habitualidad como se denomina a las "partes" a trav,s de las distintas instancias. Primero son "partes litigantes"; luego "parte recurrente" o "apelada"; quiz si hay ejecución pasan a llamarse "ejecutante" y "ejecutado" y, en general, son parte actora el demandante y parte demandada, el accionado ( ).

Al tomar de la demanda los sujetos que han de intervenir en el litigio (si hay controversia) o en el procedimiento (si se trata de actuaciones de tipo administrativo <<jurisdicción voluntaria>>) se distinguen claramente las personas que actúan en diferentes funciones (parte principal, auxiliar de las partes, terceros, órgano jurisdiccional, auxiliares del juez, etc.).

Tampoco resulta preciso tener una controversia para que haya partes; ni siquiera que haya diferencia entre intereses ( ).

Al ser la parte un status, o postura procesal, en esa calidad se encuentran personas físicas o de existencia ideal, individuales o colectivas. Ellas son necesarias por la propia naturaleza de la relación jurídica, y esencialmente, por el modo de debate que estructuran los regímenes procesales.

Se configura así la idea central que nuclea a la condición de parte como figuras instrumentales de posiciones antagónicas o antitéticas ( ) propias de la dialéctica del proceso.

Normalmente, resultan partes quienes se denuncian en los escritos de postulación y de contestación de la demanda, pero pueden modificarse posteriormente a través de diversos actos específicamente contemplados por las leyes adjetivas (V.gr.: sucesión procesal, cesión de derechos litigiosos, sustitución de parte; etc.).

La presentación en juicio acredita la calidad mencionada, evidencia reiterada por la providencia judicial que, cumplida la comparecencia dice tener al presentado "por parte".

Con el demandado surge una pequeña diferencia dada por la posibilidad de constituirlo en parte aun sin que comparezca al proceso. Ello obedece en razón de que, si se encuentra debidamente emplazado, tiene la carga de comparecimiento de manera que si decide no hacerlo, el proceso continúa con él como parte "en ausencia" o "en rebeldía" ( ).

## 19. Identificación de la parte

El ser un status jurídico no importa tener a la calidad de parte como una mera abstracción. Todo lo contrario, se trata de personalidades concretas que actúan en los roles que a cada uno le importa o le pertenece. Por ejemplo, el letrado es parte en la ejecución de honorarios frente al vencido o contra su cliente, pero no lo es mientras representa a su poderdante, quedando de manifiesto la alteridad de las situaciones procesales.

El código procesal tiene clara la necesidad de tener individuos correctamente determinados en la demanda. Así lo requiere en el artículo 330 incisos 1º y 2º cuando pide que se mencione el "nombre y domicilio del demandante" y "el nombre y domicilio del demandado". De esta forma, al actor -demandante- le corresponde cumplir la carga de denunciar correctamente las personas contra quienes pretende constituir la relación jurídica procesal.

En el sujeto activo, es decir, quien promueve el derecho de pedir (la acción) y lo concreta a través del escrito de postulación, aparece inconfundible el derecho e interés que alega, de manera que él es la parte que actúa, y en nombre propio. Por consiguiente, no es posible capturar en similar condición al que ejerce la representación necesaria o voluntaria, pues a estos no les pertenece el interés en obrar.

Distinta se presenta la situación del demandado, en tanto puede ocurrir que no se tenga claramente establecida la afectación de los intereses a su respecto. Por ello, basta con enunciar al

sujeto pasivo que se quiere involucrar para constituirlo en parte, quien luego confirmar tal posición (si resiste la pretensión, o decide cualquiera de las actitudes voluntarias típicas al acto siguiente del emplazamiento), o la abandonar (V.gr.: si prospera la excepción de falta de legitimación pasiva).

Suponiendo que los demandantes o demandados fueran varios, no significa que se multiplique el número de partes, sino de que varios ser n los que actuar n, debidamente conocidos, en una misma posición (V.gr.: litisconsorcio activo, o pasivo, según el caso).

La identificación de las partes es insoslayable en la medida que con ellos se traba el proceso, y a ellos les alcanzan los efectos de la cosa juzgada. La operatividad del principio dispositivo se eleva en significativa dimensión pues sólo a las partes les corresponde actuar el interés jurídico que quieren resguardar, debiendo el órgano jurisdiccional respetar ese cuadro de pretensiones y resistencias (principio de congruencia).

Además, reconocidas las partes se pueden alegar otros institutos como la litispendencia, o el defecto de jurisdicción (suponiendo que una de las partes fuera el Estado la competencia tiene que ser federal); las recusaciones y excusaciones correspondientes; el desarrollo adecuado de la prueba de confesión (absolución de posiciones), e incluso, la responsabilidad por las costas (art. 77, CPC) ( )

## 20. Principios inherentes a la calidad de parte

La posición jurídica que contrae el concepto de parte, importa actuar en su órbita otros principios que vincula directamente. Son ellos los de dualidad, igualdad y contradicción.

### 20.1 Dualidad de partes

Habitualmente el proceso contradictorio enfrenta los intereses de dos posiciones diversas asentadas en la pretensión del actor y la resistencia del demandado.

Podemos afirmar así que lo consustancial en el proceso no es la existencia de partes, en tanto pueden existir diversidad de juicios con pluralidad de partes, o directamente sin una de ellas, siendo entonces posible encontrar posiciones, la del actor y la del demandado, sin hallar pluralidad de posiciones porque estas son únicas.

A su vez, un proceso también se desarrolla ante la petición de una parte (extracontenciosa), dando lugar a un procedimiento de jurisdicción voluntaria donde la tarea del Juez resulta necesaria, "sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas" ( )

Uno y otro proceso, no obstante, coinciden en la presencia de numerosos actos o sujetos que, aún denominados diferentemente, concilian principios esenciales que encolumnan sus tipos y presupuestos.

Alcalá Zamora ( ) enumera diversos pares de antagónicos (sean contenciosos los primeros, y voluntarios, los restantes) que muestran un diseño peculiar, en cierta forma, únicos pero con modalidades propias: partes-solicitantes; pretensión-petición; demanda-solicitud; juzgador-funcionario judicial; sentencia-resolución; apelación-alzada.

Respecto al carácter de partes o solicitantes, el punto que los vincula es el principio de igualdad procesal, que es más exigente en los procesos contradictorios que en los voluntarios, dando en los últimos lugar a que la igualdad se trabe sobre el derecho a obtener tutela efectiva de los

jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda admitirse indefensión.

En la controversia la igualdad esencial es entre partes; en la jurisdicción voluntaria la igualdad reposa en el derecho de alegación y replica contra el órgano decisor. Por encima de ambos, y a modo de sombrilla protectora, la cuestión de la igualdad se traduce en una dinámica de igualación ante la justicia, que lleva al problema de la socialización del derecho en general, y de la justicia, en particular.

Radica aquí una de las cuestiones de preocupación suprema para el mundo de fines de este siglo, dado que la onerosidad del litigio, su costo intrínseco y el fenómeno enquistado de la lentitud y burocracia judicial, pone en grave crisis a la justicia y al derecho, nublando el principio superior que porta la jurisdicción como regla de convivencia social.

## 20.2 La contradicción

Ahora bien, la estructura del proceso dependiza el norte de los principios siguiendo pautas basilares como las del proceso contradictorio.

Bien explica Díaz que "el principio de bilateralidad de la audiencia, o del contradictorio expresa que, salvo excepciones limitadas, el Juez no podrá actuar su poder de decisión sobre una pretensión (civil, lato sensu o penal), si la persona contra quien aquella ha sido propuesta no ha tenido oportunidad de ser oída: *audiatur et altera pars*" ( ).

La contundencia del axioma persigue que todo acto procesal, desde aquel que contiene la pretensión, hasta aquellos que tengan la más mínima incidencia en los derechos del confrontado, puedan merecer replica del oponente y, en su caso, prueba que lo desmerezca o descalifique.

Dado que el principio se respeta y protege dando oportunidad de defensa, contrae cierto contenido eventual u optativo que guarda relación con el principio de preclusión de los actos procesales, según el cual, abandonada o superada una etapa se pasa a la siguiente sin posibilidad de regreso.

El contenido hipotético del postulado no significa quedar anulado por el acto omisivo de quien tiene oportunidad de alegar y no lo hace; tan sólo refiere a un desplazamiento temporal de la secuencia cuya expresión más acabada es la reaparición del rebelde en el proceso.

Es decir que el principio de contradicción se respeta dando oportunidad cierta de defensa, pero no requiere efectivización. La única limitación estaría en el conocimiento concreto del acto en traslado, de modo tal que su vigencia depender de la comunicación fehaciente que de aquella se hubiere hecho ( ).

En otro sentido, la ausencia de respuesta sólo precluye la oportunidad, el tiempo para hacerlo, aunque pueda algunas veces repensar su actitud y volver contra el acto. Por ejemplo, el rebelde que abandona su contumacia y comparece a estar a derecho, se lo tiene por parte, pero en el estado procesal que transcurre la litis.

Asimismo, existen actos que dictados *in audita pars*, podrían generar cierta flexión en el principio, tales como las medidas cautelares; empero, el principio de bilateralidad queda resguardado al observarse que lo único diferente es el tiempo para cuestionar: no se desplaza el contradictorio en sí mismo, sino la oportunidad para hacerlo.

### 20.3 Igualdad entre las partes

El principio de igualdad tiene cabida en el concepto fundamental de "debido proceso"; pero cabe interrogarse ¿quién, alcance tiene esta igualdad, en la integración de los preceptos que a las partes se aplica?

Evidentemente la referencia trae implícita la llamada igualdad de armas ( ), es decir, el equilibrio prudente entre las razones de las partes dando igual oportunidad a ellas para demostrar sus convicciones. La idea está en quitar espacio a la inferioridad jurídica ( ), sin conceder a unos lo que a otros se niega, en igualdad de circunstancias ( ).

La frase igualdad de armas sostiene una categoría filosófica asentada en la justicia conmutativa que difiere de la igualdad de circunstancias porque en ésta se puede observar la realidad del suceso procedimental, con los repliegues intrínsecos del principio de igualdad ante la ley con los avatares que le afronta un proceso común.

La pobreza social o cultural son fisuras evidentes de ese plano equidistante que se postula, los que pretenden remediarse a través de las compensaciones legales (V.g.: defensorías de pobres y ausentes; beneficio de litigar sin gastos). Quiere decir -en palabras de Couture- "que el principio de igualdad siempre intenta un nuevo esfuerzo para restablecer el equilibrio perdido" ( ).

Asimismo, enraizado en la igualdad, suele hablarse de la igualdad en la fila ( ), donde el resultado obtenido en el proceso sirve las veces de modelo de otras conductas o situaciones que se emparentan por su fisonomía similar.

Dos son los problemas reflejados en este pasaje: por un lado, el de lograr que la justicia permita razonar sobre la base de precedentes alcanzados sin llegar al extremo de la uniformidad imprudente (por el destino creador y transformador de la jurisprudencia); y por otro, obtener la misma accesibilidad que consiguió el proceso modelo.

### 21. Clases de parte

Recordemos previamente que la diversidad de partes no afecta la posición que ocupan en el proceso; tan sólo, simplifican algunas cuestiones que se traspolan a instituciones particulares que después afrontaremos.

Los sujetos del proceso revisten la condición de activo y pasivo, según actúen como actores o demandados, respectivamente.

El sujeto activo, puede ser individual o plural permitiendo llamarlos "parte única" o "litisconsorcio activo", por su orden.

Igual es el caso del sujeto pasivo, sólo que en el caso de pluralidad, además del litisconsorcio, se dan intervenciones de terceros en calidad de parte (intervención adhesiva simple e intervención obligada -arts. 90 inciso 1ro. y 94, respectivamente).

Estas actuaciones extrañas a otros que no constituyeron la relación jurídica material, permite ordenar partes principales, que son las que esgrimen la titularidad del interés y formulan la pretensión; y partes accesorias que resultan quienes se encuentran habilitadas para invocar un interés coincidente con el derecho aducido por las partes principales ( ).

Si recreamos las vicisitudes por las que atraviesa el proceso judicial, también se observa como la parte puede mudar de persona (por ejemplo el actor, a quien se reconviene, se vuelve sujeto pasivo del acto de contrademanda); transferir el interés a otros (cesión de derechos litigiosos, sucesión procesal, etc.), o sustituirse la calidad (art. 44, CPC).

Cada una de estas alternancias tiene repercusiones en la legitimación procesal, al punto que suele clasificarse ella misma conforme se determina la cuestión de quienes son las partes en el proceso.

Es más, ante la duda sobre quien puede constituirse en parte y ser, consecuentemente, legitimado para obrar, el código adjetivo establece entre las diligencias preliminares la posibilidad de citar al futuro demandado -aun no emplazado, obviamente- para que preste declaración jurada sobre algún hecho relativo a su personalidad sin cuyo conocimiento no sería posible entrar a juicio (art. 323, inciso 1ro.).

Estos desplazamientos del interés divide a las partes conforme su estabilidad en el litigio. Son partes permanentes, quienes constituyeron desde el inicio la traba del contradictorio; y también los que después se agregan en idénticas condiciones que aquellos. Son partes transitorias o incidentales, los que actúan en etapas del proceso en interés de un derecho que les pertenece (V.gr.: perito, letrado que ejecuta sus honorarios, etc.).

Palacio incorpora un matiz más a la clasificación, admitiendo la diferencia entre partes según la mayor o menor amplitud con que pueden actuar sus respectivas facultades procesales. En tal sentido, teniendo en cuenta que resulta común la parte en sentido amplio, menciona como partes restringidas las del tercero adhesivo simple; el denunciante y denunciado en el proceso de incapacidad; el demandado en el juicio de alimentos, entre otros ( ).

Asimismo, resta por señalar la clasificación que, vinculada con la legitimación, realiza otro sector de la doctrina.

Si tenemos en cuenta la tradición que asimila la pertenencia del derecho con la situación que en el juicio se ocupa, las partes pueden distinguirse en sentido material y en sentido procesal, según corresponda la titularidad del interés o la representación del mismo, respectivamente.

De esta manera, surge proyectada una escisión conceptual entre aquellos que concurren al litigio en defensa de sus propios intereses, los que se denominan "justas partes"; respecto de otros que no tienen la titularidad ( ).

## Capítulo VI

### LA POSICION DE PARTE Y SUS MODIFICACIONES EN EL PROCESO

#### 22. La legitimación directa e indirecta

Tan sólo como referencia pedagógica hemos de utilizar este dualismo para comprender el concepto de legitimación, toda vez que de aceptarla en toda su amplitud quedaría confirmado que la presentación en juicio sólo es posible por quien tiene directamente el derecho subjetivo (legitimación ordinaria o directa), y no por otros que, careciendo de esa titularidad, acrediten un interés bastante que posibilite la tutela jurisdiccional.

Es decir, la división entre legitimación directa e indirecta se toma para individualizar a las personas o grupos de ellas que deducen ante la justicia una pretensión.

Lo común es que esa demanda se promueva por quien padece la alteración efectiva en los derechos que ostenta, determinando su legitimación directa u ordinaria. Pero si la afirmación proviene de otros que, sin ejercer cualquier supuesto de representación (en cuyo caso el interés actuado nunca es propio sino de otro), reclaman para sí la protección jurisdiccional, es necesario particularizar las situaciones pues la legitimación ya no es directa, sino indirecta o extraordinaria.

Montero prefiere llamarlas legitimaciones originarias y derivadas. "En la primera las partes comparecen en el proceso afirmando el demandante que él y el demandado son los sujetos originarios del derecho subjetivo y de la obligación, aquellos respecto de los cuales nació inicialmente la relación jurídica. En la segunda, en la derivada, el demandante afirma que una de las partes (o las dos) comparece en el proceso siendo titular de un derecho subjetivo o de una obligación que originariamente pertenecía a otra persona, habiéndosele transmitido de modo singular o universal" ( ).

Las principales figuras que tiene la legitimación indirecta son: a) La sustitución procesal y b) la sucesión procesal.

### 22.1 La sustitución procesal

Explica Canelutti que "hay sustitución cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte se debe, no a la iniciativa de ella, sino al estímulo de un interés conexo con el interés inmediatamente comprometido en la litis o en el negocio" ( ).

La legitimación para obrar le corresponde por cuanto el interés que actúa es propio aunque el derecho sea ajeno. No desplaza a la parte originaria, sino que la acompaña en la actuación procesal.

Quien acude en calidad de sustituto admite no ser quien afirma la relación jurídica material, ni contra quien se deduce la misma; no obstante, se permite su ingreso al juicio fundado en normas expresas que lo habilitan, aun sin corresponderle la pertenencia del derecho que a las partes originarias vincula.

#### a) Requisitos propios

Va de suyo, en consecuencia, que la sustitución requiere: a) la existencia de una relación jurídica sustancial; b) un proceso en trámite; c) un sujeto procesal que actúe en calidad de parte principal litigando por esa misma relación y en el mismo juicio, pero sin tener condición de titular activo o pasivo de ella; d) una solución normativa que autorice la admisión y, e) un vínculo jurídico de derecho material que justifique o fundamente la solución ( ).

#### b) Supuestos de aplicación

Los casos posibles que permiten aplicar este instituto son bastante conflictivos, en la medida que puede fácilmente confundirse un caso de sustitución con otro de sucesión, o bien, con un supuesto de actuación en interés y derecho propios, siendo alegado como de sustitución de parte.

En algunos casos la intervención del sustituto es directa porque se provoca a través de la misma acción que tiene posibilidades de incoar (V.gr.: pretensión subrogatoria); en otras es provocada (V.gr.: citación de evicción); también puede resultar parte exclusiva cuando suplanta totalmente la calidad de parte principal; o litisconsorte si actúa acompañando al actor o lo hace como tercero adhesivo simple. Finalmente, la sustitución es originaria, en el caso de que el sustituto asuma la calidad desde el comienzo del proceso, en tanto que es sucesiva cuando lo hace con posterioridad a la demanda o a la contestación ( ).

En líneas generales, se mencionan como ejemplos de la sustitución de parte, los siguientes: 1) La acción subrogatoria; 2) la citación de evicción; 3) La acción directa contra las compañías aseguradoras en materia de accidentes laborales o de tránsito; 4) La demanda deducida en nombre del concurso por el acreedor que actúa en contra de lo asesorado por el síndico y pese a habersele denegado la autorización judicial ( ); 5) la reclamación de honorarios regulados en juicio y sin percepción de sus beneficiarios, a través de los organismos profesionales que persiguen - indirectamente- la integración de los aportes obligatorios a sus cajas de seguridad social; 6) la acción del acreedor en defensa de los bienes prendados o gravados en forma real contra los ataques de terceros; 7) la actividad cumplida por el síndico o por el administrador respecto de los bienes que tiene a su cargo y sobre los que el titular no tiene facultades de disposición.

#### c) El derecho y el interés en la sustitución procesal

Ramos Mendez sostiene que para hablar de estos supuestos extraordinarios de legitimación sólo es posible aceptando el esquema dualista de relaciones entre derecho y proceso, por el cual se permite confundir titularidades sustanciales con derecho de postulación ( ).

Ugo Rocco, quien estudió el tema en profundidad, alegaba esa vinculación necesaria; afirmando que el sustituto procesal no puede ejercer derechos sustanciales que no le corresponden, por lo cual su actuación moviliza un derecho independiente de contenido procesal. De esta manera, la llamada sustitución no ejercita un derecho de acción ajeno en nombre propio sino un derecho de acción propio y por tanto en nombre propio, que tiene por objeto una relación jurídica ajena ( ). Rivas difiere y explica que esta opinión, en realidad, "no cambia sustancialmente las cosas: la sustitución procesal no implica en modo alguno establecer una dependencia entre la acción y el derecho de fondo; simplemente con ello se señala como dato objetivo, pautas acerca de la disponibilidad de la instancia y del uso de la acción, del derecho en litigio, y de los efectos de la cosa juzgada para cuando no se da lo habitual, es decir la coincidencia entre la titularidad de la relación sustancial y la correspondiente a la de tipo procesal y con ello la posibilidad de accionar -o continuar la acción- o de oponerse como partes" ( ).

Otros, sin apuntar directamente al problema de la titularidad o pertenencia del derecho material, prefieren relacionar la cuestión con el interés. De este modo Podetti alega un interés indirecto del sustituto ( ); Satta señala que es un caso absolutamente normal de tutela de intereses ( ) que pone de relieve la ineficaz elaboración de una categoría propia de legitimación procesal; Palacio se diferencia de éste, criticando la postura y sosteniendo que "el objeto controvertido en el proceso no se halla representado por la relación de derecho material existente entre el sustituto y el sustituido, sino por la relación jurídica que vincula a éste último con la otra parte, y de cuya declaración judicial depende, precisamente, la satisfacción del derecho del sustituto. Este, por consiguiente, sólo puede ser considerado titular de un derecho en la medida en que efectivamente

exista el derecho de otro sujeto, razón por la cual no puede negarse que, desde el punto de vista procesal, actúa en sustitución de aquél" ( ).

Desde nuestro punto de vista, la constitución del interés tiene mucho que ver con la legitimación procesal que resulta habilitada para el sustituto.

En efecto, la situación de quien suple completamente al titular del derecho muestra uno de los casos atípicos de defensa por otro de un derecho que no le corresponde, pero con la singularidad que, al mismo tiempo, protege en el proceso, aquellos que adquirió a través del negocio particular con el sustituido.

Obsérvese que para admitir la nueva integración procesal se requiere que la contraparte preste expresa conformidad, pues el problema que aparece con este nuevo personaje procesal surge de la contradicción hipotética entre ambos, pues los principios de igualdad y posiciones duales están cubiertos a satisfacción.

De tal forma, el interés sustancial no varía; el único cambio posible emerge de las expectativas que tenga el sustituto, pero en nada afecta el contenido principal del conflicto a resolver. Sigue siendo la misma parte, sólo cambian las personas.

Inclusive, aun cuando la sustitución fuera parcial, la disponibilidad se mide por el litisconsorcio formado, y a través de los efectos de la cosa juzgada que la sentencia sobre ellos proyecte.

#### d) Efectos de la sustitución procesal

Cualquiera de las formas posibles de celebrar el cambio de partes por sustitución, transfiere todas y cada una de las potestades, deberes, cargas y expectativas que tiene el cedente respecto al objeto procesal, salvo los que fueran indisponibles (V.gr.: confesión, allanamiento, transacción, desistimiento del derecho, etc.), o dependieran de actos personales del sustituido (V.gr.: reconocimiento de firmas) ( ).

La posición que ocupe el sustituto dependiza, asimismo, las posibilidades de oposición. Cuando se es actor, y por tanto se adquiere legitimación autónoma, el demandado puede hacer valer a su respecto todas las excepciones dilatorias y perentorias que tuviera contra la parte originaria; si el sustituto actúa en calidad de demandado, la cuestión es exactamente la misma: cuenta el demandante con la facultad de plantear las defensas que le correspondieran contra el sustituido.

La sentencia afecta a sustituto y sustituido por igual, aun cuando la intervención del primero haya sido originaria.

## 22.2 La sucesión procesal

El cambio de partes a través de la sucesión procesal recibe similares explicaciones a las que suelen darse para el procedimiento sucesorio o "de la transmisión de los derechos en general" que contempla el código civil.

La diferencia estriba en que son derechos sin consolidación pues dependen de una sentencia judicial que los declare, determinando con ello que la modificación en la titularidad no sea absoluta sino, tan sólo, en la posición jurídica que ocupaba en el proceso al tiempo de extinguirse la legitimación para obrar ostentada.

Pero no habrá sucesión procesal hasta que no se produzca la sucesión material; es necesario que ésta actúe como presupuesto de la segunda ( ).

Se entiende por sucesión procesal la mutación de las partes en un proceso pendiente, fundado en que quien ingresa adquiere la titularidad del derecho material a título oneroso o gratuito.

En este sentido -dice Ramos Mendez- "el hecho de la sucesión procesal consiste en que una persona ajena en principio al proceso deviene parte principal en sustitución de la que figuraba primitivamente y como tal continúa el proceso ya iniciado" ( ).

Como se ve, mientras en la sucesión procesal la persona que cubre el lugar de otra en la titularidad del derecho litigioso evita la continuidad de la misma en el proceso; en la sustitución existe propiamente un cambio de partes que, a veces, no es absoluto, en la medida que la alteración puede ser parcial y constituirse un litisconsorcio o una intervención adhesiva en calidad de tercero.

Alsina, por ejemplo, sostiene que en la sucesión hay continuidad de la personalidad del causante; y en la sustitución sólo un cambio de la personalidad del titular del derecho, determinando que "la sucesión se produce en caso de fallecimiento de la parte, y la sustitución en caso de enajenación de la cosa litigiosa" ( ).

Criterio no compartido por Palacio, cuando indica que tanto en el caso de fallecimiento cuanto en el de enajenación de la cosa litigiosa existe sucesión (a título universal y particular, respectivamente); y además, porque tanto en uno como en otro caso media, como consecuencia de la sucesión en el derecho litigioso, una sustitución o cambio del sujeto activo o pasivo que interviene en el proceso en calidad de parte ( ).

Otros interpretan que en la sucesión procesal la legitimación se adquiere sin afectar la cualidad sustancial debatida en juicio; mientras que la sustitución activa un derecho propio reconocido por el ordenamiento jurídico (aun cuando el interés material se ajeno) que admite pensar en una legitimación ordinaria ( ).

También se diferencia con la intervención de terceros, pues son instituciones disímiles y con pretensiones diversas. Mientras alguna de las modalidades de la tercería, por ejemplo, la citación directa, permite introducir planteos pertinentes que fundamentan un derecho propio que afecta, por ello, el objeto litigioso principal; en la sucesión no se modifican las pretensiones sino la titularidad de los sujetos.

Si fuera intervención litisconsorcial, la legitimación del tercero deriva de que la sentencia lo afecte directamente porque, en el proceso se discute un derecho que en alguna medida es suyo; en cambio, en la sucesión la legitimación se toma de quien la cede: el sucesor ejerce también un derecho propio, litigioso, pero que ha adquirido durante la litispendencia, sin haber contado con la posibilidad de iniciar por sí mismo el proceso ( ).

En suma, la sucesión procesal permite sustituir las partes originarias del proceso por otras que suplantán la titularidad del derecho sustancial y las posibilidades jurídicas de intervención procesal. Por eso no es simplemente un "cambio de partes" sino un hecho más trascendente porque involucra al derecho en conflicto, además de la idea de continuidad del trámite iniciado.

Las formas de transmisión del derecho litigioso operan por causa de muerte o a través de actos de disposición entre partes, asumiendo cada caso, particularidades que las distinguen.

#### a) Fundamentos de la sucesión procesal

La sucesión provocada por la muerte de una de las partes obliga a cubrir su interés en el pleito pendiente; la regla de cobertura no es más que una aplicación de los principios de la transmisión de bienes regidos por el Código Civil. En particular, los artículos 3262 y 3264 que distinguen entre la sucesión universal (por transmisión del todo o de una parte alícuota del patrimonio de una persona) y la singular (por transmisión de un objeto particular que sale de los bienes de otra persona) ( ).

Pero este último tiene una dificultad adicional, que resulta del hecho de que la legitimación procesal se desprende de quien estuvo originariamente establecido como parte para encabezarse en otro que viene a interferir el marco del contradictorio ya firme. Tal situación produce una afectación del principio dispositivo y, por tanto, obliga a regular adecuadamente el alcance que tiene este nuevo emplazamiento entre partes.

A la par, agrega Ramos Mendez, existe un fundamento de tipo económico para la sucesión procesal: el aprovechamiento de la actividad procesal desplegada por el causante de la sucesión, con el consiguiente ahorro temporal en la duración y en el coste del proceso ( ).

#### b) La sucesión por causa de muerte

La sucesión procesal no se identifica con la transmisión de bienes mortis causa. Ambas instituciones se diferencian aunque, como anticipamos, para lograr incorporarse al proceso en la misma calidad que portaba quien fallece, es preciso acreditar la titularidad del derecho que reclama para acceder como sucesor.

El orden normativo dispuesto se orchestra en dos disposiciones procesales. Una es el artículo 43, por el cual se indica que: "Cuando la parte que actuare personalmente falleciere o se tornare incapaz, comprobado el hecho, el juez o tribunal suspender la tramitación y citar a los herederos o al representante legal en la forma y bajo el apercibimiento dispuesto en el art. 53 inciso 5".

El artículo 53 inciso 5º por su parte, cuando refiere a las causales de cesación de la representación voluntaria o necesaria, dispone a la muerte como una de ellas ( ) y agrega: "En tales casos, el apoderado continuar ejerciendo su personería hasta que los herederos o representante legal tomen la intervención que les corresponda en el proceso, o venza el plazo fijado en este mismo inciso. Mientras tanto, comprobado el deceso o la incapacidad, el juez señalar un plazo para que los interesados concurran a estar a derecho, citndolos directamente si se conocieran sus domicilios, o por edictos durante dos días consecutivos, si no fuesen conocidos, bajo apercibimiento de continuar el juicio en rebeldía en el primer caso y de nombrarles defensor en el segundo. Cuando el deceso o la incapacidad hubieren llegado a conocimiento del mandatario, ,ste deber hacerlo presente al juez o tribunal dentro del plazo de diez días, bajo pena de perder el derecho a cobrar honorarios que se devengaren con posterioridad. En la misma sanción incurrir el mandatario que omita denunciar el nombre y domicilio de los herederos, o del representante legal, si los conociere".

De este modo, la relación jurídica procesal no se integra con los herederos de una de las partes en tanto no se verifique y demuestre su carácter de tales.

Esta claro que la muerte de uno de los sujetos del proceso produce la suspensión del trámite, pero no su extinción, toda vez que el heredero no sólo sucede en los bienes y deudas del causante,

sino que continúa su persona (art. 3417, Cód.Civ.) y aun cuando hay un cambio físico, en realidad hay unidad jurídica, de manera que no puede decirse que la relación procesal haya sido alterada.

En consecuencia, reintegrada las partes legítimas a través de la incorporación de los herederos, al ocupar éstos el mismo lugar que el causante, los actos cumplidos quedan firmes y los siguientes se regirán con las mismas facultades y deberes que al de cujus pertenecía.

Ahora bien, si la herencia que se transmite se encuentra en estado de indivisión, la representación procesal la asume cualquiera o el administrador ( ), no siendo momentáneamente cuestionado el problema de la legitimación ad causam, pero determinada la partición desaparece la legitimación promiscua y la debe asumir quien tenga la calidad de sucesor establecido en el objeto concreto que la litis plantea.

Finalmente, hay casos donde desaparecido el interés principal que actuaba el sujeto fallecido, pierde virtualidad la continuidad del trámite (V.gr.: muerte del insano cuya declaración de incapacidad se perseguía), aunque puede seguirse al puro efecto de obtener esclarecimientos de orden procesal (V.gr.: determinación del curso de las costas; percepción de multas procesales devengadas en favor de la parte; etc.) ( ).

#### c) La sucesión mortis causa en relación con las personas jurídicas

Paralelamente al supuesto de fallecimiento de personas físicas puede ocurrir la extinción de las personas de existencia ideal.

En la hipótesis de tal acontecimiento, la calidad de parte en el proceso que la tiene como legitimada, a través de sus representantes legales, pervive a diferencia de lo que sucede con las personas individuales.

Esto es así porque la "personalidad societaria" subsiste para concluir las operaciones pendientes y liquidar el patrimonio comercial (arts. 1777, Cód. Civ. y 435, Cód. de Comercio), abarcando, en consecuencia, los procesos que estuvieran en trámite.

De tal forma, la legitimación para actuar no cambia y por ende, tampoco existe un caso de sucesión procesal ( ). La continuidad en el carácter de parte se logra por la permanencia del conflicto y su trámite, mientras que la legitimación se mantiene a través de la representación necesaria que se encuentra acreditada en la litis.

En cambio, si la sociedad no estuviera en vías de liquidación sino de reconversión a través de otras formas societarias como la fusión ( ), la absorción, o la transformación en general (escisión, unión transitoria de patrimonios o por objetivos, etc.) la transferencia de derechos provoca una representación nueva que modifica la que en juicio se encuentra acreditada.

De suyo, también el interés sustancial se altera desde que entre los objetivos de la nueva integración puede estar la resolución de los conflictos judiciales en trámite; pero tal cambio en la personalidad no puede afectar los derechos del contradictor, quien conserva las facultades de oposición previstas, entre otras, por el art. 84 de la ley de sociedades ( ).

#### d) La sucesión procesal frente a los supuestos de transmisión de derechos por actos entre vivos

El Código Procesal Civil de la Nación dispone en el artículo 44: "Si durante la tramitación del proceso una de las partes enajenare el bien objeto del litigio o cedere el derecho reclamado, el adquirente no podrá intervenir en él como parte principal sin la conformidad expresa del adversario. Podrá hacerlo en la calidad prevista por los arts. 90 inciso y 91 primer párrafo".

A través del sistema creado se reglamentan tres supuestos de sucesión procesal (aun cuando el código los presente como casos de sustitución de parte): a) por enajenación del objeto litigioso; b) por cesión del derecho litigioso, y c) la intervención impropia como tercero adhesivo simple.

Sin embargo, el enunciado no es preciso al no especificar la forma como se produce el ingreso y la tipicidad que asume la figura del sucesor a título particular.

En el caso de enajenación del objeto litigioso, el adquirente podrá acceder al proceso si éste estuviera en trámite, es decir, que es el único supuesto que contempla el código. De lo contrario, la acción ejercida corresponde a una pretensión subrogatoria. Tales intervenciones el código las contempla como citación de evicción (arts. 105 y ss.) y acción subrogatoria (art. 111 y ss.), respectivamente.

Inclusive, la legitimación que se adquiere en estos casos es directa y no depende de la situación que tenga la parte en el proceso al que se adscribe. Es decir, en ningún caso entra en juego la relación jurídica material que vincula al deudor (la parte) con el subrogante o el citado de evicción, sino otro bien distinto que opera en terreno de las posibilidades de actuar en juicio conjuntamente con aquella, esto es, un derecho exclusivamente procesal que asigna legitimación para obrar.

Por eso apunta Montero que "en la acción subrogatoria hay que distinguir entre el derecho procesal propio del acreedor y el derecho subjetivo material del deudor; el sustituto ejercita los dos, pero en el segundo está haciendo valer en nombre propio derechos subjetivos que afirma corresponden a otros. En conclusión, la acción subrogatoria no confiere al acreedor derecho material alguno, y sí un derecho procesal; las dos relaciones jurídicas no se ven alteradas por la legitimación que se confiere al acreedor; a éste no se le da nada que no tuviera antes, pues lo que se le reconoce es un derecho procesal. Por eso el acreedor no puede pedir para sí, sino que pide para su deudor, para integrar el patrimonio de éste, con el fin de posibilitar la efectividad del derecho material que ya tenía reconocido" ( ).

Si fuere el caso de cesión de derechos litigiosos, debe analizarse las modalidades de la convención, en cuanto a la posible permanencia de la parte cedente en calidad de parte, o la pérdida absoluta de esa situación procesal. Por ejemplo, si la cesión es del derecho sustancial (aceptando para ello, únicamente, el dualismo entre derecho y proceso) el sucesor ocupa la posición de parte principal; mientras que si lo fuera de la calidad, quedaría integrado un litisconsorcio (V.gr.: art. 109, CPC), o bien, un supuesto de intervención de tercero (art. 112, apartado segundo, CPC).

El último de los casos indicados (intervención impropia) no refiere tanto a los supuestos de sucesión como sí a la forma que asume dentro del proceso a consecuencia de la oposición que tiene derecho a formular la contraparte.

En este supuesto, no se puede hablar ya de un caso de sucesión auténtica, sino de sustitución, porque, al transferirse la titularidad del bien o del derecho, la posición que le corresponde al cedente deja de ser "como dueño del derecho subjetivo" para resultar obligado ante las consecuencias que del acto emergen (garantía prevista en el art. 1476 del Cód. Civ.).

## 23. La modificación en el número de intervinientes

Así como puede alterarse la personalidad procesal a través de figuras como las que hemos visto, también el conflicto puede quedar planteado entre más de un individuo. Podrán ser varios actores o varios demandados los que mantendrán el status de partes en su lugar.

Aquí, el proceso abandona su relación habitual entre dos para multiplicarla, pero conserva la bilateralidad y la contradicción que ahora se da entre muchos.

Esta dinámica de la controversia se denomina procesos con partes múltiples, o litisconsorcio activo (varios actores) y litisconsorcio pasivo (varios demandados).

Son procesos complejos, bien por la diversidad de personas, o por la pluralidad de pretensiones, o de una sola pero con varios sujetos, donde el efecto externo más característico es la existencia real de un solo proceso y de un juicio único que le pone término ( ).

Sin perjuicio de esta modalidad procedimental, la disputa entre partes puede encontrar -o necesitar- otros involucrados en la relación jurídica que se ventila, debiendo integrarse la litis con ellos a efectos de impedir que la sentencia los afecte sin que hayan tenido posibilidad de defensa. Son los supuestos característicos de la intervención de terceros, ya sea en las modalidades voluntaria o coactiva.

Finalmente, el proceso también puede interesar parcialmente a otros. No y en la totalidad del objeto procesal, sino, tan sólo, en una parte, en una única cuestión.

Es entonces cuando la litis incorpora un nuevo concepto de legitimados activos a través del instituto de las tercerías, que se caracteriza porque la pretensión de éstos no viene a posicionarse en lugar de cualquiera de los litigantes originarios, sino en un espacio individual y a través de una específica cuestión que dentro del proceso deduce.

Son las denominadas tercerías de mejor derecho y de dominio que, de inmediato, veremos en lo tocante al problema de la legitimación.

### 23.1 El litisconsorcio

La conexidad del interés entre varias personas provoca que, actuando en conjunto, constituyan el llamado litisconsorcio activo (posición de parte actora) o pasivo (posición de parte demandada), cuya legitimación procesal se resuelve en función del vínculo que los unifica.

Definir el interés para obrar de cada uno es una verdadera dificultad pues la reunión de ellos en una misma calidad no supone, necesariamente, que tengan iguales intenciones o la misma pretensión.

Las categorías conocidas de litisconsorcio permiten observar diferencias en la fisonomía que adquiere la legitimación, en tanto cada una de ellas contrae un significado distinto de acuerdo al modo y forma como se implementan.

Hay tres tipos de litisconsorcio: 1) voluntario; 2) necesario, y 3) cuasinecesario. Cada uno tiene un componente distinto en relación al o a los intereses que se actúan. Así, en el primero, también denominado litisconsorcio facultativo, queda expuesto en el plano subjetivo una acumulación de objetos litigiosos que representan pretensiones basadas en derechos materiales que se consideran acumulativos y no incompatibles ni excluyentes entre sí, e incluidos todos en el ámbito de competencia jurisdiccional, pero que, en definitiva, se distinguen, ya sea porque nacen de

un mismo título o se fundan en una misma causa de pedir. El fenómeno se circunscribe en el rea de la acumulación de acciones (art. 87 y 88, CPC) y depende de la voluntad de quien pueda en estas circunstancias demandar a varios o sólo a uno; o también, del acuerdo y voluntad concorde de quienes tengan esa posibilidad jurídica y quieran ejercitar judicialmente sus derechos contra varios ( ).

El litisconsorcio necesario obliga a integrar el proceso con todos aquellos a quienes la sentencia pudiera afectar. Es el caso previsto en el artículo 89 del código procesal de la nación, al expresar que: "Cuando la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes, éstas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso. Si así no sucediere el juez de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes, ordenar, antes de dictar la providencia de apertura a prueba, la integración de la litis dentro de un plazo que señalar, quedando en suspenso el desarrollo del proceso mientras se cita al litigante o litigante omitidos".

La peculiaridad de esta figura procesal consiste en que la acción pertenece a todos los interesados y contra todos los interesados considerados como un solo sujeto. Si la litis no ha quedado integrada con todos los partícipes obligados la sentencia que en definitiva se pronuncie sería "inutiliter datur", por cuanto no podría cumplirse, ya que sus efectos, que indispensablemente deben llegar a todos los legitimados, no podrían alcanzar a quienes no fueron objeto del proceso.

A diferencia del caso anterior, en este la necesidad implica una pretensión única, cuya característica esencial reside en la circunstancia de que puede ser interpuesta por o frente a varios legitimados, y no frente a alguno de ellos sólomente.

Por último, el litisconsorcio cuasinecesario es una figura intermedia en la que, si bien una pluralidad de sujetos podrían actuar por separado en relación con un determinado objeto litigioso, la ley exige un tratamiento procesal conjunto con resolución que afectar a todos, independientemente de que litiguen o no ( ).

Individualmente cada tipo de litisconsorcio ocupa un espacio diferente en orden a tipificar la legitimación ad causam, pues la legitimación ad processum rige por igual en todos los supuestos.

Es decir, considerado el tema en la primera de las categorías, el interés para obrar del actor o del demandado difiere en la medida que depende de la voluntad de quienes actúan.

El litisconsorcio facultativo pone en juego derechos e intereses que tienen individualidad de representación contra quien se oponen, aun cuando pudiera comprometer a otros. La legitimación por consiguiente se resuelve en la causa concreta donde se debate, sin vincular a otras o a otros que pudiendo estar, voluntariamente se los excluye.

Claro está que estos interesados (legitimados activos o pasivos) pueden incorporarse con posterioridad, pero en ningún caso retrogradan o suspenden el curso de la litis (art. 93, CPC), ni alteran las cualidades que invisten las partes en el conflicto.

Digamos, en conclusión, que existe una conexidad jurídica entre la pretensión y los sujetos obligados a responder por ella, que en cuanto a la legitimación, dependen de la voluntad de quien demande o resista.

Si el actor resolviera demandar por separado, cada proceso tendría su propia cuestión de legitimación, pero la sentencia, habitualmente, es única a través del llamado que se hace a través de la acumulación de procesos.

En el litisconsorcio necesario la cuestión es sustancialmente diferente.

La vinculación subjetiva es inescindible al provenir de un mismo derecho material (V.gr.: indivisibilidad de la obligación). La legitimación en estos casos se considera en relación con la cualidad de cada uno, pero el interés para obrar no se fracciona, al ser único e indivisible.

La necesidad de contar con todos los interesados lo pregonan la ley, mucho más en los casos de litisconsorcios pasivos, ante el riesgo de la indefensión que nulifica todo el proceso.

Por eso, la existencia del litisconsorcio necesario no supone un problema definido a través de los presupuestos procesales, sino de la legitimación ad causam.

En el litisconsorcio cuasinecesario, varias personas se hallan, ante un determinado evento jurídico, en situación de igualdad que por tanto, los legitima individualmente; empero la resolución judicial alcanza a todos, aun cuando no están ni hayan sido parte en el proceso.

El caso es típico en las obligaciones solidarias, o frente a impugnaciones de acuerdos societarios que alcanzan a los socios.

Aclara Ramos Mendez que, "en estos casos la ley no impone que todos los litisconsortes demanden o sean demandados necesariamente. Sin embargo, la sentencia que se dicte les afectará a todos directamente, aunque no hayan litigado. Por eso, se prevé, asimismo que, si han de litigar, lo hagan todos en el mismo proceso y se pronuncie una única sentencia" ( ).

### 23.2 La intervención de terceros

La legitimación para obrar del tercero se colige desde el interés que acredita y, en consecuencia, por la calidad de parte que puede reclamar.

En sentido técnico, aplicado por tanto únicamente al proceso jurisdiccional, se es tercero mientras no se tenga la calidad de parte, pues una vez adquirida, la condición para actuar se confunde con los supuestos de litisconsorcio.

Recordemos que cuando hablamos de "partes" referimos a "posiciones jurídicas" más que a personas identificadas como sujetos activos o pasivos.

El tercero que al proceso se incorpora tiene situaciones diferentes respecto a la dualidad de intereses que en el litigio se debate. Esta distinción es importante en la medida de que, quien no tiene "interés" está fuera de las proyecciones y efectos que emanan del juicio, aun cuando la sentencia pueda alcanzarlo. Es decir, el proceso civil tiene titulares de derechos y obligaciones que no tiene quien no es parte ( ).

La intervención del tercero puede ser: voluntaria o forzada, de acuerdo con el interés que ostente quien se encuentra fuera del proceso.

Estos intereses, a su vez, pueden darse bajo las modalidades siguientes:

a) El tercero afectado por la sentencia dictada entre partes, que si bien no lo alcanza de iure, sí lo es de facto, por perjudicarlo indirectamente (V.gr.: condena a pagar una suma de dinero que puede tornar insolvente a quien resulta deudor del tercero).

b) Tercero que acredita un interés semejante al de una de las partes en el litigio y por el cual puede encontrarse alcanzado a través de los efectos de la cosa juzgada (V.gr.: intervención adhesiva o litisconsorcial).

c) El inter,s de quien alega titularidad en la misma relación jurídica material que el juicio ventila entre partes, de forma que la sentencia, obviamente, lo alcanzará (V.gr.: intervención forzosa o provocada).

d) Tercero que tiene intereses contrapuestos con el de las partes, de modo que ostenta un derecho independiente al debatido pero con fuerza bastante para incorporarse al proceso (V.gr.: intervención excluyente).

De estas situaciones particularizadas interesa observar la dinámica de la intervención voluntaria, pues en ella el inter,s que habilita la legitimación para actuar es independiente de la que acreditan ya las partes procesales.

En cambio, dice Montero, "cuando la intervención de un tercero en un proceso pendiente tiene su origen, no en la decisión del tercero que invoca una legitimación, sino en la llamada de una de las partes (intervención a instancia de parte) o del juez (intervención por orden del juez), no cabe plantearse realmente en qué medida está legitimado. Los supuestos de la intervención provocada excluyen, por principio, la alegación por el tercero de un inter,s que le legitime para intervenir y, por lo mismo, no son objeto de nuestra investigación actual" ( ).

De igual manera, entre nosotros, debe excluirse el tratamiento de la intervención principal o excluyente, pues el legislador argentino no ha contemplado la figura y, jurisprudencialmente, recibe permanente contrariedad. El funcionamiento de ella puede ser fuente de situaciones extremadamente complejas, inconciliables con la celeridad que del proceso se espera y, en buena parte de las ocasiones que esta intervención principal se denuncia, se utiliza el instituto de la acumulación de procesos ( ).

El Código Procesal de la nación se ocupa de la legitimación del tercero a través de las dos modalidades que reconoce: la intervención litisconsorcial (art. 90 inciso 2do.) y la intervención adhesiva simple (art. 90 inciso 1ro.).

La intervención obligada prevista en el artículo 94 descarta un supuesto de legitimación invocada por el tercero, toda vez que acude al proceso citado por quienes son partes en el mismo.

Ahora bien, la legitimación procesal debe existir al tiempo que requieren intervenir en la causa, o cuando son convocados de oficio o a petición de parte. Si la iniciativa es voluntaria debe acreditarse el inter,s sustancial, es decir, el vínculo que mantiene con la relación jurídica material en controversia. Circunstancia que la diferencia de la intervención forzada, en la cual el inter,s no necesita verificarse pues el llamado obedece a una causa legal.

El artículo 92 del código procesal indica que: "El pedido de intervención se formulará por escrito, con los requisitos de la demanda, en lo pertinente. Con aquél se presentarán los documentos y se ofrecerán las demás pruebas de los hechos en que se fundare la solicitud. Se conferirá traslado a las partes y, si hubiere oposición, se la sustanciará en una sola audiencia. La resolución se dictará dentro de los diez días".

Si el tercero resulta admitido, adquiere la calidad de parte, siendo inapelable la resolución (art. 96, CPC). Esta condición lo faculta a obrar en la medida del inter,s que tiene respecto a los contradictores.

En los hechos, al convertirse en parte, asume las mismas facultades que tienen quienes intervienen en la causa. De manera que su posición, además, es litisconsorcial activa o pasiva, según el caso.

Pero cuando el ingreso resulta por la eventualidad que supone encontrar afectado un interés propio a través de la sentencia que entre partes se dicte; sin perjuicio de tener que demostrar sumariamente esta posibilidad para lograr el acceso al proceso, su calidad será accesorio y subordinada a la de la parte a quien vaya a apoyar, no pudiendo alegar ni probar lo que estuviese prohibido a esta (art. 91 párrafo primero, CPC).

La admisión del tercero, o dicho en otros términos, conferir legitimación procesal al tercero, no significa pronunciarse sobre las razones que tenga respecto al derecho material cuestionado entre las partes principales. Tan sólo supone asignar una posición cualificada de parte que, como tal, lo vincular al proceso con sus cargas, derechos y obligaciones de acuerdo al rol que desempeñen; y permitir que los efectos de la cosa juzgada lo alcancen.

### 23.3 Las tercerías

La continuidad lineal del proceso ordinario tiene en las tercerías un desvío necesario que resuelve el problema que un tercero presenta estando absolutamente distante de la relación jurídica material que entre las partes se suscita.

Las formas conocidas que motivan las pretensiones de tercería son las llamadas de dominio y de mejor derecho, según se funden en el dominio de los bienes embargados, o en el derecho que el tercero tuviere a ser pagado con preferencia al embargante (art. 97, CPC), respectivamente.

De inmediato se advierte que, en ambos casos, se abre un proceso distinto, independiente o incidental, donde la legitimación procesal de quien propicia la formación de la nueva causa, debe acreditarse por el interés y el derecho para hacerlo.

En efecto, dice el artículo 98 del código adjetivo que: "No se dar curso a la tercería si quien la deduce no probare, con instrumentos fehacientes o en forma sumaria, la verosimilitud del derecho en que se funda. No obstante, aun no cumplido dicho requisito, la tercería será admisible si quien la promueve diere fianza para responder de los perjuicios que pudiere producir la suspensión del proceso principal.

"Desestimada la tercería, no será admisible su reiteración si se fundare en título que hubiese poseído y conocido el tercerista al tiempo de entablar la primera. No se aplicará esta regla si la tercería no hubiese sido admitida por falta de ofrecimiento o constitución de la fianza".

La demanda de tercería queda sujeta a un requisito extrínseco de admisibilidad consistente en la acreditación de la "verosimilitud del derecho en que se funda" y más exactamente, de admisibilidad de la pretensión, que no debe confundirse con el de fundabilidad de la misma: el primero, alude a una suerte de *fumus bonis iuris* del derecho que asiste al peticionante -como ocurre respecto de las medidas cautelares-, en tanto el segundo, supone la existencia plena y efectiva del derecho en cabeza de quien promueve la tercería. Este requisito de admisión lleva a que el juzgador formule un juicio de verosimilitud, es decir, un raciocinio fundado sobre ciertas normas que razonablemente acompañan la pretensión, la sustentan y le confieren a su vez una razonable apariencia de verdad.

En la tercería denominada de mejor derecho el accionante debe acreditar, *prima facie*, el crédito que invoca, su titularidad, su monto y la existencia de un privilegio especial instituido a su favor.

Con estos recaudos cubiertos, la legitimación para obrar ser acordada, y por consiguiente, podrá formular la demanda contra quienes son partes principales del proceso donde sucede la afectación de sus intereses.

Por eso, el tercerista que no acompaña en su presentación instrumentos fehacientes, ni ofrece probar sumariamente la verosimilitud de su derecho, limitándose a ofrecer pruebas que se refieran al fondo del asunto, está impedido de lograr la apertura que se refiere estrictamente a su problema crítico.

En el caso de la tercería de mejor derecho, cuando el ordenamiento procesal menciona la existencia de un embargo para otorgar permiso de entrada a un tercero que no tiene relación con los intereses hechos valer en el proceso principal, se ubica en la hipótesis normal de medida cautelar o ejecutiva dirigida a liquidar un bien o cosa del deudor para, mediante subasta, convertirla en dinero. Si respecto de ese bien o cosa, aparece un tercero -por definición otro acreedor del embargado- que invoca un mejor derecho, sea como consecuencia de un privilegio especial, de un derecho real de garantía o, aun, de preferencia engendrada por medida judicial, se comprende que a este tercero con interés propio se lo legitime para introducirse a un proceso en el que no es parte, a fin de hacer valer un derecho suyo que, de consumarse la subasta y percepción de su producido por el ejecutante, se vería conculcado.

Por eso, también como regla, la deducción de la tercería de mejor derecho no suspende la subasta y sólo se difiere el libramiento de giro hasta que se haya pronunciamiento firme sobre el mejor derecho alegado.

En cambio, si la tercería fuese de dominio, dice el artículo 99 que: "...consentida o ejecutoriada la orden de venta de los bienes, se suspender el procedimiento principal, a menos que se trate de bienes sujetos a desvalorización o desaparición o que irrogaran gastos de conservación, en cuyo caso, el producto quedar afectado a las resultas de la tercería...".

Finalmente, en miras a alivianar la acreditación del interés que otorgue legitimación, se posibilita al tercero afectado por un embargo a requerir el levantamiento liso y llano del mismo, sin necesidad de acudir a la vía procesal señalada, cuando demuestre ab initio, a través del pertinente título o de la sumaria información, su condición de propietario de la cosa embargada (art. 104, CPC). El procedimiento a cumplirse en tal caso es el de un incidente abreviado cuya resolución sólo es apelable cuando hace lugar al desembargo. Queda excluida, así, la posibilidad de impugnación si se desestima el incidente de marras, sin perjuicio de los derechos posteriores que se puedan ejercer a través de la tercería de dominio.

## CAPITULO VII

### EL ASPECTO PASIVO DE LA LEGITIMACION.

#### LEGITIMACION Y DERECHO DE DEFENSA

##### 24. Introducción.

Así como el derecho de acceso a la jurisdicción preconizado en estas líneas, se garantiza cuando quien peticiona no encuentra trabas absurdas o irrazonables que limitan su potestad de pedir a la justicia; también el sujeto pasivo de la relación debe encontrarse protegido en su derecho de defensa y sometido a iguales reglas procesales que lo emparejen en la relación bilateral de contradicción que asume.

Si el derecho de acceso libre y sin restricciones implica la necesidad de convertir en parte a quien peticiona, y consecuentemente, en el poder de iniciar la actividad jurisdiccional que finalice con una sentencia debidamente fundamentada; esta última decisión debe encontrar precisamente determinadas a las personas que se encuentran litigando. Típicamente, este es el significado de legitimación.

De acuerdo con lo dicho, esa legitimación debe ser, prevalentemente, objeto de una interpretación amplia por parte de los jueces. El interés tutelable preciso para ella es más amplio que el interés directo o el derecho subjetivo, aunque no se extienda a cubrir cuestiones abstractas de mero o simple interés en el cumplimiento de la legalidad ( ).

Para el demandado, la legitimación asume dos aspectos esenciales. Por un lado, que sea identificado en forma adecuada y correcta la persona contra quien se deduce la pretensión; y por otro, que ella tenga posibilidades reales de ser oída ( ), aunque este derecho sea únicamente proyección del principio de bilateralidad y no signifique que por contestar tenga ya legitimación en la causa.

Ese derecho a ser parte obliga a tener que llamar directamente al proceso judicial a toda persona legitimada para ello, por poseer derechos e intereses legítimos, para que pueda ser parte procesal, y ejercitar el derecho de defensa contradictoria si le conviene, con la dialéctica jurídica y justificaciones oportunas, frente a las pretensiones adversas, constituyéndose en forma adecuada la relación jurídico procesal entre las partes legitimadas activa y pasivamente, en atención al derecho debatido en el conflicto intersubjetivo de intereses, y su real contenido, para evitar, en todo caso, la ausencia del demandado legitimado, con su condena sin ser oído, conculcándose el principio de contradicción procesal recogido en el axioma *audiatur et altera pars* ( ).

El concepto de parte completa la idea, es decir, aquella que incoa la demanda y tiene derecho a obtener una sentencia sobre las pretensiones que presenta; ante aquél que puede ser efectivamente condenado.

Por tanto, las cuestiones de legitimación están soportadas en un estricto problema de legalidad, y como tales, son temas constitucionales al estar afincadas en el acceso a la justicia, y en el derecho de defensa en juicio.

Así lo entiende el Tribunal Constitucional español cuando sostiene que, si el legislador al regular la legitimación -que puede restringir de forma razonable y proporcionada-, o el órgano judicial en su interpretación, impide a alguien que pueda plantear su problema ante los órganos jurisdiccionales o defenderse de las otras que planteen, a pesar de tener un derecho o interés legítimo en ello, habrá violación de la tutela, y por tanto, deberá revisarse ese concepto de legitimación ( ).

En síntesis, se trata de afianzar la idea de que la legitimación para obrar -activa y pasiva- no puede ser negada a priori por vincular el derecho de pedir con el derecho o interés a que se le reconozca una cuestión de derecho material.

Debe tener prioridad el derecho de acceso a la justicia y el derecho a sustanciar un proceso que contenga suficientes expectativas para llegar a una sentencia justa e igualitaria.

## 25. La legitimación pasiva como excepción.

Uno de los principales requisitos de la demanda consiste en individualizar a las partes. Si ello no se cumple adecuadamente, el sujeto pasivo de la relación que se pretende trabar puede articular las defensas de defecto legal en el modo de proponer la demanda, o bien, la excepción de falta de legitimación pasiva.

Estrictamente, se procura que debatan la cuestión litigiosa aquellas personas idóneas o habilitadas por la ley para hacerlo; circunstancia no siempre de fácil esclarecimiento, pues acceden en el caso posibilidades distintas.

Elas son:

- a) que ni el actor ni el demandado sean los titulares de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de su fundabilidad;
- b) que tratándose de un sustituto procesal, no sea titular del derecho objeto de la contienda;
- c) que relacionándose con los terceros intervinientes, no fueren titulares de un interés jurídico que pudiera ser afectado por la sentencia;
- d) que mediando un litisconsorcio necesario, no integren la relación jurídico procesal todos los contradictores obligados ( ).

Cada caso señala las dificultades notorias para conocer aquí el concepto ya mencionado de las justas partes, y por tanto, advierte sobre la complicada elucidación del derecho de obrar como antejuicio de legalidad sobre la debida integración de la litis.

El carácter manifiesto que demuestre ab initio la imposibilidad de dar trámite a quienes no acrediten suficientemente el requisito de postulación, es verdaderamente excepcional. No se encuentran demasiados casos patentes de inadmisión de la demanda por carecer quien la presenta de legitimación para obrar.

Esa misma ausencia de claridad prima facie deriva a que la excepción de falta de legitimación pasiva sea facultativa para el accionado, quien podrá oponerla conjuntamente con otras defensas en el tiempo procesal oportunamente dispuesto.

La excepción tiene dos facetas: una destinada a oponerse a la titularidad que invoca el sujeto activo que pretende, la cual, genéricamente, se conoce también como falta de acción; la restante, que nos interesa, consiste en la facultad que tiene el demandado de oponerse a que contra él se dirija una demanda que versa sobre una cuestión en la que no tiene derecho de contradicción por inexistencia de relación causal o material ( ).

El código procesal distingue el carácter manifiesto de la legitimación para actuar, considerando que si la acción es improponible puede resolverse inmediatamente sin necesidad de desarrollar todo el proceso. De este modo, nada impide que la carencia de legitimación pasiva resuelta ab initio sea reconducida en un proceso posterior contra quien realmente revista esa condición de legitimado pasivo. De igual manera, la situación comprende el caso de falta de integración de la litis. En estos supuestos, la defensa opuesta actúa como dilatoria.

En cambio, si la ausencia de legitimación para obrar no resulta manifiesta y, en consecuencia, debe pronunciarse al tiempo de dictar sentencia, la cualidad de la cosa juzgada varía pues impide reediciones. La excepción, en este caso, actuar como perentoria, debiendo procederse al archivo del caso.

En realidad, esta división visualiza la polaridad doctrinaria que tiene la temática. Mientras algunos entienden que la legitimación debe referirse a la titularidad del derecho o relación jurídica sustancial; otros estiman que ello no es imprescindible, porque, además de suponer enrolarse en la teoría de que la acción y el derecho son la misma cosa, esa coincidencia no es condición o presupuesto de la pretensión, atento a que no la limita ni pone requisitos en ningún aspecto.

El derecho comparado viene ofreciendo una alternativa de solución a través de la audiencia preliminar. Esta opera como despacho saneador y sin juzgar sobre el mérito intrínseco de la demanda puede declarar la falta de legitimación suficiente para obrar, tanto en el actor como para el demandado.

## 26. La falta de legitimación pasiva declarada de oficio.

Se ha dicho que la forma de interponer la excepción de falta de legitimación para obrar queda sujeta en primer lugar a la apreciación del demandado, quien por considerarla no manifiesta puede alegarla como defensa al contestar la demanda, y en segundo término, al criterio del juez, quien a pesar de haberse articulado como excepción previa, puede postergar su tratamiento hasta el momento de pronunciar sentencia definitiva ( ).

De esta manera, la cuestión queda en la órbita de las facultades de apreciación judicial para decidir en el momento que estime oportuno.

No obstante, y dado que la legitimación para obrar constituye una típica cuestión de derecho (tanto material como adjetivo), queda entre las potestades del juez apreciar de oficio el tema, de forma tal que, aun sin que las partes lo pidan podrá declararse la inadmisión de una demanda, como la negativa a integrar la relación procesal con quien no sea la parte legítima de la relación que se pretende entablar.

Dicho examen sobre la calidad de postulación es resorte exclusivo de la función jurisdiccional, y si las partes no lo alegan, no existen limitaciones naturales que impidan investigar el derecho del titular o la resistencia hipotética del demandado, pues ambos supuestos son necesarios para dar validez absoluta al pronunciamiento definitivo.

Por ejemplo, procede declarar sin petición de parte la falta de legitimación pasiva en los casos siguientes:

"Si quien persigue la nulidad de una serie de actos celebrados por varias sociedades demandadas, no es actualmente socio de ellas, ni ha invocado que tales actos simulados hayan condicionado en forma viciosa la partición hereditaria por la cual se ha designado a dicho ente, cabe concluir que carece de legitimación para accionar contra los copartícipes de los actos que habían redundado en perjuicio del ente al cual ya no pertenece" ( ).

"Cuando se demandó el pago de alquileres, si el locatario firmó el contrato en su carácter de embajador de un país extranjero y si el bien estaba destinado a su vivienda, porque, este se encuentra amparado por su inmunidad diplomática" ( ).

- "Si la acción de daños y perjuicios intentada mediante acción civil en el proceso penal y por no haber concurrido a la última audiencia de debate se tuvo a la parte por desistida de la reclamación, circunstancia que le hizo perder al demandante su acción incluso en el proceso civil" ( )

## 27. Prueba de la ausencia de legitimación pasiva.

Quien opone la excepción de falta de legitimación pasiva como defensa de fondo debe acreditar el carácter de manifiesto que razonen los motivos para rechazar de plano la demanda articulada.

La prueba debe confirmar la inexistencia de condiciones para que el demandado pueda ser eventualmente obligado a cumplir la pretensión instalada.

Es decir, existe una diferencia sustancial entre el accionado que pretende salir de un proceso donde no se considera parte, y la falta de acción en el actor, pues, esta última -sine actione agitur- cuando se plantea como defensa de fondo -no como previa-, no supone requisitos formales específicos, toda vez que se refiere a la titularidad de la pretensión, basta que el accionado haya negado expresa y concretamente esa titularidad y los hechos en que ella se funda. Esta constituye una de las condiciones de admisión de la pretensión accionada y a su respecto el demandado puede limitarse a negar los presupuestos fácticos en que la misma se apoya, con lo cual el juez está habilitado -y obligado- a decidir si concurre o no esa condición, y en caso de que la conclusión fuere negativa, corresponderá rechazar la demanda.

## 28. El trámite de la excepción.

De la excepción debe correrse traslado a la contraria por cinco días (arts. 350 y 150 del CPC), por cédula (art. 135 inciso 2, CPC), ( ), a efectos de permitir la correcta distribución de las cargas procesales, y específicamente, del derecho a la contradicción.

La determinación sobre si es o no manifiesta está inmersa en las potestades judiciales de apreciación. Si se considera que es evidente, queda supuesto que los elementos obrantes en la causa son suficientes para resolver, sin necesidad de prueba. En cambio, si fuere necesario ejercer actividad probatoria, la misma se desenvuelve conjuntamente con las demás ofrecidas en el proceso común y se decide con la sentencia final.

La resolución judicial que admite o rechaza la excepción de falta de legitimación es recurrible, pero si el fundamento de la decisión reside en que aquélla no es manifiesta, el art. 353 p.rr. 2do. del CPC establece la irrecurribilidad ( ).

## 29. La falta de legitimación pasiva: supuestos

Recordemos que la posibilidad de entablar una demanda contra un sujeto determinado, posibilita diferentes situaciones de ausencia de legitimación.

### 29.1 Derecho subjetivo y relación jurídica

Si el actor pretende conectar con su demanda a un sujeto que no es titular de la relación jurídico sustancial, la pretensión es inadmisibile.

Se trata de establecer con la defensa el criterio correcto para vincular a las partes legítimas, o al menos, a quienes ostenten nexo causal suficiente en los derechos y motivos por los que se controvierte.

Algunas veces esta noción no es muy clara, dificultando la precisión con que debe hallarse la legitimación ad causam, es decir, la exacta correspondencia entre el derecho material que se invoca y la persona que lo hace valer o frente a quien se quiere vincular.

De este modo, el nexo entre derecho subjetivo y relación jurídica es la legitimación, la cual, en definitiva, consiste en la competencia de cada sujeto para alcanzar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado; competencia que, a su vez, resulta de la específica posición de tal sujeto respecto de los intereses que se trata de regular ( ).

Va de suyo que quien opone esta defensa sosteniendo que no es parte, no puede avanzar en afirmaciones que desvirtúen la incomunicación que manifiesta con la relación jurídica. Por ejemplo, no podría reconvenir, pues de hacerlo incurriría en contradicción con sus propios dichos.

Este juego de vinculaciones y proximidades que obra en función del principio de las denominadas justas partes, tiene algunas confusiones evidentes en el tratamiento procesal de algunas legislaciones, de las cuales nuestros sistemas adjetivos latinoamericanos, no nos hemos desprendido totalmente, aunque estemos en vías de lograrlo.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española sostiene esta defensa nominandola como falta de personalidad (dice el art. 533.4 <<por no tener...(la) representación con que se le demanda>>. Pero esto es un grave error.

En primer lugar, porqu, como dice Montero, el artículo 237 de la ley española de 1855 no hacía referencia a esta excepción de falta de personalidad respecto del demandado, por lo que, cuando surgía una demanda contra alguien por su car cter de director o representante legal de una sociedad, ,ste se veía obligado a contestar la demanda y a seguir el pleito por todos sus tr mites ( ).

Agrega el profesor de Valencia que "el error tiene su origen en que ni la LEC ni la doctrina que la precedió tenían claro qui,n era la verdadera parte en el proceso. Si el representado o si el representante, y aún cabe afirmar que la doctrina entendía por litigante la persona que estaba presente en el juicio, independientemente de que actuara por sí o por otro. Desde esta confusión se explica que el art. 503.2 llame litigante al representante, o que el art. 533.2 considere actor tambi,n al representante, y lo mismo puede decirse del art. 533.4 con relación al demandado y al representante" ( ).

Estas falencias que confunden se exponen asiduamente en los supuestos que vemos a continuación.

## 29.2 La sustitución procesal y el derecho de excepción.

Sin perjuicio de remitir a lo expresado al desarrollar el caso reglamentado por el art. 44 del Código procesal, es f cil advertir que quien suple a la parte, sea por adquisición de derechos

litigiosos o por sustituir al legitimado por algunas de las formas posibles (V.gr.: sucesión; subrogación; etc.) no puede modificar los derechos que tenía la persona a quien viene a sustituir.

Por ejemplo, si la demanda por vicios redhibitorios se dirige contra los cedentes de un boleto de compraventa, quienes no alegaron la falta de legitimación, la circunstancia de citar al vendedor en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial produce una suerte de saneamiento del proceso, incorporándose así al único legitimado pasivo frente a la acción incoada y por tanto se forma un litisconsorcio necesario por ser los únicos posibles responsables del hecho ( )

Es un caso particular de legitimación pasiva no directa sino adquirida. Esto es, que se tiene personalidad procesal derivada de una situación de hecho que le precede y a quien sustituye por una cuestión jurídica. El límite lo tiene y encuentra en las defensas que tenía la parte anterior.

En síntesis, este concepto de sucesión procesal se construye aplicando el concepto jurídico de transmisión de derechos y posibilidades. Por ello, una persona ajena en principio al proceso deviene parte procesal en sustitución de la primitiva y como tal continúa el proceso ya iniciado.

"Por virtud de la propia sucesión le alcanza la eficacia de los actos y diligencias realizados por su causante, debiendo asumir el proceso en el estado en que se encuentre y pudiendo aprovechar, a partir de dicho momento, las oportunidades procesales no transcurridas" ( ).

Queda en claro, entonces, que el sustituto no puede tener en cuanto a la legitimación pasiva, una posición diferente a la que tuvo el anterior. Aunque pueda, en cambio, alegar defensas personales frente al actor (V.gr.: oponer la compensación de créditos que mantenga con el actor) ( )

Ahora bien, situados en la perspectiva de quien no ha dado lugar al traspaso de los derechos, o directamente, al cambio del sujeto pasivo, "¿quién puede hacer?"

No hay dudas que puede hacer valer frente al sucesor todas las excepciones ya propuestas en el momento de ocurrir la sucesión. Ello es consecuencia inevitable de las reglas adjetivas y materiales que rigen la transmisión, ya que el sucesor debe aceptar el planteamiento del debate en el estado en que se encuentre, sin que el proceso pueda retroceder en su curso ( ).

"Con motivo de la transmisión de los derechos sobre la cosa surge la duda de si la parte que no ha dado lugar a la sucesión podrá alegar la excepción de falta de legitimación respecto del transmitente o respecto del sucesor. Si no hubiera una total divergencia entre el sentido en que se usa tal expresión en el lenguaje forense y el lenguaje técnico, estaría de más un comentario sobre tal cuestión".

"La excepción de falta de legitimación alegada frente al sucesor en el proceso no puede prosperar, ya que el sucesor, precisamente por su cualidad de titular de la afirmación litigiosa, adquiere la legitimación, una vez que su admisión es sancionada por el juez mediante su aprobación. Ello independientemente de que la demanda sea rechazada, lo cual arguye la falta de derecho (<<legitatio ad causa, tradicional>>), pero no la falta de legitimación procesal. Basta la afirmación que de su derecho hace el sucesor para legitimarle, sin que a ello sea obstáculo el que sea una legitimación sucesiva y no inicial. Por lo que respecto de esta hipótesis no pueden quedar dudas, siendo de relevar, a mayor abundancia, que precisamente se establece la sucesión del adquirente de los derechos sobre la cosa litigiosa porque se le reconoce la legitimación ligada a tales derechos, si bien se sanciona su admisión por la decisión de la autoridad judicial".

"Aun en la hipótesis de sucesión extraordinaria, esto es, cuando el proceso continúa entre las partes originarias, no puede hacerse valer la excepción de falta de legitimación frente al transmitente, ya que en virtud del principio <<perpetuatio legitimationis>>, efecto de la litispendencia, continuar con su legitimación inicial, procesal claro est . Aun utilizando la terminología forense no puede excepcionarse por falta de legitimación material frente al transmitente, ya que estando bien trabada la litis desde el inicio del proceso, la sentencia debe fallar de acuerdo con tal <<status>> y no con el de las modificaciones producidas, salvo que el sucesor haga uso de su facultad de asumir el proceso en lugar de su causante". ( ).

### 29.3 Los terceros "no afectados" por la sentencia

Otra derivación del problema que planteamos sucede con el tercero que citado al proceso adquiere una legitimación para actuar distinta a la de las partes, al punto de diferenciarse de ellas en que no ser alcanzado por una eventual sentencia condenatoria, aun siendo responsable y obligado.

El art. 94 del Código Procesal dice que el actor en el escrito de demanda, y el demandado dentro del plazo para oponer excepciones previas o para contestar la demanda, según la naturaleza del proceso, podrán solicitar la citación de aquel a cuyo respecto consideren que la controversia es común.

Con esta disposición se pretende obligar a las partes a convocar a todos aquellos que fuesen eventualmente alcanzados por la sentencia, sea por conexidad o por los efectos que aquella produce.

También, es una forma de acentuar el principio de concentración y celeridad procesal procurando que estén en el proceso todos los que tengan eventuales derechos recíprocos que, en el supuesto, estarían dados por acciones regresivas contra los terceros.

El art. 96 del mismo ordenamiento, por su parte, dice que "En todos los supuestos, la sentencia dictada después de la intervención del tercero, o de su citación, en su caso, lo afectará como a los litigantes principales".

Ahora bien, el problema sucede cuando la intervención del tercero obedece a formas distintas de citación. Diversas son las consecuencias si está emplazado como directamente obligado y se le hace extensiva la demanda; respecto a cuando solamente se realiza una denuncia del interés, sin extenderle la pretensión.

De igual modo, y en orden al tema que tratamos en estos parágrafos, si la citación del tercero proviene del demandado, es lógico que éste no pueda extender su responsabilidad en el hipotético cumplimiento de una sentencia cuando el actor no lo ha solicitado. Por tanto, es criterio aceptado generalmente que "no es factible dictar condena contra el tercero obligado que fuera citado al proceso a propuesta del demandado y que constituye con éste un litisconsorcio pasivo facultativo" ( )

La lectura que se realiza de las normas citadas explica que siendo el demandante quien limita en sus escritos de postulación las pretensiones que quiere y los obligados que encuentra, es esta la congruencia que la sentencia debe respetar, no pudiendo el juez condenar a quien no se ha demandado.

Además, como el art. 96 mencionado se refiere a la oponibilidad de la sentencia con relación al tercero citado, pero no a su ejecutoriedad, ella no puede otorgar una legitimación procesal pasiva a quien no fue sujeto pasivo del proceso.

El Dr. Cifuentes en el plenario Balebona reconoció lo siguiente: " Desde el punto de vista del tercero traído al proceso por el demandado o por el sujeto a quien se demanda el cumplimiento del derecho subjetivo, es necesario asegurar todas las medidas que pueda ejercer dicha defensa. De modo que si el actor no lo ha elegido como parte demandada con las garantías de tal, sólo podría considerarse si se le dió la entera posibilidad de alegación y prueba desde un principio, con calidad de verdadera parte y no sólo como citado por el demandado. De ahí que el actor tendrá la posibilidad de enderezar la acción contra él una vez transcurrida la etapa inicial, si se le ofreció al tercero la exacta posibilidad de actuar en la totalidad del proceso en condición de parte y no sólo en calidad de tercero".

De acuerdo con ello en los casos en que el accionado pide la citación de un tercero que se encuentra legitimado para ser demandado, debe permitirse al demandante la posibilidad de ampliar su demanda, incluyendo el pedido de condena contra el tercero citado, lo cual si bien importa una modificación intempestiva de los términos de la litis, permite una solución más benéfica para los interesados, en tanto asegura un tratamiento igualitario entre el actor y el tercero respecto a sus posibilidades rituales y se logra una simplificación procesal que reporta un evidente provecho para la economía de la litis.

Claro está que si el actor no provoca expresamente la prolongación de la demanda, y el tercero queda en el proceso por la llamada del otro contradictor, no cabe plantearse realmente en qué medida adquiere legitimación como supuesto de proyección absoluta de los efectos de una sentencia ( ).

#### 29.4 La excepción como medio de integración de la litis

También la excepción de falta de legitimación pasiva procede cuando mediando alguna hipótesis de litisconsorcio necesario, la pretensión no está deducida por todos o frente a todos los sujetos procesalmente legitimados.

En realidad, antes que un supuesto de ausencia de interés para obrar, estamos observando un caso de relación jurídica procesal insuficiente por indebida integración de las partes (V.gr.: cuando se demanda a sólo un comunero en una comunidad indivisa, como sería el caso del condómino en el condominio), que tiene vía de reparación en lo dispuesto por el art. 89 del Código Procesal.

Bien apunta De los Santos que, si bien la excepción de falta de legitimación -en los regímenes que la autorizan- puede ser una vía útil para provocar la integración de la litis, debe distinguirse de la falta de legitimación para obrar. En efecto, en muchos casos para que la sentencia pueda ser eficaz, el proceso debe sustanciarse con intervención de todas aquellas personas que han intervenido en el negocio jurídico (V.gr.: en la nulidad de los actos jurídicos por vicios de simulación o fraude es preciso que se demande a todas las personas que intervinieron en el acto viciado: arts. 955, 961 y ss. del Código Civil). Para tales supuestos los regímenes procesales prevén que el juez oficiosamente o a pedido de parte ordene la integración de la litis antes de la apertura del juicio a prueba, y tal procedimiento, en general, es distinto del aplicable a las excepciones, debe suspenderse el proceso y puede concluir el juicio por perención si no se insta la integración.

Ahora bien -continúa De los Santos- "las vías procesales para integrar la litis son: a) de oficio, en tanto constituye un deber funcional del juez; b) la exceptio plurium litisconsortium que puede oponerse como excepción previa o como defensa de fondo. En el primer caso por vía de las excepciones de defecto legal o de falta de legitimación, y c) por vía incidental. Pero, pese a la utilidad de la excepción en tratamiento como vía para intentar la integración de la litis al no encontrarse legislada la exceptio plurium litisconsortium, no cabe duda de que se trata de institutos diferentes, toda vez que en la integración de la litis no se discute la pertenencia del derecho o legitimación, de carácter individual, sino la coparticipación de los sujetos procesales en forma litisconsorcial ( ).

## CAPITULO VIII

### LEGITIMACION Y COSA JUZGADA

#### 30. Los límites subjetivos de la cosa juzgadaáááááááááá

El principio aplicado por el derecho romano decía que *res inter alios iudicata tertio non nocet*, limitando la cosa juzgada sólo a las partes intervinientes en el proceso.

Ello supone que el fallo rige sus efectos estrictamente hacia la partes o sujetos de la relación procesal; es decir que la eficacia de la sentencia vale inter partes, sin afectar ni interferir el derecho de terceros.

La condición de parte procesal establece la posición que se ocupa en la relación jurídica trabada con motivo de una controversia. Por tanto, actor, demandado y terceros incorporados a la litis en calidad de "partes", quedan sometidos a la fuerza expansiva del fallo.

Se trata de un vínculo jurídico y no de identidades físicas, a cuyo fin para su debida distinción deben reconocerse los principios de "parte", "legitimación" y "representación en juicio".

A veces, esa eficacia se extiende a personas ajenas al proceso (V.gr: el art. 3371 del Código Civil establece la posibilidad de que personas físicas beneficiarias de una herencia, puedan invocar los efectos de la cosa juzgada que obtuvo el causante en un proceso anterior), pero esa situación es verdaderamente excepcional (así lo entiende el código procesal, por ejemplo, en la sucesión en el carácter de parte -art. 44- que, admitiendo su incorporación al proceso, lo hace a título de tercero adherente simple).

El Código Civil, por su parte, resuelve en otras disposiciones, supuestos donde existe un nexo jurídico entre terceros y cosa juzgada, procurando que ella opere solamente si existe un nuevo pronunciamiento que lo declare aplicable.

El art. 715, apartado segundo indica que "la cosa juzgada recaída en juicio, es invocable por los coacreedores, pero no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio. Los codeudores pueden invocar la cosa juzgada contra el acreedor que fue parte en el juicio". También el art. 2877 establece que: "La sentencia que el usufructuario hubiese obtenido, tanto en el juicio petitorio como en el posesorio, aprovecha al nudo propietario para la conservación de los derechos sobre los cuales debe velar; m s las sentencias dadas contra el usufructuario no pueden ser opuestas al nudo propietario".

El mismo carácter extraordinario o excepcional tiene la cosa juzgada en las cuestiones vinculadas con el estado de familia.

En estas no existen límites subjetivos, otorgándose a la sentencia una eficacia erga omnes, aún cuando interesa acotar esta extensión a los supuestos de efectiva presencia de todos los interesados en el debate procesal, con el fin de no desnaturalizar la defensa de los derechos que eventualmente tuviera un tercero y que le hace posible la reedición como un beneficio de la garantía del debido proceso.

La extensión, aparentemente indebida, de la res judicata sobre los terceros obligó a la doctrina a multiplicar sus esfuerzos por demostrar la racionalidad de las excepciones.

Chiovenda lo encontró en el denominado perjuicio jurídico que provocaría la sentencia a un tercero extraño al pleito (V.gr: reivindicación de un fundo adquirido por otro a través de un proceso; heredero declarado por vía de un proceso de filiación, etc.) ( ).

Carnelutti distinguió entre eficacia directa y eficacia refleja del fallo, siguiendo el estudio iniciado antes por Ihering ( ), tomando como base las relaciones jurídicas que fuesen conexas o dependientes del objeto pronunciado en el fallo, y que por el resultado alcanzado, repercutieran sus efectos en ellos.

Las ideas se suceden, pero expresado en forma distinta, existe una línea que debe seguirse para obtener una respuesta totalizadora: Todos deben acatar y respetar la eficacia de una sentencia, pero nadie que no haya sido parte, puede perjudicarse con ella sino tuvo el legítimo derecho de contradecir en el proceso ( ).

### 31. Sentencia y cosa juzgada

La participación de personas en un proceso cualquiera define la calidad de ellas sobre la base de incluirlas en categorías determinadas. De esta forma, existen partes principales (V.gr.: actor y demandado); representantes convencionales y/o legales (V.gr.: abogados, tutores y curadores, respectivamente); terceros partícipes con intereses diversos (V.gr.: adherente simple, coadyuvante, litisconsorte, etc.); terceros convocados (V.gr.: testigos, peritos, y demás auxiliares de la justicia); representantes del interés del Estado, lato sensu, como el Ministerio Público, o el Defensor del Pueblo; entre otras formas posibles de reconocer individualidades actuantes en un proceso jurisdiccional.

Cada una de ellas se vincula con el tema debatido en la litis de maneras distintas; por eso, también es diferente la proyección que sobre ellas tiene la eficacia o extensión de la cosa juzgada.

Sin embargo, la sentencia por sí misma, es única y los comprende e involucra a todos (por ejemplo, una sentencia constitutiva de un nuevo estado civil reconoce para todos esa declaración); de manera que la diversidad entre sentencia y cosa juzgada debe encontrarse en otros aspectos.

Si consideramos que el debate judicial se resuelve en base a la aplicación de normas jurídicas, podríamos deducir que la sentencia resuelve la función normativa de la cosa juzgada para las partes que confrontaron la vigencia y aplicabilidad de ellas. De este modo, la cosa juzgada sería la consecuencia inevitable que tiene para los litigantes la discusión plena sobre circunstancias de hecho y de derecho.

La función normativa consiste en una declaración de certeza para quienes fueron partes, aunque alcance a terceros, que por tanto, podrá cuestionar esa vinculación cuando los afecte de alguna manera.

Sostiene Imaz que la eficacia de la sentencia más allá de quienes alegaron y se constituyeron en partes, es un problema axiológico porque lo que en definitiva está en debate es si la razón de justicia que induce a conceder a cada interesado la oportunidad individual de defensa debe ceder a las razones de orden y seguridad que aconsejan una única normación para un hecho único. Por ello -agrega-, que en el coexistir se abre la posibilidad de participación de circunstancias, que pueden ser comunes en lo que tienen de intersubjetivas o sea de objetivas, las que pueden ser susceptibles de expresión lógica y por ende de normación jurídica por un órgano normador de la colectividad (

Se daría un caso de participación en casos como la filiación, la declaración de insania, divorcio, nulidad matrimonial, muerte, y en general, en todas las cuestiones de estado ( ).

Cuando el carácter de la declaración involucra a terceros ajenos al debate, no existe básicamente problema alguno, precisamente, porque, la aplicación de las normas no genera crisis alguna. Hay una valoración implícita que razona en la armonía social y en la seguridad jurídica.

Ahora bien, si la sentencia proyecta el decisorio a otros que no participaron en el proceso, causando un perjuicio directo o reflejo, el problema está en la cosa juzgada y no en la validez de la sentencia.

Se encuentra así que el auténtico problema a discernir para estos afectados por la res judicata es la legitimación que obtienen para ir contra esa interferencia en el ámbito de sus cuestiones personales.

### 32. Extensión de la sentencia

En la cosa juzgada sucede uno de aquellos fenómenos de utilización del lenguaje con sentidos que se tienen por claros y genéricamente aceptados, pero que al cotejarlos con la realidad donde se inscriben muestran su imprecisión y desajuste con el medio que lo recibe.

La res judicata es una cualidad de la sentencia, es cierto. Opera como salvaguarda de principios naturales del proceso civil como son la celeridad en los tiempos del procedimiento y la seguridad jurídica. Pero, al mismo tiempo, tiene una función negativa al impedir que entre las mismas partes discutan nuevamente sobre el mismo objeto que ya fue juzgado.

De esta forma se crea la denominada cosa juzgada material que constituye una vinculación directa a partes y tribunales futuros. Res judicata inter partes es la fórmula de ajuste y sometimiento, en la medida que trata de proteger el principio de audiencia (para quienes sin haber estado en el proceso, la sentencia puede alcanzarlos en sus efectos).

Sin embargo, la extensión de la cosa juzgada admite excepcionalmente la aplicación del principio res judicata pro veritate habetur a quienes no han litigado (por ejemplo cuando se trata de causahabientes, o quienes están vinculados por la solidaridad o indivisibilidad de las prestaciones).

La dificultad para interpretar estos criterios reiterados y consolidados por el uso jurídico estriba en que se tiene a la sentencia como creadora de un derecho material (lex specialis)

explicado como producto (cualidad) de la resolución definitiva. Es decir, las partes tienen "su sentencia" y esclarecidos "sus derechos" a partir del nuevo status logrado con la decisión.

Pero hoy día no cabe sostener que la cosa juzgada tiene carácter sustancial. Bien explica Cortés Domínguez que "cuando se mantiene que la vinculación del órgano judicial a la sentencia anterior proviene de que la relación jurídica que une a las partes es la declarada en la sentencia (por tanto, que es la declaración judicial la que hace nacer el derecho) se llega al absurdo de mantener una duplicidad de derechos: el que se crea en la sentencia entre las partes y el que puede ser discutido a esas partes por otros sujetos distintos. La vinculación a lo decidido no le viene impuesta al juez por la configuración de la relación jurídica en la sentencia; por el contrario, su origen y naturaleza es absolutamente público y vienen dadas, con independencia de la declaración de la relación jurídica concreta juzgada, por la necesidad de conseguir la certeza y la seguridad jurídicas" ( ).

En nuestro país el Código Civil no ha definido la tipificación de la cosa juzgada aunque refiere a ella en varias disposiciones (V.gr.: arts. 151, 152, 850, 1102, 1103, 2877, 3994, 3199, 3996, entre muchos más).

En la nota a los arts. 1102 y 1103 el codificador establece que la existencia de la cosa juzgada debe fundarse en la concurrencia de los requisitos de la fórmula clásica: {eadem res, eadem personae, eadem causa petendi}; pero agrega que ella no es aplicable en las cuestiones que resultan de la comparación del derecho civil con el derecho criminal ( ).

Respecto a la personalidad el principio se afirma en el art. 18 de la Constitución Nacional que declara inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, de modo tal que la falta de audiencia o de oportunidad para comparecer, impiden la formación de la cosa juzgada respecto a quien no pudo alegar o defenderse.

Esta pauta conductiva determina las calidades de los sujetos alcanzados por la cosa juzgada. Quienes hayan sido partes, sin interesar la calidad o condición como llegan al proceso, están alcanzados por la sentencia. Mientras que los terceros no aprovechan ni se perjudican con ese resultado.

Por tanto, la importancia radica en conocer la calidad de las intervenciones, pues la cosa juzgada afecta a las partes sea cual fuere la posición que tuvo en el litigio.

La identidad subjetiva que Vélez menciona ocupa los casos de sucesión hereditaria; también la transmisión gratuita u onerosa de derechos litigiosos; la sucesión de partes; la subrogación, etc. Pero como cada supuesto puede diferir en la dimensión del derecho cedido, podrían darse supuestos de derechos más restringidos que afecten la calidad defensiva posible, en cuyo caso, la distancia entre la posición inicial y la accedida, indican una asimetría en el derecho de defensa en juicio.

Precisamente, por la dificultad que tiene extender la cosa juzgada a terceros, e incluso a quienes han sido parte pero en situación diversa a la que ostentó el primer sujeto, obliga a revelar algunos de estos casos tan peculiares.

### 33. La excepción de cosa juzgada. Partes y terceros

La calidad de parte sólo se obtiene en el proceso (á ), por ello la cosa juzgada alcanza y comprende únicamente a quienes han logrado esa situación procesal.

La legitimación obedece a una consecuencia de esta calidad, en la medida que es la relación sujeto-objeto necesaria para que la sentencia tenga proyección a los legítimos contradictores.

No obstante, hemos señalado como un conflicto cualquiera, planteado en hipótesis, puede encontrar más de un involucrado sin que todos ellos estén en el proceso, aun cuando el interés dominante los ocupe y la sentencia pudiera alcanzarlos en sus consecuencias.

En tal sentido, a los fines de comprender por qué, la cosa juzgada limita sus efectos a quienes acreditan el status jurídico de parte ha de establecerse claramente quienes son los que tienen posibilidades de debatir sobre el interés específico.

Es decir, el sujeto activo es parte, porque promueve la acción y la concreta en su escrito de demanda. Surge inconfundible en la pretensión el derecho e interés alegado y la calidad que invoca, sea un interés propio y directo, o uno que se ejerce por representación o mandato.

Por consiguiente, como dijimos supra no es posible capturar en la condición de sujeto alcanzado por los efectos de la cosa juzgada a quienes ejercen una representación necesaria o voluntaria, pues no les pertenece el interés para obrar. En cambio, con su actuación extienden las consecuencias de su obrar a la parte legítima que han representado.

Otras veces, las excepciones al principio general de los límites subjetivos de la cosa juzgada provienen de la sucesión de derechos o de la conexión jurídica existente entre partes y terceros.

Distinta es la situación del sujeto pasivo pues la asunción del carácter de parte demandada depende de la pretensión y, fundamentalmente, de advertir en qué medida los derechos alegados los afecta e interesa.

También los terceros convocados al proceso se convierten en parte, toda vez que la sentencia puede alcanzarlos como a los litigantes principales. De este modo, la extensión de la cosa juzgada no encuentra diferencias.

Sin embargo existen sutilezas de orden técnico que señalan particularidades en la forma como la res judicata los involucra.

En efecto, si la intervención del tercero es provocada por la petición del demandado, y el actor no amplía la demanda a su respecto, la actuación del mismo en calidad de parte, con las facultades, cargas y deberes que ello significa (esto es, igual a la de quienes son partes legítimas), la cosa juzgada lo atrapa, pero no es posible ejecutar contra él la sentencia ( ).

Este supuesto muestra como existen casos de legitimación procesal que admiten intervenciones plenas sin que la eficacia de la sentencia los obligue inmediatamente ( ).

La excepción de cosa juzgada en cada circunstancia que actúa tiende a indicar que el debate no puede reiterarse porque ellos cuentan ya con una decisión judicial firme y consentida.

Advertir su procedencia depende del estudio de las situaciones de legitimación. A veces, ella compete exclusivamente a los titulares de la relación jurídica, excluyendo a cualquier otro. En estos casos, la sentencia tiene eficacia erga omnes, como son los pronunciamientos que declaran el divorcio, o el carácter de una filiación.

Si se trata de una pretensión para obtener un emplazamiento en el estado de familia, debe distinguirse la acción promovida por reconocimiento de la filiación extramatrimonial (cfr. arts. 254 y 263 del Cód. Civil). Con relación a la primera, la sentencia afecta a todos, si es promovida por el

hijo contra ambos padres. Pero no tiene ese alcance si se deduce por los herederos del hijo o por ,ste contra los sucesores universales de su padre.

De Los Santos sostiene que, conforme las leyes de fondo, la sentencia dictada en los procesos por reconocimiento de filiación extramatrimonial sólo alcanza a las partes intervinientes, aunque los terceros pueden impugnarla ( ).

En nuestro parecer, ampliando el criterio a todas las cuestiones relativas al estado civil de una o varias personas, si hay extensión a terceros de la cosa juzgada simplemente es porque el litisconsorcio necesario puede soslayarse, acudiendo el Ministerio Público a fortalecer el remanido inter,s general en este tipo de conflictos.

Belluscio distingue entre efectos de la cosa juzgada y oponibilidad del título que la sentencia constituye o modifica. La primera vale para todos (erga omnes) como título, y por ser tal, puede impugnarse por quienes no tuvieron oportunidad de alegación y r,plica. En cambio, el segundo aspecto no se vincula con la res judicata, porque aun siendo erga omnes, no dejó posibilidad a terceros para plantear sus pretensiones ( ).

Otro caso de proyecciones de la sentencia a terceros ausentes se menciona en los derechos difusos, en los cuales los conceptos tradicionales deben superarse permitiendo aplicar los efectos logrados según la eficacia alcanzada en la tutela perseguida.

La legitimación abierta que tolera este tipo de procesos, sea como acciones populares, de clase, o mediante el denominado amparo colectivo, indican que la aproximación a la calidad de parte se encuentra en el litisconsorcio, donde cada uno de los sujetos tiene una porción del inter,s que unifica (d homogeneidad) y aplica a todos los resultados del proceso.

No obstante, la sentencia disvaliosa para la tutela buscada permite replantear el caso, siguiendo para ello el principio pro actione, que relativiza el concepto material asignado a la cosa juzgada como creadora de derecho.

#### 34. La sustitución procesal \*

En los casos de sustitución procesal la cosa juzgada comprende tanto al sustituto como al sustituido porque se trata de un típico supuesto de reemplazo de un derecho ajeno por uno propio que por ello admite configurarse en una misma parte.

La persona que acude al proceso en sustitución de otra se convierte en parte, aun contra la voluntad de quien se encuentra litigando contra el sustituido.

El art. 1196 del Cód. Civil explica esta singularidad, señalando que hay sustitución porqu, si bien el acreedor ejercita el derecho de su deudor, en realidad lo hace en inter,s propio, al obtener un resultado que sólo a ,l beneficia. Lo mismo en el caso de la citación de evicción (art. 2098, Cód. Civil) en que el antecesor del derecho, citado a juicio, cuando asume la intervención principal y no solo adhesiva lo hace defendiendo el derecho del garantido pero en su propio inter,s ya que la ley pone a su cargo la responsabilidad de cualquier quebranto o turbación que sufra su sucesor en el derecho transmitido ( ).

Finalmente, hemos de señalar que en todos los dem s supuestos de intervención de terceros en cualquiera de las modalidades conocidas, existe un inter,s coincidente que asimila las condiciones de sujetos activo y pasivo de la litis según los casos. La participación en el proceso, y

las posibilidades de defensa y alegación que encuentren los acreedores como parte y es en esa calidad que la cosa juzgada puede serles opuesta, ya que justamente su intervención ha sido prevista por la ley o la doctrina que la admite, a fin de que la sentencia que se dicte sea también a su respecto obligatoria e inmutable, con los alcances reconocidos a la res judicata.

### 35. La solidaridad de las obligaciones.

La integración de la litis se soluciona por el litisconsorcio necesario (generalmente pasivo). El problema acontece cuando la litis se integra con solamente algunos o sólo uno de los acreedores o deudores solidarios, en la medida que la cosa juzgada que se obtenga podrá alcanzar a los demás.

La doctrina fluctúa en la apreciación de esta extensión de la cosa juzgada. Lo mismo sucede con la jurisprudencia.

En España se sostiene que "si se desea una sentencia de condena que pueda utilizarse como título ejecutivo (por el total de la deuda) contra cualquiera de los deudores solidarios, habrá que demandar a todos ellos. No hay, en tal caso, destrucción de la esencia de la obligación solidaria, porque, el acreedor es muy dueño de demandar, por todo el importe de la deuda, a un solo deudor solidario. Lo que sucede es que como el acreedor no es dueño, en cambio, de burlar la efectividad del principio jurídico-natural de audiencia, si elige libremente, para demandarle, a un sólo deudor solidario, la eventual sentencia de condena sólo podrá servir de título ejecutivo contra ese deudor y no contra quienes no hubiesen litigado" ( ).

La idea se afirma en otros autores que, interpretando el art. 1142 del Código Civil español, similar al art. 706 del Código sustantivo local ( ) sostienen que la cosa juzgada lograda por quien primero demanda no puede llevarse al extremo de impedir las actuaciones de los demás acreedores. A lo sumo, podrá permitirse que el deudor común, que ya ha sido judicialmente demandado por uno de los acreedores solidarios, estar legitimado para oponer la excepción de litispendencia frente a las reclamaciones de los demás acreedores, mientras continúe pendiente el primer proceso. Una vez terminado el proceso por sentencia firme, la función negativa de la res judicata deja de tener sentido ( ).

Si fuera admitido que el deudor común excepcionara por cosa juzgada frente a las pretensiones de los demás acreedores, se negaría a éstos el derecho a tener su proceso, vulnerando en consecuencia el derecho de defensa.

Si la sentencia que dió término al primer pleito fuera condenatoria, sería manifiesta la conducta diligente del acreedor; mientras que lo opuesto incidiría en sus resultados con las posibilidades de los demás acreedores solidarios.

En primer lugar porque, ellos no pueden utilizar dicha sentencia como título ejecutivo frente al deudor común, pues para eso sólo está legitimado el primer acreedor que litigó efectivamente. En segundo término, porque la vía de regreso no nace con la sentencia, sino que germina desde que se haya cumplido con el pago, voluntario o forzoso. Sólo cuando el primer acreedor haya percibido su crédito, tendrá la obligación de reintegrar a los demás conforme las pautas del negocio conjunto. Pero mientras eso no ocurra, sea por la insolvencia del deudor, o porque, está, en acuerdo fraudulento, están cerradas todas las vías al acreedor solidario no litigante, puesto que tampoco puede iniciar un nuevo proceso de declaración frente al deudor común, en cuanto que éste le opone la excepción de cosa juzgada ( ).

Se aclara así que no es por el principio de audiencia que se excluye la aplicación de la función negativa de la cosa juzgada en la solidaridad pasiva. Dicha función perjudica únicamente al acreedor, quien no podrá replantear el proceso frente a los otros deudores solidarios.

"Ello puede ser verdaderamente injusto -agrega Carreras-, puesto que el primer deudor pudo verse absuelto por un motivo suyo personal, el cual no tiene porque favorecer -al menos, en la totalidad- al resto de sus codeudores...De ahí que la razón fundamental por la que los deudores solidarios no litigantes no están legitimados para oponer al acreedor común la excepción de cosa juzgada se encuentra en el *ius variandi* del acreedor, que recoge de modo expreso el art. 1144 del C. Civil, "Las reclamaciones entabladas, contra uno no ser un obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo" ( )

Esta dualidad o conflicto que se suscita entre los conceptos de debida integración de la litis, litisconsorcio y solidaridad de las obligaciones pone en evidencia el problema de la extensión de la cosa juzgada a quienes no están en el proceso. Son múltiples las cuestiones que se agregan en este eje temático ( ), de modo que sería imprudente apurar conclusiones allí donde la diversidad de opiniones es manifiesta.

No obstante, restaría observar un aspecto más de la legislación nacional.

El art. 699 del Cód. Civil define un tipo genérico de obligaciones que denomina mancomunadas, permitiendo que el acreedor o los acreedores las reclame o reclamen a cualquiera de los deudores. En esta categoría aparece otro tipo de obligaciones, como son las llamadas *in solidum* que, si bien no tienen vigencia en nuestro derecho positivo se las acepta como una derivación de las obligaciones solidarias.

Para ambos tipos de acciones la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recreado un campo propicio para la interpretación de su funcionalidad.

En efecto, tres fallos nos muestran el perfil que se quiere asignar a la legitimación en este tipo de cuestiones y problemas ( ).

El primero (Fallos 307:1507) marca un hito significativo. Se demanda a la provincia de Buenos Aires por los daños y perjuicios resultantes de la frustración del cobro de un crédito hipotecario, ante la existencia de una falsa escritura pública sobre el bien hecha por un escribano que tenía su matrícula cancelada desde hacía más de siete años. Por lo tanto, el instrumento público era inexistente.

Al contestar la demanda se requiere la citación como tercero del escribano interviniente en la operación de mutuo.

La Corte resolvió condenar a la provincia por las omisiones en que incurrió el registro inmobiliario, estimando su responsabilidad en la órbita del derecho administrativo; pero también consideró la responsabilidad civil del notario, basándose en el desempeño de su función.

Sostuvo, entonces, que median obligaciones concurrentes -también denominadas *in solidum*- las que se caracterizan por la existencia de un solo acreedor, un mismo objeto, pero distintas causas en relación a cada uno de los deudores. En tal situación, las otras responsabilidades concurrentes no excusan total ni parcialmente la de la demandada, sin perjuicio de las acciones que ulteriormente pueda ejercer ésta contra los demás responsables para obtener su contribución en la deuda solventada ( ).

El segundo fallo es consecuencia de la demanda de repetición que incoó la provincia de Buenos Aires contra el escribano por la suma equivalente al importe que ella se vió obligada a asumir.

En este caso, el Superior Tribunal sostiene que tampoco resulta argumento atendible la circunstancia alegada de que no existe deber de contribución entre los deudores concurrentes. Pues, si bien es cierto que, en puro rigor técnico, en las obligaciones concurrentes no juega el principio de contribución, propio, en cambio, de las solidarias, de ello no se sigue sino que la pretensión de la provincia no deba ser admitida. Por el contrario, el obligado concurrente que ha satisfecho el objeto común de la deuda no puede verse privado del derecho de probar, en hipótesis como la del caso, cuál ha sido la real causalidad de la conducta de cada uno de ellos en la producción del daño. En este punto, entonces, no cabe sentar una regla general o principio absoluto ya que la procedencia del recurso del deudor que ha solventado toda la deuda dependerá de que, por las características del vínculo obligacional, no le corresponda soportar el peso definitivo de aquella.

Agrega el tribunal que en estos supuestos, las diferentes culpas de los obligados concurrentes bastan indistintamente para darle derecho al damnificado a la obtención del resarcimiento total del daño contra cualquiera de los responsables in solidum. Pero después de ser desinteresado aquí, queda en pie una eventual responsabilidad compartida que puede ser alegada por cualquiera de los deudores, a fin de que el monto de la indemnización sea cubierto, en definitiva, por todos los deudores concurrentes, en la medida, desde luego, en que cada cual contribuyó a causar el daño.

Así establecidas las responsabilidades, la demanda prosperó en un tercio del total de la condena ( ).

El último de los eslabones es reciente. Aquí la Corte admite la distribución de la culpabilidad por el daño causado, permitiendo al victorioso ejecutar la condena respecto a cualquiera de los demandados, por aplicación de razones de justicia y equidad. Pero también proyecta la división de legitimados para intentar la acción recursoria que determina, en suma, la distribución del daño entre ellos, diferenciando, en consecuencia, las obligaciones in solidum de las solidarias ( ).

## CAPITULO IX

### LEGITIMACION E INTERES

#### 36. Introducción

La doctrina tradicional desenvuelve la idea de legitimación para obrar ( ) asociando los conceptos de acción y contradicción. En otros términos, las normas que esquematizan los presupuestos de admisión al proceso asumen que el rol de actores y demandados sólo pueden acreditarlo quienes están jurídicamente habilitados por su relación con el derecho subjetivo.

Son condiciones que provienen del vínculo jurídico o del estado jurídico, que al decir de Rocco, constituye el criterio básico para determinar los sujetos legitimados para el ejercicio de una acción ( ).

Al mismo tiempo, encontrar quienes pueden ser los legítimos contradictores supone un problema adicional: para que el juez estime la demanda, no basta que considere que el derecho reclamado corresponde precisamente a uno de aquellos que lo hacen valer o contra quien se deduce, sino que, también, puedan ellos ostentar la calidad de parte activa y pasiva, que bajo el nombre de legitimación ad causam, permita dictar una sentencia útil (v lida).

Por eso Chiovenda sostuvo que la legitimación en la causa era condición de la sentencia favorable y de la acción ( ), ocasionando severas polémicas que hasta hoy perduran.

Carnelutti, sabedor de la crisis conceptual, prefirió decir que "la legitimación es una coincidencia entre el acto del actor y el sujeto de la situación jurídica activa o pasiva sobre la que el acto ha de producir su efecto. La diferencia entre capacidad y legitimación está en que la primera se refiere al poder ser y la segunda al ser, en realidad el actor sujeto de la relación jurídica...La legitimación procesal expresa, por tanto, la idoneidad de una persona para actuar en el proceso, debida a su posición y, más exactamente, a su interés o a su oficio..." ( ).

Cada una de estos aportes refieren a situaciones que enlazan el derecho subjetivo con la individualización estricta de la persona que lo invoca. Es el sistema clásico de personalizaciones que exigen los códigos instrumentales, aun los más actuales.

En cambio, en el derecho administrativo se observa un análisis similar pero distante respecto de las condiciones necesarias para "estar" en el proceso.

Se da por supuesto que al ser el Estado una de las partes necesarias en el conflicto, la litis no puede versar únicamente sobre la composición justa de las diferencias. Al mismo tiempo, los jueces actúan el control de legalidad sobre los actos administrativos discutidos y atienden el ejercicio razonable de los actos de gobierno.

Aparecen así otros intereses, diversos de los individuales que se ocupan de la utilidad que le reportan a su titular ( ) y que nosotros hemos expuesto en una dimensión distinta de los que atiende la legitimación procesal ( ) al contemplarlos en la perspectiva de la pretensión incoada.

El orden público, el bienestar general, expresan esos otros intereses que no se personifican en las defensas de partes que litigan por un derecho propio. Ese nivel de atención, masivo y genérico, merece un espacio particular en defensa de la legalidad.

El caso del "interés público" muestra como se corta el nexo entre el sujeto y el objeto, y de qué manera logran capturarse en los presupuestos de admisibilidad del proceso.

### 37. El interés público.

Sostener que el interés público es aquello cuya titularidad le corresponde a la Administración es una verdadera tautología e incurre en un defecto de circularidad. Por otra parte, los nuevos derechos y garantías de la mayoría de las Constituciones, tanto como la progresividad en la interpretación de los derechos humanos, permite erradicar aquello concepto huido.

El interés público, en consecuencia, no necesita de representaciones precisas. Basta con invocarlo por toda persona que tutele una situación jurídicamente relevante o de interés suficiente para dar atención jurisdiccional, aunque ello no le basta para lograr legitimación (requiere que ese mismo interés público, sea legítimo).

El interés general de la administración pública se explica por la condición misma de instrumento estatal de acción para la realización efectiva del ordenamiento, pero en modo alguno significa reducir la dimensión de legitimados para la defensa del interés ( ).

Desde otro punto de vista podría afirmarse que dicho interés se refiere a bienes de relevancia general, que no son susceptibles de apropiación o goce exclusivos ( ).

Lo público es un concepto intrínsecamente omnicompreensivo, de forma tal que encapsular un interés singularizado tiene la misma dificultad. Que, decir cuando perseguimos ubicarle un titular específico.

Por supuesto no se trata de enfrentar este tipo de intereses con los privados pues aquellos se nutren de las actividades que las personas realizan. Es la propia arquitectura de un orden normativo y social.

Se trata, tan sólo, de abastecer un sistema de acceso a la justicia que no coloque a la legitimación como un sistema de preferencias para el debate.

Precisamente, frente al argumento de que la legitimación evita procesos inútiles que abruman y sobrecargan la tarea jurisdiccional se ha dicho que "nadie pleitea por el simple ocio de gastar su tiempo y dinero en abogados y procuradores. Quien recurre, con todos los inconvenientes que ello acarrea, es porque tiene un auténtico interés general. No es exacto que la barrera de la legitimación ahorre trabajo a los tribunales; antes al contrario, con la mitad de la agudeza que gastan los jueces en buscar argumentos para declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de un recurso, podrían muy bien, en gran parte de los casos, resolver el fondo del asunto..." ( ).

Sin embargo, la legitimación es una valla de contenido político en lo contencioso administrativo, pues limita las personas que pueden discutir con el Estado.

De todos modos es indudable que en la evolución del derecho administrativo se ha montado un sistema efectivo de control judicial de los actos de la administración pública que ampara derechos subjetivos y una categoría nueva, producto de su misma evolución, que se denomina interés legítimo.

Para Cassagne, la principal conquista ha sido ampliar el ámbito de la legitimación de estos intereses, que sin llegar a reunir las condiciones necesarias para ser ejercidos o invocados como derechos subjetivos, consiguen reunirse en una categoría con poder jurídico suficiente para el restablecimiento de la legalidad violada y de sus intereses personales y directos, sin sacrificar la base esencial del sistema, que sigue radicando en los derechos subjetivos ( ).

### 38. Las categorías jurídicas en el derecho administrativo.

Gordillo plantea una interesante diferencia entre el derecho subjetivo y las categorías creadas por el derecho administrativo para receptar otros intereses. Sostiene que "el orden jurídico establece un régimen jurídico diferenciado para los derechos subjetivos, los derechos reflejos y el interés simple, respectivamente...El derecho subjetivo se defiende o reclama con una acción o recurso de plena jurisdicción: en tales casos el individuo puede obtener una indemnización; el derecho reflejo ("interés legítimo") se defiende con un recurso de anulación: aquí el individuo sólo puede lograr que anulen el acto ilegítimo. Al recurso de plena jurisdicción sólo lo ejerce el lesionado; al recurso de anulación lo pueden interponer un número determinado de personas; a la acción popular la puede incoar cualquiera" ( ).

Introduce así al inter,s legítimo en el marco de derechos disponibles de la persona con posibilidades reales de intentar su defensa judicial. La característica es que no son exclusivos y excluyentes, como el derecho subjetivo; sino, antes bien, compartidos y concurrentes.

Al trazarse el camino se observan con claridad dos senderos paralelos en la idea: la existencia del derecho subjetivo y del inter,s legítimo para ser construcciones lógicas necesitan indispensablemente de una vía judicial que los ampare.

La entrada a esas herramientas garantistas se encuentra facilitada por la noción de acceso a la justicia sin restricciones (acción, como derecho cívico de peticionar a las autoridades), pero se traba en la implementación de la legitimación para obrar.

En efecto, cuando una persona cualquiera reclama frente al Estado, sin acreditar un derecho exclusivo, pueden encontrarse varias pretensiones atendibles: una, focalizada en la dimensión del inter,s actuado; otra, en la posibilidad que obtienen los jueces para activar el control de constitucionalidad y, específicamente, de legalidad y razonabilidad sobre los actos administrativos.

La protección expansiva que ofrece la justicia a quienes tengan un inter,s legítimo que presentar tiene remedios específicos en algunas constituciones y leyes provinciales (V.gr.: las que admiten el recurso de ilegitimidad o de anulación), mientras que los sistemas que no cuentan con ellos, o con una justicia contencioso administrativa, la revisión judicial de todo acto administrativo se mantiene como principio general.

El problema acontece porqu, mientras los primeros aceptan al inter,s legítimo como car cter admisible; los otros apoyan la exigencia de legitimación en la titularidad del derecho subjetivo.

La concurrencia de individuos se expande aún m s en los intereses simples, que atrapan a una generalidad tal de personas que resulta en extremo difícil precisar individualidades. Son los casos de conceptos como habitante, personas, ciudadanos, vecinos, etc. que suelen presentar algunos sistemas jurídicos para denominar los beneficiarios de una normativa creada ( ).

Ahora bien, cada uno de estos intereses responden a la idea de situaciones jurídicas subjetivas que, como tales, no condicionan la admisibilidad de la demanda y menos aun de la puesta en marcha del aparato judicial. En todo caso, se vinculan con la pretensión, y con la posibilidad de emitir el juez una sentencia entre aquellos que reúnan los presupuestos sustanciales y procesales (legitimatio ad causam y legitimatio ad processum).

Por eso, sostiene Gonzalez Perez que "en la doctrina procesal moderna, la legitimación tiene un significado concreto. Así como la capacidad -llamada legitimación ad processum- implica la aptitud gen,rica de ser parte en cualquier proceso, la legitimación, llamada tambi,n legitimación ad causam, implica la aptitud de ser parte en un proceso concreto. Tal aptitud viene determinada por la posición en que se encuentre respecto de la pretensión procesal. Sólo las personas que se encuentran en determinada relación con la pretensión, pueden ser parte en el proceso en que la misma se deduce. Por tanto, esta idoneidad específica se deriva de la relación jurídica debatida en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal m s íntimamente ligado con el derecho material, habi,ndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal" ( ).

### 39. Legitimación y procedimiento administrativo

En el procedimiento administrativo, es decir, en la etapa de formación de la voluntad estatal que para mejor comprensión hemos de indicarla como no contenciosa, existe una diferencia sutil con el litigio judicial y los problemas de legitimación.

Domina el principio de libertad para plantear cuestiones administrativas sin ponderar el carácter con que se peticiona. De esta forma, la legitimación se atiende por el órgano resolutorio y no por quienes actúan en las etapas que preceden a la emisión del acto ( ).

Inclusive, aun cuando la queja no fuese deducida por quien tenga derecho a hacerlo, la presentación recibe tratamiento como denuncia de ilegitimidad, caso en el cual se observa claramente la recepción del interés como situación jurídica atendible en todas las instancias.

No obstante, las cuestiones de legitimación en esta etapa son de suma importancia pues determinan la suerte de la vía judicial de revisión ( ).

El procedimiento administrativo tiene la particularidad que, las pocas normas dictadas para regular la relación Estado-ciudadano, no esclarecen el alcance que dispone la persona en la participación de las decisiones que lo involucran. La mayoría de actos y resoluciones son de carácter organizativo de la propia Administración ( ). Por ello el carácter general que tiene el control permite expandir los intereses a tutelar, de manera que el simple ciudadano cuenta con posibilidades concretas de denunciar, quejarse, solicitar vistas de actuaciones, es decir, de participar. Adquiere calidad de parte en el expediente iniciado, pero con una vinculación diferente a la que reconoce el proceso judicial.

En cambio, si no se conforma con estas tolerancias de la Administración, el cuadro de acciones o recursos posibles se limita al interés jurídicamente admisible que persiga proteger ( ).

Un modelo de este sistema lo tiene la Ley 7647 de procedimientos administrativos de la provincia de Buenos Aires ( ) que establece:

"Art.10: La actuación administrativa puede iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona o entidad pública o privada, que tenga derecho o interés legítimo. El que instare ante la Administración pública un procedimiento relacionado con obras o servicios públicos, o el que peticionare con el objeto de lograr una decisión de la Administración, comprendida en las facultades potestativas no será tenido por parte en el procedimiento; lo que se hará saber".

Puede observarse, en consecuencia, como el procedimiento administrativo nacional permite la actuación de personas interesadas en la formación de la voluntad administrativa; y al mismo tiempo, como se le recortan facultades para intervenir en el desarrollo, abortando in limine la concreción del gravamen o agravios que facilitan la habilitación de la instancia jurisdiccional.

No obstante es bueno convenir que la calidad de legitimados en este tipo de intervenciones no es tan exigente como resulta en el proceso común, en la medida que no puede convertirse en autocontradicción tolerar la participación del particular en el trámite administrativo para después negarles derecho a ser partes en el juicio ordinario; o bien, porqu, al coexistir derechos subjetivos e intereses legítimos no resulta sencillo establecer la vinculación específica que cada uno tiene para adquirir el carácter de parte.

En otras palabras, la situación subjetiva define los pasos posteriores. Si quien actúa lo hace en defensa de un derecho o interés directo, la suya es una calidad que lo acredita para sostener recursos e impugnaciones; mientras que si el interés estuviera motivado en las repercusiones del

acto o cuestión sobre la sociedad o el grupo, la prerrogativa de revisión aparece, prima facie, de difícil consagración ( ).

#### 40. La legitimación en el contencioso administrativo.

No se pueden ofrecer aquí explicaciones generales pues existen mecanismos diferenciados en la dinámica como se desenvuelve la justicia administrativa.

El desarrollo de un proceso contencioso nos sirve únicamente para demostrar la ambigüedad que sufre la legitimación para obrar en cada uno de los sistemas; también, es útil para señalar una situación poco común en los procesos ordinarios. Esta singularidad resulta del hecho de que el Estado es un adversario permanente pues son ocasionales e hipotéticos los conflictos interadministrativos que, por otra parte, pueden resolverse en la misma sede donde se producen ( ).

La condición de parte asume otra modalidad notable, como veremos al final, en razón de que no siempre quienes están en el proceso en defensa de un interés determinado tienen legitimación para obrar, pues dependen de la escala de acreditaciones que hemos visto a través de este estudio ( )

Por ejemplo, en un proceso pueden existir conflictos entre distintos intereses y el Estado, pero no todos los sujetos tienen la misma disponibilidad del derecho o interés (V.gr.: el cierre de una calle afecta a los vecinos del barrio en particular y a los que transitan por esa zona).

Aquella clasificación que expuso Gordillo para determinar los intereses protegidos y las vías procesales de cada uno (plena jurisdicción, anulación y acción popular) no es decisiva en este tramo. La legitimación procesal activa en el proceso contencioso administrativo tutela derechos subjetivos vulnerados a través de un proceso común (ordinario) que es asimilable al conocido como de plena jurisdicción.

Esta conclusión nos llevaría a insistir en el remanido problema de acreditar un derecho personal y un daño específico que merezca la instancia y el desarrollo de la justicia; pero relegaríamos el avance jurisprudencial logrado, por el cual, actualmente, se reciben otros intereses como el difuso o el legítimo.

##### 40.1 El interés legítimo en el proceso judicial

La cualidad especial que tiene este interés y que por ello le permite ingresar a las vías jurisdiccionales sin esforzar los presupuestos de admisión general, asienta en la concurrencia de personas que con un interés directo y personal pretenden encabezar una fuerza de oposición (naturaleza reaccional, la denomina García de Enterría << >>) contra un acto o decisión del Estado y/o sus órganos.

La concurrencia de afectados caracteriza el interés, circunstancia por la cual no puede afinar el criterio tradicional de acreditamiento de legitimación. De otro modo, sería preciso que se reconociera todo el círculo de involucrados en la causa, lo que puede resultar imposible.

Pero dejar la noción de interés legítimo en esta sola caracterización puede llevar a confundirlo con los intereses difusos y colectivos.

Existe un matiz diferencial que pone a quien tiene un interés legítimo en distancia con aquellos. El cuenta con una situación personal en la órbita de sus preferencias que lo distingue del administrado común. Si bien persigue la defensa de la legalidad, como todos; también quiere resolver una posición personal alterada por el acto que impugna. Se trata de un interés personal y directo, que no debe interpretarse con el rigor formal del derecho subjetivo.

Resulta interesante observar la evolución jurisprudencial operada en este tema, porque, el desarrollo permite advertir con precisión como la idea de fomentar la defensa de intereses legítimos va cobrando fuerza.

En el orden nacional existe un retraso manifiesto en la progresividad de la tesis. Por vía de principio se consideran sin derecho proposiciones de tal interés, por assimilarlas con las meras expectativas.

Bien apunta Cassagne que este error dimana de la circunstancia de considerar que la impugnación basada en el interés legítimo constituye un recurso objetivo y que no es por tanto un poder jurídico de naturaleza subjetiva que nace en virtud de una actuación administrativa estimada lesiva a los intereses del administrado ( ).

A diferencia de dicho temperamento, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, en la sentencia dictada el 4 de Julio de 1995 ( ) destaca el reconocimiento hecho a los intereses legítimos.

El fallo indica además los criterios modificados y el actual emplazamiento, los que por su interés pasamos a reproducir:

1. El señor Oscar Rusconi promueve demanda contencioso administrativa en la que solicita que el Tribunal declare nulas dos resoluciones y un decreto del Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de La Plata por las que se había autorizado a ampliar las instalaciones de una estación de servicio en un terreno lindero al de su propiedad. El pedido se fundamentaba en que las autorizaciones para esas obras y esa explotación infringían las normas municipales y personalmente le provocaba la obra una serie de daños y perjuicios intolerables.

2. La Municipalidad sostuvo la falta de legitimación del vecino, entendiendo que el art. 1º del Código en lo C.A. y las normas que con él concuerdan sólo confieren posibilidad de demandar por esa vía a quienes ocupan la posición de dueños del derecho administrativo preexistente. Se opone por otras razones al progreso de la demanda y sostiene la irrevisibilidad de la Corte.

3. En su pronunciamiento, el Superior Tribunal resolvió que, dadas las reformas operadas en la Constitución de la provincia, el criterio de materia contencioso administrativa debía interpretarse flexiblemente, y por tanto, rechazó la excepción de incompetencia. Respecto a la falta de legitimación activa hizo remisión al voto de la minoría en la causa "Thomann" (B.49.544 del 7/12/84, que más adelante reseña el voto del Dr. Hitters).

Por su voto, Hitters sostiene:

"...II. El tema suscitado plantea la cuestión referida al acceso a la instancia contencioso administrativa del vecino perjudicado por una actuación ilegítima de la administración. 1. Esta Corte sobre la base de los ejemplos que comúnmente se encasillan dentro de la categoría de interés legítimo reconoció a solo dos categorías: 1) oferentes desplazados...; 2) concursantes desplazados...Sin embargo negó tal posibilidad a los vecinos. El leading case en este aspecto fue la causa "Thomann" (1984), donde la mayoría desarrolló los argumentos que fundan la tesis que

podríamos llamar restrictiva. En esos autos, sin embargo, por vez primera se produce una disidencia, por lo que en tal temática las aguas quedan divididas.

2. La cuestión ha merecido dispar tratamiento en la jurisprudencia argentina: mientras que en el orden nacional la regla ha sido reconocer tal legitimación solamente al caso que se invoque un "derecho subjetivo administrativo", en el ámbito del derecho público provincial se ha abierto camino la postura amplia que reconoce dicha potestad también para el interés legítimo, e inclusive para el difuso. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde un precedente del año 1914 (Fallos, 120:190, <<Fisco Nacional contra Caja Internacional Mutual de Pensiones, citado por Greco, Carlos M., "Legitimación contencioso administrativa y tutela judicial del interés legítimo, La Ley, 1981-B, p g. 280)>>...sostuvo que <<en materias regidas especialmente por leyes de orden administrativo, no es de estricta aplicación la regla del derecho común que admite acción en juicio para la defensa de todo derecho o interés legítimo>>, criterio que se mantuvo aún después de adoptada la ley de procedimientos administrativos de la Nación (Ley 19.549) del año 1972. En el mismo sentido, el fuero contencioso administrativo, mantuvo un criterio limitativo...aunque se ha dado en algunos fallos de primera instancia la ampliación de la legitimación en materias relacionadas a la protección de la ecología.

3. Como acabo de sentar, diverso panorama presenta el derecho administrativo provincial, donde los distintos códigos locales modernos han adoptado un criterio amplio, protegiendo al interés legítimo -entendido como el interés personal, directo, actual y exclusivo- a través del recurso de anulación...

4. La doctrina tradicional ha postulado la tesis restrictiva...

5. Como ejemplo iuscomparatista cabe tener en cuenta la evolución del derecho español, que partiendo de un criterio comprimido (en la ley 1888) fue radicalmente cambiada con la sanción de la ley de jurisdicción contencioso administrativa de 1956, cuyo art. 28 inciso a) exige poseer un <<interés directo>> extendiéndose aún más a raíz de la sanción de la Constitución de 1978, que en su art. 24.1 consagra el <<derecho a obtener tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión>>...En el presente caso, participo de la tesis amplia admitiendo, en consecuencia, la legitimación del vecino para entablar una demanda contencioso administrativa, con los alcances y fundamentos que paso a desarrollar y que buscan rebatir la muy respetable opinión que está a favor de la llamada tesis restrictiva.

6. "Argumentos del caso Thomann".

Los argumentos de la tesis restrictiva (triumfante) en el caso Thomann -voto del Dr. Vivanco- donde se negó la legitimación activa del vecino, giraron en torno a que el código Varela requiere la violación de un "derecho individual", no siendo suficiente -se dijo allí- el mero interés legítimo...Para que se configure tal supuesto debe tratarse de un "derecho de carácter individualizado y excluyente" con un "señorío de disposición exclusiva". Se juzgó en relación a los vecinos que adujeron la violación administrativa, que "la situación de cada uno de ellos pierde significación e importancia con respecto a los grupos o sectores que tienen asimismo interés en la cuestión". Esto, sin perjuicio -se agregó- "de las consideraciones de política jurídica que puedan tornar aconsejable la protección de otras situaciones subjetivas excluidas..." del código vigente.

Por su parte, el Dr. Negri -que llevó la voz cantante del voto minoritario- acogió la tesis amplia haciendo hincapié en el art. 1 del C.P.C.A. que habla de "derecho de carácter administrativo", sin especificar su calidad de "subjetivo". Esto -añadió- se condice con la esencia

revisora de la jurisdicción contenciosa, toda vez que ella determina la imposibilidad de restringir la legitimación de las impugnaciones judiciales, exigiendo requisitos diversos de aquellos contemplados en el procedimiento ante la propia administración. Descartó -asimismo- el argumento que insiste en la necesidad de que debe configurarse una situación de exclusividad del actor, en tanto esto daría lugar a negar protección judicial a quienes afecten normas de legislación policial. Brindó el fundamento general de la necesidad de no perder de vista el principio de legalidad, ya que limitar el acceso a la jurisdicción puede resultar que las ilegalidades administrativas podrían quedar sin la debida sanción. Y, por último, sustentó su punto de vista en los varios códigos provinciales que acogen favorablemente la legitimación de los vecinos e interpretaciones doctrinarias de la ley de procedimiento administrativo nacional (Ley 19.549)

#### 7. Tesis restrictiva

No comparto el argumento central de la tesis restrictiva, en cuanto supone la necesidad de invocar un "derecho subjetivo", caracterizado por un contenido individualizado y excluyente, para habilitar la instancia contencioso administrativa. Ello en razón de que -entiendo- no resulta de una interpretación literal del art. 1 del CPCA, ni puede extraerse del contexto de otras normas que también definen el alcance de la procedencia de la instancia contencioso administrativa...

La corriente restrictiva sostiene que cuando el texto del código en su artículo 1 habla de "vulneración de un derecho administrativo" esta significando un derecho subjetivo oponible al interés legítimo. Contrariamente, estimo que del marco de tal ordenamiento vigente no se desprende la aludida interpretación.

Sostengo -siguiendo a Parada Vazquez en su comentario a la ley 1888- que el término "derecho" no está contemplado en sentido técnico como derecho subjetivo contrario al interés legítimo. A la inversa, la ley emplea tal expresión como sinónimo de "regla o norma jurídica de carácter administrativo, opuesta a norma o regla de carácter civil". Tal sentido se recoge en la observación del codificador en la misma nota 1, cuando dice que para que haya una cuestión contencioso administrativa "es indispensable que ese derecho sea administrativo, es decir, regido por el derecho administrativo y no por el derecho político, el derecho civil, el derecho penal, etc..."

Desde esta perspectiva no es posible admitir que la interpretación restrictiva encuentra fundamento en la misma nota 1 "in fine", que explica que cuando la "resolución administrativa sólo hiera intereses y no derechos de un particular, no habrá lugar a la acción de que se trate". Considero que esa alusión del codificador -como claramente lo evidencia el ejemplo que dió seguidamente a la expresión transcripta- alude a una mera expectativa y de ningún modo puede significar cerrar la instancia a un reclamo como el examinado, que arguye un perjuicio personal, actual y legítimo.

No obstante, admito la ambigüedad del precepto sub analizado como lo demuestran las discrepancias permanentes que ha habido en la doctrina sobre ella, por lo que se impone desentrañar su significado en el contexto de la normativa del código. Como sostuvo el Dr. Negri, una interpretación contextual apoya la tesis amplia, debido a que el art. 2 del CPCA autoriza a promover demandas a los particulares contra todo acto de alcance general y a "...solicitar se deje sin efecto la disposición en cuanto al interés a que perjudica o al derecho que vulnera..."

En suma, y para conectar este punto en debate, el primer juicio que corresponde efectuar a fin de comprobar si estamos en presencia de una cuestión que pueda abrir las compuertas hacia la acción contencioso administrativa, es el carácter administrativo de la situación que ocupa al actor que alega un perjuicio personal, actual y directo a raíz de una infracción de una norma administrativa por la administración, supuesto que claramente se constituye en este caso.

En el tema concreto de los vecinos, la postura restrictiva del caso Thomann puso de relieve que los mismos "sólo tienen un interés legítimo en tanto la situación particular de cada uno de ellos pierde significación e importancia con respecto a los grupos o sectores que tienen asimismo interés en la cuestión" (Conc. Causa B.47.764...).

Comparto el criterio expuesto por el señor Juez Dr. Negri en el citado precedente en cuanto señaló que "...la circunstancia de tratarse de situaciones jurídicas que no revisten el grado de exclusividad impuesto por la doctrina tradicional para otorgar justiciabilidad a la causa, conduciría a negar esta protección jurisdiccional a quienes, incluidos en el ámbito de una legislación policial - específicamente limitaciones a la propiedad privada impuestas en el interés público- se ven compelidos al cumplimiento de las obligaciones consagradas sin posibilidad de lograr por esta vía su exigibilidad frente al municipio ni de cuestionar la legitimidad de sus actos en la aplicación de la misma".

Esta Corte abriendo parcialmente una brecha prescindió de esa nota de exclusividad en relación a los "concurso" y "oferentes" desplazados, al sostener que "la exigibilidad concurrente no desplaza la vinculación jurídica directa e individual de ellos con la Administración mediante su participación en un procedimiento reglado" (voto del Dr. Vivanco). En el presente caso puede constatar esa circunstancia, ya que si bien el actor no participó en un procedimiento reglado, alega un perjuicio personal, directo y legítimo, y sólo él puede pedir la revisión del obrar ilegítimo de la administración que afecta a su persona y patrimonio.

En relación a las apreciaciones del voto del Dr. Vivanco, en cuanto a las consideraciones de política jurídica que tornan aconsejable la protección de "otras situaciones subjetivas", supuestamente excluidas del texto vigente, entiendo que -como explicar, luego- tal eventualidad se ha concretado en el marco de las reformas introducidas en las Constituciones de la provincia y la Nación en 1994, que si bien alguna de ellas no pueden aplicarse al caso sub ex mine (art. 215 de la Carta Magna bonaerense), deben ser valorados -como criterios orientadores- en la presente causa.

## 8. La Tesis Amplia.

A los argumentos de la tesis amplia dados anteriormente, debo agregar fundamentalmente los vinculados con dos de los principios liminares del Estado de Derecho, esto es, el de la legalidad administrativa y el del acceso a la justicia.

En tal sentido, adhiero a lo que expresó el Dr. Negri sobre la vigencia del principio de legalidad como pilar del Estado de Derecho, rechazando con tal premisa toda hermenéutica que conspire contra la adecuación de la Administración a la ley y cierre el camino a la jurisdicción (causa B. 49.544; art. 15 Constitución provincial).

En relación a lo último, remito a lo que expresé, en la causa B. 54.239 "González Raúl y otra c/ provincia de Buenos Aires".

"...Como con toda justicia pone en evidencia Mauro Cappelletti, en general en el Estado moderno el Poder Judicial aparece como una barrera de contención contra el sobredimensionado auge de los cuerpos ejecutivos y legislativos ("El formidable problema del control judicial y la contribución del derecho comparado", trad. de Faustino González, Nueva Época, Revista de Estudios Políticos, enero-febrero 1980, nro.13 p g. 95), ello sin perjuicio -obviamente- de la autorrestricción que deben tener los jueces (self restraint) a fin de evitar que se rompa aquel equilibrio de funciones (frenos y contrapesos).

Como señaló esta Corte (causa B. 49.102, voto del Dr. Rodríguez Villar), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada "Pacto de San José, de Costa Rica", consagra en su art. 8.1 como garantía de libertad individual, el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente "independiente e imparcial", protección judicial concreta que se reitera en el art. 25, al asegurar a toda persona la sustanciación de un proceso judicial.

Dicha expresión sentencial (causa B. 49.102, recién citada) cobra mayor virtualidad ahora, puesto que la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 le otorga a dicho "Pacto", jerarquía constitucional -art.75 inciso 22-, dándole preeminencia sobre cualquier norma local -y un mismo rango con la Constitución Nacional- estando inclusive por encima de todo precepto -aún de las constituciones provinciales- que se le pueda oponer (art.31 de aquél cuerpo superlegal).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando el artículo 6.1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, de similar redacción al artículo 8.1 del Pacto de San José, de Costa Rica, ha dicho en el caso Adolf (García de Enterría -Linde-Ortega-Sánchez Morón, "El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos", ed. Civitas, Madrid, 1983, fs. 95) entendió que la garantía de ser juzgado equitativamente por un organismo judicial independiente, significa el derecho de acceso a la justicia".

9. Asimismo -como lo adelanté- juzgo necesario valorar la actual pretensión a la luz de las reformas de las Constituciones Nacional y Provincial.

Primeramente, resalto que la Carta Magna de la Provincia de Buenos Aires asegura por mandato constitucional la tutela judicial continua y efectiva y el acceso irrestricto a la justicia...(art.15). Por otra parte, si bien -como dije- el concepto de la materia contencioso administrativa puede ser no aplicable al caso (art. 215 de la Constitución provincial), la nueva tesis constitucional establece claros criterios interpretativos que no deben ser ignorados.

El concepto de materia contencioso administrativa que incorpora el art. 166 refiere a "los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas", con prescindencia de condicionamientos vinculados a la situación jurídica preexistente que invista el particular afectado, tolerando por lo tanto el enjuiciamiento de la Administración en forma amplia. En el mismo sentido deben referirse las previsiones constitucionales vinculadas con la protección del medio ambiente (art. 28), la tutela de los consumidores y usuarios, y el mandato contemplado para establecer procedimientos eficaces que resuelvan dichos conflictos (art. 38).

10. La Constitución Nacional, por su parte, alude expresamente a la tutela del medio ambiente (art. 41) y difiere al legislador los procedimientos necesarios para garantizar la asistencia de los consumidores y usuarios (art. 42), consagrando la protección de los llamados intereses difusos y ampliando así las estrechas fronteras de los derechos subjetivos. Asimismo, dicho cuerpo supremo instrumenta mediante el amparo un cauce procesal para proteger dichos derechos (art. 43).

11. Los nuevos principios consagrados en ambas garantizan otros tipos de tutela, asegurando el acceso a la justicia a situaciones jurídicas que exceden ampliamente el esquema clásico de la custodia de los derechos subjetivos, potenciando de ese modo los marcos de legitimación activa para ejercitar pretensiones en juicio.

En el presente, el actor acciona como "vecino", y si bien inviste un carácter de tercero respecto a la relación de derecho administrativo que vincula a la Municipalidad y al establecimiento, denuncia la concreta afectación de su situación jurídica a la par que la violación de

normas de derecho público en el otorgamiento de la autorización otorgada para la explotación comercial. Por todo lo dicho, juzgo que existe materia contencioso administrativa en la medida que una norma de dicha naturaleza impone a la Autoridad una obligación de conducta que significa para el particular u otra Administración la protección de su situación individual.

El vecino debe exigir el cumplimiento de las reglamentaciones cuya observancia est contemplada para el bienestar de la comunidad. El vecino puede reclamar en tanto la afectación concreta se produce respecto de su situación jurídica.

Por todas las razones expuestas, y las concordancias destacadas en la posición minoritaria de la causa B. 49.544 "Thomann", debe rechazarse la excepción de incompetencia planteada por la demandada.

El caso recién transcripto despeja dudas respecto a permitir la legitimación del vecino en la provincia de Buenos Aires, sorteando sin esfuerzos las calidades antes exigidas para acreditar el perjuicio directo, y -lo que es más importante- ampliando el espectro de posibilidades, pues no es sólo el vecino, como colindante, comunero, linero, etc., el que encuentra legitimación, sino vecino en situación tal que tenga un interés digno de tutela, como es la defensa de la legalidad.

Vuelve operativa aquella vieja pero lozana reflexión de Guasp, para quien el interés resulta la "posición en que los hombres se sitúan con referencia a los bienes de la vida" ( ). En los hechos capta también al "afectado" en una órbita amplia que atiende más al problema de "las personas" antes que el título por el que invocan la tutela jurisdiccional.

Son ahora "las ciudades" las que padecen y sus vecinos los que ostentan el interés para obrar ( ).

De esta manera se reconduce el interés legítimo a una suerte de situación jurídica de primera atención. No es y la víctima directa, tradicional y reconocida en el derecho subjetivo, sino otra "víctima indirecta" que se vincula a los hechos en una relación jurídica de tal presencia que lo convierte en titular del interés a tutelar.

#### 40.2 El interés legítimo en el derecho comparado

El Código procesal administrativo español, uno de los más modernos, dispone en el art. 28 lo siguiente:

"1. Estarán legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho, y en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración: a) Los que tuvieren interés directo en ello; b) Si el recurso tuviere por objeto la impugnación directa de disposiciones de carácter general de la Administración Central, de las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho Público y cuantas entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos, salvo en el supuesto previsto en el art. 39 párrafo tercero, en que bastará la legitimación a que se refiere el apartado a); 2. Si se pretendiere, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, únicamente estará legitimado el titular de un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados; 3. La Administración autora de algún acto que, en virtud de lo previsto en las leyes, no pudiere anularlo o revocarlo por sí misma, estará legitimada para deducir cualquiera de las

pretensiones a que se refieren los párrafos que anteceden; 4. No podrá interponer recursos contencioso-administrativo en relación con los actos y disposiciones de una entidad pública: a) Los órganos de la misma, salvo en el caso previsto en la ley de régimen local sobre la suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales. b) Los particulares, cuando obraren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella".

El casuismo de la disposición no impide advertir la libertad de acceso que emite la norma, por otro lado apoyada en el art. 24 de la Constitución de 1978 que prioriza la tutela judicial efectiva.

En todos los supuestos, la legitimación es un presupuesto de la sentencia antes que del trámite.

La relación entablada con el derecho subjetivo se zanja mediante el interés directo, conforme desarrollamos en el punto siguiente; además, se permite la legitimación corporativa en litisconsorcio con todo interesado.

El inciso final pone algunas trabas razonables. Por ejemplo, los departamentos de una Universidad, al ser órganos internos de ella, no tienen personalidad jurídica para litigar contra la misma ( ).

"La Ley alude al tratamiento procesal de la legitimación en dos diferenciados trámites, el de <<alegaciones previas>> -art.71-, y el de la emisión de la sentencia -art. 82.b-, de los cuales, tan sólo el primero posibilita al órgano judicial realizar un tratamiento procesal <<ad limine>> o preliminar de la legitimación" ( ).

Si la sentencia declara la ausencia de legitimación para obrar, el recurso se torna inadmisibile, es decir, no prospera por una cuestión procesal, antes que por una cualidad diferenciada que verse sobre el tema de fondo. Esto es muy importante porque induce al replanteo por quienes fuesen jurídicamente idóneos para ello.

Sin embargo, hay situaciones que se muestran confusas o, al menos, contradictorias. Por ejemplo, si en el trámite administrativo -no contencioso- se reconoce calidad de parte a un interesado, pareciera que en el proceso jurisdiccional sería impropio alegar como defensa la falta de legitimación activa.

Otras legislaciones, sin referir al interés legítimo, exigen acreditar legitimación en la causa a quienes invoquen la calidad de perjudicados, afectados, dañados, al punto tal que la crisis denunciada se convierte en una suerte de antejuicio de la cualidad de la pretensión y sobre la cualidad del interesado.

De este modo se asigna a la legitimación la importancia de ser la llave para lograr beneficios propios que no se proyectan al interés general que preconiza la dinámica del proceso administrativo.

Pensando en ello sostiene González Pérez que debe tener legitimación para obrar todo aquel que de una u otra forma pueda resultar afectado por actos o disposiciones administrativas. Con las siguientes limitaciones: "a. Que la anulación del acto o disposición suponga un beneficio para el demandante. Beneficio que puede ser de la más variada naturaleza, como la ventaja consistente en evitar la proximidad de una industria molesta, o la competencia de otros profesionales o industriales, o la demolición de unas instalaciones que facilitaban la prestación de ciertos servicios, o la destrucción de bosques o zonas verdes, etc.; b. Que no es necesario que el beneficio sea personal o individual, sino que puede serlo de toda la comunidad a la que pertenece el demandante;

c. Que tampoco es necesario que sea legítimo; d. Que es necesario que sea actual. No confieren legitimación meras expectativas contra agravios potenciales o futuros" ( ).

Es importante agregar que la extensión que consigue el interés legítimo para tutelar situaciones de indefensión, no se ocupa solamente de una cuestión técnica (es decir, de facilitar el acceso al proceso como instrumento de protección), sino también, para demostrar que no deben existir diferencias con el proceso ordinario, tal como en su tiempo propusiera la doctrina administrativista italiana. Esta, recordemos, sostenía que la jurisdicción común se ocupa de los derechos subjetivos, y la jurisdicción administrativa de los recursos interpuestos contra actos lesivos de intereses legítimos.

Actualmente, se advierte una evolución en la idea que aproxima el estudio a dos ideas convergentes: se examina la relación que tiene el individuo con el Estado cuando actúa un derecho de petición constitucional; y se amplía la visión del interés, ya no como simple medio de posibilitar el instrumento procesal sino, también, para dar vida a todos los medios que tiene el titular para lograr la protección de sus derechos.

Es decir, por un lado se afianza el concepto de participación ciudadana dando apertura a los intereses como objetivos suficientes para disponer la atención de los tribunales; y por otro, se sitúa al interés legítimo en relación con las situaciones jurídicas subjetivas que corresponden, es decir, entendiéndose como legítimo, simplemente al interés protegido por el ordenamiento jurídico o como conforme a Derecho. De esta manera, los intereses legítimos no serían más que aquellos que son aceptados por el ordenamiento jurídico como dignos de tutela, aún de forma indirecta o refleja ( )

#### 40.3 Crítica a la expansión del interés legítimo

Si reordenamos los conceptos podemos colegir en el recuento que la legitimación, propiamente, no es un derecho de incitar la actividad jurisdiccional, en razón de que ese derecho es el de acción, que por ser de naturaleza constitucional, no tiene cortapisas y le corresponde a toda persona.

La legitimación es un requisito de la pretensión, tanto en el sentido de admisión formal, como de resultado efectivo en la sentencia. Es decir, quien pide debe acreditar ambos extremos de procedencia y pertinencia.

De este modo, el interés legítimo expande la noción primera, esto es, en la admisión de la demanda, pero se difumina el concepto cuando se trata de vincular al "interesado" con los alcances y efectos de la sentencia.

De allí proviene la clasificación antes vista de "legitimaciones directas (derecho subjetivo)" y "legitimaciones indirectas". Estas últimas existen cuando la relación jurídica principal incide y afecta a terceros que no son partes (V.gr.: sindicatos, asociaciones, grupos que asumen la representación de todos).

Por ello, sostiene Díez, "la defensa del administrado exige que si del acto de la administración nacieran derechos subjetivos a favor de aquél, ésta no podrá revocarlo a pesar de reconocer que está viciado y deber ocurrir a sede judicial para que se anule, configurando el proceso de lesividad. Se entiende que si se tratara de simples errores materiales o de hechos cuya

rectificación beneficiara al administrado, la administración estaría facultada para rectificarlos" ( ).

Esta posición que amplía el plano de protección judicial mas all de la exclusividad característica del derecho subjetivo, recibe críticas fundadas que pasamos a enunciar.

García de Enterría y Fernández, sostienen que "resulta completamente equívoco pretender que no hay derecho subjetivo por la razón dogmática de que la norma que ha de juzgar la validez del acto es una norma destinada a servir sólo al interés general. Todas las normas objetivas y no sólo las administrativas están basadas en el interés general" ( ).

Para Cassagne, "el derecho subjetivo pertenece a la categoría de los poderes jurídicos que comprenden la titularidad de un bien o interés. Pero ese bien o interés no debe fundarse exclusivamente en la voluntad individual ni, a la inversa, únicamente en el aspecto social. El reconocimiento de ese poder jurídico se impone, en definitiva, por el respeto debido a los fines del hombre como ser individual y social, teniendo en cuenta que representa un valor que, en sí mismo, es absoluto".

"Ahora bien, sin discrepar fundamentalmente con la concepción tradicional del derecho subjetivo, la distinción con el interés legítimo puede apoyarse sobre bases más sólidas si se las conecta con la utilidad sustancial que garantiza".

"De ese modo, mientras el derecho subjetivo aparece como un poder jurídico atribuido en garantía de un bien o interés que le proporciona al titular una utilidad directa e indirecta, el interés legítimo representa para el particular, una garantía de legalidad, que traduce una utilidad instrumental".

"Pero el interés legítimo, con ser una categoría capaz de satisfacer de un modo mediato los intereses individuales o sociales de carácter sustancial, no deja de ser un verdadero poder jurídico que permite exigir la garantía de legalidad instrumental en sede administrativa como en la judicial" ( ).

Ambas doctrinas advierten sobre un mismo fenómeno, y señalan la distorsión que resulta cuando se legisla en los códigos la defensa del interés legítimo.

Muchos de estos ordenamientos requieren que el interés sea "personal y directo", aproximando la exigencia, en consecuencia, al problema del derecho subjetivo.

Otros, para evitar el conflicto, propician asimilar el derecho subjetivo con el interés legítimo logrando asegurar cierto sentido de justicia distributiva.

#### 40.4 El interés directo y su vinculación con el derecho subjetivo.

En el plano estricto de la legitimación para obrar, el interés legítimo es más amplio y permisivo que el interés directo. En este se analiza la situación objetiva que se encuentra la persona que peticiona, confrontando su pretensión con la que podría sustentar cualquier ciudadano que persigue el cumplimiento de los fines superiores del Estado, o la regularidad de la actividad administrativa.

Se advierte un interés directo cuando del éxito de la acción procurada el peticionante recibe un beneficio personal -moral o patrimonial-; o bien, en sentido inverso, la misma decisión le ocasione un perjuicio.

Por tanto, la simple defensa de la legalidad objetiva no es un interés directo.

A diferencia del interés legítimo no es autosuficiente pues requiere individualizar el objeto, de modo tal que la proyección y efectos de la sentencia, además de causar un estado jurídico "para todos", provoca una respuesta personal a quien la pide.

La expresión <<interés directo>> empleada en las normas constitucionales para dar bienvenida y captación a los fines del acceso a la justicia, debe interpretarse en el sentido de que para que el mismo exista basta con que prospere la demanda y represente a quien la trajo un beneficio material o jurídico o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada o que pudiera crear le origine un gravamen, incluso aunque tales beneficios o perjuicios se produzcan por vía indirecta o refleja.

En materia contencioso administrativa el interés directo puede ser definido como aquel interés amparado en la legalidad, real y actual, que concurre en un sujeto de derecho cuando una determinada actuación administrativa lesiona, directa o indirectamente, su esfera de facultades individuales, de modo tal que la anulación de dicha actividad le proporciona un beneficio, o le elimina un perjuicio de cualquier índole ( ).

Se observa así como este modelo de situación jurídica subjetiva se asemeja al derecho personal que exige el derecho común. Hay cierta identidad entre interés directo y derecho subjetivo.

Igual que en este la legitimación para actuar se obtiene cuando se individualiza el sujeto o grupo de ellos; el interés ha de ser efectivo, no una simple expectativa o una especulación potencial; debe ser actual y no mera abstracción; y, finalmente ha de lograr para quien lo invoca un beneficio o un perjuicio personal.

La diferencia está en la escala de pretensiones posibles: mientras el derecho subjetivo habilita todas, el interés directo sólo admite las vinculadas con la anulación del acto ilegítimo.

García de Enterría los involucra dentro de los derechos subjetivos, nominados en dos sectores: reaccionales o impugnatorios. Estos operan cuando el administrado ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal.

"En este supuesto, el ordenamiento en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado como garantía de la libertad, lo inviste con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses. Supuesto que permite a los particulares fiscalicen la totalidad de la legalidad administrativa, y no sólo la franja minúscula que entra en juego en la vida jurídico-administrativa a propósito del tráfico de los derechos subjetivos activos de corte tradicional" ( ).

#### 41. El interés como fundamento de la pretensión.

Demostrando la relatividad que va adquiriendo la noción de derecho subjetivo, en paralelismo con la expansión del interés para la admisión de reclamos jurisdiccionales, la jurisprudencia asume la necesidad de cambio, por otra parte esencial para la defensa de las instituciones y de los hombres.

De este modo puede ir esclareciéndose el panorama confuso de las categorías creadas en el derecho administrativo que únicamente se explican en los sistemas de doble jurisdicción ( ).

Reuniendo en síntesis la evolución descrita en los parágrafos que preceden observamos que el interés, lato sensu, puede confirmarse como fundamento de la pretensión contencioso administrativa si acredita los siguientes extremos que faciliten instaurar la legitimación para obrar en la causa:

a) Vicio en el acto administrativo. Que supone actuar en ejercicio de defensa de la legalidad objetiva, aunque admitiendo limitaciones por razones de oportunidad, siempre controlables ex post facto por cuestiones de razonabilidad.

b) Perjuicio. Quien recurre debe acreditar un interés directo, dirigido a evitar las pretensiones genéricas que pueden caer en abstracciones o generalidades.

De todas formas, el perjuicio personal (propio) no significa "exclusivo", pudiendo tolerarse la demanda por la masificación que el acto lesivo proyecta ( ).

c) Nexo causal entre el interés del que pide y la acción propuesta o radicada ( ). Contingencia obvia en la medida de que cualquier remedio intentado debe beneficiar al conjunto y, en particular, a quien corre los riesgos procesales y asume la calidad de parte.

En otras palabras "no puede configurarse una agresión si no es respecto de un interés que según la norma aparece debido en la confrontación de una particular posición subjetiva sustancial" ( )

d) Actualidad del problema. Aspecto que nutre dos momentos. Que no sea una demanda prematura, o extemporánea; ni se base en aspectos de crisis probables o especulativas que disuadan los recaudos de certeza previstos.

#### 42. La condición de parte

Las proyecciones del derecho procesal en el derecho administrativo son variadas, y vinculan al procedimiento -no contencioso- con la necesidad de lograr una interpretación única.

No significa esto que el procedimiento administrativo se ritualice o "judicialice", sino, tan sólo, conciliar la situación procesal del individuo en una armonía de principios que no tengan diversidad valorativa cuando, axiológicamente, son únicos.

Desde luego que la variación contingente del estado procedimental ofrece alternativas que figuran calidades de enfrentamientos diferentes entre administrado y administración. Sabido es que en la etapa de formación del acto administrativo, la intervención del interesado es pasiva, aun cuando la voluntad estatal tenga origen bilateral; en cambio, en la gestión de control, o de fiscalización a través del recurso o del reclamo, la participación es activa.

En ambos supuestos el procedimiento administrativo supone teleológicamente un instrumento de control de legitimidad (que abarca la razonabilidad y la justicia), y del acierto que es el fin que la Administración persigue (control de oportunidad, mérito o conveniencia) ( ).

Siendo así, las garantías jurisdiccionales -de fuente procesal constitucional o constitucional, si se prefiere- para sustanciar el trámite deben ordenarse bajo una directiva común, adaptando aquellas peculiaridades del rito, pero sin que ellas sometan los principios procesales inmanentes de la teoría general.

Un encolumnamiento estricto de basamentos tales como el debido proceso, la garantía de participación, el control efectivo, etc., presupuestan una estructuración acorde con la función administrativa, sin importar se califique o no de jurisdiccional ( ).

En este aspecto la calidad de parte en el procedimiento administrativo no es asimilable a la del proceso adversarial, circunstancia por la cual, también la legitimación ordinaria varía en el contencioso.

Las partes son dos, es cierto, pero no existe un tercero imparcial al estar fundida en uno la calidad de parte y decisor.

La situación jurídica subjetiva del administrado dependiza la calidad de su actuación (es diversa su posición según actúe un derecho subjetivo, un interés legítimo, un interés simple o uno colectivo). El otro lado de la relación procesal administrativa, en cambio, no es tratada en el derecho adjetivo de la administración como una parte en sentido procesal.

Su caracterización se logra a partir de la competencia -como aptitud de pronunciar resoluciones-, es decir la potestad que tiene el órgano administrativo para intervenir en el procedimiento y decidir. Se integra con el principio de legalidad e incluye la noción, el conjunto de atribuciones y facultades que le corresponden al ente. En otros términos, indica Cassagne, "la competencia no sólo surge en el plano institucional de las reglas que rigen la actuación del órgano, sino también de las que predeterminan la actividad del sujeto" ( ).

De esta manera es imposible encontrar partes procesales en las actuaciones no contenciosas de la administración. Obviamente, tampoco pueden calificarse de pretensiones los reclamos que deducen las personas que allí intervienen.

La situación jurídica del o los individuos que toman parte en un procedimiento administrativo es técnicamente la de interesados que ostentan un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple que procura ser satisfecho por un acto de la Administración.

Si advertimos que la noción de parte en sentido procesal no contrae necesariamente la presencia de una de las atribuciones jurídicas reconocidas en el procedimiento administrativo, observaremos que el punto de partida es diferente.

Más allá de la precisa y esencial distinción entre función jurisdiccional y función administrativa, se encuentra que la pretensión podría usarse en este segundo ámbito, por cuanto la idea de satisfacción persiste.

Sin embargo es sólo apariencia. Según Guasp "las reclamaciones que pueden surgir en el ámbito administrativo y las resoluciones que sobre ellas recaigan sólo son técnicamente peticiones, nunca pretensiones, porque jamás tiene carácter final, sino instrumental: no revisten substantividad propia, sino que se recogen por el ordenamiento jurídico en cuanto pueden servir al desarrollo del servicio administrativo y no a la satisfacción del particular", aclarando que "...si una reclamación de materia administrativa se puede llevar ante un organismo que no persigue tal finalidad sino la estricta de atender al reclamante (la especialidad del órgano es siempre nota indefectible de la jurisdicción), se tratará de una verdadera pretensión procesal, pero es que entonces estaremos en presencia de un verdadero tribunal y de un verdadero proceso y no de actividad propia de la Administración" ( ).

Es común encontrar en la doctrina más idónea y calificada, explicaciones que dicen que "si un particular es afectado en su derecho subjetivo, o interés legítimo por un acto, hecho, contrato, o

reglamento administrativo, podrá interponer contra ellos, en sede administrativa, los recursos o reclamaciones que le permite el ordenamiento jurídico. Si el recurso o reclamo satisface las pretensiones del administrado, se agota allí la impugnabilidad del obrar público" ( ).

Evidentemente el uso del vocablo pretensión, verbalizado como razón del reclamo, encuentra permitida su acepción; pero es equívoco deducir que en sede administrativa exista un desarrollo verdadero de la teoría de la pretensión.

Son varios los motivos que fundamentan esta conclusión, en particular los siguientes:

En primer lugar el procedimiento administrativo no es un proceso jurisdiccional, sino, tan sólo, un sistema de actos y recursos que tiene como fin asegurar el orden y la eficacia del Estado. La juridización de aquél obedece a la presencia de numerosos órganos con facultades decisorias, característica que confunde la función de juzgar con la técnica de la Administración.

El verdadero distingo se encuentra en la ausencia de contradicción, o litigio propio del proceso judicial, por eso en el procedimiento administrativo sólo se desenvuelven peticiones y no pretensiones (que importan un deber de juzgamiento sobre una contienda de intereses enfrentados por pretensiones distintas).

El paso inmediato que agrega otro componente en la distinción estriba en la ausencia de cosa juzgada administrativa, de manera que la petición del interesado tiene siempre una vía judicial revisora que le incorpora el típico proceso jurisdiccional.

En segundo término, la pretensión procesal exige como elemento específico el ser formulada ante un Juez; calidad que no tiene el órgano administrativo en tanto no es imparcial ni independiente, y se encuentra interesado en la relación jurídica sobre la cual conoce.

En este sentido, hace falta que el pretendiente reclame no contra alguien, sino frente a alguien; y este alguien es el órgano jurisdiccional. Precisamente, el juez ser el encargado de recibir las pretensiones de otros sujetos y de proceder a su satisfacción. Cuando no se tiene esa cualidad especial, esto es, al estar por encima de las partes, la decisión resultante no supone satisfacer una pretensión, solamente se da respuesta a una súplica ( ). Aquél que resuelve el éxito de una fórmula frente a otra, decide jurisdiccionalmente (distinción entre Juez y Administrado), lo que hace al Estado pues, en realidad, esa gestión atiende un servicio público y no está para realizar con carácter exclusivo una finalidad particular que a él se dirige.

## CAPITULO X

### LA LEGITIMACION EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

#### 43. Los procesos constitucionales

Se denominan procesos constitucionales a los distintos procedimientos destinados a respaldar las garantías fundamentales y demás derechos del hombre, ofreciendo una vía adecuada y posiblemente efectiva para la tutela, protección y fomento de ellos ( ).

El nominado no puede ser genérico porqu, depende en buena medida del sistema previsto en cada lugar para el control de constitucionalidad de las leyes; de manera que puede entenderse también como jurisdicción constitucional aquella que decide sobre la validez y legalidad de las normas, característica que reafirma esta función como esencial para la justicia constitucional.

Por tanto, al ser una actividad de carácter objetiva, puede suponerse que cualquier debate sobre situaciones subjetivas es ajeno o limitado.

Pero, no es tan así como veremos seguidamente.

Antes de ello, es conveniente reconocer con alguna suficiencia la presencia de un proceso constitucional, en razón de que si uno caracteriza por la materia específica, es probable que cualquier procedimiento o trámite resulte un debate sobre cuestiones de constitucionalidad ( ).

Para algunos el presupuesto ineludible para hablar de procesos de defensa de la Constitución es la preexistencia de un status litigioso: la posible colisión entre Ley y Constitución, y el entrecruzamiento de intereses subjetivos contradictorios (la parte a quien conviene la declaración de inconstitucionalidad y la parte a quien perjudica tal declaración) ( ).

Nosotros hemos asignado al proceso judicial la función de "garantía".

#### 44. El proceso como garantía.

Nuestra Constitución Nacional no fracciona las garantías, solamente las presente en el enunciado dogmático al señalar el capítulo general de los "derechos, deberes y garantías".

La generalización contrae diversas consecuencias y de orden distinto, sea problematizando o respondiendo desde la amplitud a cada uno de los posibles planteos.

Por ejemplo, la enunciación hace al reconocimiento expreso y a la operatividad inmediata de cada uno de los derechos y garantías tutelados; pero, al mismo tiempo, dificulta concretar -si fuera necesario- una escala jerárquica de esos valores reconocidos.

Es verdad que el estudio cuidadoso de cada una demuestra que se trata de respetar una secuencia que nace en la afirmación, continúa con el ejercicio, y se reasegura con los reclamos o la protección jurídica. El punto de partida, por lo general, es la libertad, y es ello lógico, pues como lo apunta Castro "...si el Derecho no partiera de que el hombre es libre, no podría sancionar los actos humanos que contradicen las normas jurídicas, pues sin libertad no hay responsabilidad, y sin ésta no se justifica la coacción pública que sanciona por el incumplimiento de la norma" ( ).

También es razonable pensar que la mención de "garantías" en un capítulo común no supone restringir el alcance de cada una, pues la noción es amplia al referirse de modo complementario a la unidad constitucional del ordenamiento fundamental, donde cada precepto se nutre y completa de otro.

La dificultad se presenta cuando se trata de establecer en orden al proceso, el alcance que tiene la expresión "garantía individual", porque a veces ellas se discriminan minuciosamente y, en otras, se introducen como verdaderos derechos individuales que se confunden con los derechos subjetivos públicos, con los deberes de abstención del Estado, con las garantías procesales de tutela, o también, lato sensu, con los derechos humanos.

Razonado cada uno de los aspectos debemos partir confrontando la circunstancia donde la garantía se establece ( ).

La experiencia demuestra sin necesidad de mayores explicaciones el evidente valor declamativo que tienen los dogmas constitucionales cuando el juego de las garantías no funciona en sus tres dimensiones (individual, social y procesal).

#### 45. Garantías individuales y derechos individuales.

Desde este punto de vista, nominar a las "garantías individuales" como potestades insuperables remonta al viejo esquema del "individualismo" que establece derechos a partir de sujetos obligados (personas físicas o morales) y Estados (gobiernos) responsables.

La dependencia natural que manifiesta como mensaje esta línea de pensamiento trae consigo una conclusión no muy severa: el Estado no puede actuar contra la voluntad social. Sólo la sociedad puede ofrecer al Estado los instrumentos coactivos para obligar el acatamiento y eficacia de las normas.

Pero la reflexión es falsa, porque -repetiendo a Bidart Campos- "aun admitiendo que el derecho sea un mandato estatal es viable que en dicho mandato estatal incidan fuerzas sociales siempre, o en algunos casos...Quiz la antinomia de <<derecho como mandato del estado>>, y <<derecho como producto de las fuerzas sociales>> provenga de suponer que todo mandato del poder estatal es siempre una imposición totalmente voluntarista de los gobernantes en las que para nada influye la sociedad, cosa que equivaldría a sostener que el origen estatal riñe necesariamente con la influencia social sobre el contenido de lo que los gobernantes mandan. Es factible tanto que el gobernante mande algunas veces sin atender las influencias sociales, como que lo que manda en otras ocasiones se inspire en dichas influencias. De ahí que, en suma, las teorías que aceptan la dependencia del derecho respecto de la sociedad no tienen por qué, repeler lo que en el mundo jurídico (derecho) hay de mandato estatal, sobre todo en el derecho constitucional" ( ).

En otras palabras, la relación que puede derivar del vínculo derecho individual como "garantía" porta genéticamente la noción de derecho subjetivo (titularidad del derecho), ocasionando un sentido de pertenencia, diferenciado por la persona que lo posea y perdiendo la noción abstracta (por lo general del mandato) que es particular en el concepto de "garantías".

Otra consecuencia es que, asimilando la garantía con el derecho individual, se objetiva el alcance, pues sólo sería factible el reclamo cuando exista la posesión de ese derecho fundamental y el daño efectivamente sufrido.

#### 46. El derecho subjetivo público y las garantías individuales

Sin perjuicio de esto, las consideraciones que preceden deducen que "la potestad de reclamar al Estado y sus autoridades el respeto a las prerrogativas fundamentales del hombre, y que constituye la manera como se traduce el derecho que para el sujeto activo de la relación multicitada o gobernado genera o implica esta misma, tiene la naturaleza de un derecho subjetivo público" ( ).

Pero las garantías no son, tampoco, derechos subjetivos públicos, en la medida que en ,stos se considera presente una relación obligacional prevista, donde uno exige el derecho que tiene y el otro responde con el deber que lo obliga.

Ni más ni menos, se trata de una proyección del derecho subjetivo privado (individualismo) ocasionando iguales complicaciones que la tesis en ella sostenida.

De todas formas no hay necesidad de buscar sinonimias o aproximados al concepto de "garantía", basta con resolver su dinámica en el entorno de situaciones concretas o abstractas donde se encuentra emplazada.

A tal efecto es inevitable advertir -y partir de esta plataforma de asentamiento- que las garantías están en las leyes fundamentales. Por tanto, tienen esa característica esencial que supera un orden jurídico ordinario.

Es decir, si la Constitución es la Ley Fundamental, superior e inalterable en sus premisas, no puede dársele un sentido común a sus disposiciones al punto de aligerar o transformar el principio de la supremacía.

Ahora bien, como las garantías se encuentran en la dimensión constitucional de lo que es justo, inalterable e inmutable; es lógico interpretarlos en la evolución del derecho natural que configuraba ciertos derechos del hombre como esenciales para su desarrollo.

#### 47. Garantías individuales y derechos humanos

Los derechos del hombre son tantos como principios y presupuestos fundantes para su propia condición sean necesarios, sin importar, por ahora, cuáles son ellos y qué requisitos imponen para su vigencia.

Son derechos de la abstracción, alejados de la realidad coexistencial, pero presentes para la ideología que los pondera y en la vigencia sociológica que los realiza.

Muestran así su proximidad con la idea central de las garantías.

La dinámica pone de relieve que tales derechos del hombre se desenvuelven en la relación y, entonces, lo radical del problema se encuentra en la posibilidad del desarrollo sin resistencia ni violaciones.

Es decir que la formulación de los derechos humanos tiene un signado individual insoslayable, porque hace depender de la condición humana una serie de atributos y reconocimientos que cimentan un conjunto de principios y valores que no requieren de positividad jurídica alguna, en tanto le pertenecen por antonomasia ( ).

Al igual que las garantías individuales el problema se presenta con esta interrogación, aun cuando a través de las garantías de procedimientos se obtenga para ambos una respuesta común.

Cuando se piensa en el ejercicio, esto es: los derechos humanos en actividad, en rigor establecemos la dimensión social del atributo; lo que equivale a decir que tiene un fundamento diverso que razona en la igualdad de condiciones y en límites insuperables. De esta manera, a la posibilidad de ejercicio se contraponen el deber de aceptar ciertos acotamientos, de modo tal que los derechos humanos en sociedad revelan una forma efectiva de adecuar un marco de convivencia.

La crisis del concepto llega cuando dicho reconocimiento no sucede; cuando el sentido trascendente que por sí lleva el derecho se vulnera por imprecisiones o indiferencias.

Surge el deber de protección, que pervive con las garantías. Adviene el derecho procesal como la herramienta indisputable para asegurar el mecanismo de vigencia y como una forma de alcanzar la dimensión positiva de derechos que pueden no ser explícitos (por ejemplo: si no tienen expresa consagración legal y por ello no son reconocidos).

¿Es posible encontrar una definición común para las garantías y para los derechos humanos? ( ). El problema surge ni bien se advierten las diferentes formas de pensamiento de la sociedad, su diverso grado de desarrollo cultural, sus definidas idiosincrasias; sin embargo, a pesar de estas contingencias desafortunadas, pueden hallarse coincidencias prácticas.

Los derechos humanos reconocen una condición obvia: son derechos inherentes al hombre, por su sola condición de tal. Por tanto, no requieren positivación alguna, ni concesiones graciosas de la sociedad política.

El empalme entre la categoría jurídica con la persona humana abre posibilidades distintas. Así pueden llamarse "derechos humanos", "derechos naturales", "derechos fundamentales", "derechos del hombre", "derechos individuales"... pero en todas estas denominaciones aflora un valor, una identidad axiológica. El hombre tiene estos derechos por su sola condición, no importa el nombre que se les asigne; los tiene y los ostenta por su propia naturaleza y dignidad.

Esos derechos no responden a una categoría jurídica propia ni determinada. Por ello al estar afuera de cualquier orden jurídico por ser "suprapositivos" (es decir, no establecidos por una declaración de la voluntad del hombre al instituir un sistema normativo) sólo puede colegirse su factibilidad a partir de una situación ideal. Algo así como un código de conducta; una ética del comportamiento.

#### 48. Las garantías colectivas.

Así como los derechos individuales responden a un período histórico después consagrado en el constitucionalismo; también las garantías sociales son producto de un tiempo preciso que las incorpora.

En efecto, el individualismo había surtido grandes resultados en la conciencia de la persona humana acerca de los valores que tenía por su sola condición.

El Estado actuaba únicamente en el conflicto intersubjetivo dejando al hombre libre de hacer y realizarse.

La igualdad (todo hombre es igual ante la ley predicaron los revolucionarios franceses de 1789) era la síntesis alcanzada.

Sin embargo, el curso del tiempo fue provocando otras urgencias; otras necesidades. La igualdad apareció como una utopía; sus aspiraciones eran inalcanzables para muchos, dando por tierra bastantes de los ideales previstos en los derechos originarios.

La problemática se reflejaba a través de los conjuntos sociales, donde era posible advertir auténticos desequilibrios de fuerzas y oportunidades.

La polaridad trazada en el eje patronos y obreros obligó a pensar en mecanismos asistenciales que igualaran en beneficio de las premisas fundamentales que se llevaron otrora al grado de garantías individuales.

#### 49. Las garantías procesales.

Tanto garantías individuales como sociales son definitivamente consagraciones fundamentales que obran en la más pura abstracción si no cuentan con un elemental sistema de puesta en marcha o, al menos, de la posibilidad de reclamo efectivo.

Por tanto, las garantías procesales son el reducto de la eficacia y resumen de toda la noción de garantía constitucional.

El profesor mexicano Juventino Castro, a quien seguimos en numerosos pasajes, sintetiza magníficamente el pensamiento.

Dice: "Las garantías de la libertad hacen mención a una serie de derechos fundamentales de la persona humana, que les corresponden a ,sta por su esencia, y que le resultan necesarios para realizarse vitalmente, ya sea individual o socialmente. Son por lo tanto garantías eminentemente humanísticas, que las constituciones reconocen y respetan".

"Las garantías del orden jurídico se refieren al conjunto de estructuras y funciones de los órganos públicos, que si bien en último extremo precisan las facultades y atribuciones del poder público, contienen igualmente una seguridad para los individuos de que las normas de ordenación les permitir n plenamente el ejercicio de sus libertades, fijando el campo de lo que corresponde a las autoridades públicas -pero que beneficia en última instancia al individuo-, permitiendo que el orden no atribuido a dichas autoridades se reconozca a favor de las personas para sus fines libertarios".

"Queda tan sólo una tercera rea que -para decirlo en alguna forma- fija lo que podríamos llamar las reglas del juego. Es decir, que se hace referencia a una serie de garantías constitucionales de car cter instrumental, que establecen las formas y los procedimientos a que deben sujetarse las autoridades, para poder lícitamente invadir el campo de las libertades individuales, o bien para hacer respetar el orden público necesario para toda sociedad organizada" ( ).

Conviene agregar que buena parte de la doctrina prefiere referir en este sector a "garantías de la seguridad jurídica", que en buen romance parece m s ajustado a las realidades que impone el tiempo actual; o tambi,n de "garantías de justicia", con id,ntica disposición que la anterior.

No obstante, la suerte del derecho procesal debate su rol como garantía a trav,s de la eficacia de sus procedimientos, de forma que nos resulta mas apropiado hablar de ellos, y no en t,rminos de mayor latitud.

Existen muchos aspectos a cubrir, pero en cuanto hace a este ensayo, veamos como funciona la legitimación para obrar en los diferentes procesos constitucionales.

## 50. La legitimación en los sistemas difusos de control de constitucionalidad (standing to sue)

La "confianza en los jueces" caracteriza este sistema (llamado tambi,n americano por la clara influencia de la justicia de Estados Unidos en el modelo de justicia constitucional). Ello significa que cualquier juez que integra el poder judicial constituído se encuentra habilitado a realizar el control de legalidad y razonabilidad.

Existen algunas limitaciones precisas (autorestricciones del órgano) que impidenáactuar cuando se dan algunos de estos supuestos: a) que no sea estrictamente necesario determinar el ajuste constitucional de la norma para la decisión definitiva del litigio; b) si no existe perjuicio para quien alega la crisis normativa; c) cuando no est en peligro el equilibrio interactuado de los poderes; d) que exista inter,s suficiente para obrar la interpretación que se reclama, etc.

En Estados Unidos, Cooley estableció algunas reglas que, bajo el nombre de standing to sue, explicaron la capacidad para actuar en juicio. Posteriormente, el juez Brandeis en su voto

disidente en la causa "Ashwender vs. Tennessee Valley Authority" generó otras limitaciones entre las que se concreta la necesidad de alegar y probar la inconstitucionalidad que se plantea.

Bianchi, al desarrollar la cuestión enseña que rigen en dicho país cuatro reglas que sistematizan el m,todo, a saber: a) standing, b) ripeness, c) mootness y d) political questions ( ).

De ellas nos interesa transcribir al autor en los pasajes que aborda el fenómeno de la legitimidad (standing to sue).

"Por standing to sue se entiende la legitimación procesal de una persona para estar en juicio. Chemerinsky lo define como la determinación acerca de si la parte que presenta ante un Tribunal es la que corresponde para requerir el pronunciamiento (adjudication). Pese a ser un aspecto fundamental de la llamada <<justiciabilidad>>, constituye, empero, uno de los aspectos que m s críticas ha recibido en la doctrina, debido a la incoherencia con que los Tribunales lo han manejado. Así lo ha reconocido, incluso, la propia Corte Suprema en un caso relativamente reciente como es <<Valley Forge Christian College vs. American United for Separation of Church and State>>. De todos modos, es preciso señalar que la doctrina del standing es importante por varias razones. En primer lugar, resulta indispensable para mantener la división de poderes. Sin ella la tarea de los Tribunales no sería propiamente judicial. Tal como lo ha explicado la Corte norteamericana en <<Allen vs. Wright>>, el standing est basado en la sola idea de la separación de los poderes. En segundo t,rmino, evita que se expandan innecesariamente los procesos judiciales cuando sólo se busca en ellos un resultado o efecto ideológico. En tercer lugar, permite mejorar los fallos, asegurando que ante el Tribunal se debate una controversia específica y que est presente quien tiene un inter,s real y directo en la misma para litigar. En cuarto lugar permite que los que litigan sean efectivamente los titulares de los derechos invocados y que no se presenten ante los Tribunales testaferreros oficiosos. Los Tribunales -ha dicho la Corte estadounidense- no deben decidir necesariamente sobre derechos cuando los titulares de los mismos no lo requieren" ( ).

"La Corte norteamericana ha establecido que son tres los requisitos exigidos para determinar que una persona posea standing: 1) la parte debe alegar que ha sufrido o sufrirá en forma inminente un daño o agravio (injury); 2) el demandante debe alegar que el daño es consecuencia de la conducta del demandado, es decir, debe darse una relación de causalidad (causation) entre ambos, y 3) el actor debe alegar que una decisión favorable del Tribunal puede remediar (redress) el daño ocasionado. Además de estos tres requisitos, explica Chemerinsky, la Corte ha entendido que existen otros tres, que si bien no poseen rango constitucional, lo que permite que una ley los derogue, han nacido sin embargo de una prudente administración de justicia. Ellos son: 1) nadie puede reclamar por un derecho de un tercero que no est en juicio (third-party standing); 2) no puede accionar quien lo hace como simple ciudadano o contribuyente que reclama por un perjuicio general que otros muchos soportan de igual manera (general grievances), y 3) el actor debe demostrar que se encuentra dentro de la zona de intereses protegida por la ley en cuestión" ( ).

Esta configuración asienta en la idea de participar al ciudadano en los actos de control del poder, pero, al mismo tiempo, reduce la eficacia del mecanismo al impedir la iniciativa judicial ( ).

El m,todo genera, tambi,n, una seria inconsistencia. Cuando el ordenamiento jurídico no arbitra una acción directa de inconstitucionalidad, o no legitima a determinados órganos de poder ( ), la necesidad de un caso y la presencia de un titular específico que denuncie la gravedad constitucional impiden realizar efectivamente el control de constitucionalidad.

Sostiene Bidart Campos que bajo esta modalidad se puede vislumbrar como principio, que aquella titularidad de un derecho o interés propios (más el perjuicio o la lesión que en ellos infiere la norma o el acto presuntamente inconstitucionales) centraliza el control judicial en un ámbito bastante cerrado, porque si la norma o el acto no inciden en ese ámbito (que es el de los derechos e intereses personales de un sujeto concreto) la ausencia de legitimación procesal impide encontrar otro sujeto capaz de requerir el control porque el ámbito de los derechos e intereses subjetivos no se encuentra comprometido ( ).

El mecanismo funciona comprendiendo a la "causa" como conflicto, debiendo éste ser individual o exclusivo de quien reclama la defensa constitucional.

La controversia debe concretarse sobre hechos actuales, no siendo permitido resolver cuestiones abstractas; por tanto, si no hay controversia jurídica, no hay conflicto que habilite el control de constitucionalidad.

Este criterio resulta ancestral en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, produciendo un efecto secuencial negativo al impedir las acciones declarativas de inconstitucionalidad.

La razón de imponer un derecho propio para accionar tiene una explicación lógica en el pensamiento jurídico.

Dicha asociación responde al concepto de "derecho subjetivo", por ser la propiedad individual del derecho respaldado positivamente por una norma (derecho objetivo).

La primera regla del sistema difuso es ésta: para reclamar la inconstitucionalidad de una ley debo contar con un derecho efectivamente existente que sea propio, y que esté, actualmente violentado perjudicando algún principio o garantía constitucional.

Algunas veces la abstracción del derecho, o su pertenencia indiscriminada sin reconocer individualidades en la legitimación, abren ciertos interrogantes por la categoría de los llamados "derechos o intereses difusos", pero la jurisprudencia habilita alternativas en beneficio de una mejor consolidación del derecho a la tutela judicial ( ).

Estos principios consagrados en la jurisprudencia y en algunos ordenamientos legales, son duramente criticados por la doctrina mayoritaria, aunque existen valiosas disidencias que justifican la legitimación exigida.

En efecto, Barra ha dicho que "la doctrina de la legitimación o <<standing>> tiene su lógica en el sistema de revisión judicial. Definir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas es gobernar, es tomar decisiones políticas. Pero el sistema de división de poderes (modelo americano) quiere que este tipo de decisiones, cuando son abstractas o generales, o cuando concretas y particularizadas no se refieren a la adjudicación de una controversia, resulten del debate partidario y de las habilidades propias de los órganos que así y para ello fueron dotados por la Constitución. Si los jueces pudiesen atender los reclamos de los particulares que son sólo algunos puntos de vista, opiniones, deseos, iniciativas políticas, todo ello fuera de la actuación en la defensa de un derecho propio y controvertido, sustituirían a los otros departamentos del gobierno, pero careciendo de la base representativa que los otros sí poseen y que los habilita a tomar este tipo de decisiones. Las opiniones y deseos de la gente se expresan en el debate político -en su punto máximo, en el acto comicial- no en el expediente judicial. No sólo por la inhabilidad de los jueces para intervenir en tal debate, o por su falta de origen y responsabilidad electoral, sino por la preservación misma del <<valor significativo>> de la sentencia judicial, que obliga a los jueces a lo decidir fuera

del caso o controversia. Fuera del caso judicial, iniciado a instancia de parte -o en el que se involucra a una parte especialmente interesada, como en el proceso penal- no hay <<pronunciamiento>> sino opinión. Si los jueces accedieran a escuchar a quienes actúan en <<defensa de la ley>> en <<protección de un interés difuso>>, en <<defensa de la Constitución>>, en calidad de ciudadanos o académicos, o especialistas, o legisladores, dejarían de ser jueces para convertirse en asesores, la sentencia no sería otra cosa que un dictamen vinculante" ( ).

#### 51. La legitimación en los sistemas concentrados de control de constitucionalidad.

La actuación del Tribunal Constitucional se provoca con medios diferentes a los del sistema difuso donde la legitimación está subordinada a la cuestión que atiende.

El recurso directo sobre la inconstitucionalidad de las leyes, al no estar causado esencialmente por un conflicto particular activa un control abstracto de las normas; ello determina que el esclarecimiento se fije en una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto fundamental obviamente vinculado en su compatibilidad con una ley singular.

La naturaleza de estas diferencias es la que legitima procesalmente a cualquier órgano general, y no a sujetos que defienden sus propios intereses personales.

Tal como se explica: "En la doctrina alemana se habla por ello de un proceso objetivo, donde los órganos que han iniciado el mismo no adoptan, en su calidad de titulares de intereses políticos, la posición procesal estricta de recurrentes, puesto que no tienen intereses propios, sino que actúan en cierto modo, como defensores abstractos de la Constitución" ( ).

Buen modelo de esta sistemática es el español, donde están facultados para deducir recursos de tal naturaleza, el presidente del gobierno, el defensor del pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los presidentes de los órganos colegiados ejecutivos en las Comunidades autónomas y las asambleas de ellas.

En cambio, en los incidentes de inconstitucionalidad, la legitimación procesal se ubica en un tramo anterior porque el problema se plantea cuando el expediente se remite al Tribunal Constitucional y a un efecto diferente del que generó la demanda; es decir, la capacidad y legitimación ya fueron analizadas, y lo único que hace la magistratura especializada cuando recibe las actuaciones es verificar si existe o no "cuestión constitucional". Recordemos, a estos fines, que las partes del proceso común pueden solicitar al juez que sea éste quien plantee la cuestión ( ).

Tomando un criterio general sobre la dinámica pensada por el sistema concentrado de fiscalización constitucional, la legitimación no se convierte en una dificultad para el acceso, precisamente porque son cuestiones que superan las individualidades.

Es evidente que, además del interés individual que manifiesta quien deduce la pretensión, existe o pervive el interés de la comunidad para la defensa del orden constitucional. Por ello, cuando se otorga legitimación a minorías parlamentarias existe el propósito de proteger la función y el status de la oposición en el sistema constitucional. Lo mismo sucede con la legitimación del Ministerio Público a quien se inviste como tutor de las leyes del país y guardián general del ordenamiento legal.

De todos modos, en la práctica, se observan varias deficiencias, o dicho de otro modo, consecuencias inevitables que desmerecen el sistema de legitimaciones amplias. Por ejemplo: la

falta de sensibilidad ciudadana, la excesiva politización de las impugnaciones, el cúmulo de asuntos sobre el Tribunal, la nimiedad o intrascendencia de los motivos alegados, etc. ( ).

## 52. Modelos abiertos de legitimación

Otros sistemas (sin importar el órgano que realiza el control de constitucionalidad) admiten vías alternativas para la defensa y fiscalización del orden fundamental.

Son modelos abiertos de legitimación en los que se destacan nítidamente la acción popular, o las demandas de inconstitucionalidad.

La Constitución de Perú de 1993 en el art. 200.5 permite la acción popular para atacar infracciones a la Constitución y a la ley por parte de reglamentos, normas administrativas, y resoluciones y decretos de carácter general, emanados de cualquier autoridad. Sin embargo, no tolera demandas directas de inconstitucionalidad.

No obstante, en conjunto con dicho camino, se abre una senda paralela que a través del art. 200.4 viabiliza la acción de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la constitución en la forma o en el fondo).

El problema radica en la legitimación, porque sólo consiguen habilitar este proceso el presidente de la república, el fiscal de la nación, el defensor del pueblo, el 25% del número legal de congresistas, 5.000 ciudadanos (con alguna diferencia si la norma atacada es una ordenanza municipal), los presidentes de región de conformidad con el consejo de administración regional, o los alcaldes provinciales de acuerdo con su consejo. La acción de inconstitucionalidad corresponde en instancia única al Tribunal Constitucional (aun sin constituir) ( ).

En Guatemala, toda persona tiene derecho a pedir amparo, sea para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento, una resolución o acto de autoridad no obligan al recurrente por contravenir o restringir cualquiera de los derechos garantizados por la Constitución o reconocidos por otra ley.

La legitimación *ad processum* aquí, está condicionada a la afectación directa que acredite el reclamante. Sin embargo, en coincidencia con la tutela prometida por la justicia constitucional de El Salvador, Nicaragua, Colombia y Perú, se abre una gran brecha cuando los derechos que se reclaman versan sobre los que se denominan de la "cuarta generación" (patrimonio cultural y arquitectónico, medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, etc.), o se trata de sectores particulares de la sociedad que exigen un tratamiento singularizado (derechos del aborigen a su lengua autóctona, a sus costumbres, etc.) ( ).

## 53. La legitimación en el juicio de amparo.

El proceso de amparo debe focalizarse en la perspectiva del sistema que lo desarrolle. Si bien las cuestiones de legitimación no son profundamente diferentes, los mecanismos concentrados reservan la vía para las acciones de inconstitucionalidad, similares al recurso extraordinario que bosqueja el *modelo* americano. En cambio, el sistema difuso, por vía de principio, ha dejado al amparo como proceso reservado cuando no exista un recurso más idóneo, es decir, sosteniendo su carácter subsidiario ( ).

Tomemos como ejemplo cuatro modelos de amparo para ver como funciona en ellos la legitimación procesal.

En México los arts. 103 y 107 de la Constitución oportunamente reglamentados especifican la necesidad del derecho subjetivo (inter,s directo, propio y actual) en la persona o sujeto agraviado. Este es el supuesto ordinario, pero a su lado, se admiten legitimaciones extraordinarias que amplían notoriamente las personas que, aun sin representación, pueden interponer la acción de amparo.

En Alemania el equivalente a nuestro recurso de amparo es la queja constitucional (verfassungsbeschwerde)). Cualquiera que afirme la lesión de algún derecho fundamental propio está legitimado para interponer el recurso. No puede ser deducido por otro ni en favor de otro, ni siquiera como gestión fiduciaria. Pero el requisito de la personalidad no es tan intenso cuando el inter,s resulta legítimo o revela una cuestión trascendente ( ).

En España no se tutela únicamente al derecho fundamental vulnerado o al interesado directo, sino a toda persona que tenga un inter,s legítimo en su restablecimiento.

El art. 162.1 apartado b) de la Constitución de 1978 dice que están legitimados las personas naturales o jurídicas que invoquen un inter,s legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

En nuestro país ( ), el artículo 5§ de la ley 16.986 exige que la demanda se presente por la persona individual o jurídica que se considere afectada, condición que demuestra una vez más el remanido problema de la acreditación del daño directo o del perjuicio inmediato e inequívoco en el individuo que deduce la petición de tutela.

La misma calidad ("afectado") solicita el artículo 43, constitucional, aunque amplía el cuadro de representantes al Defensor del Pueblo, las asociaciones de defensa de los intereses colectivos y difusos, y en la medida que veremos en el capítulo siguiente, a toda persona que acredite un inter,s legítimo.

El recaudo del derecho subjetivo como habilitante del derecho de acción (no de la acción, como garantía constitucional) se funda en la utilidad que puede reportar al interesado el resultado del proceso, evitando de este modo, declaraciones dogmáticas o genéricas que no tienen un beneficiario directo.

Pero tal cuadro de situación ofrece serias dificultades, pues los derechos no se miden por el inter,s que prestan, sino por la protección que merecen; lo cual, llevado al campo de la praxis demostrar que cuando la defensa pretende generalizarse el único terreno de admisión será a través del litisconsorcio, el que muchas veces, se transforma en una hipótesis irrealizable, una simple y mera utopía.

Bien dice Fiorini que siempre es preferible un litigante equivocado a una justicia prohibitiva y menospreciadora ( ).

Cuando el artículo 43 otorga legitimación a toda persona, lleva a pensar que se habilita una vía difusa de acceso donde el inter,s para obrar no resulta condicionante de los pasos posteriores. En tal caso, es preciso diferenciar este ingreso con la acción popular, tal como lo hacemos en el capítulo siguiente ( ).

### 53.1 La legitimación amplia del art. 43 de la Constitución Nacional.

"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo..." dice el artículo 43 al comenzar; luego, el párrafo inmediato agrega que "podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines...".

El habeas data (párrafo tercero del art. 43) también se otorga a "toda persona", mientras que el habeas corpus concede legitimación al afectado o a cualquiera que obre en su favor (párrafo cuarto del art. 43).

La correspondencia entre cada predicado permite inferir que entre ellos existe autonomía. Es decir, que la legitimación para obrar difiere respecto a las personas que pueden promover el amparo, aunque existe un hilo conductor basado en el carácter de "afectado".

El primer párrafo, pertinente con la "acción de amparo ordinaria", otorga posición en el proceso a quienes reclamen por la violación de un derecho o garantía, siempre que sean personas físicas o jurídicas que, actuando por sí o representadas, aleguen un gravamen directo, o un interés afectado.

En el supuesto de asociaciones que no revistan como personas morales, pueden accionar si acreditan a través de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público (art. 5, Ley 16.986). Es esta la solución transitoriamente aconsejable mientras no se legisle la remisión que efectúa el art. 42 párr. tercero, y el art. 43 párr. segundo de la Constitución Nacional.

De todos modos, aun cuando se considere que el art. 43 citado es de carácter programático, los jueces deben conceder legitimación procesal a las entidades suficientemente representativas que justifiquen idoneidad e información en relación con la defensa de los derechos colectivos afectados, si transcurre cierto tiempo sin que el Congreso cumpla con el imperativo constitucional, a fin de no frustrar la decisión constituyente de brindar efectiva protección a dichos derechos.

La doctrina inmediata pronunciada después de la reforma de 1994 argumenta, entre otros conceptos, los siguientes:

Spota sostiene que se está frente a una circunstancia excepcional que otorga operatividad directa, sin necesidad de reglamentación alguna, a las legitimaciones para obrar dispuestas en el art. 43 ( ).

No tan seguro de la amplitud se muestra Dalla Vía, para quien el término "afectado" debe encontrar un punto intermedio entre el derecho subjetivo y la legitimación amplia ( ).

En similar duda se encuentra Rivas, al decir que "lamentablemente, y pese al carácter común de los derechos (intereses) difusos, el art. 43 no crea para su defensa una acción popular o lisa y llanamente no permite asumirla a cualquier persona del pueblo aun cuando no sea afectado directo..."( ).

Barra directamente sostiene que en materia de amparo la legitimación sólo le corresponde a quien acredita el derecho subjetivo. Para ello interpreta que el término "afectado" reside en la persona que puede invocar un "daño diferenciado" ( ).

Sagor, en cambio, admite mayor flexibilidad al concepto "afectado", pero mantiene en la Ley 16.986 la atención sobre los problemas de legitimación ( ).

También Palacio comulga con la ampliación de la legitimación activa que resulta de las situaciones contempladas en el art. 43 ( ).

Finalmente Morello alega sobre las bondades que tiene la disposición constitucional en la medida que se otorgue al término "afectado" posibilidades ciertas de abrir un proceso rápido y expedito.

En tal sentido dice que el "sistema de la tutela eficaz, continua, expedita y plena a cargo del amparo, se integra con las previsiones de los arts. 8º y 25 del Pacto de San José, de Costa Rica y 6º del Tratado Europeo de Derechos del Hombre, en cuyas similares redacciones -al igual que el fundamental art. 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, reformada en 1994- se apunta al mismo objetivo que tan dignamente edicta el art. 43 nuevo de nuestro Estatuto Básico" ( )

De nuestra parte nos hemos pronunciado por una legitimación amplia, no restrictiva, que no puede interpretarse en el signo del art. 5º de la ley 16.986 pues en este punto el art. 43 constitucional lo ha derogado implícitamente.

Respecto al carácter de "afectado" hacemos remisión al capítulo siguiente donde nos pronunciamos.

### 53.2 La legitimación en los derechos de incidencia colectiva.

#### Remisión Capítulo XI

### 54. La legitimación en el habeas data

La legitimación para obrar esta garantía no es simple en la medida que depende del objeto que se pretenda.

Diferentes son las condiciones si uno persigue un "derecho de acceso" a las fuentes de información; o se quiere un "control sobre la base de datos", u otra intención lo motive ( ).

A) Si fuere el caso de conocer la información, los probables intereses serían: a) la formación y existencia de los bancos de datos; b) el acopio informativo personal que se tenga, y c) la finalidad o destino que lleven esos registros.

La norma constitucional vincula el conocimiento con la finalidad de ellos, circunstancia que demuestra la necesidad de acreditar algo más que un interés informativo sobre los archivos, debiendo el demandante fundamentar las razones que entiende lo habilitan para ser notificado de las fuentes y los objetivos que con los datos levantados se persigue ( ).

No obstante, la redacción fundamental parece admitir la subsidiariedad del planteo, de modo tal que uno podría solicitar el acceso y la información, para que, una vez confirmada la presencia individual en el archivo, se concreten las pretensiones posibles de supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los datos.

Pero si así fuera, existiría cierta ambigüedad o exceso en la admisión procesal, porque, el conocimiento de los datos puede conseguirse también por diligencias preliminares; mientras que la

finalidad del archivo debe demostrar la razón o curiosidad que tiene el interesado para conocerlo ( )

El derecho a saber su incorporación en una base de datos, ocupa también al anociamiento permanente sobre la permanencia.

La forma cómo se conocen los datos puede ser voluntaria, en cuyo caso estamos fuera del marco que precisa el *habeas data*; o provocada, a través de las acciones judiciales pertinentes que al efecto se encarrilen.

La información directa se brinda a través de la consulta directa en los ficheros, o visualizándolos si estos fueran telemáticos o informáticos. En cambio, es indirecta cuando se obtiene mediante escrito, copias, fotocopias u otro medio similar que no requiera el uso de dispositivos mecánicos específicos.

"La ejecución del derecho de acceso conlleva una serie de exigencias o deberes, que realizarán tanto el titular de la base de datos como el del derecho. Es la obligación de comunicar los datos encontrados al titular del derecho de acceso, comunicación que, según especifican las leyes de protección de datos, deberá realizarse en forma comprensible, es decir, de manera que pueda entenderse" ( ).

El libre ingreso a los archivos informáticos o manuales puede limitarse cuando existan situaciones de reserva o secreto, o la difusión provoque inseguridad en las instituciones o, el mismo Estado atraviese por circunstancias de excepción (estado de sitio, por ejemplo).

B) Si la pretensión fuera de control sobre las bases de datos, la cuestión reconoce variantes.

Desde la óptica de las acciones tendientes a efectivizar el control, las pretensiones se desglosan.

La necesidad de saber sobre datos personales que se ingresan en bases de datos o registraciones públicas o privadas constituye un aspecto del derecho a la información que no puede ser contrariado sin dar excepciones válidas o razonables.

Es el derecho de acceso que señalamos en el punto anterior, el cual puede impetrarse administrativamente, es decir, directamente al registro que lo contiene, y sólo excepcionalmente, a través del *habeas data*, ante la renuencia de los organismos a suministrar la información que se pide.

En algunas legislaciones, el impedimento o la obstaculización del ejercicio al derecho de acceso o la negativa a facilitar los datos que se solicitan, son causales graves que pueden llevar a la sanción de los funcionarios, o a cancelar la autorización para tener sistemas informáticos de almacenamiento.

C) La facultad de requerir la cancelación o la corrección de los datos inexactos, otorga el denominado derecho al olvido, esto es, el principio a tenor del cual ciertas informaciones (V.gr.: antecedentes penales prescriptos) deben ser eliminadas de los archivos transcurrido un determinado espacio de tiempo desde el momento en que acaeció el hecho a que se refieren, para evitar que el individuo quede prisionero de su pasado ( ).

La corrección de los archivos puede efectuarse por el mismo sistema que los contiene, sea ya por la aclaración que formule el individuo, o por la información corroborada por la base de datos.

Estos organismos de registración, públicos o privados, generalmente pueden oponerse a las rectificaciones cuando ellas se promueven por quienes no son directamente interesados; excepción hecha de las pretensiones sostenidas por personas que invoquen un legítimo interés y a la mantención de los datos les provocare riesgos o daños inminentes.

D) En cambio, si la idea es actualizar los datos registrados, debe acreditarse la inutilidad de los trámites administrativos dirigidos a obtener el pedido. De otro modo se lleva a la justicia cuestiones de naturaleza administrativa que harían de la función jurisdiccional un auténtico notariado.

E) Un supuesto más a considerar es el derecho de rectificación o respuesta en relación al derecho a la información.

El derecho a la información, también conocido como derecho de rectificación y respuesta, que no se encuentra aun legislado en el ordenamiento positivo, tiene no obstante, plena captación a través del "bloque de constitucionalidad" que significan los tratados incorporados en el artículo 75 inciso 22. Particularmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos norma en el art. 14 que:

"Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley".

La dimensión del problema se vincula con la difusión que pueden hacer los medios de prensa, de datos que conozcan sobre ciertas personas y los reproduzcan en una nota periodística, causando perjuicios.

El artículo 43 de la Constitución Nacional, dispone que "no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística", dejando en claro que el derecho a la información no puede utilizarse como remedio alternativo para el derecho a la información.

En los hechos la norma le otorga a la prensa, lato sensu, la posibilidad de escudarse tras este derecho al secreto profesional, evitando revelar las fuentes donde obtuvo los datos que publica o difunde.

Pero el sujeto interesado debe tener, entonces, una vía útil y efectiva para conocer los registros que de él se tienen, así como para rectificarlos, actualizarlos o pedir su anulación.

Si no los tiene, existe una omisión inconstitucional.

El derecho público provincial ejemplifica la preocupación del constituyente por esta situación. En Río Negro, la carta superior establece el "amparo informativo", reglamentado en la ley 2384.

Ella dispone la procedencia de "la acción de amparo informativo en favor de toda persona física o jurídica que temiera ver perjudicados su privacidad, su honor o el goce completo de sus

derechos, según el caso, ante informaciones agraviantes o inexactas vertidas a través de cualquier medio de difusión".

La coincidencia entre las disposiciones aparece en la "información inexacta", pero la diferencia estriba en los motivos que acuden para fundar una u otra pretensión.

Mientras el derecho a replicar supone obtener un medio equivalente al que difunde o reproduce un dato equívoco que nos agravia para perseguir su correcta exposición; el derecho de rectificación presente en el habeas data concierne al derecho de acceso a los bancos de datos para lograr cualquiera de las pretensiones a que ya hicimos referencia.

De esta manera, "se configura el derecho de rectificación aplicado a los servicios de información electrónica como una garantía más, un plus, que coadyuvar a proteger los bienes involucrados en un tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que pueden lesionarse con la difusión de datos inexactos a través de los servicios de información periodística, situación que ya se ha dado en la práctica" ( ).

#### 54.1 Legitimación para obrar según el tipo de habeas data.

En líneas generales podemos decir que, a pesar de la amplitud que profesa el término "toda persona" con que empieza el párrafo tercero del art. 43 citado, la acción sólo es posible para quien acredite un interés directo y un daño potencial o cierto que lo habilite al reclamo.

Aunque la norma constitucional no lo precisa, ello es innecesario por la naturaleza personal o individual que supone el objeto procesal específico ( ).

Sin embargo es posible encontrar aspectos que incluyen singularidades en el trámite de admisión al proceso. Se trata, en consecuencia, de resolver si existe un tipo exigido de legitimación para obrar de acuerdo con el fin requerido al promover el habeas data.

Cierto sector doctrinario, inspirados en el carácter constitucional de la medida, admiten que la legitimación sea amplia e irrestricta, encolumnando tras las personas físicas (quienes pueden actuar por sí o por medio de representaciones convencionales), los casos de ausencia (la legitimación del Defensor oficial), de herederos o sucesores universales (en resguardo del honor u otros derechos del difunto), las personas jurídicas y el Defensor del Pueblo ( ).

Inclusive, se sostiene la posibilidad de realizar un habeas data colectivo en los casos de discriminación ( ).

Otros, en cambio, mantienen el "carácter personalísimo" de la garantía, agregando que, en ciertos supuestos, "es una variable del derecho a la intimidad consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional" ( ).

Para nosotros es preciso reconocer en el que petitiona algún derecho o interés vinculado con lo que está reclamando.

Por ejemplo, existe información absolutamente privada que pertenece a la esfera de la intimidad y constituye un auténtico derecho al secreto absoluto. Esta, claro está, no puede ser difundida, aunque pudiera estar registrada (V.gr.: enfermedades psicosociales que informa una historia clínica << >>). Mientras que otro tipo de registraciones evaden la condición de privacidad y se instalan en la dimensión de informaciones públicas que procuran una mejor administración del Estado (V.gr.: Registro Civil, Registros de la propiedad inmobiliaria o

automotor, Policía Federal, Colegios, Universidades, Obras Sociales, Clubes, Compañías de Seguros, etc.), o el cumplimiento adecuado de ciertas obligaciones constitucionales (V.gr.: los registros en padrones).

Esta división pone de manifiesto que hay una esencial distinción entre el "titular" de los datos, y quienes los administran.

Bianchi explica que titular es el individuo porqu, a ,l le corresponden y pertenecen; en tanto que los administradores son quienes poseen los bancos o registros que recopilan y ordenan tales datos. "Estos últimos tienen cuatro obligaciones b sicas: a) estar legitimados para haberlos obtenido; b) llevar un correcto registro, sin incurrir en falsedades, lo que incluye tambi,n su actualización; c) asegurar su confidencialidad y no proveer de información sino mediante autorización del titular o a requerimiento de autoridad competente; d) evitar su destrucción o deterioro" ( ).

La distinción entre sujetos con legitimación activa y sujetos legitimados pasivamente es naturalmente obvia e imprescindible.

a) En el "h beas data" destinado a conocer la información que se tiene registrada, la legitimación para obrar le corresponde "toda persona", "todos los habitantes", "todos los ciudadanos", o cualquiera otra persona física o jurídica (para utilizar algunas de las expresiones usadas en textos constitucionales o leyes reglamentarias) que proponga a un Juez el proceso.

Es un derecho a la información que no puede ser restringido por el "derecho subjetivo vulnerado" o el "inter,s legítimo a tutelar".

Esta libertad irrestricta proviene del car cter público que tiene la fuente informativa y de la condición expuesta de los datos (que en el caso se denominan "vacantes").

Ahora bien, como la norma constitucional relaciona el conocimiento con la finalidad del registro, es preciso que la persona que deduce la acción indique el motivo por el cual los solicita, para que una vez conocido, y advirtiendo que en ellos existe falsedad o discriminación, pueda concretar la supresión, rectificación, actualización o requerir la confidencialidad o reserva de aquellos.

Elocuentemente se muestra de que manera la pretensión es compleja al fraccionar el objeto en dos motivos esenciales aunque dependiente el segundo del primero: a) conocer los datos o registros y, b) solicitar, en caso de estar en ellos con información falsa o discriminatoria, alguna de las causas que posibilitan el h beas data.

No existirían problemas de intentar acciones independientes, pero como dijimos anteriormente, el Código procesal reserva otras vías para la pretensión, de modo que al ser subsidiaria la garantía constitucional, estaría postergada si el remedio propuesto en paralelo es m s idóneo.

b) Si la intención fuese interponer h beas data correctivo, en cualquiera de sus posibilidades (rectificación o actualización), va de suyo que sólo quienes tengan el "inter,s" específico de la demanda tendr n legitimación procesal.

La noción de "interesado" expresa la idea según la cual, toda persona -física o jurídica- tiene un derecho subjetivo sobre la información relativa a sí misma, aún cuando tal información haya sido reunida por otras personas ( ).

Desde luego, un habeas data puede ser mixto, en el sentido de comprender un objetivo simplemente exhibitorio, o pretender también actualizar, rectificar, reservar o excluir datos, concernientes a la información que obre en un registro ( ).

En este cuadro se puede aceptar la legitimación para actuar de aquellos que continúen el interés procesal de la persona registrada, tales como los herederos forzosos (V.gr.: ascendientes y descendientes, los colaterales hasta el cuarto grado, los afines y el cónyuge -salvo que estuviese divorciado).

c) En el supuesto del habeas data tendiente a lograr la confidencialidad, reserva o directa exclusión de los datos registrados, se acentúa el carácter personalísimo y, por tanto, la necesidad de acreditar el carácter que se invoca.

Para iniciar la protección solicitada basta cumplir con los recaudos indicados en el párrafo anterior; pero, lograr la sentencia favorable depende del tipo de registro que los contiene y del uso que de ellos se haga.

La finalidad del habeas data es impedir que en bancos o registro de datos se recopile información respecto de la persona titular del derecho que interpone el "amparo", cuando dicha información está referida a aspectos de su personalidad que están directamente vinculados con su intimidad, no correspondiendo encontrarse a disposición del público o ser utilizados en su perjuicio por órganos públicos o entes privados, sin derecho alguno que sustente dicho uso.

Se trata, particularmente, de información relativa con la filiación política, las creencias religiosas, la militancia gremial, el desempeño en el ámbito laboral o académico, entre muchos otros objetivos ( ).

La diferencia entre el secreto y la intimidad está presente en este capítulo. Obsérvese que quien deduce la demanda no es titular ni dueño del secreto que está registrado. Es el legitimado pasivo -el que opera el archivo- quien tiene el secreto, que al ponerlo en contacto con otros medios evita la ocultación y los expone ante otras personas, provocando, con ese acto de circulación, el perjuicio que habilita el habeas data.

También la amenaza de difusión permite la vía.

Por eso la intimidad le pertenece a un sujeto preciso y queda en él la reserva de sus derechos. Solo él los conoce. En cambio, el secreto está proyectado a terceros que lo conocen y que se convierten en garantes de la confidencialidad.

A este respecto, dice Quintano, "la simple indiscreción no puede ser objeto de protección jurídica ni menos jurídico-penal, porque la criminalización de tal comportamiento daría al traste o dificultaría no pocos aspectos de la vida social. Lo que sí es claro es que no reviste tanta importancia saber si un secreto, para su titular, constituye realmente una materia digna de reserva, como saber si, efectivamente, ese secreto es digno de protegerse jurídicamente porque sea merecedor de tal protección. Naturalmente, siempre será digno de protección un secreto que, para la persona titular, sea digno de ella, habida cuenta de que lesión produciría un perjuicio en la intimidad de dicha persona, si bien esta protección ya no alcanzaría la vía penal, sino la civil" ( ).

## 54.2 La legitimación pasiva en el habeas data

Frente al derecho de las personas a conocer su inclusión en bancos de datos o cualquier archivo, se encuentra el derecho de los titulares de ellos, sean públicos o privados.

Palazzi diferencia según se trate uno u otro registro, responsabilizando al funcionario que est, a cargo del mismo cuando sea público; y al representante legal cuando sea privado. "Puede suceder que el mantenimiento del registro o base de datos est, a cargo de un tercero especializado - caso de empresas de computación-, lo que puede llevar a integrar la litis con este para que la resolución final le sea v lidamente oponible, sobre todo en el caso de registros desactualizados o erróneos que hayan causado algún perjuicio económico o moral" ( ).

Cada uno de los subtipos de habeas data reconoce variables en los legitimados pasivos correspondientes.

En las actuales circunstancias, aun sin reglamentar esta garantía y sin contar entre nuestras leyes un orden sistem tico y ordenado para la reunión de información personal y su circulación comercial, existe cierto casos procesal, y una evidente ambig• edad para el tratamiento de cada caso.

La jurisprudencia reunida hasta ahora nos muestra que no existe un "derecho del titular de los registros", salvo en lo referente a empresas periodísticas que est n amparadas por la exclusión expresa del art. 43 Constitucional.

Hay un claro derecho de los registrados, pero est ausente una legislación sobre acumulación, tratamiento y distribución de los datos.

De este modo, liminarmente, podemos sostener que tienen legitimación pasiva todas las entidades públicas o privadas que compilen datos personales aunque no tengan finalidad comercial.

El objeto del habeas data que, como dijimos, relaciona conocimiento con finalidad, supone ensayar un planteo subsidiario, de modo tal que uno podría solicitar el acceso y la información, para que, una vez confirmada la presencia individual en el archivo, se concreten las pretensiones posibles de supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los datos ( ).

## 55. La legitimación en el habeas corpus.

En su parte pertinente, el art. 43 de la Constitución Nacional sostiene que "...la acción de habeas corpus podr ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolver de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

Se puede afirmar que la inclusión en el capítulo de "nuevos derechos y garantías" de este derecho a la libertad no hace m s que ponerse a tono con un tiempo trazado por las aspiraciones mundiales reflejadas en los textos de pactos y tratados que, en nuestro caso, son de aplicación obligatoria (art. 75.22 de la Carta Magna).

Esta amplitud de legitimados puede reclamar por los derechos de una persona que se encuentra en alguna de estas condiciones:

- a) libertad física lesionada, restringida, alterada o amenazada (detención ilegal o posibilidad de perder la libertad ambulatoria);
- b) desaparición forzada de personas, por autoridades o individuos desconocidos y, obviamente, sin causa sabida por medios fehacientes;
- c) condiciones carcelarias justas y apropiadas con la garantía del párrafo final del artículo 18 de la Constitución en cuanto refiere a que "... las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".
- d) garantías procesales vinculadas con los incisos detallados precedentemente, en cuanto refiera al debido proceso, o a la rapidez y expeditividad con que debe resolverse cualquier situación relacionada con las personas privadas de su libertad ( ).

Acompañan esta facultad irrestricta los ordenamientos incorporados a nuestro derecho interno, tales como, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que establece: "nadie puede ser arrestado, detenido, ni exiliado arbitrariamente" (art. 9).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9.4 cuando declara que "toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un Tribunal a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal".

La Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, por su parte expresa que "todo individuo que haya sido privado de su libertad, tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad" (art.25, párrafo final).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 7 inciso 6 signa el mismo criterio, diciendo que "toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

Cada una de estas disposiciones armoniza la vigencia operativa de la libertad individual de las personas, a su vez, correspondidas en los artículos 18 y 23 de la Constitución Nacional.

## CAPITULO XI

### LA LEGITIMACION PARA OBRAR Y LOS DERECHOS DIFUSOS

## 56. La importancia de esclarecer el objeto de estudio.

Cuando uno refiere a los derechos o intereses difusos, o adopta el nominado por la Constitución Nacional y señala a los derechos de incidencia colectiva, la temática principal del estudio puede resolverse desde frentes diversos.

En primer lugar, corresponde acordar una interpretación sobre que son y a que refieren los derechos o intereses difusos. Luego, analizar el objeto que protegen. Seguidamente, cuales son las personas que pueden peticionar en su nombre, y las reparaciones que tienen derecho a reclamar. Paso siguiente ser determinar el procedimiento aplicable, si judicial o administrativo, y en su caso, las modalidades intrínsecas que cada uno defina; evidentemente, también en estos casos, habrá de analizarse la decisión resultante y sus efectos consecuentes. Y, finalmente, como es bueno realizar en todo estudio, un recorrido del derecho comparado propone observar como organizan estos problemas otras legislaciones del mundo.

Aparecen así niveles sucesivos de aprendizaje encolumnados tras el derecho privado, el derecho constitucional, el procesal y el derecho penal o administrativo. Cada uno en sus contenidos asume la importancia de los ejes y cuestiones. Cada cual, también, los afronta con temperamentos coincidentes.

En cada caso son otras fronteras y novedosas formas de conocer el interés jurídico protegido por el sistema jurídico tradicional.

La transformación de los derechos responde hoy a la necesidad de verificar que en el plano de cada disciplina, antes cerradas en definiciones previstas para las personas que se protegen, actualmente, son los intereses los que resuelven el replanteo y avizoran un cambio esencial en las modalidades instrumentales y tuitivas de cada derecho.

Veamos, entonces, cómo se presentan cada uno de ellos.

## 57. Nociones elementales sobre el derecho subjetivo.

El proceso tradicional tutela intereses privados bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien es el legítimo titular del derecho invocado.

Se trata, en definitiva, de reducir toda la cuestión del acceso a la jurisdicción, a un problema de consistencia jurídica, que determina la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende ( ).

Es el sistema el ciclo de reafirmación del derecho subjetivo que surge con el constitucionalismo liberal de fines del siglo XVII y se consolida en los inicios del siglo XIX, con los derechos individuales.

La entrada al proceso viene determinada por "alguien" a quien se conoce, se personaliza, y sobre el que se proyectan los requisitos de acreditar la pertenencia exclusiva del derecho invocado (legitimación ad causam). Por supuesto, también sobre él, los ordenamientos procesales requieren que la pretensión esbozada lo encuentre en una relación de causalidad suficiente y adecuada con los hechos que presenta.

Es decir, se vincula sucesivamente a la persona, la cosa y las acciones para que tengan una relación jurídica que admita la tutela judicial.

El derecho subjetivo es el único que logra calidez receptiva en el sistema jurisdiccional, porque tiene y define una personalidad procesal. Se conoce a la persona, se sabe de sus derechos y de los conflictos que individualmente le aquejan y necesitan de resolución por la justicia.

Resulta, entonces, la protección otorgada de una lógica indiscutible, donde predomina asimismo un factor ideológico que le sirve de soporte.

La certeza del derecho está asegurada a través del status de persona que convive en un contexto social.

Así se desenvuelven los sistemas codificados, sobre todo los que nacen a partir del código civil francés, al que tanto apego tuvo V. lez Sarsfield.

Es un sistema teórico por el cual el derecho está constituido por un sistema de proposiciones donde las normas atribuyen predicados jurídicos a sujetos determinados.

El derecho privado no tiene matices. Todo se desliza desde la pertenencia y, por eso, se entroniza el derecho de propiedad, de indiscutida raíz individualista.

Bien pronto se advirtió que estos derechos subjetivos, originarios y exclusivos que se podían oponer frente al Estado, requerían de un reconocimiento superior. Así se incorporan en el fenómeno constitucional como derechos de una primera generación, receptados, generalmente, en los dogmas fundamentales de las Normas Supremas de un Estado.

Esta nueva columna significó una variable impensada. En efecto, al encontrarse adscriptos a un sistema organizacional "de todos", los derechos subjetivos, antes personales y exclusivos, comenzaron a ser de muchos, dando lugar a los denominados derechos subjetivos públicos.

Sin embargo, persiste la idea de reconocer las individualidades, aun cuando fueran agrupadas o compartieran sus intereses.

Todo esto contribuyó para determinar la convicción que por detrás del concepto de derecho subjetivo existía una concreta y efectiva realidad que estaba desprotegida.

Bien se explica que la individualización del criterio de tutela y el apego a los resultados sustancialmente personalizados, realizado con instrumentos lógicos y en base a la existencia de un objeto sustancial conocido por la lógica jurídica normativa, dejaba en el camino otras realidades contextuales que no tenían un claro perjudicado, aunque la afectación fuere evidentemente masiva ( )

La necesidad de proteger esos intereses dispersos o anónimos, fue el tránsito hacia una nueva etapa. La solidaridad es el valor principal que se pondera, así como la libertad lo fue para los derechos fundamentales del Estado liberal y la igualdad para los derechos socioeconómicos y culturales ( ).

No debe interpretarse el fenómeno como un debilitamiento de los derechos individuales (subjetivos), sino su fortalecimiento a partir de la comprensión que supone reunir varios integrantes en conflicto por una misma situación.

58. Definición de derechos difusos.

El tránsito de la defensa de las individualidades que tipificó buena parte de los códigos de fondo, hacia la tutela de los derechos difusos, obedece a contingencias claras que señalaron globalmente la crisis padecida.

Una de ellas llega con la grave repercusión de las guerras mundiales, las que advierten como las individualidades eran incapaces de frenar las intemperancias de la conflagración. Tanto como le sucedió al Pacto de Versalles de 1919 que, bajo la Sociedad de las Naciones, no pudo impedir el sacrificio general de derechos y el furibundo envilecimiento de la dignidad humana.

El resurgimiento de los derechos del hombre viene con las Declaraciones Americana y Universal de mediados del siglo XX, que dan lugar a una nueva categoría de derechos: los derechos humanos, entre los que se encontraban los que se llamó de la tercera generación.

Estos, fueron destinados a tutelar una diversidad de conflictos de masa, una generalidad de perjuicios que no tenían un particular damnificado, sino a toda un grupo o categoría social.

Por eso suelen llamarse también intereses difundidos, expresando en consecuencia el aspecto de indeterminación, o propagación subjetiva del motivo a defender.

Son los derechos a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, los derechos del consumidor de bienes y servicios, los derechos que provienen del arte, los derechos de las razas y de las culturas, entre otros notables por su dimensión.

Lo característico de ellos es que aparecen considerados en declaraciones sobre Derechos Humanos, pactos y convenciones internacionales; se trasladan después a las Cartas Fundamentales, y recién al final, consiguen organizar un sistema autonómico de cobertura normativa. A veces, el pasaje en el último tramo es inverso. Se da primero la ley y después el reconocimiento constitucional.

La traspersonalización caracteriza el objeto, pero es la dimensión del grupo subjetivo lo que determina la verdadera noción de difuso o colectivo, pues entre ambos, hay cierta identificación que confunde y corresponde esclarecer.

El derecho o interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado. Mientras que los derechos de incidencia colectiva (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) reconocen y definen un sector particular del gravamen.

Por ello, resulta más correcto hablar de derechos o intereses cuya pertenencia es difusa o colectiva. En el primer grupo hallamos aquellos derechos que no tienen un titular efectivo, sino varios que tienen, algo así, como cuotas indeterminadas del interés que persiguen (V.gr.: medio ambiente, ecología, salubridad, etc.). Mientras que son colectivos los que pueden protegerse a través de asociaciones o grupos que asumen la representación correspondiente del interés agraviado (V.gr.: derechos del consumidor, defensa de la competencia, discriminación, etc.).

No obstante los límites son muy imprecisos y hasta resulta baladí establecer una diferencia entre las categorías.

Vigoriti, por ejemplo, establece distancias entre los intereses a partir de la organización dispuesta para ellos. Para el autor, son difusos aquellos intereses que tienen una posición de ventaja reconocida a ciertos particulares sin identificar; mientras que colectivos son los que tienen una representación adecuada ( ).

Una perspectiva diferente ofrece Bricola ( ) para quien los intereses difusos, que pueden coincidir con los intereses generales en cuanto a su extensión, se caracterizan por la fragmentación o pluralidades de situaciones subjetivas relativas a sujetos singulares. Mientras que los intereses colectivos son más acotados, al corresponder a una categoría, clase o grupo de sujetos, vinculados por una situación de conflicto con el poder económico ( ).

Ahora bien, los derechos difusos requieren una construcción técnica que le permita superar la eficacia moral o declamativa de los enunciados teóricos ( ).

Para ello, deben precisarse como derechos antes que simples intereses, o bien, aceptar que hay intereses que por su cualidad merecen ser atendidos de inmediato sin importar el carácter que inviste la persona o el grupo que para sí los reclama.

Si fueran derechos fragmentados se mantendría la idea de personificación del interés, tal como sucede con el derecho subjetivo. Pues habría que superar la barrera ideológica de la pertenencia, tanto como del daño identificado.

Si lo primordial de los derechos difusos es la indeterminación, significan un plus a la protección ya reconocida de ciertas situaciones o intereses.

Por tanto, los derechos difusos son preponderantemente derechos híbridos, que poseen un alma pública y un cuerpo privado, que trasciende el derecho subjetivo particular y extiende el campo de la protección pública. Son, en definitiva, intereses pluriindividuales de relevancia pública cuya forma más natural y corriente de representación es la asociativa ( ).

#### 59. Características de los derechos difusos.

El reconocimiento constitucional fue el hecho normativo más importante en la lucha por obtener un espacio consolidado para los derechos difusos.

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.

La operatividad de los preceptos constitucionales es inmediata, pero la especificación de necesarias particularidades no puede postergarse.

De todos modos, el problema en ciernes está en dar vida a los intereses jurídicamente protegidos, a cuyo fin obra en primer lugar resolver la legitimación procesal que tendrán estas asociaciones o grupos sociales.

En el plano de las subjetividades, el derecho difuso muestra que originariamente responde a un individualismo presente (es la idea de fraccionamiento o cuota del interés), aunque genéticamente es supraindividual para su desenvolvimiento.

También es colectivo el derecho que ostenta, debiendo definirse las características de los grupos o asociaciones que lo representen. Ya sea determinados por un número prefijado de miembros y condiciones de asociación; o, en su caso, sin fijar requisitos y permitir la representación eventual.

También, los derechos difusos son esencialmente fungibles, en la medida que la tutela diferida es aceptada a particulares o asociaciones "que propendan a esos fines".

Se ha desacadado de estos intereses su car cter conflictual, es decir, el car cter antagonista de estas situaciones jurádico materiales de ventaja frente a otros intereses ya reconocidos ( ).

Finalmente, por el espacio donde est n situados, podemos sostener que son derechos participados en lo público y en lo privado, lo cual permite interpretar con mejor encuadre la relación entre grupos y entidades intermedias.

Lo público son los intereses, en cuanto dimensión cualitativa de las preocupaciones sociales. No se trata, en consecuencia, de la captación de los intereses individuales o colectivos que aspiran concretar la defensa de los derechos colectivos o públicos, en su car cter de ciudadanos o miembros de la colectividad local o nacional, aunque pudieran hacerlo invocando u derecho subjetivo propio (

Las necesidades pueden ser individuales, es cierto; pero tambi,n lo es que, en el caso, fundamentalmente son colectivas o gen,ricas ( ), y se integran al concepto de perdurabilidad de las situaciones afflictivas. Esto es, que aun siendo invocadas por uno sólo de los afectados, existe un grupo tambi,n interesado por la magnitud de la crisis y su posible continuidad si la cuestión no se compone "para todos".

## 60. Diferencias con otros intereses.

La formación de derechos difusos y su distancia respecto de otros de similar envergadura para reclamar la protección judicial o administrativa, resulta necesaria a los fines de establecer una categoría de legitimación que evite confusiones en el acceso.

Va de suyo que referimos a intereses jurídicos, es decir aquellos bienes que son protegidos por cualquier ordenamiento normativo y que surgen de la relación entre el individuo con la cosa pedida.

Pero como esa precisión entre el derecho y la persona tradicionalmente se enfoca en la perspectiva de la pertenencia individual y el acceso a la justicia que favorece a quien acredita esa situación, hemos de asociar antes que el contenido de los intereses la supraindividualidad que presentan.

### 60.1 Los intereses colectivos.

Este tipo de intereses corresponde a un conjunto definido de personas que se congregan en derredor de una unidad jurídica que los vincula.

El que el inter,s pertenezca a muchos no quiere decir que se expanda a todos sin lograr identificar ni particularizar un sólo interesado; tan sólo significa que el inter,s radica en muchos, de modo tal que el problema a descifrar no es la existencia del mismo sino evidenciar la titularidad de quienes lo alegan para ver si tienen posibilidad jurídica de actuación procesal.

La tipología que presentan se ejemplifica a trav,s de los sindicatos, los colegios o asociaciones profesionales, la familia, las sociedades, etc. ( ).

La afectación que denuncian corresponde a una categoría, clase o grupos. Su particularidad, en orden a su protección y defensa, es que ofrecen matices distintos de cuando se examinan individualmente.

"En particular, cabe que cada interés de los que se suman al conjunto sea tutelable, pero razones de ineficacia o de dificultad sociológica práctica en la consecución de tales intereses en solitario, motivan que en el orden ministerial, aunque no formal, queden indefensos. Los mecanismos procesales del futuro deben responder a las exigencias de esta tutela diferenciada. Los conceptos de comunidad incidental, litisconsorcio, alcance y eficacia de la cosa juzgada y por supuesto, legitimación, deben superar su carga de obsolescencia" ( ).

Ahora bien, dentro de cada grupo es posible encontrar intereses particulares o comunes que deben distinguirse de los que los asocian.

El interés común se repite y es coincidente con el del conjunto, mientras que el colectivo es de todos y de los demás componentes del área donde se desenvuelven. El primero supone que cada miembro del grupo tiene un interés igual o muy similar al del resto, pero no impide que cada uno de ellos pueda intentar aisladamente satisfacciones personales; el colectivo, en cambio, restringe las posibilidades de la pretensión: sólo se puede reclamar el interés en la medida que se aproveche a todos por la necesaria interdependencia que el grupo auspicia.

Algunos autores sostienen que esta diferencia corresponde al hecho que, por un lado, existen intereses agrupados que son naturalmente individuales y por tanto divisibles, susceptibles de apropiación y goce diferenciado, pero que se unen por razones de conveniencia en la defensa; frente a otros que se integran como intereses de grupo (difusos o colectivos) que vinculan a bienes de imposible apropiación individual. Son intereses de cada uno, es cierto, pero ninguno es particularmente dueño o titular exclusivo ( ).

Vittorio Denti, oportunamente, dividió el campo de aplicación de los derechos difusos y los intereses colectivos. Mientras los primeros coparticipan del género común del "interés general" (o sea de aquellos que son insusceptibles de apropiación exclusiva pero que admiten titularidades colectivas o segmentadas); los restantes se inscriben en las llamadas "categorías" o "intereses de grupos". De este modo, el interés público no se diferenciaría del interés difuso por su objeto, sino por los sujetos a los que se imputan situaciones jurídicas que les conciernen ( ).

Este llamado a la modernidad de las instituciones parece cumplir el art. 43 constitucional al reconocer la legitimación para obrar a un conjunto numeroso de personas asociadas en defensa de un derecho a la competencia, de consumidores, como usuarios o bajo una personalidad jurídica formalmente reconocida.

Sobre este punto volveremos de inmediato.

Por ahora es preciso señalar una fisonomía nueva entre los intereses colectivos que se incorporan a la Constitución Nacional. Ellos también admiten cierta clasificación, aunque baste indicarlos para darles operatividad y protección procesal efectiva.

En este sector pueden agruparse los llamados intereses de serie, los que no identifican portador alguno, ni siquiera m, todo reconocido de abstracción y globalidad, sino que emergen de medias estadísticas, y se canalizan por los grupos que los referencian respondiendo al impacto que ellos provocan.

Una modalidad de ellos, aunque con matices que los singularizan, son los intereses de categoría (también llamados, profesionales), que se encuentran y determinan fácilmente por la actividad común que desempeñan quienes invisten la representación (por ejemplo, médicos, abogados, escribanos, ingenieros, arquitectos, etc.).

Almagro los analiza como intereses sociales (variante de los difusos), con la peculiaridad que cuando actúan, la tutela individual parece heroica ante el poderío del problema que enfrenta, siendo preferible esta acción del grupo para fortalecer la consecución de los fines de interés sectorial ( ).

## 60.2 Los intereses legítimos

El interés legítimo reposa más en las circunstancias denunciadas que en la situación jurídica subjetiva que tenga el peticionante.

Estos intereses no son derechos, pero intrínsecamente no muestran diferencias en la posibilidad de abrir la protección judicial.

Si observamos su funcionamiento en el proceso constitucional de amparo, se advierte la cualidad del acto lesivo para deducir del mismo la justicia concreta a aplicar, sin resolver la capacidad de postulación, o al menos, postergándola ante la evidencia del mejor derecho.

El derecho administrativo fue quien comenzó el estudio programático de esta modalidad, siendo el ensayo de Nigro una exposición interesante para utilizarla en nuestra explicación.

Sostiene el profesor italiano que el interés legítimo era entendido como un interés individual estrechamente conectado al interés público y protegido por el ordenamiento a través de la tutela jurídica de este último: una protección ocasional e indirecta. De este modo se tenía en cuenta la relación entre la posición del particular y la función de la administración pública, pero se reducía el interés del particular al mero accidente del interés público ( ).

La evolución más reciente reposa en dos cuestiones: una examina la relación entre la posición y el ejercicio del poder administrativo y el interés material del individuo, entendido este último no solo como límite al poder sino como elemento que contribuye a la determinación en concreto del interés público; otro, amplía la visión de ese interés, no ya como instrumento procesal sino como garantía puesta a disposición de los titulares para la protección de los intereses ( ).

En nuestro país, que sólo atiende los reclamos de derechos subjetivos reconocidos a través del doble juego exigido de la legitimación *ad causam* y *ad processum*, se advierte cierta evolución que admite la calidad del interés legítimo como cuestión justiciable de atención merecida.

Una de las más recientes fue el caso "Ekmekdjian c/ Sofovich" ( ) que ratifica a los intereses legítimos por sobre las pertenencias exclusivas, aunque se difumina el temperamento en causas posteriores ( ).

En la Constitución Nacional, el segundo párrafo del artículo 43 consolida la primera orientación citada, y si bien es cierto pone en primer término al "afectado", inmediatamente indica otros "interesados directos" para acceder al amparo.

Este derecho a lograr la protección judicial está resguardado de manera positiva en el derecho al debido proceso adjetivo, y en el límite negativo que pone la posible o eventual indefensión, los cuales conducen al deber de convocar directamente al proceso de amparo a "toda persona" legitimada para ello, por poseer derechos e intereses legítimos, para que logren constituirse en parte procesal y ejercitar el derecho al contradictorio ( ).

Nosotros interpretamos que, frente a la duda, ningún interés podría ser causa de rechazo de la actuación jurisdiccional, de manera que ante la presencia de un hecho que efectivamente muestre

visos importantes para la tutela diferenciada, ese interés practicado es un interés jurídico que no cabe postergarlo por cuestiones de titularidad.

En la provincia de Buenos Aires, un fallo ejemplar que por su voto emite el ministro Juan Carlos Hitters, se ocupa del problema de la legitimación en el proceso contencioso administrativo.

Sostiene allí ( ), siguiendo a Parada V zquez que el término derecho no está contemplado en sentido técnico como derecho subjetivo contrario a interés legítimo. A la inversa, la ley emplea tal expresión como sinónimo de "regla o norma jurídica de carácter administrativo, opuesto a norma o regla de derecho civil". Tal sentido se recoge en la observación del codificador en la misma nota 1 -comentando la ley 1888-, cuando dice que para que haya una cuestión que produzca una acción contencioso administrativa es indispensable que ese derecho sea administrativo, es decir, regido por el derecho administrativo y no por el derecho político, el derecho civil, el derecho penal, etc."

En este sentido, otro precedente dictado por el mismo tribunal -al que remite el voto de Hitters- dijo que "la circunstancia de tratarse de situaciones jurídicas que no revisten el grado de exclusividad impuesto por la doctrina tradicional para otorgar justiciabilidad a la causa, conduciría a negar esta protección jurisdiccional a quienes, incluidos en el ámbito de una legislación policial -específicamente limitaciones a la propiedad privada impuestas en el interés público- se ven compelidos al cumplimiento de las obligaciones consagradas sin posibilidad de lograr por esta vía su exigibilidad frente al municipio ni de cuestionar la legitimidad de sus actos en la aplicación de la misma" ( ).

En ambos casos, el interés legítimo del vecino recibe una adecuada ponderación, abriendo surcos en el lineal trazado de la legitimación procesal, y dando fundadas esperanzas para concretar un acceso efectivo a la justicia ( )

En España, por ejemplo, los casos de legitimación vecinal suponen un punto intermedio entre la legitimación basada en un interés directo y la legitimación popular. La diferencia es poco perceptible pero se constata en los resultados del pleito, cuando el vecino puede lograr beneficios particulares en razón de su proximidad con los intereses tutelados.

### 60.3 Los intereses simples

Tradicionalmente esta categoría de intereses ha sido despojada de protección judicial efectiva con el argumento que no tienen un derecho personal y directo que defender, en razón de que manifiestan un simple perjuicio que, prima facie, no está legalmente protegido.

La transmisión procesal, o en otros términos, el medio como se dan a conocer, es la denuncia o la queja, y la receptividad que tienen depende, en gran medida, de las facultades jurisdiccionales que se quieran disponer.

Estos intereses relegados por no encontrar un tutor adecuado, o el locus standi o standing del derecho anglosajón, no consiguen identificar a la parte procesal.

Desde la perspectiva del derecho privado se suscita un cambio importante.

Mientras un sector de la doctrina piensa que sólo ostentan posibilidad jurídica de reclamo los intereses jurídicamente protegidos; otros sostienen que existen intereses que trascienden la esfera individual que pueden reclamarse.

"No se trata de intereses repugnantes al derecho; su goce es lícito, aunque su pretensión no es exigible. Se los denomina intereses simples en contraposición a los intereses legítimos jurídicamente protegidos" ( ).

Constituyen una reacción contra el corset predispuesto por la doctrina del derecho subjetivo, que afirmado en el pensamiento de Josserand entiende que quien reclama una indemnización sólo puede hacerlo si justifica la lesión, el perjuicio y la legitimidad del reclamo.

Se pretende con la nueva orientación, alentar una variable justa y equilibrada entre los conceptos de responsabilidad, por el cual un interés simple pueda tener recepción como pérdida de un derecho que tenía probabilidades de ejercerse, pero que de hecho se frustró por la relación causal que le precede.

Es el campo que explica el concepto de chance, de manera que, resulta razonable afirmar que "en tanto el interés jurídico legalmente protegido es el contenido del derecho subjetivo, el interés simple es el contenido de la chance" ( ).

Por otra parte, es la corriente que inspira un prestigioso grupo de autores que abandona la premisa de tener a la responsabilidad como castigo de las conductas desviadas, para definir como temperamento guía el que la dimensión del daño trasciende las individualidades para convertirse en un verdadero problema colectivo.

El daño social se ejemplifica con hechos concretos del obrar ajeno. Son expresiones del mismo aquellos que vulneran la confiabilidad y credibilidad de las personas en el mercado; la falta de respaldo cierto de una entidad bancaria que lo publicita como tal; la falta de idoneidad de servicios profesionales, cuando precisamente se ofrecen aptitudes especiales; los cambios abruptos de políticas económicas; la vulnerabilidad de transparencia del mercado, etc. ( ).

El daño resarcible en la visión tradicional se expresaba cuando existen responsabilidades subjetivas; ahora, los intereses dinamizan una expresión novedosa: son los factores de atribución los que revelan la posibilidad jurídica de actuar.

## 61. La protección constitucional de los derechos difusos.

De acuerdo con lo expuesto, cabe interpretar el sentido que la Constitución adopta para el plexo de derechos y garantías reconocidos como "derechos de incidencia colectiva" que, estrictamente, no pertenecen a la categoría de difusos, sino al grupo de los intereses colectivos.

Sin embargo, como generaliza la proyección del daño hipotético podemos visualizar la posición en este sector.

En efecto, el derecho difuso o "fragmentado" admite más de un titular o ninguno. Aparece algo así como un bien indivisible que permite cuotas identificadas en cada afectado. Estos últimos se hallan en unión tal que la satisfacción de uno solo implica, en principio, la del grupo; así como la afectación a uno solo, lo es también a la clase ( ).

La cuestión trasciende un purismo metodológico, porque surgen de ella opciones de caracterización. Es decir, el interés difuso puede ser un interés jurídicamente protegido o un derecho subjetivo -público o privado- ( ); el primero responde a un derecho cuya consagración depende de la satisfacción que se le otorgue; en cambio, el derecho subjetivo tiene además del correlato

"obligacional" (derecho subjetivo privado) el "poder-deber" público de ampararlo (derecho subjetivo público).

La referencia demuestra que los derechos difusos encuadran en la categoría de derechos subjetivos, en la medida que el artículo 43 de la Constitución Nacional los enlaza como "derechos subjetivos públicos" que tienden a proteger el orden, la seguridad, la paz, el poder, la solidaridad, la cooperación, la justicia social, y todo el descriptivo material que menciona el párrafo segundo de la norma.

La diferencia puede hallarse en que dentro de estos intereses colectivos aparecen posiciones distintas de los grupos o de las personas. A veces, esa conjunción puede afectar al sector más amplio y repercutir indirectamente en los individuos, situación que genera indiferencia en los segundos y dificultades de legitimación para el primero (por ejemplo, los daños al ambiente son cuestiones generales de contenido público que debieran ser de interés absoluto; sin embargo, es visto que quien no está directamente afectado no presta colaboración ni asistencia, debiendo entonces la justicia acudir en salvaguarda de estas omisiones).

En otras, el interés puede siquiera existir individualmente, pero estar inmerso en la dimensión de los derechos fundamentales para el hombre. Podría ser el plus que la Constitución asigna y ofrece a todos los habitantes de un país y que no requiere de titulares específicos para su protección. Es también la medida que el texto fundacional propicia rescatar y hacer valer como una suerte de promoción y progresividad justa para el desarrollo de los derechos, antes que congelarlos en la interpretación del derecho a ser reparado por el desconocimiento o la lesión producida por la inobservancia.

De ahí, entonces, la imperiosa necesidad de asegurar su adecuada y efectiva preservación utilizando los medios instrumentales correspondientes, entre los cuales el amparo se muestra en primer lugar ( ).

En suma, podemos afirmar que el derecho de amparo, como tutela judicial efectiva, supone impedir la negativa de acceso a cualquier persona interesada en preservar un interés jurídico determinado, por el sólo hecho o la única razón de no tener atribuido de modo exclusivo el derecho al proceso.

La equiparación comentada entre derechos difusos e intereses colectivos, a pesar de sus diferencias, asume un sentido más abstracto que no se detiene en el juicio previo de relación entre un grupo de sujetos y un bien determinado -salud, habitación, medio ambiente, etc.-, sino, antes bien, prioriza el control de ciertas posiciones económico-jurídicas que refieren e interesan al conjunto de peticionantes.

De colegir este temperamento, queda por señalar las condiciones y características que deben asumir los grupos o clases indicados por la Constitución Nacional.

## 62. Las asociaciones de defensa de los derechos difusos.

Indica el art. 43, al finalizar el primer párrafo, de la Carta Magna de nuestro país, que pueden deducir la defensa de amparo "...las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Esta es una de las posibilidades de representación tutelar, que se integran a un modelo anticipado de legitimaciones factibles como veremos más adelante.

La definición constitucional decide la suerte constitutiva de estos organismos intermedios: sólo aquellos legalmente constituidos serán reconocidas para la defensa de los derechos de incidencia colectiva.

La ley 24.240 (de Defensa del Consumidor) contiene un precepto específico que califica la legitimación adquirida por estas agrupaciones.

En efecto, el art. 55 aclara que las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor...

El art. 56 agrega que: "Las organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor, deberán requerir la autorización a la autoridad de aplicación para funcionar como tales. Se entenderá que cumplen con dicho objetivo, cuando sus fines sean los siguientes:

- a) Velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal, que hayan sido dictadas para proteger al consumidor;
- b) Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o educar a los consumidores;
- c) Colaborar con los organismos oficiales o privados, técnicos o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor o materia inherente a ellos;
- d) Recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo;
- e) Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u organismos oficiales o privados;
- f) Asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés;
- g) Organizar, realizar y divulgar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda la información de interés para los consumidores (En los estudios sobre controles de calidad, previo a su divulgación, se requerirá la certificación de los mismos por los organismos de contralor correspondientes, quienes se expedirán en los plazos que establezca la reglamentación -Este es un precepto vetado por el Decreto 2089/93).
- h) Promover la educación del consumidor;
- i) Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor.

Guarda interés en la definición de los eventuales requisitos que deberán acreditar estas asociaciones para la defensa de intereses colectivos, ver como el art. 57 de la ley que venimos citando, exige para obtener reconocimiento legal:

Son condiciones especiales:

- a) No participar en actividades políticas o partidarias;
- b) Ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial o productiva;

c) No recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras;

d) Sus medios de comunicación deben abstenerse de contener avisos publicitarios.

La calificación de estas entidades intermedias trasciende el sentido de colectividad de intereses el sicamente ejemplificado en la familia, la escuela, la iglesia, los sindicatos o los partidos políticos. Se propicia otorgarles una representación amplia, especializada, por la cual puedan generar acciones de defensa de derechos difusos (de incidencia colectiva).

La Constitución establece el requisito del registro para su reconocimiento, conforme a pautas y formas de organización que aun se encuentran sin definir.

No obstante, el sistema dictado para los consumidores -que es uno de los derechos protegidos por el art. 43, constitucional- resuelve parte del problema.

La ley dispone que las asociaciones de consumidores se deben constituir como personas jurídicas para obtener la autorización administrativa pertinente para funcionar como tales. Es decir, se admite su validez siempre que est,n registradas y el objeto societario est, acotado por los fines dispuestos en la generalidad de los intereses que protege ( ).

De este modo quedarían relegados aquellos entes intermedios que supongan simple reunión de interesados, en forma natural y espontánea, y con finalidades precisas, pero a las que falta el recaudo de la continuidad institucional y la organización dispuesta.

La importancia que tiene para el derecho procesal (constitucional) estas formas de asociación específicas es trascendente pues les otorga una capacidad jurídica y un instrumento -garantía- para su funcionamiento y actuación ante la justicia -judicial o administrativa-.

Al mismo tiempo, se crean nuevos límites subjetivos, jurídicamente relevantes, a la hora de proyectar las consecuencias de una decisión.

Esta extensión de la capacidad jurídica a los sujetos privados -individuos y asociaciones- no personalmente perjudicados, es la verdadera revolución del concepto de legitimación para obrar ( ).

Claro est que cada asociación moviliza intereses diversos que podr n o no ser estrictamente difusos.

El caso de los consumidores es manifiesto, pues la ley refiere a otro tipo de situaciones como los intereses pluriindividuales homog,neos, en los que los intereses de los partícipes son individuales, pero coincidentes. Por ello, esta clase de pretensiones no impide la que deduzca el consumidor a título individual, o a trav,s de la asociación. Mientras que los intereses difusos refieren, lato sensu, a los consumidores, es decir, a una generalidad de sujetos que, entre sí, son independientes ( ).

La mutua interdependencia de los intereses -difusos, individuales, pluriindividuales, etc.- confronta la vinculación y unidad que debe implementar el sistema jurídico respectivo, pues ya no ser n únicamente sujetos conocidos y directamente afectados los que reclamar n por las reparaciones, sino tambi,n, un nuevo cuadro de legitimados activos con personalidad jurídica suficiente.

En consecuencia, a los fines de la legitimación procesal y, del efectivo acceso a la justicia, no bastar con el registro y aceptación de personería; habr que agregar una fórmula mínima de

sustento a estas proyecciones del derecho subjetivo que, siendo diferentes, resultan bastantes para otorgar un tratamiento diferenciado.

### 63. Las asociaciones y el derecho a participar.

Si el cuadro representativo de los intereses difusos se restringe a las asociaciones que se puedan controlar desde los registros, la idea base de participar "a todos" en la defensa de las preocupaciones generales por una vida mejor, constituir pura utopía. Seguir siendo el Estado el administrador de las necesidades, y porqu, no desconfiar de las autorizaciones poco comprometidas como ilustraron las formas sociales intermedias del ancien regime, que fueron la estructura b sica del feudalismo.

Transmite Cappelletti, citando a Rheinsein como en el iluminismo del siglo XVIII la visión individualista de la sociedad comenzó a prevalecer. La nación debía ser una e indivisible. El Estado era claramente concebido como compuesto por ciudadanos, mientras los grupos intermedios...fueron barridos; (los mismos) municipios llegaron a ser meras subdivisiones del gobierno estatal. Un sólo grupo intermedio entre el Estado y sus ciudadanos fue dejado intacto: la familia ( ).

Es imprescindible que para auspiciar el mecanismo funcional de estas entidades se relativice la actuación del Estado.

Nos parece que nomenclar a estas asociaciones o grupos en modelos estadarizados no es buen remedio para la defensa que ellas pretende cristalizar.

Estos entes intermedios, en los hechos, muchas veces son producto de contradicciones y conflictos que tienen los derechos pluriindividuales que se expresan en motivaciones culturales o espirituales del ciudadano. Las entidades, así, responden a esa necesidad de expresar la queja: son movimientos espont neos en torno de cuestiones precisas como el ambiente, o el consumo. La misma realidad que se describe muestra la dificultad de asumirlas en un molde jurídico abstracto y est tico ( ).

El sentido amplio que se propicia no pretende ser caótico a los fines de precisar la legitimación para obrar, bastaría con reconocer la fórmula que tiene el derecho comparado, conocido como representatividad adecuada, la cual proyecta definiciones útiles a la hora de resolver tanto el acceso, como los problemas de eficacia de la sentencia y extensión de la cosa juzgada.

En pocas palabras, dice Cappelletti, "si la parte ideológica (individuo o asociación que lleva al juicio un cierto inter,s meta-individual) es adecuadamente representativa de toda la clase o grupo a la que aquel inter,s corresponde, ser perfectamente legítimo que el proceso desarrolle sus efectos tambi,n respecto de las partes ausentes" ( ).

Poco m s adelante veremos como se especifica en los tipos de desarrollo procedimental estas autorizaciones para obrar en defensa "de todos"; basta por ahora señalar que, si estas asociaciones son justificadamente portadoras de una parte real del inter,s público reclamado, no tienen porqu, acreditar una inscripción específica cuando ellas mismas son titulares de una fracción del derecho del cual se invisten. Ellas mismas son las afectadas.

Estas situaciones son competencia del juez, porqu, corresponde a la justicia controlar los presupuestos de admisibilidad y no imponerlos el Estado mediante una burocracia limitativa.

No puede quedar soslayado, asimismo, otro hecho significativo del mensaje que transmite el art. 43 de la Norma Fundamental al mencionar a estos entes intermedios.

Más allá del recaudo reglamentario que dispone, existe una decisión expresa para auspiciar una forma más de participación democrática a través del reconocimiento institucional de los entes intermedios de gestión y representación de intereses sociales.

Es una apertura nueva que relega el individualismo dominante de las legislaciones codificadas, y una cobertura suficiente para ser interpretada con amplitud como "fórmula mínima" de representación de la clase o del grupo al que se adscriba.

Pero también estas asociaciones tienen un derecho a que se les reconozca la tutela que pretenden encausar, pues de otro modo, el proceso vulnera los derechos cualificados en la dimensión constitucional en pos de asegurar un juicio entre "justas partes" antes que de "justas pretensiones".

Se trata de lograr una reconstrucción funcional de las intervenciones procesales, donde el prius no sea verificar a los sujetos legitimados, sino, antes bien, analizar el objeto que se pretende.

Sin embargo esta idea tiene una gran dificultad. Ella se asienta en que la naturaleza del proceso conserva la premisa de litigiosidad, en la que pervive la imagen de contienda entre intereses públicos o privados representados por quienes tienen el gravamen directo. Es esta la posición determinante que asocia la protección jurisdiccional con el poder de constituirse en sujeto activo del proceso, y a su vez, es la corriente asociada entre derecho subjetivo (dueño, afectado, lesión personal y directa, etc) y la posibilidad de ser parte.

Bueno sería, quizá, alentar un desplazamiento del individualismo dando lugar a una diferenciación de los intereses, en los cuales los difusos sean entendidos con suficiente cuidado.

La perspectiva de encontrar una dirección normativa que se despoje de obstruccionismos estériles dando lugar a posibilidades ciertas de proteger posiciones subjetivas supraindividuales, tiene en las entidades intermedias una representación lógica y factible.

De todos modos, y para ver el otro rostro de la situación, es importante transcribir la reserva que menciona Almagro respecto a esta ampliación de la capacidad para actuar.

"Es posible que determinadas organizaciones o asociaciones no asuman en su seno, como asociados o vinculados, a todas las personas que integran el colectivo afectado por esos intereses. Surge entonces el problema de determinar cuál pueda ser la eficacia de la sentencia, de acuerdo con las características del contradictorio. Modernamente, se tiende a reconocer como portador del interés a entidades o asociaciones, aun de naturaleza privada, a las que se confiere legitimación para gestionar procesalmente estos intereses de clase o de categoría, mediante la fórmula del <<ente exponencial>>; es decir, de aquella entidad que asume la representación ideológica de un cierto grupo o colectivo" ( ).

#### 64. Capacidad procesal de los grupos.

Superado el problema del reconocimiento jurídico a las entidades intermedias que agrupan intereses colectivos o derechos difusos resta observar el funcionamiento procesal de ellos cuando proponen o reclaman ante los tribunales.

La mención insistida en la Norma Fundamental otorgando derecho al proceso a "toda persona" ( ) supone tanto como admitir a personas físicas como jurídicas, recortando a estas últimas el acceso al exigirles la previa acreditación sobre sus fines.

Para Fair, n Guill, n estas actuaciones facilitan el reconocimiento de los grupos y de los intereses que defienden. Unos ser n protectores de intereses colectivos cuando ostenten continuidad y organización institucional; y otros definir n una masa de intereses difusos cuyos integrantes personales no son individuos que necesiten de identificación: estos últimos protegen derechos difusos ( ).

En los hechos es difícil delimitar concretamente el límite señalado, pero también es cierto que admitiendo la actuación de las agrupaciones la neblina ir esfumándose para destacar claramente el rol de ellas y los intereses que actúan y defienden.

Ahora bien, "¿qu, hace la jurisdicción cuando debe resolver la legitimación de estas entidades intermedias? ¿Cuál es la capacidad procesal que acreditan?"

Recordemos que la llegada a la calidad de parte es un último estadio en una escala de rigideces técnicas a superar, donde la capacidad procesal es una de las más rípidas.

En efecto, cualquier asociación tiene una capacidad para obrar que depende de las normas establecidas en su organización interna. Mientras que la personalidad para actuar en juicio, generalmente, se asigna por la representación o el mandato.

La capacidad para ser parte de los portadores de intereses de grupo se ha concedido más fácilmente a aquellos que tienen una cohesión anterior al hecho, por ejemplo, los colegios profesionales; ahora, la exigencia de registro establece una limitación a la capacidad para obrar, la cual, a los fines de establecer la titularidad del interés alegado, no significa impedirles la presentación ante la justicia.

Ello es así porque, como los hemos dicho en párrafos anteriores las identificaciones entre capacidad jurídica para ser parte y capacidad de obrar-capacidad procesal no son exactas, pues en el proceso civil la capacidad es más amplia que la establecida en el código civil ( ).

Inclusive, admitiendo que las entidades intermedias no necesitan del registro para formular reclamaciones, puede afirmarse que cuando se permite investir de titularidad de determinadas relaciones jurídicas a entidades que no son, lato sensu, personas jurídicas, no se trata de concluir que ellas tienen capacidad como tales (como personas jurídicas), sino, simplemente, que por razones de conveniencia, interés jurídico y la presunción de idoneidad que, prima facie, acredita el grupo, puede asignarsele un status jurídico suficiente por el cual consigue la calidad de parte ( ).

Estas uniones circunstanciales son también asociaciones comprendidas en la tutela diferenciada que prevén los nuevos derechos y garantías constitucionales. El fin colectivo y el interés de incidencia masiva es el vínculo. La calidad de parte la acreditan con la verosimilitud del derecho petitionado.

Almagro sostiene que tienen legitimación para obrar, por ejemplo, todas las asociaciones u organizaciones de hecho o grupos de personas unidas para la realización de un fin, más o menos duradero o circunstancial, llamadas "uniones sin personalidad" (comisiones organizadoras de festejos, colectas públicas, suscripciones, clubes para sorteos o subastas de determinados objetos) en cuyo interés común se pueden haber formalizado actos jurídicos de los que nazcan responsabilidades ( ).

Si uno supone que la legitimación se adquiere una vez acreditada la capacidad procesal, colocamos la piedra de toque en la acreditación del derecho subjetivo que permite la protección de las individualidades. Pero como en la defensa de los derechos difusos importan más los intereses que se actúan, la legitimación como presupuesto de fondo pierde consistencia, carece de trascendencia para condicionar la admisibilidad en el proceso de los grupos.

Podría decirse con Vigoriti que, en realidad, la legitimación es una cuestión de elección política y sólo después de técnica, de ahí la relatividad de este instituto ( ).

El segundo aspecto a considerar es la representación que ostenta el grupo o la entidad constituida regularmente.

Se trata de verificar quien puede ser portador del mandato colectivo, en relación con un interés que puede pertenecer, mediata o inmediatamente, a una globalidad de individuos, explicando además cómo tal sujeto puede deducir en juicio no sólo situaciones de ventajas propias, sino también ajenas, pero coincidentes con la suya, al ser miembro del grupo cuyo interés se pretende tutelar ( ).

La personalización traduce dificultades notorias que veremos seguidamente, así encontramos grupos que tienen bien definidos sus objetivos y una manifiesta coincidencia de los sujetos miembros con los intereses de la agrupación (V.gr.: colegios profesionales, sindicatos, etc.); entidades que tienen un interés circunstancial, pero sin acreditar experiencia, trayectoria o una regular constitución (V.gr.: las llamadas "uniones sin personalidad"); por otro lado, hay intereses que inciden en un sector que no tiene coincidencias en la afectación, por ejemplo, cuando en materia de medio ambiente se dictan normas que benefician a una parte del sector en desmedro de otro, pero perjudicando a la sociedad toda; en suma, la multiplicidad de situaciones impide conferir una representación válida a todas las contingencias.

El tribunal Constitucional español ha dicho que, "en la actualidad el fenómeno representativo se suele entender sobre la base genérica de la actuación de una persona en el lugar de otra, producida en virtud de lo dispuesto por la voluntad del representado o por la ley. Sin embargo, esta formulación no se puede considerar como totalmente satisfactoria y es preciso introducir en ella algunas matizaciones, de manera que, al lado de la representación que tiene su base en la voluntad individual y aquella otra que deriva directamente de la ley, puede situarse la representación institucional, que realiza lo que algunos autores han llamado acertadamente la persona jurídica representativa. Existe una representación institucional explícita, cuando la relación institucional se produce de modo voluntario, de manera que la adhesión a una institución comporta una aceptación de su sistema jurídico y, por tanto, de su sistema representativo y una representación implícita cuando el ordenamiento jurídico confiere a un ente la defensa y gestión de los derechos e intereses de categoría o grupos de personas" ( ).

## 65. La representación y sus categorías.

El precepto establecido por la Constitución Nacional que exige el requisito de la inscripción para darles posibilidad de representación en juicio sigue pensando en la necesidad de reconocer individualidades, de ahí su error manifiesto y la autocontradicción emergente con el llamado a la participación pública.

La tarea judicial es importante para este esclarecimiento, a cuyo fin pueden clasificarse las formas asociativas, sean previstas u ocasionales, de acuerdo con la determinación del conjunto que lo compone:

a) Grupos organizados con inter,s establecido estatutariamente.

Son conjuntos de personas que se reúnen en la defensa y promoción de intereses individuales que los asocian. Los colegios profesionales, los sindicatos, los consejos t,cnicos, etc. responden a este tipo de agrupamientos.

La representación legal est prevista en sus estatutos de manera que la legitimación se obtiene acreditando con los documentos constitutivos ese mandato institucional.

Propiamente no es un caso de legitimación colectiva, sino de capacidad de las personas jurídicas; por ello, carecen de importancia para el tema que venimos comentando.

b) grupos asociados constituídos regularmente que no establecen representación.

Aquí la composición del grupo como la finalidad que los reúne es conocida. Se asocian y militan en la defensa del inter,s propuesto, pero carecen de una personalidad jurídica que represente sus pretensiones ante la justicia.

Son organizaciones regulares en la medida que no surgen espont neamente sino despu,s de una deliberación de intereses; tienen continuidad en los actos que desenvuelven, pero jurídicamente, carecen de representación colectiva.

El ejemplo reiterado es el de los comuneros, donde la actuación de un condómino beneficia a los dem s pero no los perjudica por sus errores. Tambi,n el supuesto de la comunidad hereditaria indivisa, que requiere de una representación necesaria.

Tambi,n la comunidad de propietarios de propiedad horizontal cuyo órgano es la asamblea y el representante t,cnico, propiamente dicho, es el administrador. Aunque en el caso la dimensión de los derechos tutelados son individuales pero reclamados por medio de un litisconcorcio activo necesario.

Si la organización se multiplica por la acumulación de interesados (V.gr.: C mara de la Propiedad Horizontal; Federación de entidades municipales, etc.) el mbito subjetivo de representación en juicio varía. No se identifica directamente el inter,s individual con el colectivo. Sólo mediatamente el miembro percibe los beneficios de la acción grupal.

c) grupos indeterminados con representación.

Sostiene Bujosa Vadell que este tipo de inter,s se puede implementar por cuestiones de circunstancia, de manera que es factible que el mbito de miembros de la misma no coincida con el de los integrantes del grupo afectado, es decir, con el grupo de interesados ( ).

"Si el conjunto se integra ad hoc es m s probable que exista esta coincidencia, pero cuando es una asociación constituida para la defensa y promoción en general de determinados intereses no hay realmente una personalización global de todos los interesados. Adem s, la libertad de asociación permite la creación de distintas agrupaciones que pretendan la representación y defensa de los mismos intereses, y esta pluralidad de asociaciones puede dar lugar a distintas t cticas o interpretaciones de la protección que se pretende" ( ).

d) grupos indeterminados sin representación.

El supuesto permite observar la integración espontánea de un grupo que responde a una inquietud ocasional. Existe necesidad de agruparse para intentar una defensa del bien colectivo.

Esa protección puede implementarse por personas individuales que arrogándose el interés del grupo al que pertenece invocan esa participación para lograr personalidad procesal.

Existe la agrupación pero no la representación. Este tipo de acciones no deben necesariamente ser propuestas por el ente colectivo pues basta la defensa de lo general o la dimensión del interés para acceder al rumbo procedimental.

El caso "Ekmekdjian c/ Sofovich" en nuestro país es un ejemplo de estas pretensiones; también el resonado juicio de Violeta Friedman en defensa del honor del pueblo judío, que le permitió al Tribunal Constitucional español admitir esta legitimación activa de todos y cada uno de los miembros de un grupo étnico, social o religioso, que aun sin tener personalidad jurídica ni órganos de representación, pueden reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor del conjunto ( ).

En estos casos -dice Bujosa Vadell- "es aplicable la solución de la legitimación colectiva en la que cada miembro del grupo, por el sólo hecho de serlo, puede actuar ante los tribunales defendiendo no su interés propio y exclusivo, sino el interés indivisible común a todos los miembros, siempre, de todas formas, cumpliendo unos requisitos mínimos de representatividad si se pretende que la resolución jurisdiccional pueda afectar a todos ellos" ( ).

## 66. Formas de representación para los intereses colectivos.

En materia de intereses o derechos difusos la ausencia de legitimados directos obliga a reconocer una representación suficiente indeterminada en un ente colectivo que evita consideraciones de carácter individual.

La doctrina italiana la denomina "ente exponencial" y la americana "adequacy of representation".

En ambos casos se procura que las organizaciones o grupos cuenten con garantías básicas para establecer el contradictorio. La audiencia y alegación constiuyen resortes de ello, y propician un abandono del simplismo que v, al proceso como cosa de partes físicas y conocidas.

La garantía del debido proceso, en estos casos, se resuelve a través de la adecuada representación de los intereses del miembro del grupo que permanece ausente, defendidos por otro u otros miembros del grupo, que se encuentran en una situación cualitativamente idéntica y que ofrecen indicios de que van a proteger de manera adecuada (idónea) los intereses de todos los que se encuentran en semejante posición jurídico-material ( ).

### 66.1 La representación adecuada.

La diferencia con la representación convencional es elocuente. No existe conferimiento expreso ni constituido, tampoco una voluntad expresa que acepte la manifestación en nombre del

ausente; se trata, sólomente, de atribuir legitimación procesal activa que objetivamente permita la defensa de derechos grupales desprotegidos.

De este modo, la representación adecuada atiende más la cualidad de los hechos denunciados que a las personas que invocan la petición judicial.

Esa misma admisión genérica obliga a establecer algunos recaudos de certeza. Quizás, pensando en ello, la Constitución Nacional ha establecido el requisito del registro previo para darles representación.

No obstante, el sistema anglosajón prioriza en sus acciones de clase (class actions) las medidas de atribución subjetiva que invocan las agrupaciones. Fiscalizado, se otorga legitimación para obrar al acreditar el sector la representación adecuada.

Hemos señalado ya la conveniencia de adoptar este parámetro en lugar del recaudo administrativo establecido, pues de concretarse se coloca un freno más al acceso a la justicia (que debiera ser libre, sin restricciones) que enfrenta la finalidad constitucional de otorgar derecho al debido proceso.

Las acciones de clase comentadas muestran como funciona esta modalidad de asistencia. Se despoja de preconceptos materiales y persigue la efectividad de la defensa.

"El representante es la vez representado y parte: actúa en nombre e interés ajeno, como todo representante, defendiendo el interés de terceras personas ausentes del proceso; pero además con la particularidad de que éstos terceros ocupan una posición jurídico-subjetiva similar a la del representante, con lo cual al defender el interés de estos terceros defiende también el interés propio, y viceversa. En estos casos, el representante no es un apoderado de los representados sino que se nombra a sí mismo (self-appointment), aquellos incluso pueden desconocer la pendencia del proceso en el que se discuten sus propios intereses. Por ello existen peligros evidentes en relación con los miembros del grupo de afectados que permanecen físicamente ausentes...]...La mayor parte de la legislación sobre class actions es un intento de asegurar la representación adecuada, con lo cual se tutelarían materialmente los intereses de todos los miembros del grupo]" ( ).

Existen dos criterios básicos para controlar y admitir la representatividad adecuada, ellos son: 1) que la defensa sea idónea y se articule por medio de asistencia letrada; 2) que no aparezcan manifiestamente intereses contrapuestos dentro del grupo o sector.

## 66.2 El "ente exponencial"

A diferencia del criterio anglosajón, el "ente exponencial" supone convalidar la representación que se arroga un grupo para defender los intereses de una colectividad determinada, cuando ella permanece pasiva o inactiva, o nada contradice cuando la agrupación solicita la tutela jurisdiccional.

El grupo exponenciado es el sector protegido, y el ente exponencial la entidad organizada o la persona o personas que pretenden la atención judicial.

No debe vincularse esta legitimación con la que solicite una entidad organizada (V.gr.: Liga de defensa de los derechos del consumidor, u otros similares), pues aunque estos pueden investirse de representación suficiente y ser partes procesales al vincular el objeto de su constitución con la

materia específica que plantean en la demanda; en el caso se busca tutelar el interés colectivo que mantiene una fluidez y heterogeneidad más elástica que los moldes estatutarios.

Por eso, bien apunta Bujosa Vadell, que "la protección de los intereses de grupo de ninguna manera puede depender exclusivamente de formas de organización colectiva de defensa de este interés, por tanto la asociación, el grupo organizado...no son más que formas posibles de manifestación y de realización de una reacción que en el caso de ser individual debería estar igualmente legitimada para pedir la protección jurisdiccional. Habrá casos en los que el ámbito del interés del grupo coincide con el de la organización (así sería el caso de los intereses profesionales de los abogados, cuya defensa se atribuye por ley a los colegios profesionales), por esa simple coincidencia la organización es un ente representativo del grupo; pero en otros supuestos el ámbito no coincide y el grupo organizado sólo integra una parte de los titulares del interés difuso o colectivo..." ( ).

La diferencia de situaciones puede tener otra lectura. Mientras un grupo organizado pretende lograr beneficios generales, generalmente preventivos; la persona individual que invoca un interés colectivo se arroga la defensa con pretensiones heroicas, aunque justas y razonables.

En el sistema americano esta distinción se reconoce por la dimensión del problema, mientras los *rights without a holder* [derechos sin titular pues toda la colectividad tiene la pertenencia] admiten las legitimaciones indirectas y difusas; los *rights too small* [derechos demasiado pequeños], permiten una protección individual que no requiere de mayores exigencias de representación.

En ambos casos, como se aprecia, el sentido técnico que tiene la legitimación procesal desaparece, al darse preferencia a las situaciones en crisis que se alegan en las demandas promovidas.

Si algún problema surge para el intérprete resulta de calificar bajo un nominado procesal la naturaleza jurídica que tiene el miembro del grupo exponencial respecto a los demás miembros del sector agrupado (colectivo).

Puede ser una legitimación extraordinaria, un sustituto procesal, un representante no convencional, etc. Pero no resulta demasiado importante obtener una respuesta definitiva, pues en definitiva, existe una distancia elocuente entre la capacidad que tienen los grupos, y la legitimación procesal que se les asigne.

Para adoptar un temperamento podemos catalogarlos como legitimaciones por categoría ( ), donde la posibilidad de establecer un litisconcorcio necesario es plenamente posible.

#### 67. La legitimación para obrar y los derechos difusos. Posibilidades.

El esquema corriente de la legitimación reclama en quien pide la actuación jurisdiccional varios atributos, a saber: pertenencia del derecho; daño efectiva y personalmente sufrido; representación suficiente, capacidad procesal y para ser parte, etc.

El problema de este sistema es que ostenta un severo desajuste con la realidad; dicho en otros términos, provoca a los grupos una manifiesta indefensión que se proyecta a toda la sociedad ( ).

Algunos consideran que para resolver el problema y asumir esa defensa pública social se encuentra el Ministerio Público, pero bien conocemos de sus resignaciones y ambigüedades para saber positivamente donde está y a quien pertenece, inclusive con la reforma constitucional. Quien, decir, entonces, de su independencia y parcialidad objetiva para asumir voluntariamente representaciones.

Por otra parte, mantener la defensa de los intereses difusos en organismos públicos es también inadecuada, y probadamente insuficiente ( ).

El derecho comparado y la doctrina han elaborado alternativas que posibilitan la instauración procesal directa del interesado. Ellos, en alguna medida, aparecen receptados en la reforma constitucional.

En efecto, el primer concepto está en quien tiene el derecho subjetivo, calidad que no tiene importancia en el aspecto que ahora tratamos. A veces, esta condición directa se menciona como "afectado" provocando algunas confusiones que intentaremos esclarecer inmediatamente.

Un segundo escalón lo tienen figuras representativas del interés social como el ombudsman, también llamado "defensor del pueblo".

El tercer mecanismo alterno es de cuño anglosajón, denominado "private general attorney" que implica un mix entre el Ministerio Público y la Defensoría ciudadana ( ).

Finalmente, se asigna legitimación a las asociaciones u organismos legalmente reconocidos para la tutela de los derechos de incidencia colectiva, es decir, entidades que nuclean intereses sectoriales y propician su protección, los que hemos tratado precedentemente.

### 67.1 El Ministerio Público

La doctrina rechaza ampliamente la posibilidad que sea este organismo del Estado quien asuma la defensa judicial de los derechos difusos.

Los argumentos por los que se lo excluye son la insuficiente preparación y la ausencia de una organización específica ( ). De todos modos, no se descartan cuestiones naturales a la misión que ellas realizan que les impide asumir con absoluta objetividad la dimensión del tema que tratamos.

En efecto, menciona Barbosa Moreira -y podríamos asimilar los conceptos a lo que en Argentina sucede- que "el Ministerio Público, en nuestro país, no tiene asegurado de modo cabal las condiciones de independencia de actuación que precisaría para eventualmente enfrentar a la Administración en juicio. Basta ver que tanto en el orden federal cuanto en el estadual, sus jefes <<Procurador General de la República y Procuradores Generales de la Justicia de los Estados, respectivamente>>, son nombrados y pueden ser removidos ad notum por los titulares del Poder Ejecutivo <<Presidente de la República, Gobernadores de los Estados>>" ( ).

Es probable, también, que la opinión desfavorable que tiene este organismo se deba a que en el Common law -Inglaterra y Australia, precisamente- se autoriza expresamente a que sea el Procurador General (Ministerio Público) quien delegue sus atribuciones de defensa de los derechos difusos en favor de grupos o individuos reservándose el derecho de fiscalizar la gestión.

De este modo, aglutina en la función protectora a varias entidades sobre las que ejerce apenas un control formal.

En cuanto a las funciones habituales de satisfacción y defensa del interés público, se observa una nota singular que obraría contra la posibilidad hipotética de asumir la representación de derechos de pertenencia difusa.

Se trata de la actuación subsidiaria del Ministerio, el cual si bien es cierto representa a la sociedad o a la comunidad global afectada, también lo es que actúa frente a la posible debilidad o flaqueza que tenga el derecho en crisis. Por eso, el Ministerio Público toma intervención en beneficio de los incapaces, de ausentes, para velar por el orden público, etc., pero nunca para sustituir una representación ya discernida, como sería en el supuesto de defensas iniciadas por asociaciones pertinentes.

Ahora bien, ante la omisión o inactividad de particulares o entidades específicas, ¿podría un Fiscal deducir la acción correspondiente?, creemos que sí, pero como en tantas otras cuestiones, buena parte de la eficacia y rendimiento de las instituciones depende de los hombres y sus actitudes. Y como la protección de los intereses colectivos o difusos no puede jugarse a la suerte de las personas, es preferible aceptar su actuación oficiosa sin desplazar otras legitimaciones coadyuvantes.

De otra parte, agrega Almagro, "los intereses difusos no son, a veces, intereses generales, sino intereses de clase o de grupos sociales determinados que originan conflictualidad ideológica, lo que puede, en ocasiones, hacer peligrar la neutralidad del Ministerio Público. En consecuencia no debe esperarse que sea la legitimación al Ministerio Fiscal en estas cuestiones el modo único, ni siquiera principal en relación con otros, de resolver los problemas que plantea la litigiosidad de los intereses difusos" ( ).

## 67.2 La legitimación del Defensor del Pueblo

El artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando incorpora la institución del ombudsman, al comienzo del párrafo segundo, sin mayores aclaraciones, dice que "el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal".

¿Qué significa el precepto? ¿Qué alcance corresponde asignarle? ¿Se trata de un marco impreciso sujeto a una ley reglamentaria? o, en cambio, ¿es una disposición operativa que tiende a evitar frustraciones en el acceso a la justicia?.

Cada uno de estos interrogantes deben ser resueltos para esclarecer el tema tan polémico de la legitimación procesal.

En el caso del ombudsman resulta interesante ver como funciona el presupuesto de la legitimación en la causa, en la medida que la legitimación para el procedimiento esta previamente reconocida, por vía de principio, en la norma constitucional ( ).

En estos casos, más que de una personalidad que identifique el derecho reclamado, se observa una representación que transforma la tipicidad habitualmente exigida.

En Argentina, la legitimación procesal que se otorga al Defensor del Pueblo es representativa. Tiene legitimación procesal, dice la Constitución, de forma que no se analiza ni piensa en el vínculo obligacional que debe portar quien deduce un reclamo ante la justicia, sino, antes que nada, en la importancia de los valores que defiende.

Podríamos afirmar que es un mandato preventivo, por el cual se propicia que los jueces, en el análisis de admisión de una demanda, priorice por sobre la acreditación del derecho subjetivo, la esencia fundamental de la tutela que se solicita.

Esta opinión se funda, además, en que el art. 43 distingue en la procedencia del amparo, las tres categorías de individuos que pueden reclamar ante el acto ilegítimo, la agresión discriminatoria, la protección del consumidor, la defensa al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o los de incidencia colectiva en general: a) el afectado, b) el Defensor del Pueblo, c) las asociaciones registradas.

La misión del Defensor del Pueblo es la tutela y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses que la Constitución Argentina y las leyes contienen al respecto.

El enunciado, lejos de ser genérico, apunta a aspectos muy particulares de la función que lleva a cabo el ombudsman, que se completa en el párrafo final del apartado, cuando agrega que tiene también en su cometido, el control del ejercicio de las actividades administrativas públicas.

Los demás derechos parecieran referirse a lo que podríamos llamar el "bloque de constitucionalidad" atrapado por las normas y tratados con jerarquía constitucional que se incorporan reconocidos al texto de la ley superior ( )

Sería el caso, también, de las defensas contra cualquier forma de discriminación, las relativas a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva, que deben esperar de sus normas reglamentarias, pero que no empecen el obrar protector del ombudsman cuando el desconocimiento se advierta.

Esta apertura en la legitimación procesal que la Constitución asigna, enfoca más que a la faceta del derecho de petición (art. 14), al derecho de tener un proceso útil y efectivo (art. 18), por el cual se pueda obtener el ansiado derecho a la tutela jurisdiccional, que se encuentra tan bien perfilado en el art. 24 de la Norma Fundamental española.

Este derecho a la jurisdicción incluye la facultad de deducir la inconstitucionalidad de las leyes (art. 43, párrafo primero, apartado final) cuando ellas afecten los derechos e intereses legítimos, y también, cuando la agresión sea sobre derechos humanos.

El último eslabón que asume la defensa a través del ombudsman, está indicado para los "intereses" (demás derechos, garantías e intereses, dice la Constitución).

Estos están referidos al conjunto de acciones que el individuo tiene derecho a sostener y no los encuentra entre los anteriores.

Dichos intereses pueden ser diversos y vincularse a la persona según la intensidad de protección y particularidad exclusiva que reuna en torno a él. Pueden ser directos y encuadrarse como "legítimos"; indirectos y mediatos, y como tales soportados en la categoría de los "intereses simples"; o estar inmersos en la órbita de los intereses masivos que no identifican a ningún titular específico porque el derecho es de todos, e instalarse como "intereses difusos".

Esta discriminación de intereses puede abordarse sin diferencias por el Defensor del Pueblo, porque, cuando el artículo 43 constitucional menciona a "toda persona", encuentra, por supuesto, al ombudsman.

Asimismo ocurre con el signado especial que tiene el protector del ciudadano respecto a intereses categorizados como de "incidencia colectiva", otorgando especial reconocimiento a los antes llamados intereses difusos que tienen ahora explícita positivización.

Todos los derechos humanos, sin interesar por ahora su determinación y perfil en normas internas o infraconstitucionales; también las declaraciones y garantías establecidas en la Norma Fundamental; los abusos e intolerancias de la Administración pública y el control para que esta última se desenvuelva con eficacia, son destinos prefijados para la tarea guardiana del ombudsman.

Si lleva a cabo esta tarea, podrá actuar de oficio o por denuncias recibidas, en cuyo caso, la legitimación diseñada le autoriza a ostentar representación suficiente en cada caso, debiendo después resolver los alcances de la cosa juzgada.

Si la acción se intentara solitariamente, su legitimación para obrar no admite discusión técnica por estar respaldada en la Constitución.

Sin embargo, el interés que movilice la pretensión no podrá ser personal, porque, la función es preventiva y sancionatoria de las conductas negligentes o imprudentes que afectan al ciudadano. Lo cual incide, naturalmente, en la condición de parte y en las obligaciones que como tal pueden imponersele (V.gr.: costas, multas, etc.).

Tomemos como ejemplo la situación que produciría una intoxicación masiva por la venta de productos en mal estado; el ombudsman reclamaría en la dimensión que le permite el art. 42 cuando refiere a los derechos del consumidor y la protección de la salud; mientras que el afectado, podría reclamar los daños y perjuicios padecidos.

La legitimación concurrente es otra alternativa, permitiendo la comunidad entre individuo y defensor, a través de un litisconsorcio activo voluntario.

Respecto a los grupos que han de generar las asociaciones de consumidores, usuarios, de mercados, etc., previstos en el párrafo segundo del artículo 42, constitucional, la legitimación puede ser coadyuvante, si obran asociadas o en litisconsorcio, o individual cuando estas entidades no tengan el registro u oficialización que debe reglamentarse.

Con el Ministerio Público pueden surgir algunas imperfecciones, en la medida que los intereses se superpongan y con ello se piense que las defensas se excluyen mutuamente.

Tenemos por cierto que el principio radical que se basta en estas cuestiones es que en caso de duda deba estarse por la vigencia de la acción (in dubio pro actione), o combinar los intereses sin que ninguno elimine al otro.

Finalmente restaría analizar si la terminología adoptada en la redacción del texto constitucional, otorgando legitimación a "toda persona" en el amparo puede sugerir la variable de encontrar allí a la acción popular.

Pero no es así. En la acción popular la legitimación es indiferente por cuanto la representación se asigna a cualquiera del pueblo, esté, o no individualmente damnificado. La intención de su demanda reposa en la sensibilidad de un interés simple, como si fuera un mero denunciante de una situación conflictiva, sin que por ello tenga derecho a estar en el proceso aun cuando tenga derecho a suscitar un proceso ( ).

Por su parte, en la defensa intentada por toda persona (incluido el Defensor del Pueblo) existe una alícuota del interés para obrar, puede ser porque, el daño se haya masificado, o la

perturbación incida colectivamente; hay, en consecuencia una parte del derecho subjetivo que se acredita en esa acción de amparo, y como tal reúne la representación suficiente para demandar un proceso constitucional.

68. El carácter de "afectado".

La posición que una persona tiene respecto al derecho que invoca encuentra situaciones jurídicas que nominan cada una de ellas.

Al titular del derecho que resulta directamente dañado por el acto lesivo se lo protege por ser el "dueño" del derecho subjetivo.

Si el daño no fuera directo, pero encuentra al pretendiente como "víctima" mediata de los hechos que denuncia, su participación en el proceso podría recibirse bajo el concepto de inter,s legítimo.

La calidad del tercero que promueve un juicio de amparo con la única aspiración de obtener el restablecimiento de una situación de iure, sin alegar derecho vulnerado ni rol de víctima, más de la que le otorga su condición de ciudadano interesado en custodiar el orden público, suele asignarse al inter,s simple, que por vía de principio, no recibe protección jurisdiccional.

La última categoría asienta en los "derechos de incidencia colectiva", tal como los denomina la Constitución. Estos no tienen un legitimado directo porque, el inter,s se expande al conjunto por tener cada uno una parte del daño cierto o potencial. Se los llama, también, derechos de pertenencia difusa, intereses difusos, o derechos difusos, y se caracterizan por sostener la pretensión a través de un litisconsorcio activo atípico, que permite mostrar el ejemplo a través del llamado "amparo colectivo" ( ).

La primera categoría domina el espacio tutelado por las acciones ordinarias, las restantes tienen remedios excepcionales como explicamos más adelante.

¿En qué categoría corresponde ubicar al afectado?

Esta condición está dicha en el artículo 43 de la Constitución Nacional. También en la Ley de Amparo, aunque conviene trazar algunas distancias significativas en la interpretación que tuvo esta noción en el derecho judicial.

En una obra anterior ( ), teniendo como base la jurisprudencia elaborada hasta entonces, y fundamentalmente, la lectura de opiniones expuestas por algunos convencionales constituyentes, dijimos que el carácter de "afectado" significaba tener una relación directa e inmediata con los perjuicios que provoca el acto u omisión.

No era una vinculación indirecta por encontrarse incurso en un problema de grupo o sectores, sino porque el sujeto sufre las consecuencias dañinas de la lesión, alteración, restricción o amenaza en sus derechos o garantías.

Pasado el tiempo, algunas reflexiones más profundas incitadas por valores que entorpecían dicho concepto, nos lleva a modificar aquella posición.

En realidad, la afectación de un derecho puede ser directa o indirecta. La primera coincide y se ajusta al concepto de derecho subjetivo; la restante, interesa a toda situación jurídica relevante que merece tutela jurisdiccional.

En nuestra legislación es muy importante prestar atención a esta diferencia que, por otra parte, recibe inteligencia y lectura específica en algunos organismos supranacionales que no podemos omitir, pues en la medida dispuesta por el art. 75.22 de la Constitución Nacional, existe un techo nuevo a los ideales de justicia y equidad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el concepto de persona "directamente afectada", reconociendo en esa posición, además del titular del derecho fundamental vulnerado, a toda persona que tenga un interés legítimo en restablecer la legalidad, aun cuando no sea víctima.

Se ha señalado que "el concepto de <<persona directamente afectada>>, de conformidad con el artículo 162.1.b de la Constitución <<española>>, hay que reconducirlo al de <<interés legítimo>>. Así pues, no solamente tienen legitimación activa, para ejercitar el recurso de amparo, los titulares de la relación jurídica material que en él ha de discutirse, sino también los portadores de intereses generales, sociales, colectivos y difusos. Esta es la razón por la que, cuando la acción es ejercida por los organismos públicos especialmente encargados de custodiarlos, esto es, por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal, el artículo 42.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establezca la obligación del Tribunal <<laudatio actoris>> de llamar a los agraviados e interesados para que puedan sostener la pretensión" ( ).

Entre nosotros la idea de "afectado" divide la amplitud referida para el acceso a la justicia.

Un sector que podríamos llamar restringido define el precepto teniendo en cuenta las habituales coberturas necesarias para llegar a instancias excepcionales. Es decir, la existencia de un caso contencioso, que tenga partes en posiciones contradichas, que la cuestión sea actual y que la sentencia ha dictarse afecte sólo a quienes en su vinculación con las pretensiones deducidas en juicio los encuentre de manera concreta, directa y específica ( ).

Agrega Barra, que por su rol en la Convención Constituyente ofrece una explicación de primera fuente, que "la legitimación reside en el afectado, que es la persona que puede invocar el <<daño diferenciado>> que menciona Scalia ( ), tal como ocurre con la situación prevista en el primer párrafo de la norma. Es el mismo afectado al que se refiere el art. 5 de la Ley 16.986, ya que es evidente que el constituyente, al utilizar idéntica terminología, no quiso apartarse en esta materia de lo que ya se encontraba consagrado en la ley y la jurisprudencia" ( ).

Pero este ser "afectado" que explica la posición limitativa, vincula una vez más el derecho de acceso al tribunal con las situaciones jurídicas que la reforma constitucional, y la evolución del derecho, tienen por superadas.

Es decir, pensar en el afectado como titular o "dueño" del derecho, sobrevalora el individualismo y las pertenencias exclusivas. Elude, en consecuencia, la misma dimensión que tienen los derechos de incidencia colectiva.

Podemos colegir, entonces, que la noción de afectado, amplía notablemente la legitimación para obrar. Sería suficiente que un derecho o interés se altere de manera directa o refleja para que alguien que se crea razonablemente con derecho a su protección pueda requerir la calidad de parte procesal.

La afectación no refiere a la persona interesada, sino al derecho o garantía que toda persona tiene para defender una situación de tanta importancia que dilate las fronteras tradicionales de la legitimación para obrar.

Es un derecho al amparo judicial, una garantía que la Constitución refuerza otorgando la posibilidad de acceder sin restricciones y sin exigencias rituales de acreditación causal.

Por eso, esta afectación no tiene que ver con la capacidad ni con la representación, son ellos presupuestos procesales que anidan bajo las previsiones de la legitimación ad processum, diferentes a la legitimatio ad causam.

Tampoco hace a la condición de "parte", aunque resulte una consecuencia inmediata del derecho que, prima facie, se acredite.

El derecho o garantía que se defiende es la premisa mayor, y lo de "afectado", una dilatación de las coberturas asistenciales que parten del titular agraviado, sigue en el Defensor del Pueblo, continúa con las entidades representativas, y ocupa a quienes esfuercen la protección mediante la instauración de una acción específica, movilizada en la permisión de los derechos de incidencia colectiva o difusa. Cada uno en su espacio, todos afincados en el derecho a una protección judicial efectiva ( ).

En la provincia de Buenos Aires, informa Morello, las conclusiones sentadas cobran todavía más intensidad al insertarse con nitidez en el modelo del acceso a la justicia que ha consagrado el artículo 15 de la Constitución local jurada el 19 de setiembre de 1994. "Conforme al cual la Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia y el deber de los jueces decidan las causas en tiempo razonable, con el agregado b sico -del que son destinatarios precisamente los jueces todos ellos- de que no podr n interpretarse las garantías, sino en la amplitud que emana de su propio texto y sin otras restricciones que las que las referidas normas permiten, pues darles otro alcance que prive a los ciudadanos de contar con ellas, ser inconstitucional y no podr n ser aplicadas por los jueces" (art. 57, Cód. Prov.) ( ).

## 69. La protección procesal específica.

Una vez establecido el sistema de acceso que ordena la legitimación procesal, corresponde encontrar el procedimiento adecuado que tutele efectivamente los derechos e intereses específicos.

Prima facie, aparecen dos vías para la defensa de los derechos difusos: el amparo es la principal, y los procesos ordinarios la restante.

Sin embargo, resulta importante alentar un procedimiento administrativo adecuado a las necesidades que el Estado debe proteger más allá de los reclamos sociales dirigidos en tal sentido.

A los jueces, por su parte, les corresponde estar atentos con las cuestiones tratadas, y priorizar medidas urgentes que puedan ser útiles para la crisis denunciada.

Las medidas cautelares cobran especial importancia y relieve por su función preventiva, antes que reparadora ( ) pues ofician en la idea de proteger al conjunto social evitando la propagación o continuidad de un daño potencialmente cierto que altera la armonía.

### 69.1 El proceso de amparo

El amparo suele llamarse "colectivo" porque, el interés se difunde al grupo que lo detenta sin tener un "dueño" en particular; la protección se extiende al conjunto, y otorga a ellos un derecho a la sentencia favorable que no es individual.

El caso "Kattan, Alberto c/ Poder Ejecutivo nacional" que obtuviera sentencia firme de primera instancia, en el año 1983, también conocido por el caso de "las toninas", permitió que un grupo de particulares se alzara por vía del amparo contra una resolución que autorizaba la captura indiscriminada de delfines o toninas overas.

Fue este el primer caso de "amparos colectivos" y en él se dijo que, estaban habilitados para iniciar una acción de amparo, aquellos que lo hacen a título personal o en representación de sus familias, cuando la finalidad que persiguen es el mantenimiento del equilibrio ecológico, garantía que se encuentra implícita en el art. 33 de la Constitución Nacional (hoy, también el art. 41). El temperamento propuesto decía que "todo ser humano posee un derecho subjetivo a ejercer las acciones tendientes a la protección del equilibrio ecológico..." ( ).

La corriente jurisprudencial no ha vacilado en rescatar la idea que ahora se transporta a la Ley Fundamental, quiz , en salvaguarda del mencionado e insistido derecho a una tutela judicial eficaz.

Lo que distingue nuestro derecho a la defensa a través del amparo, del derecho a la prestación efectiva del servicio jurisdiccional" que reconoce el derecho español (art. 24, CE), el derecho constitucional italiano (art. 24, CI) o la Ley Fundamental de Bon (art. 19.4, Constitución alemana), proviene de un hecho natural como es la ausencia de un órgano específico para el control constitucional como tienen en estos países, de modo tal que la norma argentina piensa más en asegurar un tipo de respuesta rápida y segura a la crisis en un derecho del hombre, antes que en resguardar la supremacía interna de la construcción fundamental.

Por eso, en esta nueva entronización del amparo, varían las cuestiones de legitimación; los obstáculos a la apertura (se eliminan las vías previas); y se diseñan varias modalidades de amparo por el objeto, antes que por el tipo de procedimiento que mantiene su fisonomía general ( ).

Existe, en consecuencia, un derecho a la promoción de la eficacia de la actividad jurisdiccional, que no siendo manifiestamente idónea, reposa su confianza inmediata en el juicio de amparo.

#### 69.1.1 Problemas procesales en el amparo colectivo

Existen dos aspectos esenciales en la caracterización de esta óptima vía de respuesta. Una corresponde a la posibilidad cierta de convertir al proceso de amparo en el remedio positivo adecuado y preciso para la protección de los derechos difusos; y otro centrado, básicamente, en los problemas procesales que la reunión indiscriminada de personas en calidad de parte constituye a los fines de identificar y proyectar consecuencias en la relación jurídica procesal.

Sostenemos que el proceso de amparo es el medio tuitivo más ajustado al requerimiento tutelar de los derechos difusos por las siguientes razones.

La evolución y transformación de la sociedad determinó en cierto momento la necesidad de acordar una superación de los derechos individuales. El paso hacia la socialización pretendió obtener una diversidad de derechos donde el principal beneficiario era el conjunto, antes que la persona.

Estas aspiraciones se reflejaron para defender a la colectividad de las agresiones en el medio ambiente, en las riquezas naturales, en el patrimonio cultural y artístico, en los derechos del consumidor, entre otros valores que pretendían conciliar las conductas dentro de un marco social.

Fueron llamados derechos de la tercera generación porque, representaron una inquietud diferente a la que apuntaron, cada una en su tiempo, los derechos civiles y políticos, y los derechos culturales, sociales y económicos.

Sin tomar una fecha fija desde el momento que inicia esta tendencia, lo cierto es que la década de los 80 tuvo un notable avance que reconoce hitos trascendentales como las inserciones del problema en varias leyes fundamentales de provincias argentinas ( ).

Todo ello fue generando una justa reacción social que, aglutinada por el interés general y la solidaridad, mancomunó esfuerzos en procura de respuestas estatales. Tanto las acciones de amparos que individualmente abrieron curso a lo que fuera después base para sostener el llamado "amparo colectivo" ( ), como el surgimiento de entidades agrupadas que para 1980 eran más de trescientas, motivaron anteproyectos legislativos para la defensa judicial de los intereses difusos.

¿Porque fueron denominados difusos?. Sencillamente porque, el principal obstáculo a superar lo constituían la teoría procesal de la legitimación, al no encontrarse el derecho subjetivo individual; el objeto tutelado, al no ser específico; y la protección jurídica, por los efectos posibles que alteraban instituciones consagradas por la seguridad jurídica la cosa juzgada.

Así llegó a plantearse que los derechos difusos lo son porque, no hay un titular concreto al que pueda conducirse, ni se sabe exactamente cuáles son las prerrogativas a que dan lugar, ni encuentran por regla general una protección jurídica adecuada, de la que no se puede únicamente decir que resulte difusa, sino incluso inexistente ( ).

Esta es la tesis sostenida por Robert Pelloux, quien después de incluir entre estos derechos de la tercera generación al derecho al medio ambiente, el derecho al desarrollo, a la autodeterminación de los pueblos, el derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad y el derecho a la paz, no duda en señalar que: " Los nuevos derechos no corresponden a la noción de derechos del hombre tal como ha sido elaborada durante siglos de reflexión filosófica y jurídica. Su titular no es el hombre o el individuo, sino una colectividad, a menudo difícil de determinar, como nación, pueblo, sociedad, comunidad internacional, lo que les opone a los verdaderos derechos del hombre, no sólo a los derechos estrictamente individuales, sino incluso a los derechos colectivos, que, a menudo, no son más que derechos individuales que se ejercen colectivamente. Su objeto es, con frecuencia, impreciso. A veces, el nuevo derecho no hace más que retomar bajo una forma diferente todo o parte de los derechos económicos y sociales que figuran en la Declaración Universal y en la mayoría de las declaraciones nacionales; es el caso del derecho al ambiente, del derecho al desarrollo. A veces contradice o puede contradecir alguna de las libertades fundamentales, por ejemplo, la libertad de desplazamiento, o incluso alguno de los nuevos derechos de la nueva generación; pensemos en el posible conflicto entre el derecho a la autodeterminación de los pueblos y el derecho a la paz. Finalmente, su protección jurídica es imposible o muy difícil de asegurar, como consecuencia de la imprecisión de su titular y de su objeto" ( ).

No obstante la mayor parte de las Constituciones dictadas en Iberoamérica han cubierto dichas expectativas, tal como lo expone nuestro capítulo segundo de la parte primera, conocida como "nuevos derechos y garantías".

La regulación positiva muda la aspiración de los derechos difusos a la positivación de la garantía, lo cual no deja tranquilidad absoluta pues faltan las reglamentaciones (V.gr.: artículo 42, respecto a los derechos allí indicados) e inclusive, se corre el riesgo de creer que la garantía establecida a través del amparo pueda servir de herramienta útil para cualquier tipo de reparación ( )

La ingenuidad podría sembrar de ilusión y esperanza en la acción conferida, pero bien cierto es que la experiencia cobrada después de la Ley 16.986 dió cuenta de la ineficacia de la ley "encorsetando" una institución que había nacido gil y atenta con las necesidades sociales.

Pueda ser que los derechos encolumnados en los pactos, tratados y convenciones sobre derechos humanos iluminen suficientemente el aura protector que tienen estos derechos de la tercera generación; también que la inserción constitucional los afiance y desarrolle; pero el riesgo de legislaciones desvirtuantes es cierto.

No se trata de poner desilusión en el caso, sino de advertir la importante tarea legislativa pendiente y la ardua fatiga de interpretación que tendrán que elaborar los jueces y tribunales.

Con todo, no es dable caer en escepticismos, pues el derecho ha caminado siempre un paso atrás de la realidad, de modo tal que las incertidumbres y vacilaciones son constantes y permanentes, pero también el anticipo de que no se trabaja sobre cosas ficticias esperando el paso siguiente y sus nuevas adecuaciones.

### 69.1.2 La cosa juzgada

Casi con la misma problemática que presenta definir la legitimación *ad causam* y *ad processum*, aparece el tema de la cosa juzgada, y sobre todo, el alcance que tiene la sentencia dictada en los amparos sobre derechos colectivos y difusos.

Antes que nada conviene aclarar que, si bien la sentencia dictada en los procesos sumarísimos, de los cuales es tributario el juicio de amparo, no hace cosa juzgada material, es decir, que permite la reiteración del *thema decidendum* en un proceso de conocimiento amplio posterior; también lo es que, en cuanto sea materia de conflicto y ocupe plenitud probatoria, la *res judicata* tiene efectos definitivos e impide su reiteración, pues a este respecto, no ha existido restricción ni límites en la apreciación y valoración judicial.

Por tanto, el eje central que motiva este comentario asienta en la extensión de la sentencia a terceros y las probabilidades de otorgarle al pronunciamiento carácter definitivo.

En nuestra legislación constitucional, el artículo 18 declara inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, de donde se deduce -al menos como norma- que la cosa juzgada no puede oponerse al que no ha tenido oportunidad de estar en el proceso, alegar, probar y, esencialmente, ejercer su derecho de defensa.

La regla *res inter alios judicata alius nec nocere potest* (lo que haya sido juzgado entre dos personas no aprovecha ni perjudica a los terceros), se justifica por el hecho de que el juez no decide más que el litigio que le está sometido y no tiene ni la intervención, ni el poder de resolver a través de disposiciones generales o reglamentarias.

El rol de los terceros en este enclave varía, por supuesto, no siendo éste el problema que debamos abordar en esta ocasión.

Queda pendiente el apotegma que caracteriza los derechos colectivos y los derechos difusos: su pertenencia indiscriminada.

¿Cómo alcanza la sentencia a estos terceros que integran una sociedad interesada en los resultados de la protección procesal abierta a estos derechos comunes?

La idea dominante, que se transmite en legislaciones recientes como la brasileña, consiste en acordar efectos de cosa juzgada material a los procesos donde la representación ejercida es indubitable y no existe posibilidad alguna de fraude procesal. Por ejemplo, las defensas por derechos o intereses propuesta a través del Defensor del Pueblo, o el Ministerio Público, o eventualmente, por las asociaciones reconocidas.

En cambio, si la acción es llevada adelante por un particular, una liga de asociados, un grupo heterogéneo, o en síntesis, un agrupamiento de dudosa organización, la solución depender del enfrentamiento de varios principios jurídicos y lógicos: el principio de economía, de conservación de los actos jurídicos y de identidad pugnan por la extensión; el principio de libertad; de responsabilidad individual, de limitación de la cosa juzgada a las partes, propenden a la restricción de los efectos de la res judicata a los intervinientes en el proceso de que se trata ( ).

La conclusión sería que "los alcances de la cosa juzgada o la oponibilidad de la condena, deben tener la potencia expansiva suficiente a tono con la materia que hace al contenido de la tutela jurisdiccional, sin perjuicio de autorizar el nuevo planteo de la misma acción, en un plazo que la ley fijar , cuando la sentencia denegatoria se funde en ausencia de prueba suficiente o falta de legitimación adecuada" ( ).

## 69.2 Las acciones de clase

Otra posibilidad de defensa para los derechos difusos consiste en establecer una forma y dinámica de acceso que sin ser una acción popular, permite flexibilizar el criterio ancestral de la protección personal extendiendo a los grupos la tutela del proceso.

La sistemática proviene del common law y se define por las denominadas class actions (acciones de clase).

Su origen, bastante remoto, encuentra primeras manifestaciones como una invención de equity ( ), es decir, creada como herramienta procesal habilitante para que el número indeterminado de personas no impidiera que los grupos unieran sus intereses ante la justicia.

"En el derecho inglés, si en una acción por clase de personas se llegaba a la conclusión de que los derechos, las obligaciones o las responsabilidades de todos los integrantes de la clase o grupo podían ser litigados correctamente y honestamente, la sentencia final obligaba a todos los miembros de la clase o grupo, hubieran o no participado en la sustanciación de la acción" ( ).

En Estados Unidos, las acciones de clase se concretan a través de la "Regla 23" del procedimiento civil. Ellas dicen:

"a) Requisitos para la interposición de una acción por clase de personas:

"Uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como partes representativas, en representación de todos, solo si:

"-la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable.

"-existen cuestiones de derecho y de hecho comunes a la clase.

"-las demandas o defensas de la clase son típicas de la clase y,

"-las partes representativas protegen los intereses de la clase justa y adecuadamente.

"b) Acciones por clase admisibles:

"Una acción puede ser promovida como una acción de clase si los requisitos del inciso a) han sido cumplidos y además,

"-la promoción de acciones separadas por miembros individuales de la clase o contra ellos pudiera crear el riesgo de...

"...inconsistencia de diversas sentencias con respecto a miembros individuales de la clase que pudieran establecer criterios de conducta incompatibles para la parte que se opone a la clase, o

"...sentencias con respecto a miembros de la clase que, en la práctica, tendrían efecto dispositivo de los intereses de los otros miembros que no han sido partes en los juicios sentenciados o que lesionarían o impedirían su capacidad para proteger sus intereses; o

"-la parte que se opone a la clase ha actuado o se ha negado a actuar sobre fundamentos generalmente aplicables a la clase, haciendo aplicables, en consecuencia, remedios mediante órdenes o prohibiciones o el correspondiente remedio de tipo declarativo con respecto a la clase como un todo; o

"-el tribunal determina que la cuestión de derecho o de hecho común a los miembros de la clase predomina sobre cualquier cuestión que afecte sólo a los miembros individuales, y que la acción por la clase es superior a otro medio disponible para la decisión justa y eficiente de la controversia. La materia relativa a las determinaciones incluyen:

"A) los intereses de los miembros de la clase en el control individual de la promoción o la defensa de acciones separadas;

"B) el alcance y la naturaleza relativo de cualquier juicio relativo a la controversia ya iniciado por miembros de la clase o contra ellos;

"C) las dificultades que probablemente se habrán de encontrar en la tramitación de una acción de clase.

"D) la determinación por orden judicial si se debe mantener una acción por una clase de personas: notificación, sentencia, acciones tramitadas parcialmente como acciones de clase" ( ).

Las acciones de clase han logrado cierta aceptación en los ordenamientos latinoamericanos. En Colombia, por ejemplo, el Código Civil establece en el art. 1005 una acción popular de defensa de los bienes de uso público, que se titulariza en el municipio o cualquier persona del lugar afectado. Es un remedio que asimila a la clase con los derechos que tienen los propietarios de heredades o edificios privados.

El derecho al resarcimiento también se proyecta al grupo (arts. 2359 y 2360, Cód. Civil).

En 1982 se dictó el decreto extraordinario 3466 que se parece bastante a las class actions anglosajonas, en miras a tutelar los derechos del consumidor frente a violaciones sobre calidad de productos, precios, etc., que se vinculan con la protección de la salud, y en consecuencia, con los derechos del medio ambiente ( ).

En Perú, la Constitución política establece la acción popular sólo para los actos que sean atentatorios de leyes y normas de contenido fundamental. Indica el precepto que "hay acción popular ante el Poder Judicial por infracción de la Constitución, contra la ley, contra los

reglamentos y normas administrativas, y contra los reglamentos y normas administrativas, y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público".

Pero es Brasil la que ha dotado a la libertad de acciones un perfil inusitado que abre esperanzas de imitación.

El art. 5 de la Constitución de 1988 establece que "cualquier ciudadano, partido político con representación en la Cámara Federal o en el Senado de la República, asociación o sindicato, es parte legítima para proponer acción popular que persiga anular un acto ilegal o lesivo al patrimonio público, a la moralidad administrativa, a la comunidad, a la sociedad en general, al medio ambiente, al patrimonio histórico o cultural y al consumidor. Los actores de la acción prescripta en este parágrafo están exentos de costas judiciales y bonos de solvencia, excepción hecha a litigantes de mala fe".

Esta legitimación concurrente o disyuntiva según la calidad y naturaleza de las personas que requieran la actividad jurisdiccional de defensa, amplía notablemente el campo de sujetos capaces de demandarlo.

En nuestro país, el artículo 43 de la Constitución Nacional ingresa como nuevo derecho de amparo, un proceso abierto a toda persona, nominado que podría llevar a pensar que se habilita una vía difusa de acceso donde el interés para obrar no resulta condicionante de los pasos posteriores.

En tal caso, la proximidad con la acción popular es muy cercana, obligando a establecer diferencias que eviten confusiones innecesarias.

### 69.3 La acción popular

Zannoni explica que la condición de afectado que menciona el citado art. 43 constitucional no concreta a persona alguna, pues para ello sería suficiente abastecer el derecho de acción con las previsiones de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil. Agrega que, en consecuencia, se abre una legitimación especial a todos los miembros de la comunidad ante ataques o lesiones a los intereses colectivos, de suerte tal que se habilita en el amparo una especie de class action en favor de todo aquél que demuestre la afectación de un interés que no deja de ser propio -aunque participado con un número más o menos indeterminado de miembros de la comunidad- aunque no fuere exclusivo ( )

Sin embargo, antes de la reforma, prestigiosos autores sostuvieron que si no existe la relación directa con el derecho subjetivo (es decir con la pertenencia del derecho en la persona que peticiona) no existe posibilidad alguna de proceso.

Así manifiesta Marienhoff cuando dice que "quienes ejercieren tal acción (popular) invocando para ello la mera calidad de habitantes o ciudadanos integrantes del respectivo pueblo o comunidad, actuarían indebidamente, sin base válida alguna: 1. porque dicha acción no existe en nuestro derecho: está excluida del mismo por un principio constitucional (art. 1 de la Constitución Argentina) y por una disposición de la Ley Suprema (art.22); 2. porque careciendo quien la ejercitara de un interés o de un derecho propio, personal y directo, es decir, careciendo de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, no tendría legitimación (legitimatio ad causam activa) para actuar ante la justicia judicial, ya que sólo sería titular o portador de un "interés simple" insuficiente

de suyo para actuar en ese ámbito jurídico, donde la prerrogativa tutelada debe ser personal y directa del accionante" ( ).

Sin embargo, el problema no es advertir qu, tipo de proceso se tiene para tutelar los derechos difusos, sino observar que legitimación para obrar se actúa, porqu, la categoría del mismo condiciona muchas proyecciones del sistema (V.gr.: cosa juzgada).

Si analizáramos la procedencia del amparo equivocáramos el camino, en razón de que la legitimidad constitucional de una institución destinada a garantizar la independencia y la dignidad de quienes ejercen la función jurisdiccional no puede ser negada en la medida en que su estructura sea la adecuada a este objetivo, sin que en ningún caso pueda ser desvirtuada para convertirla en origen de privilegio público ( ).

En cambio, los distintos presupuestos que condicionan el acceso a la justicia en la perspectiva de la legitimación procesal, resultan transformados actualmente y obligan a establecer posibilidades en el marco de las disponibilidades de instrumentos para la protección de los derechos de incidencia colectiva.

Efectivamente, la posición de Marienhoff que citamos al inicio es verdadera y expresa con total contundencia el fenómeno que presenta el rol de la legitimación ad causam; sin embargo, las nuevas constituciones abren surcos diferentes habilitando una categoría novedosa de intereses que bajo la denominación de difusos (incidencia colectiva) tienen protección adecuada sin requerir en quien reclama recaudos de acreditación causal.

Al mismo tiempo, un proceso moderno se configura imprescindible cuando el derecho en crisis representa un conflicto masivo, esto es, difundido en escala grupal o colectiva y las respuestas unilaterales o personales son insuficientes porque no abarcan soluciones totalizadoras.

Ambas cuestiones son las que en estos p rrafos presentamos. La acción popular que en esta etapa se convierte en garantía de acceso a la jurisdicción y el proceso colectivo, como esquema superador de un orden adjetivo ineficiente en la protección de los derechos masificados o de una repercusión social gravitante.

Si bien existen diferencias con el amparo, a los fines de la apertura (derecho a la jurisdicción), es importante marcar la similitud.

En suma, este paralelo que actualmente obliga a trazarse entre el inter,s y el derecho restringe notoriamente la defensa de la legalidad, aun cuando esta sólo manifestación no sirva como elemento habilitante de la instancia.

El derecho al proceso nace con la acción, de modo tal que ser en el estudio de la misma el meollo de ingreso. Algo así como la llave que abre el intrincado candado de la legitimación procesal.

#### 69.4 El procedimiento administrativo

Hasta aquí hemos trazado alternativas y posibilidades para darle un cauce protector a los derechos difusos. La atención se concentra, b sicamente, en dos aspectos: un proceso gil, r pido y efectivo; y sin limitaciones o restricciones en el acceso a ,l, es decir, abriendo surcos en la legitimación procesal.

Pero, ¿porqu, no pensar que el mismo Estado a trav,s de un procedimiento administrativo adecuado pueda bosquejar un tr mite expedito para las necesidades de protecci3n reclamadas?.

Asistimos actualmente a una profunda transformaci3n en los roles del Estado. Antes protector e imperativo, hoy asume su dependencia de la sociedad y reconoce que a trav,s de ella tiene legitimaci3n. Esta funci3n global compromete nuevas actitudes que prevalecen sobre la investidura abstracta preconstituída.

Por ello, la acci3n administrativa debe desenvolverse de manera espont nea y en un campo de reafirmaci3n de las igualdades. Se trata, simplemente, de poner a la par la relaci3n con el ciudadano, echando por tierra los privilegios y arbitrariedades del Estado absolutista y dominador.

Si por la democracia se consigue un ejercicio de participaci3n que d legitimidad democr tica a las instituciones de gobierno, porqu, no esperar que esa misma participaci3n se extienda a procedimientos justos ( ), a medios de comunicaci3n ascendentes y descendentes que garanticen a la sociedad y a los grupos el conocimiento efectivo de las acciones y planificaciones. O, en su caso, arbitren un canal directo de reclamo que evite el siempre complejo y dependiente problema de resignar la esperanza de composici3n hacia un tercero.

No se trata de desconfiar de la justicia. Tal s3lo agregamos una posibilidad m s: el procedimiento administrativo.

Procedimiento que debe colocarse en la perspectiva de comprender que las relaciones entre administraci3n y sociedad, o entre gobierno y ciudadanos, deben desarrollarse con participaci3n efectiva; atendiendo recíprocas intenciones o finalidades; dialogando; concertando, y en pos de obtener una legalidad a trav,s del procedimiento.

Ni m s ni menos que el concepto de sntesis que expresa Habermas refiri,ndose a las relaciones intersubjetivas entre ciudadanos y administraci3n p3blica ( ).

Precisando m s este concepto de participaci3n procedimental diríamos que se trata de priorizar dos objetos esenciales. El primero, un tipo de control administrativo distinto e independiente a los formalmente establecidos y sin relacionarse con la fiscalizaci3n jurisdiccional, a la que viene a complementar. El restante, lograr una vía m s de defensa para los derechos difusos ( ).

La participaci3n propiciada consiste en establecer un procedimiento administrativo para que cualquier persona pueda consultar, cuestionar, impugnar, o requerir la tutela efectiva del 3rgano de gesti3n correspondiente para la preservaci3n o reparaci3n de un derecho que le pertenece a toda la sociedad.

No es un reclamo administrativo previo o necesario para activar la demanda judicial. Es una forma de democracia directa en que el interesado puede sustituir la inercia o inactividad administrativa para requerir del 3rgano superior adecuado las medidas correctivas o sustitutivas que fueren menester aplicar.

Un modelo de esta participaci3n que especulamos, se encuentra en la Ley argentina de defensa del consumidor que permite sustanciar los reclamos ante los fabricantes, productores, comerciantes, intermediarios o prestadores de servicios (art.58, Ley 24.240), por vías extrajudiciales que tiendan a la conciliaci3n de intereses, a cuyo fin de invita a las partes a reunirse con el objetivo de solucionar el conflicto.

## 70. Clasificación de los derechos difusos

Algún tiempo atrás clasificamos los derechos difusos por la categoría que cada uno soportaba, a saber:

a) intereses relacionados con la defensa de la ecología o el medio ambiente: pretendiendo preservar el equilibrio de la naturaleza, a través de sus diversas expresiones: tutela del paisaje; protección a la flora y a la fauna; combatir la polución; el desarrollo urbano desmedido o sin planificación; la utilización irracional de las riquezas, etc.

b) intereses ligados a la protección del consumidor: propaganda comercial; lealtad en el mantenimiento de la oferta; resguardo y seguridad en alimentos y productos médicos; adopción de medidas de seguridad para los productos peligrosos; regularidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos y los sistemas que conciernen a la efectividad de las indemnizaciones de los perjuicios causados en el caso de violación por parte de expendedores y proveedores, etc.

c) Intereses vinculados a valores culturales y espirituales: seguridad en el acceso a las fuentes de información; la difusión sin censuras de conocimientos técnicos o científicos; la creación y el mantenimiento de condiciones favorables a la investigación filosófica y al libre ejercicio de los cultos religiosos; la protección de los monumentos históricos y artísticos, etc. ( ).

La Constitución presenta un cuadro similar, donde aparecen sucesivamente:

Art. 41: Derechos referidos al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Art. 42: Derechos del consumidor y del usuario de bienes y servicios.

Art. 43: Párrafo primero: Garantía procesal ordinaria a través del amparo contra actos de autoridad pública o de particulares.

Párrafo segundo: Tutelas diferenciadas por el acto lesivo (discriminación; los correspondientes a los arts. 41 y 42; y los intereses colectivos).

Párrafo tercero: habeas data.

Párrafo cuarto: habeas corpus.

Cada uno de estos derechos tiene actitudes de defensa distintas y, en realidad, algunos refieren a derechos de pertenencia difusa y otros, los más, a intereses colectivos.

Traduce esta distinción, por ejemplo, el artículo 41, que está tomado de su similar art. 225 de la Constitución brasileña, aun cuando no otorga la acción popular que ésta sí concede.

En efecto, el derecho a gozar de un ambiente sano encuentra en "toda persona" el "deber de preservarlo"; pero el art. 43 admite la acción de amparo en la medida de la interpretación amplia del concepto de afectado, o por medio de las instituciones públicas o privadas autorizadas para hacerlo.

En consecuencia, al individualizarse la representación del interés, deja de ser un derecho difuso y se compromete la tutela, porque, aun cuando no sea un preciso derecho subjetivo, se exige un interés colectivo manifiesto.

Rivas advierte la diferencia, sosteniendo que "enfrentadas las disposiciones del art. 43 segunda parte de carácter funcional con las del art. 41 de naturaleza sustancial, será necesario armonizarlas dando prioridad a la legitimación que resulta de ésta última y otorgar al término <<afectado>> un sentido global comprensivo de la idea de <<todo habitante>>" ( ).

Barra, por el contrario, alarga mucho más la distancia y sostiene que "...lo que el legislador de la ley 24.284 y ahora el constituyente, hicieron, fue elevar la categoría de los intereses difusos a la categoría de los intereses colectivos, por confiar su defensa a organizaciones públicas -el Defensor del Pueblo- o privadas, especialmente reguladas por la ley. Y así, sin lugar a dudas, el constituyente excluyó de la legitimación procesal para accionar por la vía del amparo o por cualquier otra vía judicial o administrativa -salvo la queja ante el Defensor del Pueblo, o regulaciones específicas que se establezcan por ley para la actuación en sede administrativa- a quien sólo pueda invocar la portación -no cabe hablar de titularidad- de un interés difuso o de un interés simple". Agrega más adelante que, "...la ampliación de legitimación para estos casos por el legislador, sería válida para la actuación en sede administrativa, pero inconstitucional si se pretendiera legitimar el interés difuso en sede judicial, por directa violación del art. 116, y para el amparo, art. 43 de la Constitución Nacional" ( ).

Evidente resulta que tanto las normas de los arts. 41 y 42 son programáticas en cuanto a la forma como el Estado reglamentar la protección específica de cada derecho; pero de allí, suponer que hasta tanto estas leyes se dicten no pueda reclamarse su satisfacción, equivocaría el sentido de la norma fundamental.

Simplemente porque, los derechos difusos no pueden precisar el alcance jurídico de su contenido, ni provocar estándares que pudieran nominarse a través de directivas que los expandan y solucionen.

Sostiene Almagro, en este sentido, que las discrepancias políticas en torno a la construcción del modelo de sociedad que permita la mejor o más indicada satisfacción de estos derechos o intereses difusos, resulta harto complicado, pues no se descartan entre sus dificultades, la imposibilidad de consensuar un asentimiento unívoco o la concordia absoluta que den base a contenidos mínimos ( ).

Por tanto, en coincidencia con este pensamiento, sostenemos que los derechos difusos a que refiere la actual carta constitucional fueron pensados en planos diversos que concilian la colectividad del interés con la difusión de legitimados con representación ( ).

Esto es, que desde un punto de vista subjetivo, derechos colectivos y derechos difusos se emparentan respecto a la titularidad, al ser generalmente anónimos o indeterminados, aunque tengan una manifestación evidente en las asociaciones que propendan a la protección de las respectivas afectaciones.

La corporización de estos núcleos representativos con derecho de acceso a la justicia proviene de la violación masiva que tampoco reconoce una sola causa o un único agente provocador.

Son tipos nuevos de tutela que no buscan individualizar al actor ni al demandado, sólo atienden las causas y pretenden su reparación.

No se quieren beneficios económicos sino el restablecimiento o la recomposición (V.gr.: "El daño ambiental generar prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley" - art. 41, párrafo final del primer apartado-).

Colocar las cosas en el trazado negativo que estima cierto sector doctrinario, deja la cuestión sin resolver y tal como tradicionalmente se plantean los problemas de legitimación procesal.

No se polariza la justiciabilidad de estos derechos en la diatriba de ubicarlos como públicos o privados para deducir, entonces, quien debe portar el derecho de postulación.

Mantener el concepto esquivo de "afectado" descartando a otros, no atiende que cualquier individuo, est, o no personalmente lesionado, tiene legitimación para accionar, ya sea para lograr la reparación del daño por ,l sufrido, o para asegurar a sí mismo, y a todos, una adecuada tutela contra violaciones de intereses colectivos.

#### 71. Los derechos ambientales y la legitimación.

Dice el artículo 41: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generar prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

"Las autoridades proveer n a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

"Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aqu,llas alteren las jurisdicciones locales.

"Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

Por su parte, el art. 43, en su parte pertinente, admite la acción de amparo "en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente ".

La protección al derecho ambiental est presentado a trav,s de estas normas como un "derecho difuso"; surgiendo así de los t,rminos todos los habitantes tienen el deber de preservarlo a cuyo fin toda persona puede interponer la acción de amparo ( ).

Las dificultades de interpretación aparecen con el p rrafo segundo del art. 43, pues escala la tutela a partir del "afectado", "el Defensor del Pueblo" y "las asociaciones".

Retorna en la especie, el principio de validez por la continuidad y eficacia del amparo propuesto (in dubio pro actione), toda vez que en los fenómenos destacados en las defensas de derechos colectivos y difusos no puede solicitarse como presupuesto de validez para la postulación, el derecho subjetivo preciso o la individualización concreta del daño sufrido.

Son trastornos "de masa" que alteran el trabajo, la producción, el equilibrio ecológico, la vida sana, etc.

Si mantuviera el int,rprete el criterio restrictivo de pedir la acreditación como "afectado" (individual, personal y directo) no visualizaría la trascendencia del compromiso que le asigna al individuo. Este se convierte en el representante de un inter,s colosalmente expandido, su preocupación por el daño probable que ocupa un caso cualquiera (por ejemplo, los desechos radiactivos o contaminantes en las aguas de un río) queda en su cabeza para enfrentar en el juicio a otro agente m s poderoso, seguramente mejor preparado y sin tensión alguna por el costo del proceso.

Es el desequilibrio de fuerzas que tiende a superar el proceso colectivo y que no tiene respuesta y lida en el argumento de que la cosa juzgada es entre partes y la eventual inconstitucionalidad no se proyecta a todos, conservando estos, así, el derecho a reclamar la extensión de efectos bajo sus propias circunstancias.

Las victorias particulares no representan gran cosa porque transmiten la soledad del éxito de quien tiene, apenas, una parte ínfima de la razón de pedir.

Bien dijo Cappelletti que "es un hecho que el interés involucrado es, justamente, un interés difuso, un fragmento del más vasto interés del grupo o categoría de los sujetos damnificados. Si dicho grupo, o categoría no está organizado, el individuo sufre precisamente las consecuencias del carácter difuso o fragmentario de su interés personal" ( ).

En otros países las defensas grupales se intentan bajo la forma de acciones de clase (Estados Unidos), acciones de asociaciones (verbandsklagen alemana), acciones colectivas (Francia y Bélgica), o similares que persuaden la conveniencia de modernizar las instituciones procesales, sobre todo, los problemas de la individualización de intereses y el alcance de la cosa juzgada a las "partes justas" del proceso sustanciado.

Una lectura atenta del artículo 41 puede llevarnos a concluir en el derecho difuso de todos los habitantes (nacionales y extranjeros) a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

Cualquier violación a estos derechos, les otorga derecho al amparo fundado en el deber de preservación que tienen por su sola condición de habitantes.

Sin embargo, es preciso agregar que esta legitimación diferida no es una acción popular. Es sólo un reconocimiento a la importancia que tiene proteger un problema determinado.

Ahora bien, es indudable que hay numerosas situaciones donde la afectación es tan genérica que ni es posible encontrar un "afectado" porque la "totalidad" recibe el daño o la disfunción. Tomemos por ejemplo, los paisajes urbanísticos destruidos, el patrimonio cultural abandonado; las reservas ecológicas perdidas por la inercia burocrática, etc. etc.; son estas manifestaciones donde la sociedad es la "afectada", pero que, al concierto de nuestras consignas procesales, no tienen demasiada esperanza de alcanzar un derecho de acceso al proceso y a la jurisdicción, aun cuando es bueno recordar el esfuerzo aislado de algunos buenos jueces ( ).

Creemos, como lo hace Gustavo De Santis, que debe propiciarse una postura amplia en los derechos vinculados con el ambiente y la ecología, lo cual es conducente desde la óptica de plenitud que diseña el art. 43 parte 1ra. de la Constitución Nacional ( ).

## 72. Legitimación del usuario y del consumidor

El artículo 42 dispone: " Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

"Las autoridades proveen a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al

control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

"La legislación establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

También, como en el caso del derecho ambiental, el art. 43 concede acción de amparo a usuarios y consumidores, con id,nticas cuestiones de legitimación.

Asimismo, se mantiene la metodología constitucional de asignar carácter operativo al primer p rrafo de los artículos (en el caso, los arts. 41 y 42) y dejar program ticos a los restantes.

El tema del acceso a la justicia de los usuarios y consumidores, individualmente o en organizaciones especiales tiene lugar en la Constitución; es por esto una inteligente decisión política que, lejos de constituirse en un mecanismo distorsionador del mercado, es hoy tan importante como asegurar la libre competencia y la absoluta libertad de comercialización.

"Una sabia política de protección de los consumidores tiene por objetivo restablecer el equilibrio perdido, devolviendo al consumidor la capacidad efectiva de elección que sirve, justamente, de guía y de estímulo para el productor, asegurando así la eficiencia de la economía en el inter,s común" ( ).

La carta fundamental de Brasil de 1988 ha dedicado numerosas disposiciones a temas que en la nuestra se remiten a leyes reglamentarias; entre ellos asiste colocado como "interés social" la protección procesal, sea de personas físicas o en asociaciones legalmente constituídas que tengan al menos un año de actividad.

Queremos detenernos en la modalidad porqu,, en cierta forma, es la preconizada en la letra y espíritu de la reforma argentina.

Parece advertirse que la posición exacta donde localizar a la protección del usuario y consumidor es entre los "derechos colectivos", porqu, existe un vínculo que los asocia en el inter,s e identifican, a veces parcialmente, al sujeto pasivo.

Adem s, otro dato relevante, lo constituye la fuerza empresaria que tiene "la otra parte", habitualmente bien organizadas e informadas, y con un estudio certero sobre el d,ficit social y económico que le pueden ocasionar las demandas.

En cambio, el individuo consumidor est m s expuesto, no es litigante habitual y tiene las estrecheces y los miedos que padece cualquiera que esta fuera del círculo. Inclusive, si tuviera la osadía de enfrentar, es probable que sus logros no trasciendan, ni generen la pretensión de cambio que tuvo en la esperanza puesta con su demanda.

Esta revisión del encuadre individualista para dar paso a una tutela diferenciada en favor de grupos (usuarios, proveedores y consumidores) est presente en el nimo e intención de nuestros constituyentes.

Por tanto, la lectura que merece el artículo 43 no debe ser restrictivo, al resultar la escala del "afectado", "el Defensor del Pueblo" y "las asociaciones", sin perjuicio del Ministerio Público en cuanto le corresponda, una ordenación metódica e interactuante, donde ninguno excluye al otro.

Se propicia multiplicar el esfuerzo y combinar las fórmulas posibles de legitimación, en un medio donde no tiene cabida la acción popular que responde con mejor criterio a la defensa que estudiamos.

Si observamos como reglamenta estas situaciones el Código brasileiro de defensa del consumidor, podemos visualizar un esquema posible. El art. 81, particularmente, establece que la defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas puede ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo. La defensa colectiva ser ejercida cuando se trate de: I. intereses o derechos difusos, entendidos a los efectos de este código, como transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que son titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho. II. Intereses o derechos colectivos, entendidos a los efectos de este código, como transindividuales de naturaleza indivisible del que son titulares un grupo, una categoría o clase de personas ligadas entre sí o como parte de una relación jurídica base. III. Intereses o derechos individuales homogéneos, entendidos como ocurridos a alguien en particular por un origen común.

De este modo se evitan las categorías que impiden o retardan la actuación de la justicia, estableciendo una escala en los intereses, los derechos de los consumidores y las víctimas directas y sus sucesores.

Existe una pequeña diferencia, pero muy importante a la hora de establecer la legitimación para obrar.

En efecto, mientras los intereses o derechos difusos son indeterminados e indivisibles, tanto en lo objetivo como en lo subjetivo, permitiendo, en consecuencia, un planteo "popular" con posibles efectos "para todos" (erga omnes); los intereses o derechos colectivos son también indivisibles, pero transindividuales, es decir, se descarta la idea de corresponderlos con intereses personales agrupados, para especificarlos como pertenecientes a una totalidad de miembros de una clase, o parte de ellas ( ).

La salvedad es importante, porque, asimismo descarta la necesidad de organización o "personería jurídica" de las asociaciones de defensa, porque, lo primordial es analizar la cualidad que la crisis manifiesta.

Nuestro país, con la sanción de la ley 24.240, refuerza la protección dispensada a los usuarios y consumidores, generando una legitimación amplia que concede a los derechos individuales una atención preferencial (art.52), que puede obrar aislada o concurrente con las asociaciones, la autoridad de aplicación, el Ministerio Público (estos de acuerdo con la ley), y el Defensor del Pueblo (de conformidad con los arts. 42, 43 y 86 de la Constitución Nacional).

El art. 55 de la Ley del Consumidor dispone que las asociaciones están legitimadas para accionar, cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor. De este modo afirma la legitimación para obrar de las entidades intermedias, y preceptúa la calidad de derecho difuso de los consumidores al referirse, justamente, a una generalidad de sujetos ( ).

### 73. La legitimación en los supuestos de discriminación

La Constitución introduce entre los legitimados al amparo a toda persona que sufra "cualquier forma de discriminación"; indica, en consecuencia, una aptitud para obrar que está fuera de los derechos difusos o colectivos que reseñamos.

¿Existe un derecho subjetivo afectado, porqu, sólo se discrimina a alguien y por algo, y sólo quien lo padece tiene derecho a la reparación y al restablecimiento?

Esta es la lectura exeg,tica que deriva de la relación entre el p rrafo primero y segundo del artículo 43.

En cambio, si adoptamos un temperamento coincidente con los desarrollados para el derecho ambiental y respecto a los derechos del usuario y consumidor, la discriminación puede ser el g,nero a tutelar, ubic ndose en la tónica de los derechos de pertenencia difusa o en la dimensión de los derechos o intereses colectivos, según el caso.

Así resultaría que el derecho de amparo lo tiene toda persona, y el derecho al juicio de amparo, aquellos que respalden los requisitos de admisibilidad general previstos en el p rrafo primero del art. 43 y, en cuanto sea pertinente, por la Ley 16.986.

De esta manera la defensa a trav,s del amparo est diseñando un modelo para responder a los siguientes problemas: a) discriminación; b) derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y consumidor, e intereses difusos (o derechos de incidencia colectiva, en general) ( ).

Criterio que no admite Barra, para quien el discriminado que no acredita su calidad de afectado, queda en el marco de los derechos de incidencia colectiva por la generalidad del perjuicio que denuncia ( ).

Este p rrafo ser motivo de interpretación necesaria pues la discriminación admite individualizar el perjuicio (Por ejemplo, negar trabajo por tener el aspirante el síndrome de inmuno deficiencia adquirida -SIDA-),áproyectarlo a un grupo (V,gr.: minorías ,tnicas de un país); o sostenerlo como difuso (V,gr.: desigualdad en las condiciones de trabajo por razones de sexo motivadas en una legislación general).

#### 74. El litisconsorcio activo en la defensa de los derechos difusos

Una vez que conocidas las posibilidades alternantes que encuentra la persona individual o los grupos para defender los derechos que tengan o representen, queda por resolver un aspecto no tan importante como el que define el acceso a la justicia, pero de suma trascendencia para los alcances y efectos de la cosa juzgada.

Eludimos ex professo la cuestión vinculada con el tema procesal de las "justas partes", porqu, la misma est por dem s acuñada en resabios individualistas que sólo ven al proceso como "cosa de partes" y siempre que ,stas sean conocidas y justificadamente h biles para demandar y contradecir.

La problem tica consiste en ver como se articula la calidad de parte actora contando los posibles (eventuales) sujetos intervinientes:

a) Legitimación concurrente (o disyuntiva). Esta categoría permite obrar al sujeto directamente afectado en comunidad de intereses con el grupo, la clase o cualquier otra persona a quien se le reconozca legitimación para actuar. Se trata, en estos casos, de un litisconsorcio activo voluntario.

b) Legitimación de las asociaciones. En estos casos, tendr que verificarse la regularidad institucional. Si la asociación se encuentra reglamentariamente habilitada para actuar en la protección de intereses específicos, ostenta "representación suficiente y adecuada" que la inviste de

legitimación procesal. Representación adecuada prefiere nominarlo el derecho anglosajón en la medida de su régimen de acciones de clase. De otro modo, si las entidades intermedias son ocasionales o meramente transitorias, no será menester decidir la eliminación inmediata del acceso si la cuestión que trae a conocimiento de la justicia merece ponderación y estimativa por sus fundamentos y razonabilidad.

c) Legitimación de los organismos estatales. En estos casos, la actuación del Ministerio Público con las personas individuales o jurídicas que actúen en defensa de derechos de incidencia colectiva, permite encontrar un litisconcorcio activo voluntario, y la legitimación puede referirse como concurrente o disyuntiva, en la medida que la actuación de uno no desplaza ni interfiere con las de otros. Son actividades acumulativas que se incorporan al expediente bajo el principio de adquisición procesal. Esto es, que todas son útiles para el esclarecimiento de la causa ( ).

## CAPITULO XII

### LA LEGITIMACION EN EL PROCESO TRANSNACIONAL

#### 75. Principales características del proceso transnacional.

En materia de legitimación varias son las características que particularizan y diferencian el modelo procesal que tienen los juicios transnacionales.

El primer punto a destacar asienta en el sujeto pasivo que casi siempre es el Estado, al cual no se lo demanda directamente, sino a través de una denuncia que de ser aceptada por el órgano de admisibilidad permite concretar dicho acto de emplazamiento.

Después, no existen partes, stricto sensu, tal como las reconocemos en el proceso común.

Se ha dicho, en tal sentido, que "en el proceso internacional para la tutela de los derechos humanos en América ser parte actora únicamente los seres humanos y el Estado Parte que haya declarado reconocer la facultad optativa del art. 45 de la Convención Americana. Esta regla, sin embargo, tiene una fundamental excepción: en la etapa jurisdiccional del proceso, es decir, en la instancia que se desarrolla ante la Corte Interamericana, la iniciación del proceso queda restringida a la Comisión Interamericana o al Estado Parte que haya declarado reconocer la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación del <<Pacto de San José, de Costa Rica>>" ( ).

Seguidamente, el problema del derecho o interés que suscita la protección jurisdiccional se reemplaza por el concepto de víctima, de manera que, en todos los casos de denuncias por violaciones a los derechos humanos no se abre una suerte de acción popular, sino un acto particular que manifiesta el comportamiento lesivo de un Estado ( ).

En suma, si bien es aceptado el fenómeno de jurisdicción de las cuestiones vinculadas con el avasallamiento del Estado a los derechos del hombre que no encuentran reparación o tutela efectiva en el derecho interno; también resulta necesario advertir que no es posible trasladar a este tipo de procedimientos los principios y presupuestos característicos del trámite ordinario.

Existe una especialidad ( ) del procedimiento que protege las libertades del hombre, y que acentúa la diferencia cuando se permite que el mismo ciudadano sea el que demande a un país, ya que si la acción quedara trabada entre Estados sería absolutamente irrelevante.

Así lo entiende Hitters, remarcando que es el criterio citado por la Corte de Estrasburgo al fundamentar que la finalidad de la Convención de Roma es proteger a los individuos, y ello supone que sus cláusulas procedimentales deben aplicarse del modo que mejor cumplan ese postulado ( ).

En síntesis, para explicar cómo funciona el sistema de legitimaciones en los procesos transnacionales es preciso distinguir entre el modelo Europeo y Americano, tomando en cada caso, los conceptos de parte, postulación y, esencialmente, la inteligencia que se adopta para la admisión del trámite ante la petición o denuncia de una persona.

#### 76. Los sistemas de la justicia transnacional y sus órganos.

En materia supranacional el proceso desenvuelve un juicio especial que centra el objeto en la probable violación de los derechos humanos.

El enjuiciamiento desarrollado en las instancias locales no se vincula con el nuevo proceso, aun cuando sostiene y estimula la decisión particular de promover una acción ante el órgano interestatal.

Podría decirse que este último es requisito de procedibilidad, en atención a la necesidad de agotar los recursos de jurisdicción interna, pero no tiene más parentesco que ese y recibe, en consecuencia, un tratamiento diferente.

Por ejemplo, el proceso local culmina con la "cosa juzgada"; mientras que el transnacional no revisa esas actuaciones, sino que genera un procedimiento diferente que persigue elucidar si un Estado ha violado o no los derechos del hombre.

Por tanto, también puede hablarse del nacimiento de una instancia, si bien independiente y aislada del proceso interno.

Este concepto admite el origen de un novedoso grado jurisdiccional que obrar en una dimensión de tiempo distinta a las etapas ya transpuestas.

Lo interesante de la confrontación entre proceso ordinario-proceso transnacional está en la íntima relación que tienen respecto a los sistemas procesales que los definen, en los cuales, algunas veces podrán tomarse los principios generales consabidos (V.gr.: contradicción, intermediación, economía procesal, oralidad, publicidad e informalismo), mientras que otras, deberán adecuarse a los modelos de debate.

Existen básicamente dos modelos, provenientes de convenios y declaraciones internacionales sobre Derechos Humanos:

a) El sistema interamericano para la protección de los derechos del hombre nace con anterioridad a la Convención Americana de 1948, lo que ha producido algunos conflictos respecto a los órganos destinados a ejercer la tutela diferenciada ( ).

Nosotros prestaremos atención al régimen proveniente del Pacto de San José, que contempla dos cuerpos de protección: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

b) El otro sistema parte de la Convención Europea sobre Derechos Humanos que crea dos organismos también llamados Corte y Comisión de Derechos Humanos.

Restringiendo el presente comentario a las cuestiones de legitimación, se advierte mayor flexibilidad en el modelo europeo cuya regla general está en el art. 24 del Convenio que reza:

"Toda parte contratante puede denunciar a la Comisión, a través del Secretario General del Consejo de Europa, cualquier incumplimiento de las disposiciones del presente convenio que crea poder ser imputado a otra parte contratante"

Por su parte, el art. 25 agrega:

" 1. La Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las altas partes contratantes de los derechos reconocidos en el presente convenio, en el caso en que la alta contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia. Las altas partes contratantes que hayan suscripto tal declaración se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

2. Estas declaraciones podrán hacerse por un período determinado.

3. Se remitirán al Secretario General del Consejo de Europa, quien transmitirá copias a las altas partes contratantes y cuidará de su publicación.

4. La Comisión no ejercerá la competencia que le atribuye el presente artículo hasta que seis altas partes contratantes al menos se encuentren vinculadas por la declaración prevista en los párrafos precedentes".

Este modelo permite las denuncias individuales logrando que el sujeto, directamente, pueda peticionar ante los organismos instalados, lo que no era usual en los sistemas internacionales que solamente tenía y reconocía al hombre como "objeto" del derecho internacional.

En cambio, en el caso de la Convención Americana los arts. 44 y 45 disponen:

"Art. 44: Cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte".

"Art. 45: 1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.

"2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado Parte que no haya hecho tal declaración".

El sistema americano toma distancia con estas reglas del europeo, que requiere una declaración del Estado por la cual reconozca la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos para tramitar comunicaciones individuales. Es esta una particularidad -dice Nikken- que resulta probablemente, por una parte, de la mayor desconfianza de los gobiernos americanos

respecto de las denuncias contra ellos emanadas de otros gobiernos, debido al temor tanto de los abusos como de las confrontaciones políticas que pueden entrañar; y por otro lado, de las mismas circunstancias históricas que llevaron a la Comisión, de hecho, a comenzar su actividad protectora a través del examen de comunicaciones particulares ( ).

El funcionamiento de las Cortes (jurisdiccionales) tanto europea como americana restringen el acceso a los particulares, dejando la iniciativa a la Comisión que, de esta forma, se convierte técnicamente en una sustitución procesal, porque el organismo interestatal actúa por derecho propio pero en interés ajeno ( ).

77. La legitimación de la persona ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En Europa, de acuerdo con el art. 25 de la Convención de Roma, se acepta como sujeto activo a las personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares que se consideren víctimas de una violación.

La Comisión debe conocer de ellas por medio de la presentación directa, circunstancia que nos obliga a detenernos para esclarecer el concepto de víctima, a los fines de la admisión formal de una denuncia.

Mientras que si el caso es llevado por un Estado, la exigencia consiste en acreditar únicamente la incompatibilidad de una disposición del Convenio con la actuación específica del Estado denunciado. No se requiere la presencia efectiva de víctimas.

Por su parte, la Convención Americana no enumera los requisitos para ser tenido como "parte legítima", siendo suficiente que cualquier persona denuncie el acto, aunque no invista la calidad de damnificada directa.

Esta diferencia lleva a decir que es un verdadero avance en la protección de los Derechos Humanos, "pues si el individuo víctima de una violación a un derecho o libertad no puede presentar una petición ante la Comisión por estar, por ejemplo, confinado en una prisión, otra persona podrá interponer ante la Comisión la queja debida" ( ).

El sistema establecido en ambos mecanismos caracteriza un importante cambio en el tratamiento de la persona humana en su relación ante los organismos internacionales.

Si bien es cierto, en los dos casos las actividades de las Comisiones no son estrictamente jurisdiccionales, de modo tal que, técnicamente, tampoco serían supuestos de legitimación procesal; también lo es que, sendas Convenciones habilitan un recurso directo (viabilizado por denuncias o quejas) que habilita a los órganos para desenvolverse sin ritualismos estériles.

En los hechos, si la víctima no denuncia no se convierte en parte, pero la petición "de o por otros" faculta a los organismos a instar el procedimiento.

#### 77.1 El concepto de "víctima".

No debe verse en esta noción un esquema preciso como tiene el "derecho subjetivo"; es decir, admite la calidad de "víctima" una interpretación amplia que extiende el término a "otros interesados", permitiendo con ello, aumentar el número probable de legitimados ante la Comisión

Europea de Derechos Humanos (recordemos que ante la Comisión Interamericana no se requiere esta condición).

Al caso citado de la persona impedida para obrar de hecho o de derecho, que puede hacerlo por representación o por medio de cualquier persona que ponga en conocimiento la violación respectiva; se agregan otros sujetos susceptibles de ser afectados indirectamente (víctima indirecta) al tener un perjuicio inevitable a causa del daño principal a la víctima; y aun otros que se interpretan como "víctimas virtuales", comprendiendo en ellos a todos los que, ante un acto atentatorio contra los derechos humanos, proyectan la lesión a cualquier ciudadano ( ).

La amplitud del concepto tolera la denuncia por simple amenaza, cuando la misma no reproduce una suposición teórica sino la posibilidad concreta, basada en el riesgo cierto que la violación se produzca.

En cambio, la flexibilidad no ocupa a las personas jurídicas que, por tanto, están impedidas para reclamar por sí, aunque es posible que asuman la condición de denunciantes ( ).

### 77.2 La legitimación de los grupos.

El art. 25.1 de la Convención Europea permite conocer a la Comisión de cualquier demanda introducida por: a) personas físicas; b) organización no gubernamental; c) grupo de particulares que se consideren víctimas.

La Convención Americana, en el art. 44 coincide en el cuadro de legitimados: a) cualquier persona; b) grupo de personas y; c) entidad no gubernamental legalmente reconocida.

El reglamento de la Comisión agrega, en el art. 26.1 que las peticiones pueden hacerse en nombre propio o en el de terceros, circunstancia que confirma la distancia entre los modelos respecto a la condición de víctima ( ).

La nacionalidad ni la residencia son obstáculos para denunciar en cualquiera de los sistemas. Debe comprenderse que la capacidad de los extranjeros ha sufrido, en esta cuestión, una evolución importante en muchas leyes fundamentales contemporáneas.

Tomemos como ejemplo la Constitución española de 1978 que en el art. 13 párrafo primero dice: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley". Disposición que se interpreta dando plena amplitud cuando se trata de derechos cuya regulación corresponde por igual a nativos y foráneos, y restringiendo si las leyes o tratados así lo disponen.

En consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24.1 de la Constitución española le corresponde "a todas las personas", tal como también lo previenen el art. 10.2 de la Convención Europea, el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y el art. 6º del Convenio de Roma, textos en los que se toma como concepto equivalente el derecho a tener un juez y un proceso ( ).

Por el contrario, enseña Fernández Segado, "existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23: derechos de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con la salvedad que contempla el art. 13.2 respecto del ejercicio de derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales), y existen otros que pertenecen o no a los extranjeros, según lo

dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio" ( ).

Respecto a las entidades no gubernamentales la diferencia est en el reconocimiento institucional que solicita la Convención Americana que no se refleja en la Europea. Contingencia que posibilita algunas dudas respecto a la legalidad de los Estados para otorgar las autorizaciones, si bien son relativas, pues la vía no queda anulada ante la admisión de la denuncia por "cualquier persona".

Dice Htters que "para evitar tales problemas, ciertas entidades de este tipo han planteado la necesidad de que la OEA les otorgue personería en el caso de que le sea denegada por las autoridades dom,sticas; es lo que se ha dado en llamar el status consultivo, y que sigue las líneas manejadas por las Naciones Unidas" ( ).

Con relación a los "grupos de personas" debe existir un nexo vinculante entre ellas que las ponga en condición de víctimas o damnificadas, logrando con ello la apertura al tr mite solicitado ( )

### 77.3 Las personas jurídicas.

En este caso concita inter,s resolver si las personas físicas tienen posibilidad jurídica de accionar en defensa de sus intereses, en cuyo caso, debiera ser resuelto el conflicto entre derechos humanos y derechos de las personas morales, en la medida que las cartas de reconocimiento internacional refieren, en su mayoría, a las violaciones de los derechos del hombre.

"Persona es todo ser humano", destaca el art. 1.2 de la Convención Americana, por consiguiente debe tenerse como inaceptable la actuación por se de las personas jurídicas ( ).

### 77.4 La iniciativa de oficio por la Comisión.

No esta de acuerdo la doctrina especializada sobre esta modalidad.

Nikken plantea que "en general, las distintas convenciones sobre derechos humanos no facultan a las instituciones de protección para iniciar de oficio el tr mite de casos particulares de violación de los derechos humanos" ( ).

En otro sector se ubican quienes, interpretando el art. 26.2 del Reglamento de la C.I.D.H. ("Asimismo, la Comisión podr , motu proprio, tomar en consideración cualquier información disponible que le parezca idónea y en la cual se encuentren los elementos necesarios para iniciar la tramitación de un caso que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin"), sostienen que existe tal posibilidad, teniendo presente que la instancia ante la Comisión no es un proceso jurisdiccional sustentado, estrictamente, en el principio dispositivo (no procede abrir el proceso si no es a pedido de parte; o no hay juicio sin actor -ne procedat iure ex officio y nemo iudex sine actore-) ( ).

Las críticas a esta facultad son de diverso registro.

Algunos dicen que esta no es una atribución conferida por el art. 44 de la Convención, de manera que hay una extralimitación o, al menos, un exceso reglamentario ( ).

M s punzante es Nikken al decir: "Los casos en los cuales, de hecho o de derecho, se utiliza << toda información disponible >> para el examen de la situación de los derechos humanos en

determinado país, no representan, en verdad, ejemplos de iniciativa ex officio, pues se trata de elementos de convicción en un procedimiento en curso. El art. 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura contiene, con todo, una base para la actuación unilateral del Comit, contra la Tortura, cuando tenga información fiable sobre la pr ctica sistem tica de la tortura. Sin embargo, ni siquiera esa hipótesis sería la de iniciativa de oficio en un caso particular, sino frente a una situación general" ( ).

Lo cierto es que la pol,mica emergente de la inteligencia asignada al art. 26.2 no ha sido demasiado importante, toda vez que dicha potestad se ha utilizado sin demasiada frecuencia.

Ahora bien, si atendemos las funciones que la Comisión viene a desempeñar y aun con algunas reservas, tomamos en cuenta la afirmación de que, en ciertos casos, la actuación del órgano es a "manera de un Ministerio Público" ( ), se puede aseverar como deber del oficio la de promover la defensa de los derechos humanos cuando encuentra elementos que manifiestamente la ponen en conocimiento de violaciones.

No obstante, la instancia ante la Comisión no provoca todavía la apertura del juicio jurisdiccional ante el tribunal respectivo (la Corte), sino un cúmulo de actividades que tienden a provocar un acuerdo conciliatorio o una solución amistosa con el Estado Parte denunciado. Obviamente, referimos a la competencia contenciosa de la Comisión, sin aludir para nada a la competencia consultiva.

Fix Zamudio explica que la Comisión Interamericana puede asumir tres posiciones en relación con el procedimiento contencioso ante la Corte. El m s importante es cuando se convierte en parte demandante, en el caso de no haber logrado un avenimiento entre quejoso y Estado, o cuando ,ste no responde efectivamente a las recomendaciones formuladas, y en consecuencia, debe articular la demanda contenciosa ante la Corte ( ).

Las dos restantes dependen del grado de aceptación que tenga la calidad de "parte procesal" para este organismo supranacional.

#### 78. La demanda en el proceso transnacional.

Basados en una apreciación estricta del concepto procesal que importa la demanda, sería impropio transferir su alcance y definición al proceso transnacional.

Tanto la Convención Americana como otras disposiciones vinculadas refieren a peticiones o comunicaciones desplazando la idea de demanda. Estas normas reportan, consiguientemente, una interpretación particular que enmarca el procedimiento a seguir.

En estas actuaciones la hora inicial est en la denuncia del particular o del Estado, pero el tr mite no toma rumbo inmediato ya que actúan condicionantes procesales (V.gr.: agotamiento de los recursos internos) y circunstancias de apreciación previa que ser n las que, en definitiva, abren las compuertas de la justicia transnacional.

Si aceptamos a los fines de este estudio que el proceso transnacional "aut,ntico" es el sustanciado ante los órganos jurisdiccionales que las respectivas Convenciones han establecido, se pueden colegir las siguientes conclusiones respecto a la iniciativa y a la legitimación para obrar.

En el proceso civil la puesta en marcha le corresponde a quien alega un interés particular; excepcionalmente, puede incoar el Ministerio Público, pero la regla es que toda acción responda al impulso que genera el interesado.

La demanda presentada en forma debida representa para quien lo hace, además de un acto procesal de formalización de un procedimiento, una verdadera carga ( ) ritual que se respalda en el principio de legalidad de las formas.

La relación entre demanda y "parte" origina una serie de efectos procesales que enlazan instituciones diversas como la legitimación, la carga de la prueba, la extensión de la cosa juzgada, etc.

La legitimación procesal en el ámbito formidable de este proceso, recibe y admite por extensión los principios generales del derecho procesal, sin dejar de exteriorizarse fenómenos muy propios del trámite contencioso, como los que postergan la intervención principal y directa de la víctima o del interesado, con el consiguiente trastorno que ello significa para la defensa de sus derechos ( ).

La presencia directa del damnificado ante la Corte Interamericana o ante la Corte Europea, ambas entendidas como tribunales transnacionales, no surge inmediata, siendo por el contrario mediatizada su intervención a través de la legitimación activa que asumen las respectivas Comisiones.

"Es decir que el legitimado (sustancial), el perjudicado, o lesionado, no tiene acceso directo, sino que debe presentarse ante la Comisión, y esta es quien lo representa ante la Corte. La Comisión es, entonces, el órgano del sistema internacional, cuyo objetivo es la defensa de los derechos del individuo. Lo que significa que, además de la protección de los derechos humanos individuales, lo que sirve de fundamento al sistema es la defensa del interés legítimo de la comunidad" ( ).

## 79. El concepto de parte

La "intermediación" que realizan las Comisiones ante los órganos jurisdiccionales de la instancia transnacional resulta uno de los temas más interesantes que conviene precisar.

### 79.1 El concepto de parte en la C.I.D.H.

En el caso "Velásquez Rodríguez", la Corte Interamericana tuvo oportunidad de abordar ampliamente la problemática, concluyendo que la víctima no es parte.

Empero, el voto disidente del Juez Piza Escalante distingue entre partes instrumentales, asignando este rol a la Comisión, y partes materiales, resultando en el caso los familiares del ser humano desaparecido.

Se colige de este voto en minoría, que las partes en sentido sustancial son el Estado como legitimado pasivo; y el denunciante como parte activa y titular de los derechos reclamados, y por ende acreedor.

"La Comisión no es parte en ningún sentido sustancial, porque no es titular de derechos ni de deberes que hayan de ser o puedan ser declarados o constituidos en sentencia"...a mi juicio - agrega el juez disidente-, lo único que la Convención veda al ser humano es la iniciativa de la acción (art. 61.1), limitación que, como tal, es materia odiosa a la luz de los principios, de manera

que debe interpretarse restrictivamente. En consecuencia, no es dable derivar de esta limitación la conclusión de que también le está vedado al ser humano su condición autónoma de parte en el proceso una vez que éste se haya iniciado..."..."En lo que se refiere a la Comisión Interamericana que debe comparecer en todos los casos ante la Corte..., ésta es claramente una parte sui generis puramente procesal, auxiliar de la justicia, a la manera de un Ministerio Público del sistema interamericano de protección de los derechos humanos" ( ).

Esta discrepancia, ubicada como respaldo al movimiento del acceso a la justicia de manera franca y directa, controvierte la naturaleza jurídica de la legitimación al descabezar el concepto de derecho subjetivo aportando perfiles propios fuera de toda consideración clásica ( ).

La cuestión alude a la posible separación entre titularidad y ejercicio de la acción, logrando mediatizar la intervención del sujeto principal (víctima o afectado), pero no alcanza a dar suficiente explicación científica al obrar de la Comisión como parte.

En efecto, si es auxiliar del órgano jurisdicente, pierde su condición imparcial y evita la contradicción natural que para un debate contencioso deben tener quienes se consideren partes.

Si el auxilio es para la víctima no se entiende porque, la misma no puede obrar directamente ante la Corte, aunque después intervenga, aparentemente sin mayores dificultades. En este supuesto, insistimos, se trata de un caso de sustitución procesal.

El criterio tolerado es que actúa como un Ministerio Público, basado en el art. 57 de la Convención, que establece que "la Comisión Interamericana de Derechos Humanos comparecer en todos los casos ante la Corte".

Sostiene Vargas Carreño que, "de esta manera la Comisión podrá dar informaciones y puntos de vista pertinentes al caso y podría desempeñar ante la Corte una función similar a la que correspondería al Ministerio Público" ( ).

Nos parece correcta esta lectura, pues la Comisión, en sentido estricto, no adopta una actitud de abierta contradicción frente al Estado que denuncia. Tampoco le controvierte en las formas tradicionales del proceso civil.

Su actuación es sustitutiva de un interés ajeno, el cual, no está absolutamente desplazado del juicio transnacional, toda vez que, una vez en marcha de las actuaciones, puede intervenir sin restricciones.

Se trata, en suma, de aislar la iniciativa de la acción, que queda en poder de la Comisión, respecto de la titularidad del perjuicio o de la afectación, que permanece en la víctima y, como tal, es parte ( ).

En nuestro país Hitters asume una posición intermedia, al entender que el rol que tiene la Comisión tiene una esencia sui generis que contiene varios de los componentes anunciados, aunque su principal perfil, definitorio, es que funciona para la promoción y protección de los derechos humanos y su accionar apunta, además, a que intervenga como encargada de controlar la admisibilidad de las causas destinadas a la Corte.

Desde esta vertiente -agrega- podemos concebirla como un ente administrativo de protección y promoción de las potestades fundamentales del ser humano, que acciona como antesala -revisión de admisibilidad- del Tribunal. De ahí, entonces, que cuando se pretende detectar su esencia, sea prudente dejar en claro que, como su actividad es multifacética, no es fácil encasillarla en un sólo criterio ordenador. De todos modos -concluye el profesor platense- "nos

negamos a considerarla como una primera instancia con relación a la Corte ( ), pues, esta no es un superior jerárquico. Este órgano jurisdiccional no tiene potestad de <<revisar>> lo decidido por la Comisión..." ( ).

#### 79.2 El concepto de parte en la C.E.D.H.

Originalmente, la Corte Europea de Derechos Humanos no aceptaba la actuación directa de la víctima, pues el art. 76 del Reglamento de la Comisión establecía que la denuncia individual sólo podía postularla, de ser admisible, la misma Comisión, debiendo comunicar al interesado dicha circunstancia.

La norma dispone, asimismo, que "...Salvo resolución en contrario de la Comisión, le comunicar igualmente, en tiempo útil, el informe de la Comisión indicando que tiene la facultad de presentar a la Comisión, en el plazo fijado por el Presidente, sus alegaciones escritas sobre dicho informe. La Comisión decide que curso dar a esas alegaciones".

La disposición reglamentaria fue objeto de críticas por el gobierno de Irlanda, que en ocasión de presentar su alegato en el caso *Lawless* (1960), sostuvo que la norma era inaplicable por contradecir el espíritu de las reglas internacionales, por las que el individuo debe ser absolutamente ajeno ante la Corte.

Pero la decisión fue contraria, y se mantuvo el interés del tribunal en conocer todos los puntos de vista del denunciante, a fines de una correcta administración de justicia ( ).

Para mejorar la interpretación, a partir del 1º de enero de 1983 comenzó a regir un nuevo Reglamento, donde se estableció que, tras la recepción de la demanda, el Secretario debe dar vista a las partes y a los denunciantes individuales, organizaciones no gubernamentales interesadas y a los grupos de particulares que hubiesen acudido en virtud del art. 25 del Convenio Europeo.

Sostiene Eissen que esta reforma significa equiparar la situación del individuo a la Comisión y a los Estados ( ), aunque con las siguientes limitaciones: a) no puede promover directamente la denuncia; b) no está facultado para deducir excepciones preliminares; y c) no puede articular impugnaciones (interpretación o revisión) contra la sentencia ( ).

Como se advierte, no es un caso de legitimación procesal el que se otorga a la persona humana en estos casos; sólo es una posición en el proceso (*locus standi in iudicio*), por lo cual, no es parte ( ).

De todos modos fue un gran avance, que ir en sintonía con el caso *Los Vagabundos* (1970) cuando la Corte decide admitir a los abogados del denunciante como partícipes directos en el trámite ( ). Y culminar con el caso *Goddi* (1984) en el que, por vez primera, la Corte acepta la actuación directa de un abogado representando a un denunciante.

El 24 de noviembre de 1982 se dictó un nuevo Reglamento de la Corte, que atendiendo la evolución mencionada, va a especificar las posibilidades de la víctima en las actuaciones procesales ante el organismo.

Explica Nikken que "en los términos del vigente Reglamento de la Corte Europea, una vez introducida una demanda ante el tribunal, el denunciante que originalmente presentó el caso ante la Comisión tiene derecho a participar directa y activamente en el proceso. A tal fin, la Secretaría debe notificarle una copia de la misma, después de lo cual el denunciante dispone de dos semanas

para hacer saber a la Corte si desea participar en el proceso pendiente. En caso afirmativo puede hacerse representar en el juicio por un abogado habilitado para el ejercicio en cualquiera de los Estados partes o asumir por sí mismo -si así lo autoriza el Presidente- la defensa de sus derechos, asistido por un abogado que reúna tales condiciones" ( ).

En pocas palabras, la importancia que tiene la participación directa del interesado en las actuaciones suscitadas a su instancia (ante la Comisión), no impide ver un caso de legitimación indirecta; aclarando que no es parte, es cierto, pero con la salvedad que son tantas las facultades que tiene para obrar sin interferencias (V.gr.: presentar alegatos escritos; acompañar memorias u otros documentos corroborantes de pruebas; presentar sus conclusiones acerca del debate ocurrido; interrogar directamente a los testigos, peritos y demás personas convocadas por el Tribunal; requerir de amici curiae, etc.), que en los hechos, su actividad es bastante similar a la que cumplen quienes son "partes legítimas", en el sentido tradicional que la doctrina asigna al término.

#### 80. La legitimación pasiva

Afirma Bidart Campos que "los pactos no definen expresamente que el Estado sea el único sujeto pasivo que en virtud de ellos queda obligado frente a los derechos reconocidos en sus normas, pero es fácil inferirlo. En efecto, el art. 1.1 de la Convención Americana y el art. 2.1 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos consignan el deber y el compromiso de los Estados Partes de respetar y garantizar los derechos y libertades desglosados en sus dispositivos. Si es el Estado el que queda obligado a tal respeto y garantía, no es dudoso que ostenta el carácter de sujeto pasivo" ( )

No obstante, los pactos también refieren a "autoridades responsables", individualizando el agente responsable y, en consecuencia, acotando la legitimación pasiva que del Estado pasa, entonces, a una entidad particular.

La obligación del Estado consistir en informar circunstanciadamente los hechos que fundan la denuncia por violación, debiendo asumir esa carga, por depender de aquí el presunto responsable.

De modo tal que, ya sea directa o indirectamente, sólo los Estados son agentes pasivos del proceso transnacional, por cuanto a ellos les cabe "asegurar", "respetar" y "garantizar" los derechos previstos como superiores en cada uno de los convenios supraestatales.

Conforme este criterio, conviene agregar que "los pactos pretenden que de ninguna de sus disposiciones se pueda inferir una interpretación que justifique suprimir los derechos o limitarlos en medida mayor que la autorizada por ellos; en este ámbito, ni el Estado ni los particulares (grupos o individuos) quedan habilitados a tales supresiones y limitaciones; y de aquí extraemos la idea de que los particulares tienen la obligación mínima de omitir las supresiones o limitaciones que vienen vedadas en las normas de los pactos, lo que para ese fin tan parcial permite visualizarlos en el rol de sujetos pasivos. Ahora bien, si acaso los particulares incurren en transgresión a esa obligación mínima, o si fuera de ella violan de otro modo los derechos que los pactos contienen, no son ellos los que resultan internacionalmente responsables de la autoría de los entuertos sino acaso el Estado que no impide o no repara las violaciones; es decir, que no cumple su deber de respetar y hacer respetar los derechos y de garantizarlos" ( ).

## CAPITULO XIII

### LA LEGITIMACION EN EL DERECHO PRIVADO \*

#### 81. La legitimación del damnificado en el proceso de daños.

Clásicamente el daño injustamente producido ha permitido a la víctima obtener una reparación económica basada en la determinación de la culpa o dolo del autor y otros agentes concausales. La conducta del sujeto provocador del hecho ilícito, sumado a la constatación individual del perjuicio, determinaron la responsabilidad civil y el derecho a la indemnización.

Actualmente existe un replanteo acerca de la justicia implícita de esta dialéctica comprometida con un apego estricto a las normas positivas, básicamente codificadas.

La idea consiste en abandonar este dualismo para centrar la noción del derecho resarcitorio en un derecho de daños. Precisamente, la variable se instala en el hecho antes que en la persona que lo produce.

Para la legitimación procesal esto representa un importante cambio, porque, el criterio tradicional observa que, únicamente tienen derecho a la indemnización, quienes sufren una lesión en sus derechos subjetivos o en bienes jurídicamente protegidos que le pertenezcan, de suerte que el accionante pueda ser considerado un damnificado en sentido jurídico y no sólo de hecho.

De aceptarse el novedoso temperamento, que asimismo viene amparado en una pujante corriente jurisprudencial, la atención central no estaría en los derechos subjetivos sino en los intereses afectados, sean directos o indirectos.

Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires la Suprema Corte sostiene que la legitimación para obrar le corresponde a quien resulta titular de la relación jurídica sustancial en que la pretensión se sustenta, prescindiendo de su fundamento; sin embargo, en su nueva composición, ocupó entre los habilitados a tramitar un proceso contencioso administrativo a quienes ostentaran un "interés legítimo" (en el caso "Rusconi" que vimos anteriormente se tuvo como parte al "vecino"), modificación técnica que muestra la trascendencia operada.

Es que siendo el daño la lesión a un interés jurídico, y definido el interés como la facultad de actuación en la esfera propia de la persona, para la satisfacción o goce de las necesidades humanas, vale decir, para la consecución de bienes jurídicos, cabe concluir que este instituto, además de coadyuvar al damnificado con el resarcimiento, determina la extensión de la tutela judicial al fijar el límite de la pretensión indemnizatoria (446).

El problema hay que tratarlo en la medida de las acreditaciones que debe realizar una persona para convertirse en "alguien" con derecho a la sentencia favorable.

A lo largo de este estudio hemos visto como, quien acude a la instancia jurisdiccional, debe ir superando obstáculos antes de llegar al nudo gordiano de su conflicto. Son dificultades del acceso, entre las cuales, la legitimación para obrar se encuentra en primerísimo lugar.

Con la transformación que permite el "nuevo derecho de daños", nos instalamos en un campo muy próximo al que desde esta obra alentamos, esto es: atender más la calidad de los hechos presentados, que las cualidades de las personas que reclaman.

## 82. La tutela indemnizatoria y los sujetos considerados.

El art. 1079 del Código Civil sienta un principio general referido a todos los delitos, ordenando indemnizar a los damnificados directos e indirectos que acrediten sufrir un daño resarcible en virtud del ilícito cometido por el responsable ( 447 ).

La "acreditación" referida se vincula con el personalismo sustentado en el derecho de propiedad que tipifica la codificación proveniente del sistema francés napoleónico. Significa que tendr derecho a pedir la justa reparación del ilícito la persona que tenga un daño individual, directo, cierto, actual y vinculado (relación de causalidad adecuada) con el hecho generador.

Si la pretensión no contiene una a una estas condiciones de admisibilidad la legitimación para obrar se ver seguramente afectada, y claro est , la posibilidad de lograr una sentencia favorable ser pura utopía.

Advertimos sobre ello pues est consagrado en el quehacer tribunalicio, como un hecho consecuente, que si las indemnizaciones reclamadas no vienen sostenidas por la persona que sufre el daño jurídico, es decir, aqu, l cuya existencia se acredita acabadamente por medio de la prueba rendida, cualquier interferencia, mediatización, o representaciones indirectas evita el pronunciamiento judicial sobre el haber devengado.

Ahora bien, en la suposición de trabar este vínculo, el derecho no se logra allí mismo, pues debe cumplimentarse el segundo aspecto.

Debe mediar "conexión causal adecuada entre el hecho dañoso y el acto ilícito", o sea, que el daño debe resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden normal y ordinario de las cosas (art. 901, CC). Vale decir, que el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño; ,ste debe haber sido causado y ocasionado por aquella.

Por ello, adem s, no basta que haya menoscabo patrimonial; es preciso agregar "un inter,s humano judicialmente tutelado" como "objeto del daño en sentido jurídico" ( 448 ).

Siendo así, es obvio que la legitimación para obrar la tiene un reducto muy pequeño que podríamos enmarcar entre los damnificados de iure, evitando a los de facto ( 449 ).

### 82.1 Supuestos particulares

El reduccionismo egoísta que conlleva el vínculo y la relación de causalidad permiten observar su injusticia a trav,s de algunos ejemplos concretos:

#### a) La legitimación de la concubina

Sólo es jurídico el daño que afecta un derecho subjetivo. Para ser tal debe estar consolidado, de otro modo, no puede constituir presupuesto para obtener por la concubina una reparación indemnizatoria.

Este argumento sostiene, asimismo, que el art. 1079 del Cód. Civil debe interpretarse tanto en función de la amplitud de sus t,rminos como de la situación existencial que define.

En relación a lo primero "la palabra no sólo" indica que la referencia al damnificado directo no es exclusiva ni excluyente; mientras que la segunda mención expresa que "la generosidad con que se contempla la hipótesis tiene un hondo significado axiológico, que trata de dar respuesta al agravio inferido por la ley, imputable y dañoso" ( 450 ).

Estas reflexiones de la Corte Bonaerense afirman su adhesión a la tesis clásica respecto de las condiciones para reparar el daño: lo restringe al detrimento de un derecho subjetivo o un interés, jurídicamente tutelado -excluyendo los intereses simples o de hecho-, no obstante lo cual permite su debate a una diversidad superior de damnificados.

En cambio, la Cámara Civil -en pleno- de la Capital Federal, resolvió in re: "F., M.C. y otro c/ El Puente S.A.T." ( 451 ) que se encuentran legitimados los concubenarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen.

Ambos criterios, que ex profeso se muestran confrontados, señalan las debilidades de la posición restrictiva, la cual pierde sustento al encontrarse apegada a un excesivo rigorismo de los textos formales.

"El hecho de que las leyes reconozcan en forma expresa determinados derechos subjetivos, no implica que cualquier otra prerrogativa personal, para ser reconocida, deba estar taxativamente prevista por la ley, siendo suficiente para ello, que su consagración surja de una interpretación razonable de la misma y que no se origine en una conducta ilegítima" ( 452 ).

Bien señala el plenario que la distinción entre un perjuicio jurídico frente a un perjuicio de hecho va más allá de lo previsto por el legislador, porque el fundamento para reconocer una indemnización reside en la existencia cierta del perjuicio personal y en su nexo causal con el obrar ilícito imputado al demandado, sin que sea menester la lesión a un derecho subjetivo preexistente al ilícito.

Por ello, "en el caso de la indemnización para la concubina, la legitimación para efectuar el reclamo no se funda en su carácter de concubina, sino que se origina en su condición simple de damnificada por el hecho ilícito, el cual genera una obligación reparatoria en virtud de lo dispuesto en los arts. 1069, 1079 y 1109 del Cód. Civil, que no puede verse abolida por una circunstancia que no se encuentra prohibida por la ley, y por ello, resulta ser un extremo indiferente como presupuesto del daño resarcible" ( 453 ).

Cuando el Superior Tribunal de la provincia de Buenos Aires apunta a decir que no es "jurídico" el derecho subjetivo de la concubina, porque, "el mismo no es tal; no le falta razón, es cierto, pues nuestras normas toleran pero no consagran las uniones de hecho; de manera que aquella carecería de legitimación para reclamar una indemnización personal por la muerte de su compañero.

Sin embargo, como el cambio de tornas antes apuntado, piensa más en la certeza de los hechos acreditados, antes que en las bondades intrínsecas de la persona que pide, queda de manifiesto la existencia del perjuicio.

"En consecuencia, si se aplica el principio de la carga de la prueba con la estrictez que corresponde en todo caso en que se invoque un perjuicio generado por un hecho ilícito, se debe admitir o no la indemnización, según se acredite que la relación concubinaria tenía una solidez que permitiera suponer con un buen grado de certeza su proyección futura, con el correspondiente beneficio económico que ello habría reportado al reclamante" ( 454 ).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación admite la legitimación de la concubina por la muerte de su pareja, sosteniendo en la causa "Navarrete, Margarita Reina y Díaz, Elías c/ Estado Nacional" (diciembre 22/993) que "una adecuada reflexión sobre la vasta fórmula utilizada en el art. 1068 del Cód. Civil -en concordancia con el art. 1079- permite concluir que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el daño causado y que tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecta en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades. Es decir, el concepto jurídico de daño, salvo restricciones particulares queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley. Cobra así particular relevancia la ponderación de las circunstancias personales de quien pretende obtener la reparación, así como el carácter cierto del daño, esto es, del aporte que el compañero significaba en los recursos del hogar común, a los efectos de decidir si la actora ha sufrido la privación de un bien que integraba la esfera de su actuar lícito".

b) La legitimación del titular registral de un vehículo en los accidentes de automotores

Otro remanido conflicto en la interpretación legal de las situaciones jurídicas subjetivas, proviene cuando se exige al demandante en un juicio de indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, que acredite la titularidad registral del vehículo damnificado.

Se sostiene que queda vulnerado el principio de congruencia si la reparación se otorga sin acreditar dicho carácter, pues la invocación de tal condición, obliga a demostrar la causa de pedir.

Al mismo tiempo -se agrega-, si el titular o dueño del automotor prueba su carácter, resulta suficiente para acceder al resarcimiento; mientras que el usuario debe demostrar la lesión patrimonial mediante la prueba concreta al respecto.

Sin embargo, actualmente, el criterio es diferente, atenuándose el rigor probatorio teniendo en cuenta otras evidencias concurrentes, como la posesión mediante boleto de compraventa.

En el caso "Sly", la Corte provincial (Buenos Aires) entendió que, al sostener alguien que es titular del derecho real de dominio sobre una cosa, por implicancia ha afirmado que lo amparan los derechos previstos por el art. 1110 del Código Civil.

Se dijo que "cuando el actor afirma que es propietario de la cosa (técnicamente: titular del derecho real de dominio sobre una cosa) está afirmando, a fortiori, todo aquello que es inherente a la propiedad: el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular"; por ende, "no viola el art. 34 inciso 4º del Código procesal ni quebranta el principio de congruencia el fallo que considera legitimado para demandar la reparación del perjuicio a quien invocó la calidad de propietario del automotor dañado al entender que, pese a no haber probado la calidad invocada, se encuentra en situación asimilable a la de propietario al haber demostrado su carácter de poseedor animus domini y de usuario" (455).

Susbiste para el actor la carga probatoria respecto de los daños sufridos y por él solventados, aunque el criterio después se modifica, admitiendo la legitimación amplia del usuario relevándolo de acreditar el pago, en razón de que "si fuera condicionada la indemnización al previo pago se estaría en los hechos alterando la causa que legitima al actor, ya que no sería el ilícito sino el pago con subrogación" (456).

La Corte Nacional, acepta el temperamento pero lo restringe en algunos supuestos puntuales como el resarcimiento por la pérdida del valor venal. En estos casos, permite que los reclame sólo el propietario.

Acepta la orientación la Cámara Civil en pleno (in re, Maccioni c/ Reyes, del 23 de setiembre de 1985) al resolver que "...de acuerdo a los arts. 1109, 1095 y 1110 del Cód. Civil, están legitimados el dueño, poseedor, heredero, usufructuario, usuario o mero tenedor sólo en la medida que el detrimento irroge perjuicio a sus intereses", aunque conviene aclarar que decisiones posteriores aclararon que el usuario estaba excluido de reclamar la pérdida del valor venal del rodado -quien debe responder frente al dueño solo cuando fuere culpable -arts. 586, 1561, 22023, 2266 y concordantes del Cód. Civil-.

c) La legitimación en el reclamo indemnizatorio por pérdida de la vida humana.

La vida humana tiene un valor económico por lo que cualquier afectación sobre ella representa un daño indemnizable.

El problema surge cuando se trata de la pérdida absoluta en razón de que la doctrina debate si la vida tiene un valor por sí misma, o en relación con el perjuicio que sufren sus familiares y demás.

Ambas posiciones ilustran buena parte de la jurisprudencia.

En la causa "Barce de Carretoni" se resolvió que la vida "sólo tiene valor económico en consideración a lo que produce o puede producir, pero ellos no dependen de la muerte en sí misma, sino de los daños actuales o eventuales que dicha muerte puede haber ocasionado. Si no hay daño económico, no existe ningún perjuicio económico que indemnizar" (457).

Se confirma, en consecuencia, la tendencia que revela la inexistencia de perjuicio cuando la vida truncada no representa un perjuicio para los demás.

De este modo, la legitimación para obrar quedaba en cabeza de "cualquiera" que pudiese demostrar la incidencia perjudicial de la vida perdida en la dimensión de sus particulares intereses, abriéndose por consiguiente, el espacio antes previsto por el art. 1084 del Código Civil.

Esta norma no consagra una presunción de daños comprensivo de lucros futuros que el difunto hubiera podido generar; sólo limita la reparación del daño a la cónyuge e hijos menores.

Por lo tanto, aquellos cuya subsistencia no depende normalmente del auxilio de otro, están obligados a acreditar la imposibilidad de valerse por sí mismos, sea cual fuere el factor determinante de tal situación (458).

Por ejemplo, se ha dicho que si el viudo o los hijos mayores y capacitados, por determinadas contingencias, dependían de su subsistencia del muerto, pueden reclamar por la vía procesal pertinente, la indemnización que el daño les provoca, basados en las previsiones que los beneficia (art. 1079, CC).

En esa orientación se rechazó por falta de prueba la demanda deducida por la hija casada; la de los padres que no demostraron su dependencia económica con el hijo mayor de edad fallecido en un accidente; y la de los hijos mayores que no demostraron su carencia de recursos ni la imposibilidad de obtenerlos con su trabajo (459).

A partir de la causa "Lojo" la Corte Bonaerense varía su criterio y establece que "los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil, son preceptos de carácter particular que por referirse a una situación límite como lo es la muerte de una persona establecen una indemnización especial sobre la base de un daño que -por la índole del hecho generador y las consecuencias que normalmente causa la muerte de una persona integrante de la familia-, la ley presume existente mientras no se demuestre lo contrario. El primero establece que es lo que corresponde resarcir: los gastos hechos con motivo de la muerte (cuya existencia se debe acreditar) y lo necesario para la subsistencia de ciertos familiares (daño presumido por ser consecuencia de lo que normalmente ocurre). El segundo, en cambio, se limita a determinar las personas que pueden reclamar tales indemnizaciones. En el caso de los gastos concede la acción (sobreabundantemente) a cualquiera que los haya realizado; mientras que respecto a lo necesario para la subsistencia indica como beneficiarios al cónyuge sobreviviente y a los herederos necesarios, excluyéndolos en el caso de resultar autores o cómplices del homicidio" ( 460 ).

En síntesis, la posibilidad jurídica de obtener legitimación sin demasiada resistencia y ampararse en las presunciones de los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil, la consiguen, sólomente, el cónyuge sobreviviente y los herederos necesarios del difunto; en cambio, si bien es posible ampliar el cuadro de legitimados a otros que estén fuera de este círculo, ellos deberán demostrar el perjuicio concreto y la incidencia directa que en su patrimonio tuvo la muerte de la víctima ( 461 )

Esta última variante observa, entre las ampliaciones a los "hermanos del occiso", los que deben verificar que "el fallecido subvenía sus necesidades al tiempo en que fue víctima del homicidio" ( 462 ).

En caso de muerte de un hijo menor -soltero, y sin descendencia- "lo que debe resarcirse es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico, que constituye para una familia modesta la vida de un hijo muerto a consecuencia de un hecho ilícito; ese resarcimiento cabe, si no a título de lucro cesante, por lo menos como la pérdida de una chance u oportunidad de que en el futuro, de vivir el menor, se hubiera concretado la posibilidad de ayuda o sostén económico para sus padres. Esa pérdida de chance o posibilidad es un daño futuro que bien puede calificarse de daño cierto y no eventual" ( 463 ).

#### d) La legitimación para reclamar el daño moral.

Famosa fue la dureza con que Llambías criticó la reforma de la Ley 17.711 al Código Civil cuando permitió consagrar en el art. 1078 la reparación del daño moral.

Del régimen sancionatorio a quien produce una afectación en los valores internos de una persona, se pasó a un criterio más razonable como es la tesis de la reparación, pensamiento que quedó expuesto en más de un evento científico ( 464 ).

La progresividad como fue desarrollando esta forma de corregir ilícitos que, estrictamente, no suponen valores materiales afectados, percibe una forma de aceptar en el proceso a las personas que deben estar por la afrenta recibida.

No es el ámbito de las legitimaciones directas, sino uno más difuso, en expansión, que sustentándose en la premisa de considerar la tutela de la persona humana sobre el patrimonio instrumental, permite que sea el hombre el destinatario del Derecho y de la justicia ( 465 ).

El quid del daño moral radica en resolver si la reparación es de valores extrapatrimoniales que como tales no repercuten en sentido económico; o, en su caso, si la tutela dispensada depende de la naturaleza del derecho o del bien jurídico protegido (por ejemplo, si se lesionan en un accidente de tránsito las piernas de un futbolista profesional existe un daño patrimonial indirecto).

Tomando ideas de una vieja fórmula acuñada por Carnelutti, podemos inferir que en estos casos, el daño que habilita la legitimación para obrar no se mide ni se toma de las consecuencias del hecho, sino del interés con que se actúa.

"El daño no va referido al bien sino a la situación del sujeto con respecto a dicho bien. Si a una persona se le sustrae una cantidad de dinero, no hay daño porque la cosa (el dinero) se extinga o salga de circulación, sino porque desaparece del bolsillo del damnificado. El daño pasa a ser el interés, la relación que media entre el sujeto que experimenta una necesidad y el bien apto para satisfacerla. Cuando alguien destruye la casa de otro, el daño no está dado por la inidoneidad o menor idoneidad de ese bien para satisfacer las necesidades del dañado" (466).

En el daño moral la proximidad es idéntica, circunstancia por la cual el daño jurídico es el que afecta dicho interés, y la naturaleza del mismo determina el tipo de reparación consecuente (patrimonial o moral).

De esta forma se resuelve al sentido normativo de nuestras leyes sustanciales que admiten sólo dos tipos de daños jurídicos: los patrimoniales y el daño moral.

"Por ello -dice Vázquez Ferreyra- el daño estético, el daño psicológico, la sinistrosis, la pérdida de la chance matrimonial, etc., son rubros a tener en cuenta para evaluar la entidad del perjuicio. Pero cualquiera de estos últimos no configura un daño de distinta naturaleza, o con entidad propia, sino que al momento de fijar la cuantía de la indemnización, se los debe incluir dentro del daño patrimonial o moral -o de ambos- según los intereses afectados" (467).

El Código Civil admite a cualquier damnificado en la persecución del daño moral resarcible (art. 1079), aunque el art. 1078 establece que: "...la acción por indemnización del daño moral sólo compete al damnificado directo; si del hecho hubiera resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

Se consagra, una vez más, una restricción indebida pues la legitimación para obrar queda radicada en quienes tengan vocación hereditaria, evitando eventuales interesados.

Empero esta regla no tiene demasiadas coincidencias en la doctrina y jurisprudencia.

Se ha aconsejado variar el sentido de la norma, lo que fue receptado por la Corte Nacional cuando afirma que "corresponde asignar una interpretación amplia a la mención de los herederos forzosos que hace el art. 1078 de modo que alcance a todos aquellos que son legitimarios potenciales, aunque -de hecho- pudieran quedar desplazados de la sucesión por concurrencia de otros herederos de mejor grado, comprensión que -por otra parte- se compadece con el carácter propio de esta pretensión resarcitoria y que, a la vez, satisface la necesidad de evitar soluciones disvaliosas, pauta a la que debe recurrir para juzgar el acierto de la labor hermenéutica" (468).

La flexibilidad se concreta en el plenario de la Cámara Civil (469) que, tomando el precedente del superior tribunal, dice: "Cuando del hecho resulta la muerte de la víctima, los herederos forzosos legitimados para reclamar la indemnización por daño moral según lo previsto por el art. 1078 del Cód. Civil, no son sólo los de grado preferente de acuerdo al orden sucesorio".

Ahora bien, si no ocurre la muerte de la persona, sólo ésta tiene derecho al proceso, excluyendo a todo interesado que aspire a similar pretensión ( 470 ).

Ello no ha impedido algunas excepciones, como el fallo dictado en un caso de mala praxis médica, en el cual se demandó por las deficiencias neurológicas tenidas por una criatura en su nacimiento. "El tribunal concedió indemnización por daños patrimoniales al chico en concepto de valor vida (pese a que no había muerto), indemnización que no alcanzó a sus padres. Pero respecto al daño moral, dijo expresamente lo siguiente: <<...en cuanto al daño moral, según el sentido que contiene el art. 522 Cód. Civil, es indudable que hay pruebas de su certeza. La madre ha reclamado para sí ese resarcimiento como damnificada directa por el dolor y angustia que le ocasionó. Ello fue admitido por el demandado cuando dijo que tal daño era demandado por ella. La acreditación proviene de todos los elementos analizados ante la producción de semejante padecimiento, al ver a su hijo en esa situación y tener que cuidarlo muy especialmente" ( 471 ).

La situación de las personas jurídicas fue resuelto por la Corte nacional en el resonado caso "Kasdorf" ( 472 ). Allí sostuvo que "el concepto de daño moral se relaciona con la lesión a bienes jurídicos extrapatrimoniales, propios de las personas físicas, lesionando sus afecciones legítimas. En principio no resulta apropiada la aplicación en tales términos en el caso de las personas jurídicas. Si bien éstas están provistas de subjetividad jurídica, poseen atributos de igual naturaleza extrapatrimonial, que de manera indirecta, le son reconocidos para el logro de sus fines específicos. Esos atributos, como el prestigio, crédito comercial o el derecho al nombre, son valorizados por la comunidad en que se desenvuelven y su menoscabo genera un daño de características similares a la lesión de los bienes extrapatrimoniales, y que deben ser objeto de tutela aun al margen de la existencia de un perjuicio patrimonial actual y cierto".

#### e) La legitimación en los contratos de transporte.

Pareciera éste un supuesto de poca trascendencia, sin embargo, se multiplican en la práctica las dificultades para reconocer los legitimados en los conflictos derivados del contrato de transporte.

Convengamos que esta modalidad significa la obligación de una parte respecto a otra para trasladar bienes, cosas o personas, por un precio cierto en dinero, de un lugar a otro y en un tiempo preestablecido.

A veces, son contratos consensuados por la simple adhesión, o arreglados instantáneamente al someterse el estipulante a una práctica común y continua.

Implícito está en el contrato el deber de seguridad ("conducir a las personas o cosas, sanas y salvas, al lugar convenido").

Aparecen en este cuadro simplista y superficial, por lo menos, tres interesados: el transportador, el remitente y el destinatario.

Cada uno tiene un "interés" específico en la relación jurídica.

El transportador es quien se obliga a conducir las cosas, bienes o personas; remitente, es el encargado o responsable de la conducción (y del deber de seguridad), por cuenta propia o ajena; y destinatario, es quien debe ser transportado o aquél a quien las cosas se envían.

Los dos últimos pueden coincidir en una misma persona, pero con la particularidad que, esta tercera persona, aun sin haber intervenido en la conclusión del pacto, adquiere derechos derivados del contrato, y asume obligaciones correlativas.

“¿Qu, sucede ante el deficitario cumplimiento del contrato o, frente a su directa inejecución?”

Al respecto las posibles soluciones son: a) que el derecho es del remitente porque ,ste es el propietario de la cosa transportada hasta que sea ,sta recibida por el destinatario; b) que la razón le asiste al destinatario y remitente porque son ellos las partes principales del contrato.

Ambas tesis son contradichas cuando se afrontan con el marco jurídico que la regula. La primera porque, como dice Garrigues, lo que se procura no es resarcir el derecho de propiedad, ni otro cualquiera, sino aquellos relativos al contrato de transporte que se dice incumplido. La segunda, porque no obstante la presencia de dos partes en la relación jurídica (remitente y destinatario) sus derechos no concomitan en el tiempo ( 473 ).

En realidad, para reconocer las partes posibles en un proceso de esta naturaleza, conviene tener en cuenta el factor de tiempo y espacio donde acontece y desarrolla el objeto contractual.

Se observa así que, las partes originarias del contrato no son las que tienen disposición posible sobre los objetos acarreados de un lugar a otro, circunstancia que tiene un rol importante en la asignación de responsabilidades.

El remitente es acreedor del transporte en su fase constitutiva, posición que le corresponde al destinatario en la etapa ejecutiva. De suerte que, en principio, el precio del flete (o transporte, stricto sensu) y los gastos que ocasione el desplazamiento ser n a cargo del remitente, pues los derechos y correlativas obligaciones del destinatario est n diferidos en el tiempo, quien sólo entra a ser solidariamente responsable de esos importes cuando el envío o remesas se hace contra entrega (collect on delivery), casos en los cuales se requiere que el destinatario haya aceptado el convenio.

Esta distinción (o deslinde de responsabilidades) faculta para que, quien todavía sea titular del derecho de disposición, pueda retirar las cosas antes de emprender su traslado; o bien, de suspender la travesía cuando el traslado hubiera comenzado (V.gr.: persona que baja del transporte antes de su lugar de destino).

Si fueran mercaderías los bienes en movilidad, “¿cu l es el derecho del destinatario?. Pues, en este supuesto, tiene derecho desde la llegada al punto de destino para solicitar al transportador la entrega contra el pago de las sumas a su cargo.

Cada una de estas posiciones o situaciones que emergen del desarrollo contractual encuentran una especie de necesaria integración de la litis con "todos" quienes debieran ser o estar en calidad de partes.

En síntesis, tanto el destinatario como el remitente son parte del contrato y como el último tiene poder dispositivo sobre la mercancía mientras ella est, en viaje, aparentemente podría decirse que quien en un primer momento tiene acción para exigirle responsabilidad al transportador es el remitente, pero si se analizan cuidadosamente los hechos, se advierte que la desatención por el transportador de las órdenes dadas emitidas lo obliga en igual medida, incorporando al proceso, entonces, un nuevo legitimado.

## 82.2 La legitimación pasiva

Siguiendo la línea hasta aquí expuesta, veamos ahora cómo funciona la legitimación pasiva cuando se demanda con fundamento en el art. 1113 segunda parte "in fine" del Código Civil.

En estos casos quien pretende debe probar: a) la existencia del daño; b) el riesgo o vicio de la cosa debidamente individualizado; c) la relación entre el daño y la cosa riesgosa o viciosa y, d) que el demandado es el dueño o guardián de la misma.

De esta manera se concreta el sujeto pasivo de la demanda por daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil objetiva: dueño y/o guardián de la cosa.

No obstante, se predica la posibilidad de prescindir de la culpa en el sentido previsto por los arts. 512 y 1109 del Código Civil, tanto para atribuir responsabilidad al dueño o guardián como para eximir de ella a la víctima. El objetivo sería evaluar la idoneidad de la actuación del damnificado a fin de determinar si con su conducta -culposa o no- interrumpió, total o parcialmente, el nexo causal entre el hecho y el daño ( 474 ).

Es común entre abogados repartir la calidad de sujeto pasivo cuando no se conoce a ciencia cierta el responsable u obligado. Se suele decir, entonces, que la demanda se dirige contra...y/o "...contra quien resulte civilmente responsable".

Más allá del error técnico en el uso de esta expresión, por otra parte prohibida por el art. 330 inciso 2º del Cód. procesal, la indeterminación posible del enriado a esclarecer permite ampliar el número de legitimados pasivos.

Por ejemplo, fue famoso en su tiempo el juicio que llegó a decisión la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, por la que se demandó al Jockey Club de Mar del Plata por la muerte de un jockey mientras era celebrada una competencia hípica.

Allí había sido responsabilizado del suceso el club, como organizador y obligado por el deber de seguridad.

La casación bonaerense afirmó el criterio de la instancia anterior argumentando que: a) se aplica al caso la doctrina del riesgo creado -que rige cuando media intervención activa de una cosa- ya que el caballo reviste esa naturaleza y el club hípico demandado autorizó su monta; b) no medió, siquiera, invocación de circunstancias eximentes de responsabilidad; y c) quien se sirve de una cosa riesgosa productora del daño es responsable por existir la creación del riesgo, que abastece y justifica el deber de reparar el perjuicio. La entidad organizadora de una competencia hípica, en la medida en que se sirvió del caballo, debe indemnizar el daño sufrido por el jockey, ya que esa responsabilidad la ley la pone a cargo del demandado por esa circunstancia: servirse de la cosa riesgosa ( 475 ).

El pronunciamiento sirve para mostrar un criterio posible en la lectura: "cuando el daño es causado por una cosa riesgosa o viciosa no son sólo llamados a responder el dueño o guardián, sino también, quien se sirve de la cosa" ( 476 ).

De resultar así, debiera llamarse al proceso en calidad de partes necesarias, solidariamente responsables, el dueño del caballo y aún el Municipio del lugar donde se celebra el evento; abriendo la legitimación pasiva a una posibilidad, a veces, ineludible e impracticable por su imprecisión (V.gr.: en la responsabilidad médica sería posible demandar al médico, al equipo, al servicio de asistencia en el quirófano, al prestador de la hotelería, al sanatorio, al médico de guardia, al personal de enfermería, al servicio del piso, a la obra social, etc., etc.).

Por eso, el art. 1113 del Cód. Civil responsabiliza al "dueño o guardián" cuando el daño producido por las cosas riesgosas a su cargo está efectivamente en su dimensión de poder.

Se ha puntualizado en esta dirección que para caracterizar al guardián no es tan preciso saber si tiene o no la tenencia material de la cosa, como sí resolver el poder de hecho que sobre ella posea, prescindiendo del título con que lo haga. De manera que, si quien tiene la cosa bajo su poder la emplea según las instrucciones o las órdenes de otro, no es guardián, caracter que en cambio posee a quien dadas esas instrucciones, las que revelan que la tenencia material de la cosa se hace en interés de este último (477).

En fin, esta es una cuestión donde los civilistas se lucen a través de numerosos trabajos sobre la materia (478), pero que centrado en los fines de la legitimación procesal, demuestra una vez más, las causas y razones por las cuales la postulación en el proceso no puede ser atendida al tiempo de su instauración, donde aún es difuso el sentido de la legitimatio ad causam, y sí cuando la sentencie se pronuncie y fije el sentido definitivo de la relación entre quien pide y la cosa pretendida.

### 83. Legitimados para solicitar la inhabilitación

Tres son los supuestos en los que puede reclamarse la inhabilitación judicial de las personas: a) los toxicómanos y ebrios consuetudinarios; b) los disminuídos en sus facultades mentales y c) los pródigos.

El art. 152 bis del Cód. Civil no es muy preciso sobre quienes tienen legitimación activa, a no ser para el último de los casos que pueden ser planteados por el cónyuge, ascendientes y descendientes.

Para el resto existe una remisión al trámite para obtener la declaración de incapacidad por demencia (Cfr. art. 637 bis del CPC).

La derivación al art. 144 del Cód. Civil pone en tela de juicio la legitimación de "cualquier persona del pueblo", que esta norma considera. Recuérdese que puede y tiene habilidad procesal para la denuncia de interdicción, quien haya tenido que soportar la furia del demente, o resulte incomodado por el denunciado.

Es posible pensar hasta en una suerte de acción popular, con la diferencia que en el supuesto previsto, la identidad del que reclama puede no tener afectación alguna, y como tampoco es parte, desde que su actividad la continúa el Ministerio público, la puesta en marcha del aparato jurisdiccional resulta instada por quien no tiene "derecho ni interés" en los modelos clásicos que hemos vistos para las situaciones jurídicas subjetivas.

También es posible encontrar otra particular cualidad de este proceso, en materia de legitimación para obrar, dado que puede el mismo sujeto solicitar su propia incapacidad (autodenuncia), contingencia que pone en juego otro estudio acerca del enlace que tiene la capacidad civil con la capacidad procesal, y sirve para demostrar, porqué, ambas son diferentes.

Es cierto que parte de la doctrina califica de imposible, jurídicamente, esta acción por razones de orden público; pero aun quienes la niegan, toleran que si la denuncia se presenta ante el Ministerio público puede este organismo continuar con el procedimiento.

Respecto a la legitimación del cónyuge, ascendientes o descendientes, ¿cuál es la causa que fundamenta estas habilidades particulares para instar la demanda, fuera del principio del acceso irrestricto?

Con el cónyuge se trata de justificar que deriva del afecto por el causante ( 479 ), ¿pero qué ocurriría si estuvieran divorciados?. La respuesta parece hallarse en que también lo es por cuestiones patrimoniales (la defensa del patrimonio familiar), a lo cual, reiteramos el interrogante.

Pensamos que, como en otros supuestos analizados a lo largo de esta obra, lo auténtico a proteger es el interés. Aquello que justifique la intervención de la justicia en cuestiones de trascendencia jurídica.

En el caso, se persigue la protección del incapaz, en cualquiera de los supuestos, condición que permite alumbrar la causa de una legitimación expansiva, aún del mismo denunciado.

Es el vínculo que requiere el problema del "estar" en el proceso y "actuar" en busca de una resolución que satisfaga sus pretensiones.

#### 84. La legitimación del "niño".

Visto el supuesto anterior, y ante la asunción en nuestro derecho interno, de la Convención sobre los derechos del niño ( 480 ), nos alcanza una dimensión tuitiva diferente a la tradicional en la defensa de los derechos del menor.

Antes, el niño era defendido en la persona de quienes tuvieran la patria potestad o discernida la tutela o curatela; actualmente, es ineludible "oír" al menor, así lo impone una regla del debido proceso legal que pone en claro esta necesidad de saber y escuchar la opinión de quien tiene sus derechos en juego.

Sabiamente ha dicho Morello que esto "repercute en la estructuración general contenciosa o aun en la jurisdicción voluntaria al sobrevenir un nuevo interés autónomo, personal y de directa atención por el órgano jurisdiccional que al tiempo de la composición global (del objeto) ha de merecer una respuesta diferenciada, respecto de las alegaciones hechas valer por el menor a través de su abogado especializado" ( 481 ).

Es cierto que el menor no ser parte, condición improbable en las características actuales de nuestro proceso civil, pero también lo es que obtiene en los derechos de la convención un status nuevo que le otorga una posición jurídica. Por ella podrá alegar y ejercer sus derechos de alegación y respuesta, lo cual, en suma, no diferencia el caso de quien tiene legitimación ordinaria y es parte legítima.

Repitiendo el trabajo citado del maestro Morello y su hija, queda en pie lo siguiente:

"La capacidad de postulación por intermedio de ese órgano o representante que con originalidad establece la Convención (abogado del niño) es amplia. Sin revestir un rol de parte subordinada o accesoria porque, insistimos, el Tratado quiere que el menor se encuentre en actitud autónoma y excluyente en todo aquello que le concierne. Claro es que, como se ha dicho, no se traduce en la imposición de una voluntad discrecional o arbitraria, además de contar con un criterio de razonabilidad y congruencia que se asegura con la intervención del Ministerio de incapaces y fundamentalmente de los poderes del juez" ( 482 ).

-----

# LA LEGITIMACION EN EL PROCESO CIVIL

á

## INDICE

### Introducción

### Capítulo I: LA ACCION Y EL DERECHO AL PROCESO

1. El problema a descifrar: la división entre el derecho y la acción; 2. La acción y el derecho a la tutela judicial efectiva.

### Capítulo II. LOS DERECHOS Y LA LEGITIMACION PROCESAL

3. La legitimación, problema constitucional; 4. Las situaciones jurídicas subjetivas.

### Capítulo III. LA LEGITIMACION PARA OBRAR

5. La legitimación procesal ad causam y ad processum, diferencias; 6. La legitimación procesal "ad causam", 6.1 La legitimación ad causam y la expectativa a una sentencia favorable, 6.2 El control de oficio de la legitimación ad causam, 6.3 La legitimación ad causam y la pretensión procesal, 6.4 Tiene legitimación quien invoca la relación jurídica; 7. Legitimación e inter,s para actuar, 7.1 Inter,s sustancial y procesal, 7.2 El inter,s como fundante de la legitimación ad causam; 8. Clasificación en las legitimaciones para obrar, 8.1 Legitimación ordinaria, 8.2 Legitimaciones extraordinarias; 9. Derechos e intereses tutelados.

### Capítulo IV. LA LEGITIMACION AD PROCESSUM

10. Los presupuestos procesales; 11. La capacidad para estar en juicio, 11.1 Los sujetos y la capacidad procesal, 11.2 La falta de capacidad; 12. La representación de quienes carecen de capacidad, 12.1 La representación legal, a) La capacidad de los menores, b) Los incapaces e inhabilitados, c) Los condenados a prisión efectiva, d) Los concursados y quebrados, 12.2 La representación necesaria, a) El caso de las personas jurídicas, b) El Ministerio Público, c) La

administración del sucesorio; 13. La representación voluntaria, 13.1 Presentación en juicio de los poderes, 13.2 La personería a través de la representación por abogados; 14. Capacidad y calidad de "parte".

## Capítulo V. LAS PARTES EN EL PROCESO

15. Concepto de parte; 16. Breve explicación de las doctrinas; 17. La tesis del conflicto; 18. Nuestro concepto de parte; 19. Identificación de las partes; 20. Principios inherentes a la calidad de parte, 20.1 Dualidad de partes, 20.2 La contradicción, 20.3 Igualdad entre las partes; 21. Clases de parte.

## Capítulo VI. LA POSICION DE PARTE Y SUS MODIFICACIONES EN EL PROCESO

22. La legitimación directa e indirecta, 22.1 La sustitución procesal, a) Requisitos propios, b) Supuestos de aplicación, c) El derecho y el interés en la sustitución procesal, d) Efectos de la sustitución procesal; 22.2 La sucesión procesal, a) Fundamentos de la sucesión procesal, b) La sucesión por causa de muerte, c) La sucesión mortis causa en relación con las personas jurídicas, d) La sucesión procesal frente a los supuestos de transmisión de derechos por actos entre vivos 23. La modificación en el número de intervinientes, 23.1 El litisconcorcio, 23.2 La intervención de terceros, 23.3 Las tercerías

## Capítulo VII. EL ASPECTO PASIVO DE LA LEGITIMACION. LEGITIMACION Y DERECHO DE DEFENSA

24. Introducción; 25. La legitimación pasiva como excepción; 26. La falta de legitimación pasiva declarada de oficio; 27. Prueba de la ausencia de legitimación pasiva; 28. El trámite de la excepción; 29. La falta de legitimación pasiva: supuestos, 29.1 Derecho subjetivo y relación jurídica, 29.2 La sustitución procesal y el derecho de excepción, 29.3 Los terceros "no afectados" por la sentencia, 29.4 La excepción como medio de integración de la litis.

## Capítulo VIII. LEGITIMACION Y COSA JUZGADA

30. Los límites subjetivos de la cosa juzgada; 31. Sentencia y cosa juzgada; 32. Extensión de la sentencia; 33. La excepción de cosa juzgada. Partes y terceros; 34. La sustitución procesal; 35. La solidaridad de las obligaciones.

## Capítulo IX. LEGITIMACION E INTERES

36. Introducción; 37. El inter,s público; 38. Las categorías jurídicas en el derecho administrativo; 39. Legitimación y procedimiento administrativo; 40. La legitimación en el contencioso administrativo, 40.1 El inter,s legítimo en el proceso judicial, 40.2 El inter,s legítimo en el derecho comparado, 40.3 Críticas a la expansión del inter,s legítimo, 40.4 El inter,s directo y su vinculación con el derecho subjetivo; 41. El inter,s como fundamento de la pretensión; 42. La condición de parte.

## Capítulo X. LA LEGITIMACION EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

43. Los procesos constitucionales; 44. El proceso como garantía; 45. Garantías individuales y derechos individuales; 46. El derecho subjetivo público y las garantías individuales; 47. Garantías individuales y derechos humanos; 48. Las garantías colectivas; 49. Las garantías procesales; 50. La legitimación en los sistemas difusos de control de constitucionalidad (standing to sue); 51. La legitimación en los sistemas concentrados de control de constitucionalidad; 52. Modelos abiertos de legitimación; 53. La legitimación en el juicio de amparo; 53.1 La legitimación amplia del art. 43 de la Constitución Nacional; 53.2 La legitimación en los derechos de incidencia colectiva; 54. La legitimación en el habeas data, 54.1 La legitimación para obrar según el tipo de habeas data, 54.2 La legitimación pasiva en el habeas data; 55. La legitimación en el habeas corpus.

## Capítulo XI. LA LEGITIMACION PARA OBRAR Y LOS DERECHOS DIFUSOS

56. La importancia de esclarecer el objeto de estudio; 57. Nociones elementales sobre el derecho subjetivo; 58. Definición de derechos difusos; 59. Características de los derechos difusos; 60. Diferencia con otros intereses, 60.1 Los intereses colectivos, 60.2 Los intereses legítimos, 60.3 Los intereses simples; 61. La protección constitucional de los derechos difusos; 62. Las asociaciones de defensa de los derechos difusos; 63. Las asociaciones y el derecho a participar; 64. Capacidad procesal de los grupos; 65. La representación y sus categorías; 66. Formas de representación para los intereses colectivos; 66.1 La representación adecuada; 66.2 El "ente exponencial", 67. La legitimación para obrar y los derechos difusos. Posibilidades, 67.1 El Ministerio Público, 67.2 La legitimación del Defensor del Pueblo; 68. El carácter de afectado; 69. La protección procesal específica, 69.1 El proceso de amparo, 69.1.1 Problemas procesales en el amparo colectivo, 69.1.2

La cosa juzgada; 69.2 Las acciones de clase, 69.3 La acción popular; 69.4 El procedimiento administrativo; 70. Clasificación de los derechos difusos; 71. Los derechos ambientales y la legitimación; 72. Legitimación del usuario y del consumidor; 73. La legitimación en los supuestos de discriminación; 74. El litisconsorcio activo en la defensa de los derechos difusos.

## Capítulo XII. LA LEGITIMACION EN EL PROCESO TRANSNACIONAL

75. Principales características del proceso transnacional; 76. Los sistemas de la justicia transnacional y sus órganos; 77. La legitimación de la persona ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 77.1 El concepto de "víctima", 77.2 La lagitimación de los grupos, 77.3 Las personas jurídicas, 77.4 La iniciativa de oficio por la Comisión; 78. La demanda en el proceso transnacional; 79. El concepto de parte, 79.1 El concepto de parte en la C.I.D.H.; 79.2 El concepto de parte en la C.E.D.H.; 80. La legitimación pasiva.

## Capítulo XIII. LA LEGITIMACION EN EL DERECHO PRIVADO

81. La legitimación del damnificado en los procesos de daños; 82. La tutela indemnizatoria y los sujetos considerados, 82.1 Supuestos particulares: a) La legitimación de la concubina, b) La legitimación del titular registral de un vehículo en los accidentes de automotores, c) La legitimación en el reclamo indemnizatorio por p,rdida de la vida humana, d) La legitimación para reclamar el daño moral, e) La legitimación en los contratos de transporte; 82.2 La legitimación pasiva; 83. Legitimados para solicitar la inhabilitación; 84. La legitimación del niño.

. Emilio Gómez Orbaneja, Derecho Procesal Civil, tomo I, Madrid, 1976, p. 135.

. Osvaldo Alfredo Gozaíni, Derecho Procesal Civil, tomo I (Teoría general del derecho procesal), Volumen 1 (Jurisdicción, acción y proceso), ed. Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 69.

. Cfr. par mayor explicitación, Gozaíni, ob. cit., ps. 72 y ss.

. Adolf Wach, Manual de Derecho Procesal Civil, ed. Ejea, Buenos Aires, 1962, p. 4

. Gómez de Orbaneja, ob. cit., ps. 46 y 56. Cfr. Andr,s de la Oliva Santos, Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional, ed. Bosch, Barcelona, 1980, p. 15.

. Ugo Rocco, Derecho Procesal Civil, ed. Porrúa, M,xico, 1939, p. 161

. Jos, Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I, ed. Reus, Madrid, 1977, p. 69

- . Ibidem, p. 71
- . Gozaíni, ob. cit., p. 77
- . Eduardo J. Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 71.
- . "Cuando se enfrenta a los derechos personales en la perspectiva constitucional y se acuerd reconocerlos y tutelarlos, hay dos cuestiones -como mínimo- que al derecho constitucional le tienen que preocupar mucho. Una es que existan vías o procedimientos para que esa tutela sea útil y eficaz. Otra es que el sujeto que pretende tutelar un derecho suyo mediante esas vías o procedimientos, disponga de una "llave" para entrar al proceso: esa llave es la legitimación. Significa "estar" legitimado. "Tener" legitimación, y sobre todo, que esa legitimación le sea reconocida -por la ley o, a falta de ella, por los jueces-" (Germán J. Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, tomo I (El derecho constitucional de la libertad), ed. Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 350).
- . Jaime Guasp, La pretensión procesal, Revista de Derecho Procesal, 195 -1, p. 356.
- . Juan Montero Aroca, Del derecho procesal al derecho jurisdiccional, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1984-1, ps. 40 y ss. Juan Montero Aroca - Manuel Ortells Ramos - Juan Luis Gomez Colomer, Derecho Jurisdiccional, tomo I, ed. Bosch, Barcelona, 1989.
- . Francesco Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, tomo I, ed. Uteha, Buenos Aires, 1944, p. 356.
- . En este sentido ha dicho Bidart Campos que "por más, entonces, que a la legitimación procesal se la conciba como un concepto procesal, como un requisito procesal, hay que sostener que todas las cuestiones antes referidas no admiten resolverse sólo en el ámbito procesal, ni de cualquier manera, porque hay un telón de fondo constitucional y un subsuelo constitucional en el que lo procesal necesita nutrirse. Si ese cordón umbilical entre lo procesal y lo constitucional se corta, seguramente se incurre en inconstitucionalidad" (ob. cit., p.351).
- . de la Oliva Santos, ob. cit., p. 31
- . Cfr. Guasp, ob. cit., ps. 15 y ss
- . Gozaíni, ob. cit., p. 103
- . Osvaldo Alfredo Gozaíni, La Justicia Constitucional, ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 191 y ss.
- . Fallos, 295:591, entre otros. Cfr. Alejandro Carrió, Garantías constitucionales en el proceso penal, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1984, p. 145.
- . Osvaldo Alfredo Gozaíni, Derecho de Amparo ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 13 y ss.
- . Doctrina del Tribunal Constitucional español, 16 de diciembre de 1987, B.O.E. 8/1/88, JC XIX, p. 578.
- . Osvaldo Alfredo Gozaíni, Introducción al nuevo derecho procesal, ed. Ediar, Buenos Aires 1988, p. 169.
- . Bidart Campos, ob. cit., p. 353

. Cfr. Francesco Carnelutti, Teoría General del Derecho, trad. de Francisco Javier Osset, ed Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 199.

. Otros estudios demuestran que el origen hallado para la concepción de derecho subjetivo es errada, porque la cuna no está en el derecho romano, ni en el medioevo, ni siquiera en el derecho natural (1625-1750), y sí en los tiempos modernos, coincidiendo con los estudios de filosofía del derecho generados a partir de la mitad del siglo XVIII.

. Gozáni, La Justicia Constitucional, ob. cit. ps. 149/154

. Hans Kelsen, Teoría pura del derecho, trad. de Roberto Vernengo, ed. UNA -Porrúa, México, 1991, ps. 142/143.

. Cfr. Jos, Castan Tobeñas, Situaciones jurídicas subjetivas, d. Reus, Madrid, 1963, p. 55.

. Jos, Almagro Nosete, Constitución y Proceso, ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 184

. C.S., diciembre 12/985; in re "Lorenzo, Constantino c/ Gobierno Nacional", en Rev Jurisprudencia Argentina, 1986-IV, p. 651.

. C.S., julio 6/990; in re "Gascón Cotti, Alfredo J. y otros", en Rev. El Derecho del 1/8/90 con nota de Germán J. Bidart Campos, El ciudadano elector: un convidado de piedra.

. C.S., abril 7/994, in re "Polino, Hector y otro c/ Poder Ejecutivo <<expediente feria 5/ 4 s/ amparo>>. P.304-XXVII", en Rev. La Ley del 27/5/94.

. in re "Rossi Cibils, Miguel Angel y otros s/ amparo", en Rev. El Derecho, 149 p. 46

. Fallos, 302:1397, 1401; 307:813, entre otros

. Gozáni, El Derecho de Amparo, en especial Capítulo IV y V

. Gomez de Orbaneja, ob. cit., p. 135

. Algunos autores dicen que la legitimación puede contemplarse desde dos diversas perspectivas  
a) La legitimación material derivada de la titularidad efectiva por las partes litigantes de la relación jurídica deducida en el proceso. b) La legitimación procesal consistente en la determinación de las personas que pueden intervenir como partes en un proceso secreto y determinado (Manuel Serra Domínguez, Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación, en Rev. Justicia, 1987, p. 306).

. Juan Montero Aroca, La legitimación en el proceso civil, ed. Cívitas, Madrid, 1994, p. 18

. Leonardo Prieto Castro, Cuestiones de derecho procesal, ed. Reus. Madrid, 1947, p. 35

. Ib dem, p. 36.

. Montero Aroca, ob. cit., p. 33

. Gomez de Orbaneja, ob. cit., p. 136

. Gómez de Orbaneja, ob. cit., p. 142

. Enrico Allorio, Problemas de Derecho Procesal, tomo II, ed. Ejea, Buenos Aires, 1963, ps 261/274.

. Francisco Ramos Mendez Derecho Procesal Civil, tomo I, ed. Bosch, Barcelona, 1992, ps. 251/252. Cfr. del mismo autor, Derecho y Proceso, ed. Bosch, Barcelona, 1978, ps. 187 y ss.

- . Montero Aroca, ob. cit., p. 100
- . Beatriz H. Quintero de Prieto, La legitimación en la causa, en Revista de Estudios Procesales, nro. 36, mayo/1983, p. 75.
- . Montero Aroca, ob. cit., p. 103
- . La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedure civile, ed. Giuffrè, Milán, 1942, ps. 244 y ss.
- . Adolf Wach, La pretensión de declaración, trad. de Juan M. Semón, ed. Ejea, Buenos Aires, 1962, p. 19. Cfr. Gozaíni, Derecho Procesal Civil, tomo I (Teoría General del Derecho Procesal), volumen 1, ob. cit., p. 119.
- . Leo Rosenberg, Derecho Procesal Civil, tomo I, ed. Ejea, Buenos Aires, 1955, p. 256
- . Allorio, ob. cit., p. 26
- . Víctor Moreno Caten - Valentín Cortés Domínguez - Vicente Gimeno Sendra, Derecho Procesal Civil. Proceso Civil, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 79.
- . Cfr. Roland Arazi, La excepción de falta de legitimación para obrar, Rev. La Ley, 1985-A, p. 960. Allí agrega que la legitimación actuaría como defensa perentoria -y definitiva- con relación a ambas partes, pero que si la declaración lo es respecto al demandado, se invierte la res judicata, y permite el replanteo contra el auténtico sujeto pasivo de la relación jurídico material (p. 962).
- . Serra Domínguez, ob. cit., p. 310
- . Serra Domínguez, ob. cit., ps. 311/312
- . Superior Tribunal Constitucional, sentencia del 11 de octubre de 1982. Cfr. Faustino Cordó Moreno, El proceso de amparo constitucional, ed. La Ley (España), Madrid, 1992, p. 124 nota 29.
- . Así lo proponen, entre otros García de Enterría, A. Nieto, Dromi, y Barra, este último de gran importancia por haberse elaborado mientras fuera miembro de la Corte Suprema de Justicia de la nación argentina (La legitimación para accionar en la reciente jurisprudencia de la Corte, Rev. El Derecho, diario del 26 de febrero de 1993).
- . Bidart Campos, ob. cit., p. 355
- . Por ejemplo, el Código General del Proceso de la R.O. del Uruguay aunque los diferencia en los arts. 11.2 y 133.9, no traza en el trámite la distancia que allí menciona.
- . Salvatore Satta, Derecho Procesal Civil, tomo I, ed. Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 133
- . Allorio, ob. cit., p. 267
- . Piero Calandrei, Instituciones de Derecho Procesal Civil, ed. Ejea, Buenos Aires, 1943, p. 158.
- . J. Ramiro Podetti, Tratado de la Tercería, ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, p. 36
- . Cfr. Gozaíni, Derecho Procesal Civil, tomo I, ob. cit., p. 391; Hernando Devis Echeandía, Teoría General del Proceso, tomo I, ed. Universidad, Buenos Aires, 1984, ps. 296 y ss.; Augusto Mario Morello - Gualberto Lucas Sosa - Roberto Omar Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación, tomo IV-B, ed. Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, ps. 256/257.

. Cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, *La Conducta en el Proceso*, ed. Platense, La Plata, 1988  
Capítulo: Improponibilidad objetiva de la demanda.

. El dispositivo legal está aplicado, por v a de principio, a todos los procesos de conocimiento, pero en otros la facultad de repulsión está expresamente indicada, por ejemplo, en la Ley de Amparo dice que "si la acción fuese manifiestamente inadmisibile el juez la rechazar sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones". O en los incidentes, donde la potestad para rechazarlos se decide cuando sean "manifiestamente improcedentes".

. Cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Respuestas Procesales*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1991, Capítulo Audiencia Preliminar.

. Montero Aroca, ob. cit., p. 46. Cfr. Ramos Mendez, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 256

. En cambio, Almagro Nosete, que desde hace tiempo dedica varios desvelos al estudio de la legitimación, sostiene que "en el derecho procesal civil, la legitimación inicialmente sólo puede reconocerse a quien afirma la titularidad de un derecho. La legitimación está en función de la afirmación de un derecho pero, también, de la coherencia entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden. No basta la afirmación de un interés ( Jos, Almagro Nosete - Jos, Tom, Paule, *Instituciones de Derecho Procesal*, tomo primero, *Proceso Civil*, 1, ed. Trivium, Madrid, 1993, p. 219).

. Almagro Nosete, *Constitución y Proceso*, ob. cit., p. 185.

. Mauro Cappelletti, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, ed. Porrúa, México, 1993, ps. 131 y ss.

. Gozaíni, *Derecho Procesal Civil*, tomo I volumen 1, ob. cit., p. 373

. Gozaíni, *Derecho Procesal Civil*, tomo I volumen 1, ob. cit., p. 375.

. Eduardo J. Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 96.

. Ramos Mendez dice que "el valor de estas dos nociones desde el punto de vista procesal es distinto. La legitimatio ad processum viene exigida con carácter general por la ley procesal en orden a la comparecencia de las partes en juicio. Hasta cierto punto, puede decirse que es un presupuesto procesal, al menos relativo, pues por regla general la existencia de un defecto de capacidad procesal es denunciabile con carácter previo al examen del problema de fondo e impide el pronunciamiento definitivo hasta que se subsane la falta. Quiere decirse que este concepto exige un tratamiento autónomo y previo en el mismo momento inicial del proceso...Pero no puede decirse lo mismo respecto de la legitimatio ad causam. Esta noción, tal como viene definida, no tiene trascendencia para condicionar la admisibilidad de un proceso...podría, pues, tranquilamente prescindirse en el estudio del derecho procesal" (*Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 253). Igual pensamiento expone Serra Domínguez, cuando sostiene que la legitimación procesal tiene importancia únicamente para los procesalistas, mientras que la legitimación material (ad causam) carece de cualquier repercusión procesal (ob. cit., p. 309).

. Lino E. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, tomo III, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 32.

. Aunque es preciso acotar que, en el pensamiento de Palacio, la capacidad procesal debe ser claramente diferenciada de la legitimación procesal. Mientras la primera habilita para actuar en un

número indeterminado de procesos, con prescindencia de las concretas relaciones o estados jurídicos que en ellos se controvierten, la segunda se refiere a la idoneidad especialmente atribuida para pretender o para contradecir con respecto a la específica materia sobre que versa el proceso (ob. cit., p. 32).

. Dante Barrios de Angelis, Introducción al estudio del proceso, ed. Depalma, Buenos Aires 1983, p. 119.

. Augusto C. Belluscio - Eduardo Zannoni, Código Civil, tomo I, ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 285.

. Osvaldo Alfredo Gozaíni, Teoría procesal de la legitimación, Rev. La Ley, 198 -B, ps. 977 y ss.

. Temperamento seguido de la doctrina alemana y que trasciende a nuestros ordenamientos en virtud de los trabajos de Wach, Chiovenda, Calamandrei y otros más recientes como Serra Domínguez y Ramos Mendez. No obstante, Satta advierte que "si la parte sólo puede determinarse concretamente mediante la demanda, desaparece cualquier distinción entre capacidad para ser parte y capacidad de estar en juicio, ya que sólo si se tiene capacidad para ser parte se puede estar en juicio" (ob. cit., p. 68).

. Morell -Sosa-Berizonce, ob. cit., p. 215.

. Almagro, en cambio, piensa que los defectos de capacidad son insanables, pero puede ocurrir que el grado de incapacidad no excluya en el derecho material la posibilidad de ratificación o confirmación sanatoria del acto realizado por el incapaz, ya sea por el mismo al desaparecer la causa que originaba su incapacidad, ya sea por sus representantes legítimos; en estos supuestos, cabría la subsanación convalidatoria de los actos procesales nulos, en relación con un objeto litigioso que admita aquella confirmación o subsanación (Instituciones de derecho procesal, ob. cit., p. 217).

. Serra Domínguez, ob. cit., ps. 305/306

. Ha demostrado Montero el error de confundir "carácter" con "legitimación" y el absurdo que ello lleva cuando se interpreta que, por ello, la legitimación también refiere a la representación legal y necesaria y a la sucesión (ob. cit., p. 33).

. Palacio, ob. cit., p. 38

. Cfr. Montero Aroca, ob. cit., p. 27

. Palacio, ob. cit., p. 22

. Cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ed. La Ley Buenos Aires, 1988, jurisprudencia del art. 151, p. 83.

. S.C. Bs. As., octubre 21/980, Rev. El Derecho, 92 p. 820

. CNCiv., Sala F, octubre 26/984. In, dito

. En el orden federal le corresponde tal encargo al Ministerio de Cultura y Educación de la Nación.

. Palacio, ob. cit., ps. 130/131

. Chiovenda, ob. cit., p. 6

. De allí que, desde el punto de vista de la legitimación, pueda formularse una distinción entre "partes" y "justas partes" o "partes legítimas". Tales calificativos, en efecto, no alteran la esencia del concepto que se enuncia en el texto, pues sólo se refieren a los sujetos que deben figurar en cada proceso concreto como partes y no a todos los que efectivamente revisten aquella calidad por el simple hecho de ser los sujetos de una determinada pretensión (Palacio, ob. cit., p. 10).

. Carnelutti, Sistema..., ob. cit., p. 147

. Satta, ob. cit., p. 167

. Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 234

. Jos, Vicente y Caravantes, Tratado histórico crítico filosófico de la Ley de Enjuiciamiento, tomo I, ed. Gaspar y Roig, Madrid, 1856, p. 353; Cfr. Gozaíni, Derecho Procesal Civil, tomo I volumen 1, ob. cit., p. 237.

. Cfr. in extenso, Gozaíni, Derecho Procesal Civil, tomo I volumen 1, ob. cit., ps. 237 y ss.

. Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 19

. Cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, Formas Alternativas para la resolución de conflictos, ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.

. Cfr. Ramos Mendez, Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 213

. B en apunta Ramos Mendez que "la concepción del proceso como resolución de controversias es una imagen larvada que no condiciona el concepto de parte. Esta lo es por el hecho de ser uno de los sujetos del proceso e independientemente de cuál sea el contenido de éste: la parte no se define por el objeto del proceso" (Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 214).

. Así las denomina Almagro, Instituciones de Derecho Procesal, ob. cit., p. 207 (con Tom, Paule)

. Cfr. Serra Domínguez, ob. cit., p. 294

. Cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, Costas Procesales, ed. Ediar, Buenos Aires, 1990, ps. 63 y ss.

. Cfr. art. 1207, L.E.C., ver, Gozaíni, Derecho Procesal Civil, tomo I (Teoría General del Derecho Procesal), volumen 1, ob. cit., ps. 275 y ss.

. Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Estudios de teoría general e historia del proceso, tomo I, ed. UNAM, México, 1974, ps. 295 y 336.

. Clemente Díaz, Instituciones de Derecho Procesal, tomo I, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 214.

. Cfr. Gozaíni, Derecho Procesal Civil, tomo I (Teoría General del Derecho Procesal), volumen 1, ob. cit., ps. 275 y ss.

. Eduard Botticher, La igualdad ante el Juez, en Revista de derecho procesal, 1955 -I, p. 128. Cfr. Gozaíni, Derecho Procesal Civil, tomo I (Teoría General del Derecho Procesal), volumen 1, ob. cit., ps. 277 y ss.

. El artículo 34 inciso 5to. apartado b) del Código Procesal sostiene que es deber del juez "mantener la igualdad de las partes en el proceso".

. Díaz, ob. cit., p. 218

. Cfr. citas de Gozaíni, Derecho Procesal Civil, tomo I (Teoría General del Derecho Procesal), volumen 1, ob. cit., ps. 278 y ss.

. Botticher, ob. cit., p. 129

. Cfr. Palacio, ob. cit., p. 16

. Palacio, ob. cit., p. 17

. Satta sostiene que la "pretendida escisión de la parte de la justa parte es fruto de un equívoco y precisamente de la arbitraria distinción entre posiciones procesales y posiciones sustanciales de la parte. En realidad quien demanda, y por el solo hecho de demandar, afirma la propia legitimación, o sea postula que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela como suyo el interés que se quiere hacer valer. Es por lo tanto siempre parte y justa parte. Que si luego el juez le dice que el interés que se quiere hacer valer no es suyo, sino de otro, o que no está reconocido por el ordenamiento (ejemplo el interés del locador a hacer reconocer o desconocer la servidumbre relativa al fundo locado), su demanda será rechazada ni más ni menos que por esto, y no porque, al aún siendo parte, no sea la justa parte" (ob. cit., tomo I, p. 86).

. Montero Aroca, La legitimación..., ob. cit., p. 39

. Carnelutti, Instituciones del proceso civil, tomo I, cit., p. 176

. Adolfo Armando Rivas, Tratado de las Tercerías, tomo I, ed. Abaco, Buenos Aires, 1993, p. 288.

. Palacio, Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 344.

. Palacio, Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 345

. Ramos Mendez, Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 263

. Ugo Rocco, Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo I, cit., ps. 366 y ss. Cfr. Rivas, ob. cit., p. 297.

. Riva, ob. cit., p. 297.

. Podetti, ob. cit., p. 405

. Satta, ob. cit., p. 274

. Palacio, Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 341

. Cfr. Palacio, Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 344. Rivas, critica esta extensión, advirtiendo que "no es razonable jurídicamente, defender la perpetuatio legitimationis mediante soluciones que al cercenar la actividad del primitivo litigante lo subordinen al adquirente al que la ley argentina no le otorga más que la función de coadyuvante; así y si el adquirente es reducido a la intervención adhesiva simple y al mismo tiempo se quitara al enajenante total facultad dispositiva, nos encontraríamos que, como el interventor no podría ejercerlas naturalmente, nadie podría llevarlas a cabo. Así, corresponder señalar que una cosa son los actos de disposición del proceso y otros los del derecho sustancial del sustituido; entendemos que no existe ningún problema en que, en las condiciones que luego pasaremos a referir, el sustituto lleve a cabo todos los actos de disposición que crea necesarios en la medida en que no afecte con ello los bienes del sustituido" (ob. cit., p. 315).

. Dispone el art. 3414 del Cód. Civ.: "Mientras no est, dada la posesión judicial de la herencia, los herederos que deben pedirla no pueden ejercer ninguna de las acciones que dependen de la sucesión, ni demandar a los deudores, ni a los detentadores de los bienes hereditarios. No pueden ser demandados por los acreedores hereditarios u otros interesados en la sucesión".

. Ramos Mendez, Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 268. Del mismo autor, cfr. La sucesión procesal, ed. Hispano Europea, Barcelona, 1974, p. 1.

. Alsina, ob. cit., p. 497

. Palacio, Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 326

. Manuel Serra Domínguez, Estudios de Derecho Procesal, ed. Bosch, Barcelona, 1969, p. 232.

. Ramos Mendez, La sucesión procesal, ob. cit., p. 31

. Cfr. Rivas, ob. cit., p. 132

. Ramos Mendez, Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 269; del mismo autor, La sucesión procesal, ob. cit., p. 37.

. La diferencia de este caso, est en que ya no se trata de intervención personal de la parte que muere, sino a través de una representación.

. Ver par grafo 12.2 punto c

. Palacio, Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 331

. Así también lo interpreta Rivas, al decir que no hay sucesión procesal porque, no se produce sucesión substancial alguna, desde que ningún sujeto o persona recoge el patrimonio para sí o suplanta a la que feneció o est en vías de serlo (ob. cit., p. 193).

. "Hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva; o cuando una ya existente incorpora a otra u otras que sin liquidarse, son disueltas" (art. 82 de la Ley de Sociedades nro. 19.550).

. Palacio asimila las conclusiones al supuesto de transformación de sociedades, en la medida que la parte contraria puede hacer valer sus derechos de acuerdo con las disposiciones aplicables en la ley de sociedades. "De allí que si, por ejemplo, una sociedad colectiva se transforma en sociedad anónima o de responsabilidad limitada, la otra parte podrá hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de los socios colectivos por las consecuencias patrimoniales del proceso" (Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 333).

. Montero Aroca, La legitimación..., ob. cit., p. 56

. Ramos Mendez, Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 279.

. Almagro Nosete - Tom, Paule, ob. cit., p. 228.

. Ramos Mendez, Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 281

. Ramos Mendez, Derecho Procesal Civil, ob. cit., p. 291

. Montero Aroca, La legitimación... ob. cit., p. 75.

. Montero Aroca, La legitimación..., ob. cit., ps. 76/7

. Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 17.454, no reformado en la última variación legislativa dada al Código Procesal.

. Cfr. Francisco Chamorro Bernal, La tutela judicial efectiva, ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 50.

. Precisamente por ello, consideramos que la inadmisión de la parte querellante o particula damnificado en un proceso penal es un claro supuesto inconstitucional del derecho al amparo judicial.

. Chamorro Bernal, ob. cit., p. 51, citando sentencia del Tribunal Constitucional del 31 de marzo de 1981, passim.

. T.C., sentencia del 15 de enero de 1990, cit. Chamorro Bernal, cit., p. 52

. Augusto M. Morello - Gualberto L. Sosa - Roberto O. Berizonce, Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación, tomo IV-B, ed. Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, ps. 220 y ss. Lino E. Palacio, Derecho Procesal Civil, tomo VI, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, ps. 132 y ss.

. C r. Osvaldo Alfredo Gozaíni, El derecho a la contradicción, Rev. El Derecho, boletín del 17/7/95.

. Cfr. CNCiv., Sala C, marzo 19/981, Rev. La Ley, 198 -B, 298; CNCiv., Sala A, marzo 19/987, Rev. La Ley, 1987-E, 249.

. CNCom., Sala A, Mayo 9/990, Rev. El Derecho, 139-675.

. CNCiv., Sala F, noviembre 23/989. Cfr. Adolfo Alvarado Vellos - Lino E. Palacio, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tomo 7, ed. Rubinzal Culzoni, Santa F., 1993, p. 357.

. C mara Civil y Comercial, Sala 2da, Salta, agosto 21/987, en Alvarado Velloso-Palacio, ob. cit., p. 357.

. Cfr. Mabel Alicia De los Santos, en la obra colectiva Excepciones procesales, ed. Panamericana, Santa F., 1993, p. 79.

. De los Santos, ob. cit., p. 80

. CNCiv., Sala A, diciembre 19/991, D.J. 1992-1, p. 68.

. Montero Aroca, La legitimación..., cit., p. 2

. Montero Aroca, La legitimación..., cit., p. 2

. Cfr. S.C. Buenos Aires, mayo 28/985, ver De los Santos, cit., p. 88 sum. 21

. Ramos Mendez, La sucesión procesal, cit., p. 9

. Aunque conviene advertir que, según Ramos Mendez, la hipótesis sólo es posible en el caso de que el sucesor en el proceso haya devenido tal por fallecimiento del litigante. Este supuesto de transmisión entre vivos da lugar a interesantes problemas -dice-, pero considerados desde el punto de vista de las facultades de la parte que no ha dado lugar a la transmisión del derecho litigioso. Otros casos son infrecuentes, y exigen el consentimiento del propio demandante para el cambio de figuras procesales (La sucesión procesal, cit., p. 257).

. Ramos Mendez, La sucesión procesal, cit., p. 288

. Ramos Mendez, La sucesión procesal, cit., p. 291

. CNCiv., en pleno, marzo 4/992, in re "Balebona, Manuel c/ Storzi, Daniel"; en el mismo sentido, C.S.J.N., marzo 22/984; CNFed., en pleno, noviembre 30/977, entre muchos más.

. Ver lo dicho en el punto 23.

. De los Santos, ob. cit., p. 74

. Jos, Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, tomo II, ed. Reus, Madrid, 1981, p. 461

. En sus últimos libros, prefirió hablar de eficacia mediata en vez de eficacia refleja (Derecho y Proceso, ed. Ejea, Buenos Aires, 1981, p. 314).

. Gozaíni, Derecho Procesal Civil, tomo I (Teoría General del Derecho Procesal) volumen 2, cit., p. 719.

. Esteban Imaz, Límites subjetivos de la cosa juzgada, Rev. La Ley, nro. 77, año 1955, p. 859.

. Isidoro Eisner, Planteos procesales, ed. La Ley, Buenos Aires, 1984, p. 564

. Jos, Almagro Nosete - Vicente Gimeno Sendra - Valentín Cortés Domínguez - Víctor Moreno Catena, Derecho Procesal, tomo I volumen 1, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 490.

. Isidoro Eisner, Cosa juzgada con relación a las partes, en Revista de Estudios Procesales, nº 1, Rosario, Santa Fe., 1969, p. 60.

. Cfr. Parágrafo 1

. Así lo afirma el plenario de la Cámara Nacional Civil -marzo 4/992- in re Balebona, Manuel C. c/ Storzi, Daniel, cuando dice: "En el caso de la denuncia del litigio al demandado citante no se hace valer una pretensión, sino que simplemente anuncia que la hará valer en el futuro, mediante una acción regresiva o de contribución". Con relación al art. 96 del CPC se interpretó que "el tercero citado por el demandado no puede ser incluido en la condena".

. Aun cuando podría argumentarse que la sentencia dictada crea una situación jurídica consolidada para el tercero condenado aun sin que pueda ejecutarse la decisión. Es decir, que al ser encontrado responsable, el juicio siguiente tendrá cubiertas las cuestiones de prueba que ya se han conocido suficientemente. De este modo, el tercero no resulta alcanzado por la ejecución pero sí por la cosa juzgada.

. De Los Santos, ob. cit., p. 146

. Augusto C. Belluscio, Código Civil y leyes complementarias, tomo 2, ed. Astrea, Bs. As., 1984, ps. 74/5.

\*. Remisión parágrafo 22.1, letras a), b), c) y d).

. Cfr. Eisner, Planteos procesales, cit., p. 553.

. Andrés De La Oliva - Miguel Ángel Fernández, Derecho Procesal Civil, tomo II, ed. Centro de Estudios Ramón Arecedas, Madrid, 1994, p. 179.

. Art. 1142 CC español: "El deudor puede pagar la deuda a cualquier de los acreedores solidarios; pero si hubiere sido judicialmente demandado por alguno, a éste debe hacer el pago".

Art. 706, CC argentino: "El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores, si antes no hubiese sido demandado por alguno de ellos, y la obligación queda extinguida respecto de todos. Pero si hubiese sido demandado por alguno de los acreedores, el pago debe hacerse a éste".

. Juan Carreras del Rincón, La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal, ed. Jos, M. Bosch, Barcelona, 1990, p. 95.

. Carreras del Rincón, ob. cit., p. 95

. ibídem, p. 96

. Ver el planteo de cuestiones que señala Camilo Tale, Solidaridad activa: cuestiones controvertidas y soluciones, Rev. La Ley actualidad del 14/11/95.

. Ver el meditado trabajo de Pedro Edgardo Margonari, La legitimación procesal ante las obligaciones "in solidum", Rev. El Derecho 163 ps. 815 y ss. De allí extraemos la jurisprudencia en cita.

. Fallos 307:1507

. Fallos 312:2481 consid. 6

. C.S., noviembre 17/994, in re, P., D.D. c/ Buenos Aires, provincia de s/ daños y perjuicios, Rev. El Derecho, 163 p. 815.

. Hemos de indicar que usamos la expresión "legitimación para obrar" sin establecer diferencia con el término más generalizado de "legitimación ad causam". Las distancias que encontrara Chioyenda dando preferencia a esta última alocución, cuando sostiene que la cualidad en obrar designa cosas diversas y distintas de la legitimación, como resultan, por ejemplo, la capacidad de representación o el interés en obrar, no nos parece tan vital como para decidir un uso uniforme de la nomenclatura. En definitiva, los códigos argentinos y aún los más modernos (V.gr.: Perú, 1994) adoptan en sinonimia la legitimación en la causa y el interés para obrar.

. Ugo Rocco, Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo I, ed. Temis, Bogotá, 1969, p. 353.

. Giuseppe Chioyenda, Instituciones de derecho procesal civil, trad. de E. Gómez Orbaneja, tomo I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 196.

. Francesco Carnelutti, Instituciones de derecho procesal civil, ed. Uteha, Bs. As., 1943, p. 465. En nuestro país, Linares creyó que no era necesario distinguir entre competencia y legitimación puesto que esta finca en considerar separadamente la capacidad stricto sensu, por un lado, y la licitud e ilicitud del objeto, fin, etc., por otro. Resumiendo, "si la totalidad del orden jurídico rige el caso, el determinar si precisamente Pedro es o no el sujeto obligado en la especie, o el sujeto facultado, es una tarea que se efectúa mediante la aplicación de ese orden jurídico al caso" (Juan Francisco Linares, Fundamentos de Derecho Administrativo, ed. Astrea, Bs. As., 1975, p. 270).

. Rocco empleó la siguiente definición para observar el juego del interés entre las situaciones jurídicas subjetivas: "El interés para accionar no es otra cosa que el elemento sustancial del derecho de acción y, concretamente, aquel interés que, tutelado jurídicamente por el derecho procesal objetivo, constituye el derecho de acción...El juez debe hacer un juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia jurisdiccional requerida con la utilidad que de tal providencia pueda seguirse para quien la requiere, respecto de una determinada relación jurídica. Es decir, debe analizarse la utilidad actual, y para ello se debe indagar si la falta de la providencia jurisdiccional le causa daño o perjuicio. Si hay perjuicio, hay interés para accionar o para contradecir; y si no lo hay, no existe tal interés. Este interés debe ser concreto y actual. En cuanto a que sea concreto, ha de referirse a una providencia concreta, referente a una concreta relación jurídica y respecto de una acción singular y particular, individualizada, ejercida por un sujeto

determinado. Y actual, en cuanto es tomado en el momento mismo en la acción es ejercida" (ob. cit., p. 337; Cfr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Principios de derecho procesal civil, ed. Temis, Bogotá, 1989, p. 184).

. Ver Capítulo I, par grafo 7. En especial cuando sostenemos que, así como existen pretensiones constitutivas o condenatorias que no presentan inconvenientes para demostrar el interés genérico de actuar en el proceso; también hay otro tipo de pretensiones en las que el interés se difumina al faltar algún elemento característico. Por ejemplo, en las pretensiones declarativas no existe un derecho subjetivo vulnerado, apenas aparece amenazado o incierto, y "es por ello por lo que tradicionalmente el interés se ha referido de modo especial a este tipo de pretensiones, en las que es común en la doctrina y en la jurisprudencia señalar que, además de la afirmación del derecho subjetivo, el actor precisa alegar la concurrencia de un interés específico". Dicho interés ha de aparecer fundamentado porque es la única forma que tiene quien pretende lograr la "llave" que le abra las puertas del proceso. No es preciso que el juez valore en profundidad esas motivaciones - esto le corresponde hacerlo en la sentencia y respecto a la pretensión sustancial-, sino que releve el derecho al proceso que pregonan quienes tienen el "interés jurídicamente relevante".

. Luciano Parejo Alfonso, Manuel de Derecho Administrativo, (con A. Jimenez Blanco y L. Ortega Alvarez), ed. Ariel, Barcelona, 1992, p. 303.

. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 49

. Jos, Roberto Dromi, Derecho subjetivo y responsabilidad pública, ed. Grouz, Madrid, 1986, p. 75.

. Juan Carlos Cassagne, La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso-administrativo, Rev. El Derecho, 120 p. 980.

. Agustín A. Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, tomo 2, ed. Macchi, Bs. As., 1975, p. XV-4.

. Cfr. María Angélica Gelly, La silueta del amparo después de la reforma constitucional suplemento La Ley 60 aniversario, p. 56, donde observa como la legitimación para obrar en el amparo al indicar a los derechos de incidencia colectiva va delineando un número indeterminado de personas o grupos que la jurisprudencia va receptando.

. Jesús González Pérez, La legitimación activa en el proceso administrativo, en Revista de Derecho Procesal (España), 1956-2 p. 552.

. "En consecuencia, no es necesario que haya una decisión previa sobre la legitimación del interesado, y luego la tramitación del recurso para llegar por último a la decisión de fondo en caso de haberse admitido anteriormente la legitimación, sino que la mera presentación del recurso asegura normalmente su tramitación por todas las autoridades que deben intervenir, y el pronunciamiento final del órgano competente: este decidir de una sola vez si existe legitimación, caso en el cual pasar a pronunciarse también sobre el fondo, o si no existe, caso en el cual puede no pronunciarse sobre el contenido del recurso. Y decimos puede no pronunciarse, pues también puede sí hacerlo, no ya como resolución del recurso, sino como control de oficio de la legitimidad de sus actos o de los de sus inferiores" (Gordillo, ob. cit., p. XVI-4).

. Hemos sostenido, antes de ahora, que las relaciones jurídicas que se entablan en el derecho procesal administrativo parten de considerar las situaciones jurídicas de quienes ostentan un derecho subjetivo, un interés legítimo, o un interés simple; frente a quien titulariza una posición

procesal más cómoda, sustentada en un principio hegemónico, que le permite vulnerar el tradicional equilibrio o igualdad que tiene el proceso judicial. Aunque las partes sean dos, en el procedimiento administrativo esta noción se desnaturaliza al fundirse la condición de juez y parte en sólo uno de los contradictores. Por eso la característica más importante se encuentra en la posibilidad de actuación activa o pasiva del administrado. Su situación jurídica le depara la protección correspondiente. Tratándose de un derecho subjetivo, la posibilidad de exigir al Estado es superior y concentra en su medio una serie de derechos y deberes procesales que se deben acatar. El interés legítimo, en cambio, es residual. Actúa en el <<después>>, y se tiene derecho a obtener su reconocimiento por vía de recursos administrativos. En general, su presencia en la formación de la voluntad administrativa es relegada. Finalmente, el interés simple sólo tiene protección administrativa activando <<denuncias>> que no pueden llevar pretensiones pues carece el interesado del recaudo de identificación con el derecho. (Cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, Introducción al nuevo derecho procesal, ed Ediar, Bs. As., 1988, p. 76).

. Tomás Hutchinson, Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires, ed Astrea, Bs. As., 1995, p. 78.

. "Pero puede ocurrir -dice Hutchinson- que haya algunos habitantes que tengan algún interés particular en la observancia de aquellas normas, que se complementa con el interés genérico de todos. Son aquellos a quienes el acto de la Administración se refiere: los participantes en un concurso o licitación respecto al procedimiento de la decisión, el vecino de un barrio en el que se instala una industria peligrosa o insalubre, etc, etc. Estas personas unen al interés genérico que todos tienen en el desempeño de la función administrativa, un interés particular: el que tienen como concurrentes respecto del puesto que hay que cubrir, etc, etc. Es éste un interés distinto del genérico, si bien conexo; sin embargo, no tienen una tutela directa que constituya un derecho subjetivo" (ob. cit., p. 79).

. Concordante con los arts. 55 de las leyes similares de Catamarca; art. 9 de Córdoba; art. 243 de Corrientes; art. 12 de Chaco; art. 22 de Chubut; art. 4 de Entre Ríos; art. 74 de Formosa; art. 12 de Jujuy; art. 5 de La Pampa; art. 113 de La Rioja; art. 117 de Mendoza; art. 1 de Misiones; arts. 114/5 de Misiones; art. 2 de Salta; art. 4 reglamentario de Santa Cruz; art. 3 de Santa Fe; art. 8 de Santiago del Estero; art. 12 de Tierra del Fuego y art. 9 de Tucumán (Cfr. Hutchinson, ob. cit., p. 69).

. A no ser que se expanda las legitimaciones de los grupos, conforme lo dispone el art. 43 de la Constitución Nacional argentina. Ver Capítulo XI: La legitimación para obrar y los derechos difusos.

. Cfr. Cassagne, ob. cit., ps. 981 y ss

. En una obra anterior sostuvimos nuestra oposición a sostener la calidad o condición de parte en el procedimiento administrativo. En efecto, la situación jurídica del o los individuos que toman parte en una actuación no contenciosa, es técnicamente la de interesados que ostentan un derecho subjetivo, un interés legítimo o un simple interés que procura ser satisfecho por un acto de la Administración. Si advertimos que la noción de parte en sentido procesal no contrae necesariamente la presencia de una de las atribuciones jurídicas reconocidas en el procedimiento administrativo, observaremos que el punto de partida es diverso. Más allá de la precisa y esencial distinción entre función jurisdiccional y función administrativa, se encuentra que la pretensión podría usarse en este segundo ámbito, por cuanto la idea de satisfacción persiste. Sin embargo es sólo apariencia, veamos porqué: En primer lugar el procedimiento administrativo no es un proceso

jurisdiccional, sino, tan sólo, un sistema de actos y decursos que tiene como fin asegurar el orden y la eficacia del Estado. La juridización de aquél obedece a la presencia de numerosos órganos con facultades decisorias, característica que confunde la función jurisdiccional con la técnica de la Administración. El verdadero distingo se encuentra en la ausencia de contradicción o litigio propio del proceso judicial, por eso en el procedimiento administrativo sólo se desenvuelven peticiones y no pretensiones (que importan un deber de juzgamiento sobre una contienda de intereses enfrentados por pretensiones distintas). El paso inmediato que agrega otro componente en la distinción estriba en la ausencia de cosa juzgada administrativa, de manera que la petición del interesado tiene siempre una vía judicial revisora. En segundo término, la pretensión procesal exige como elemento específico el ser formulada ante un Juez; calidad que no tiene el órgano administrativo en tanto no es imparcial ni independiente, y se encuentra interesado en la relación jurídica sobre la cual conoce. En este sentido hace falta que el pretendiente reclame no contra alguien, sino frente a alguien; y este alguien es el órgano jurisdiccional. En un aspecto objetivo, la pretensión importa un objeto litigioso; cualquier objeto material o personal; lo que sucede es que al no existir controversia en el ámbito del procedimiento administrativo, el proceso que se cumple es el de formación de una voluntad que, recién con la decisión, puede llegar a generar el conflicto. Finalmente, el tercer elemento que caracteriza la pretensión: el de la mutación de la realidad, apareja que la declaración de voluntad que se expresa tanto en el proceso judicial como en el procedimiento administrativo pueden confundirse. Pero esa manifestación de deseo tiene en la teoría de la pretensión (Cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, Derecho Procesal Civil, tomo I volumen 1 (Teoría General del Derecho Procesal), ed. Ediar, Bs. As., ps. 105 y ss.) un significado peculiar y propio que es el de contener, entre los sujetos que en ella intervienen y acerca del objeto sobre el que recae una petición fundada que, sin llegar a ser una pretensión procesal estricta, sí manifiesta una voluntad petitoria, es decir, un reclamo sin exigencia ( Cfr. Gozaíni, Introducción al nuevo derecho procesal, cit., ps. 85/6).

. Eduardo García de Enterría - Tomás Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo, tomo II, ed. Cívitas, Madrid, 1977, ps. 26 y ss.

. Cassagne, La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo Rev. El Derecho, 120 p. 984.

. B.55.392, Rusconi, Oscar c/ Municipalidad de La Plata

. Jaime Guasp, La pretensión procesal, ed. Cívitas, Madrid, 1985, p. 25. Ver, Augusto Mario Morello, En la casación de Buenos Aires (actualidades), en Rev. Jurisprudencia Argentina, 13/12/95, p. 56.

. Señala Morello que "es alabable el propósito de no limitar y sí promover o extender el acceso a la jurisdicción. Seguramente que el continuo aumento -el sucesivo reconocimiento- de legitimaciones extraordinarias o excepcionales que luego se han convertido (en poquísimos años) en legitimaciones ordinarias o comunes y no sólo en la esfera del derecho público, es un dato notorio y sugerente, entre otras manifestaciones, de una real democratización en el uso de la jurisdicción. Lo cual resulta en una participación cada vez más activa e intensa del ciudadano (nada más que como tal) "de las ciudades" en la defensa de un extensísimo espectro de "derechos", "intereses", (aun simples o de derechos) o mejor de situaciones subjetivas tutelables por vía del ejercicio de pretensiones jurisdiccionales" (En la casación de Buenos Aires <<actualidades>>, cit., p. 56).

. Cfr. Sentencia del Tribunal Superior del 15 de marzo de 1990, citada por Vicente Gimeno Sendra- Jos, Garberí Llobregat- Jos, María Martín de la Leona, Código Procesal Administrativo, ed. Colex, Madrid, 1991, p. 43.

. Vicente Gimeno Sendra - Víctor Moreno Catena- Jos, Garberí Llobregat- Nicolás González Cuellar Serrano, Curso de derecho procesal administrativo, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 129.

. Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo hispanoamericano, ed. Temis, Bogotá, 1985, p. 119.

. Vfr. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 37. El Tribunal Constitucional español, en sentencia del 4/4/84 dijo que los intereses legítimos del ciudadano merecen protección, aun cuando el derecho invocado no sea propio o la libertad alegada no sea directamente afectada en la persona del denunciante, "la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo que aparece en el art. 24 de la Constitución, tiene en nuestro derecho un sentido de ampliación del ámbito de protección del ciudadano. No se trata de unidades jurídicas distintas, sino más bien de un desarrollo, ampliación o desramamiento de la figura nuclear del derecho subjetivo, cuyos entornos no son ni pueden ser perfectamente nítidos. De manera que para evitar dudas acerca de si determinadas situaciones merecen la protección del ordenamiento jurídico, el legislador designa con esa otra expresión - interés legítimo, interés protegido- a esa zona de expansión del derecho subjetivo -a modo de halo que lo rodea- que sigue siendo tal pero que una interpretación formalista podría pretender negarle protección".

. Manuel María Díez, Derecho Procesal Administrativo, (con la colaboración de Tom Hutchinson), ed. Plus Ultra, Bs. As., 1983, p. 207.

. García de Enterría - Fernández, ob. cit., p. 45.

. Cassagne, La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo cit., p. 984.

. Gimeno Sendra - Moreno Catena- Garberí Llobregat- González Cuellar Serrano, ob. cit., p. 133

. Cfr. Eduardo García de Enterría, Sobre los derechos públicos subjetivos, en Revista española de Derecho Administrativo, nº 6, 1975; citado por Dromi, Derecho subjetivo y responsabilidad pública, cit., p. 78.

. "Así, por ejemplo, en Francia, donde el interés legítimo está adecuadamente protegido y la distinción con el derecho subjetivo sirve como criterio de selección del recurso apropiado: recurso de plena jurisdicción cuando se invoca una situación jurídica subjetiva y recurso por exceso de poder cuando, por plantearse una cuestión de derecho objetivo, la legitimación es más amplia. También en Italia juega la distinción, en este caso como criterio de distribución de competencias entre ambas jurisdicciones: a la judicial le corresponde la defensa de los derechos subjetivos y a la administrativa la de los intereses legítimos...En cambio, en los sistemas de jurisdicción única, es decir, judicial, como los Estados Unidos, desconocen la distinción derecho subjetivo-interés legítimo y adoptan una noción más amplia de derecho subjetivo" (Cfr. Hector A. Mairal, Sobre legitimación y ecología, Rev. La Ley, 1984-B, p. 780).

. Mairal aclara que el perjuicio puede ser material o moral, interrogándose "debe ser también, "importante"?. Respondiendo: "la importancia del perjuicio será, por lo general, tema de apreciaciones subjetivas y discordantes por lo cual parece preferible considerar que si el recurrente

ha aceptado correr con los costos y molestias de un juicio, debe respetarse su juicio sobre la importancia del mismo; la regla *minimae non curat praetor* permitir, de todos modos, excluir las demandas claramente caprichosas o triviales..." (ob. cit., ps. 785/6).

. Cfr. Augusto Mario Morello, *El proceso justo*, ed. Platens -Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, p. 100.

. Carlos Manuel Greco, *Ensayo preliminar sobre los denominados intereses "difusos" o "colectivos" y su protección judicial*, en *Rev. La Ley*, 1984-B, p. 875.

. Juan Carlos Cassagne, *En torno a la naturaleza del procedimiento administrativo y su clasificaciones fundamentales*, en *Rev. El Derecho*, 97 p. 889.

. Gozaíni, *Introducción al nuevo derecho procesal*, cit., p. 45.

. Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1974, p. 189

. Guasp, *La pretensión procesal*, cit., p. 91

. Jos, Roberto Dromi, *Manual de derecho administrativo tomo 2*, ed. Astrea, Bs. As., 1987, p. 335.

. Guasp, *La pretensión procesal*, cit., p. 70

. Gozaíni, *La Justicia Constitucional*, cit., p. 206

. En nuestra "Justicia Constitucional" sostuvimos la importancia de esclarecer este paradigma pues todo tipo de procedimiento puede signarse de constitucional cuando la materia específica que aborde consista en establecer la supremacía de los derechos fundamentales, o bien, desde otra perspectiva, cuando el tribunal competente est, destinado a resolver los problemas de garantías y derechos constitucionales (v.gr.: Tribunales Constitucionales). Esta distancia es oportuna porque permite distinguir a partir del objeto la tutela diferenciada que esos derechos merecen. Además, porque encontrando respuestas pueden deducirse opiniones concretas sobre el carácter jurisdiccional de la actividad desarrollada, y específicamente, si ese proceso constitucional es un proceso diferente al que no se le aplican las mismas reglas que al juicio ordinario (Cfr. ob. cit., ps. 206 y ss.).

. Cfr. Nicolás González Deleito, *Tribunales constitucionales. Organización y funcionamiento*, ed. Tecnos, Madrid, 1980, p. 12. También, Ernesto Rey Cantor, *Derecho Procesal Constitucional (Controles de constitucionalidad y legalidad)*, ed. Universidad Libre, seccional Cali, Colombia, 1994, p. 37.

. Juventino V. Castro, *Garantías y Amparo*, ed. Porrúa, México, 1989, p. 16

. Cfr. Gozaíni, *La Justicia Constitucional*, cit., ps. 223 y ss

. Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo IV, ed. Ediar, Bs. As., 1993, p. 21.

. Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, ed. Porrúa, México, 1978, p. 179

. Gozaíni, *Introducción al nuevo derecho procesal*, cit., p. 272

. Una respuesta posible en Osvaldo Alfredo Gozaíni, *El Derecho procesal constitucional y los Derechos Humanos. Vínculos y autonomías*, ed. UNAM, México, 1995.

. Castro, *Garantías y Amparo*, ob. cit., ps. 215/6

- . Alberto B. Bianchi, Control de constitucionalidad, ed. Abaco, 1992, p. 134
- . Bianchi, ob. cit. p. 135.
- . Bianchi, ob. cit., p. 135 y notas allí indicadas
- . La condición de ser un interés directo, personal y legítimo que la disposición contempla, contrae serias resistencias por la limitación que sufren los terceros o indirectos implicados en la cuestión de constitucionalidad. Por eso, algunos modernos ordenamientos del sistema difuso, como el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay superan el conflicto permitiendo el planteo al actor, al demandado o al tercerista. Una particularidad a destacar es la posibilidad de que sea el propio juez de oficio quien plantee la inconstitucionalidad, incluido el mismo Tribunal en lo Contencioso Administrativo. Su facultad se limita a eso: promover la posible declaración de inconstitucionalidad por la Suprema Corte (Cfr. Enrique V. Scovi, La protección jurídica del ciudadano, en Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, ed. Cívitas, Madrid, 1993, p. 2690).
- . Cfr. Germán J. Bidart Campos, El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, ed. Ediar, Bs. As., 1995, p. 313.
- . Bidart Campos, El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, cit., p. 313
- . Cfr. Gozaíni, La Justicia Constitucional, cit., p.90
- . Rodolfo Carlos Barra, Caso Polino: La Corte ratifica su papel constitucional, Rev. El Derecho del 27/5/94.
- . Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, ed Cívitas, Madrid, 1985, p. 138.
- . Cfr. Gozaíni, La Justicia Constitucional, cit., p. 93
- . Almagro Nosete, Constitución y Proceso, cit., p. 131.
- . Cfr. Bidart Campos, El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, cit., p. 323
- . Cfr. Gozaíni, La Justicia Constitucional, cit., p. 94
- . Sobre la subsidiariedad del amparo después de la reforma constitucional de 1994, ver nuestro Derecho de Amparo, cit. ps. 34 y ss.
- . Cfr. Almagro Nosete, Constitución y proceso, cit., p. 200
- . Cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, Legitimación para actuar en el juicio de amparo, Rev. La Ley, del 20/7/94.
- . Bartolomé Fiorini, Acción de amparo, graves limitaciones e incongruencias que desnaturalizan, Rev. La Ley, 124, p. 1361.
- . "El art. 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 subjetivo del particular con la subsiguiente posibilidad de articularlo ante el Poder Judicial, aun en ausencia de vinculación del pretensor con la relación jurídico material deducida en el proceso" (CNFed. Contencioso-administrativo, Sala I, octubre 20/995, con notas de Juan Carlos Cassagne, De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo, y de Agustín A. Gordillo, La legitimación en el amparo: Asociaciones, cooperativas,

derechos de incidencia colectiva, ambos en Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Rev. La Ley, del 6/12/95, ps. 3 y 39, respectivamente).

. "Al mismo tiempo que subrayo -dice el autor- la condición excepcional de la ley que determinar los requisitos y formas de organización de las asociaciones destinadas a coadyuvar en la protección del ambiente, de la competencia, y aquellos que agrupen a usuarios y consumidores, destaco que dentro de la mecánica operativa de los institutos constitucionales procesales como es el amparo a partir del art. 43 del texto constitucional vigente, hacen que mientras la ley no exista, no por ello las asociaciones que puedan ingresar en el cuadro señalado en el parágrafo 2do. del art. 43, carezcan de legitimación procesal activa" (Alberto Antonio Spota, Análisis de la acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, en Temas Procesales, suplemento de la Rev. El Derecho del 31/8/95, ps. 10 y ss. Cfr. El Derecho, 163 p. 767).

. Alberto R. Dalla Vía, "Amparo y desamparo? (En la reforma constitucional de 1994), en Temas Procesales, suplemento de la Rev. El Derecho del 31/8/95, ps. 28 y ss. Cfr. El Derecho, 163 p. 790).

. Adolfo Armando Rivas, El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina, en Rev. La Ley, 1994-E, ps. 1330 y ss.

. Rodolfo Carlos Barra, La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar, en Rev. La Ley, 1994-E, p. 1087.

. Nstor Pedro Sañudo, Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional, en Rev. La Ley, 1994-D, p. 1151.

. Lino E. Palacio, La pretensión de amparo en la Reforma Constitucional de 1994, en Rev. La Ley del 7/9/95.

. Augusto Mario Morello, Posibilidades y limitaciones del amparo, en Rev. El Derecho de 22/11/95.

. Sañudo, ensaya una clasificación en los tipos posibles destacando los siguientes: 1) Habeas data informativo, con la finalidad de obtener información obrante en registros o banco de datos públicos o privados destinados a producir informes; este, a su vez, se subdivide en a) habeas data exhibitorio, que responde al interrogante de saber que se registró <<tomar conocimiento de los datos>>; b) habeas data finalista, su meta es saber para qué, y para quién se registran los datos y; c) habeas data autorial, para saber quién tomó o distribuyó los datos; 2) Habeas data aditivo, que agrega datos a un registro incompleto; 3) Habeas data rectificador, que corrige probables errores; 4) Habeas data reservador, que pretende la confidencialidad y no circulación de los datos; 5) Habeas data cancelatorio o exclutorio, que refiere a la denominada información sensible concerniente a ideas políticas, religiosas, gremiales, al comportamiento sexual, a ciertas enfermedades o datos raciales, todos ellos potencialmente discriminatorios o lesivos al honor o privacidad del afectado ( Nstor Pedro Sañudo, Subtipos de habeas data, en Jurisprudencia Argentina, nº5964 del 20/12/95).

. En algunas legislaciones constitucionales, como Perú, es suficiente con solicitar, sin mencionar la causa para la que pide la información.

. Gozáni, El derecho de amparo, cit., p. 185

. Rafael Velazquez Bautista, Protección jurídica de datos personales o automatizados, ed. Colex, Madrid, 1993, p. 116.

. Vittorio Frosini, *Il diritto nella società tecnologica*, d. Giuffrè, Milano, 1981, p. 9. Cfr. Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 370.

. Velázquez Bautista, *ob. cit.*, p. 200

. Gozáni, *El Derecho de Amparo*, *cit.*, p. 181

. Enrique M. Falcón, *Habeas Data*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, ps 78/9. Cfr. Miguel Ángel Ekmekdjian - Calógero Pizzolo (h.), *Habeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, ed. Depalma, Bs. As., 1995, p. 98.

. Pablo A. Palazzi, *El Habeas Data en la Constitución Nacional* ("La protección de la privacidad en la era de la información"), en *Jurisprudencia Argentina*, nº 5964 del 20/12/95). Cfr. Raúl O. Puccinelli, *Habeas Data: aportes para una eventual reglamentación*, *Rev. El Derecho*, 161 p. 913.

. NCiv., Sala H, mayo 19/95, con nota de Santos Cifuentes, *Protección inmediata de los datos privados de la persona. Habeas Data operativo*, en *Rev. La Ley* del 15/11/95.

. "Si se hubiera querido limitar el habeas data a la tutela exclusiva de la intimidad se hubiera recurrido a un texto como el establecido para el habeas corpus, que especifica su aplicación cuando el derecho afectado es la libertad física. Por lo tanto, el habeas data es un medio constitucional útil para la protección de todos los derechos y garantías establecidos en la Constitución, los Tratados y las leyes cuando resultan violados por vía informática. También es aplicable al supuesto de autos, en el cual la negativa del sanatorio accionado a brindar la información requerida, podría afectar la vida, la salud y la integridad personal" (del dictamen del Fiscal ante la Cámara), in re: CNCiv., Sala F. Julio 6/95, en *Rev. El Derecho* del 27/11/95 con nota de Germán J. Bidart Campos: *Y se hizo justicia...sin necesidad de habeas data*).

. Alberto Bianchi, *Habeas Data y derecho a la privacidad*, *Rev. El Derecho* 161 p. 868.

. Cfr. Consejo de Europa (1981), *Convenio para la protección de las personas con respecto a tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, art. 29.

. Sáenz, *Subtipos de habeas data*, *cit.*, p. 33.

. CNCiv., Sala H, mayo 19/95, con nota de Santos Cifuentes, *Protección inmediata de los datos privados de la persona. Habeas Data operativo*, en *Rev. La Ley* del 15/11/95.

. Antonio Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, 1972, p. 1005; cfr. Aurelia María Romero Coloma, *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, ed. Serlipost, Barcelona, 1991, p. 62.

. Palazzi, *ob. cit.*, p. 13. Además, es preciso señalar que el Convenio 81 del Consejo de Europa refiriéndose a esta figura nos indica que existe un "responsable del fichero", el cual significa la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que según la Ley fuere competente para decidir sobre que clase de datos de carácter personal deben ser almacenados y que operaciones deberán serles aplicadas.

. Gozáni, *El Derecho de Amparo*, *cit.*, p. 183

. Gozáni, *El Derecho de Amparo*, *cit.*, p. 202

. Jos, Almagro Nosetti - Jos, Tom, Paule, *Instituciones de Derecho Procesal*, tomo I (Proceso Civil, 1), ed. Trivium, Madrid, 1993, p. 220.

. Luis Filipe Colaço Antunes, A tutela dos interesses difusos em direito administrativo, ed Livraria Almedina, Coimbra, 1989, ps. 54/5.

. Cfr. Antonio Perez Luño, Las generaciones de derechos humanos, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº10, 1991, p. 210.

. V. Vigoriti, Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire, ed. Giuffr., Milano, 1979 ps. 17 y ss.

. F. Bricola, La tutela degli interessi collettivi nel processo penale, en Le azione a tutela di interessi collettivi, Padova, 1976, p. 133.

. Cfr. Colaço Antunes, ob. cit., p. 21

. No es intención de este ensayo construir un debate dialéctico sobre el concepto que expresan los derechos difusos, pero es conveniente alcanzar una noción mínimamente aceptable que defina su posibilidad de defensa ante las tribunales. El problema no es sólo nominalístico porque, encuentra imprecisiones que, en reiteradas veces, obstaculizan su acceso a la justicia. Por ejemplo, hay casos en que la dimensión del problema encuentra afectados directos e indirectos que pueden personalizarse, mientras que otros no tienen esa homogeneización de situaciones complicando la asignación de legitimación procesal. Por tanto, para facilitar la obtención de una noción de interés de grupo debemos partir del concepto general de interés y de interés jurídico. De este modo, profundos estudios elaboran y ensayan propuestas diversas. Hemos preferido reseñar ellas en el profundo trabajo de Lorenzo Mateo Bujosa Vadell, La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, ed. Bosch, Barcelona, 1995, ps. 69 y ss. que divide los criterios utilizados para definir en tres grupos: uno objetivo, que examina la calificación del bien como idóneo para ser objeto del interés del grupo. Es decir, determina la existencia de un interés grupal cuando existe aptitud para el disfrute general. Aquí se habla de bienes insusceptibles de apropiación exclusiva y respecto a los cuales el goce de los individuos o grupos no es limitado por el goce concurrente de otros miembros de la colectividad. El segundo criterio se llama subjetivo, advirtiendo que no hay titularidades específicas ni categorías determinadas, pues la defensa es colectiva y se practica a través del ente exponencial (que explicamos en el texto), o ente organizado. El nexo que une el grupo no es ya la existencia de un bien que pueda ser objeto de disfrute por un número indeterminado de personas, sino un factor eminentemente subjetivo: la conciencia de grupo entre estas personas, que las lleva a una unión más o menos estrecha. El tercero se llama normativo, y refiere a la existencia o no de un reconocimiento legal.

. Colaço Antunes sostiene que se tratan de intereses comunitarios de naturaleza cultural no corporativos. Ob. cit., p. 23. La Corte de Casación italiana, en 1978 concretó como intereses difusos a aquellos que por la idoneidad del objeto a ser considerado en el ámbito exclusivamente individual -a causa de su naturaleza y del carácter de la normativa-, se refieren no al sujeto como individuo, sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, coincidente en el límite con la generalidad de los ciudadanos, dando lugar así a una pluralidad de situaciones jurídicas análogas.

. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 81, donde advierte la frecuencia como se da ese conflicto entre intereses. Por ejemplo, el ecologista en contraposición con los urbanizadores, la empresa, e indirectamente con los trabajadores de ambos, que sufren las consecuencias.

. "Debe insistirse en que la titularidad de los derechos sociales no debe considerarse privativa de los grupos, sino que, como ya se ha indicado, puede corresponder también a los individuos. Ya que

la función de los derechos sociales no es tanto la de hacer titulares de sus facultades a los grupos, sino más bien la de proyectar su titularidad al individuo que actúa y desarrolla su existencia concreta integrado en determinadas agrupaciones sin que, por tanto, sus intereses puedan marginarse por completo del bien colectivo" (Antonio Pérez Luño, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 84.

. Colaço Antunes, ob. cit., p. 49

. Cfr. Ada Pellegrini Grinover, A problemática dos interesses difusos, en "A tutela dos interesses difusos", 1a. ed., serie Estudos Jurídicos 1, Max Limonad, San Pablo, Brasil, 1984, p. 30. Vide: Adolfo Armando Rivas, El Amparo, ed. La Rocca, Buenos Aires, 1984, p. 244.

. Jos, Almagro Nosete, Constitución y Proceso, ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 194.

. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 97

. Cfr. Edgardo Ignacio Saix, Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 7, 1994, p. 117, donde cita el trabajo de Denti.

. Jos, Almagro Nosete, Constitución y Proceso, ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 194

. M. Nigro, Giustizia amministrativa, ed. Il Mulino, Bologna, 1979, p. 101. Ver, Bujosa Vadell, ob. cit., p. 35.

. Cfr. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 36.

. Cfr. Rev La Ley, 1994-C, ps. 543 y ss; Rev. El Derecho, 148-354. Este caso sirve para mostrar una faceta distinta del interés legítimo, no encapsulado en la órbita tradicional como se lo conoce. La Corte, siguiendo la distinción que realiza el derecho norteamericano, distingue entre "intereses materiales", "intereses ideológicos" e "intereses sobre la vigencia de las leyes". Destaca así, los denominados en segundo término, que son aquellos que buscan la afirmación de principios morales o religiosos, y aunque prima facie no habilitan la instancia judicial (standing) si son triviales o insustanciales, esto no supone una exclusión absoluta cuando dichos intereses alcanzan suficiente fuerza y compromiso en la persona que la invoca. Esta admisión del "interés ideológico" como habilitante de la tutela judicial lo es, en el derecho comentado, para accionar en orden a revisar la acción u omisión de las agencias administrativas; y se adopta en el caso Ekmekdjian como derecho a replicar las ofensas proferidas por un programa de televisión que alteró los sentimientos de la comunidad católica argentina. Sostiene la Corte refiriéndose a la legitimación: "a diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o semejante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta reparadora" (considerando 25).

. Entre otras, ver: Polino, Hector y otro c/ Poder Ejecutivo, C.S., P. 304, sentencia del 7 de abril de 1994, Rev. La Ley, 1994-C, ps. 291 y ss. con nota de María Angelica Gelli, Reforma constitucional, control judicial y proceso democrático. Se dijo aquí que "la condición de ciudadano no es apta en el orden federal para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción, por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar presente el requisito de la "causa" o "controversia" que habilita la función mencionada.

- . Osvaldo Alfredo Gozaíni, *El Derecho de Amparo*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 15
- . Causa B.55.392, "Rusconi, Oscar c/ Municipalidad de La Plata s/ demand contenciosoadministrativa", en *Rev. Actualidad en el derecho público*, nro. 2, set/dic. 1995, ps. 23 y ss.
- . Causa B 47.764, "Fernández Arrese", 20/5/80, DJBA, 119:485; y especialmente causa B 49.544 "Thomann", 7/12/84, disidencia del Dr. Hctor Negri.
- . Sería bueno recomendar que este valioso precedente fuera complementado con una proyección del interés legítimo a cuestiones que trasciendan lo económico, dándole suficiencia cuando la índole sea moral o de gravedad suficiente para la respuesta judicial.
- . Eduardo A. Zannoni, *Derecho subjetivo e interés simple en la responsabilidad civil*, en obra conjunta de homenaje a Isidoro H. Goldenberg, *La responsabilidad*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 105.
- . Zannoni, *ob. cit.*, p. 109
- . Cfr. Carlos A. Ghersi, *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, ed. Ediciones Jurídica Cuyo, Mendoza, 1995, p. 32.
- . Jos, Carlos Barbosa Moreira, *La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño*, en *Revista Jus*, nro. 34 p. 61.
- . Dante Barrios de Angelis, *Introducción al estudio del proceso*, ed. Depalma, Buenos Aires 1983, p. 129. Cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, *La Justicia Constitucional*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 171.
- . Gozaíni, *El Derecho de Amparo*, *cit.*, p. 86
- . Ricardo Luis Lorenzetti, *Defensa del Consumido -Ley 24.240*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa F., 1994, p. 400.
- . Mauro Cappelletti, *Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*, en *Boletín Mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año XI nros. 31/32 -enero/agosto, 1978-, p. 19.
- . Cfr. Lorenzetti, *ob. cit.*, p. 399
- . Cappelletti, *ob. cit.*, p. 29.
- . Colaço Antunes, *ob. cit.*, p. 65
- . Cappelletti, *ob. cit.*, p. 37
- . Almagro Nosete, *Constitución y Proceso*, *ob. cit.*, p. 195
- . También lo hacen muchos ordenamientos constitucionales, y específicamente, el art. 24.1 de la Constitución española.
- . Víctor Fair, Guill, Ensayo sobre procesos complejos. *La complejidad de los litigios*, ed Tecnos, Madrid, 1991, p. 244.
- . Ver par g. 69 con sus subtítulos. Cfr. Bujosa Vadell, *ob. cit.*, p. 155
- . Podríamos ejemplificar muchas de esas situaciones, bastando observar que cuando se permite que un comunero actúe solitario, si lo hace en beneficio de la comunidad, y la sentencia le es

favorable, beneficia con sus actos a todos; sin afectarlos en caso contrario. La comunidad no supone una personalidad distinta de la de los comuneros.

. Almagro, Derecho Procesal Civil, (con Tom, Paule), ob. cit., p. 278

. Vigoriti, ob. cit., p. 66

. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 161

. Sentencia del 29 de noviembre de 1982, citado por Bujosa Vadell, ob. cit., p. 165.

. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 174

. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 175

. Sentencia del 5 de abril de 1989, en Rep. de Jurisprudencia Aranzadi, 1989 nº2814

. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 185

. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 186 nota 214

Bujosa Vadell, ob. cit., p. 197.

. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 222

. Así lo dijo a mitad de siglo Piero Calamandrei, cuando se refería a los casos en que los que están legitimados para solicitar en juicio la transformación de una cierta relación o estado pertenecen todos a una cierta categoría, cada uno de los cuales puede, por sí sólo, deducir en juicio aquella relación e estado, y obtener de ella la transformación con efectos que se extiendan también a los demás legitimados no presentes en la causa (Cfr. Bujosa Vadell, ob. cit., p. 266).

. Gozáni, La Justicia Constitucional, ob. cit., p. 311

. Sostiene Cappelletti que, no obstante los esfuerzos de la Constitución italiana que pretend romper con una tradición multiseccular, el Ministerio público está siempre muy ligado al Ejecutivo y no es institucionalmente idóneo para erigirse en defensor de intereses, constitucionales o de otra naturaleza, que a menudo necesitan de protección contra los abusos perpetrados precisamente por órganos políticos y administrativos. Esto es tan cierto que, cuando en el siglo pasado el Estado de Derecho quiso introducir un sistema de control judicial de los actos de la administración pública - un hecho de enorme importancia para la civilización jurídica, de la cual Francia ha sido la gran pionera- la iniciativa para tal control fue confiada a los sujetos privados, no al ministerio público....Además, este organismo es una institución jerárquica y de carrera. Ello significa, en palabras pobres, que en esa institución se llega a los puestos de mando cuando se es anciano, después de haber vivido por muchos años en cierto sentido aislado, una "categoría social" en sí misma (ob. cit., ps. 15/16).

. "Las *relators actions* son un ejemplo de la combinación de iniciativa privada y control público, característica de algunos países de Common law (excepto en Escocia)...normalmente el órgano equivalente al Ministerio Público -en general, el Attorney General- hace valer un interés general o trata de impedir una actividad contraria a tal interés; los individuos particulares, en principio, no pueden actuar en su protección, pero pueden excitar a este órgano público para que actúe; si no lo hace, de forma subsidiaria, el propio particular puede ejercitar su pretensión en nombre y con el consentimiento (*fiat*) del Attorney General. Por consiguiente, tal acción se ejercita [on the relation] con el particular que se ha dirigido a él. Esta posibilidad se desarrolló en aquellos casos que debían ser resueltos según la equidad (*equity*), y durante largo tiempo estuvo restringida a casos de daños

públicos (public nuisance). En la actualidad se aplica para reprimir conductas ilegales en una amplia gama de situaciones de gran importancia: no se utilizan para defender intereses de los consumidores, sino principalmente para revisar la legalidad de la actividad de los poderes locales; para asegurar la reparación en casos de infracción de un public right (por ejemplo, public nuisance); asegurar la protección del medio ambiente (en particular contra proyectos urbanísticos), y para asegurar una administración apropiada de legados públicos y destinados a la beneficencia" (Bujosa Vadell, ob. cit., p. 247). Cfr. Saix, ob. cit., p. 122.

. Cfr. Barrios de Angelis, ob. cit., p. 135. Adolfo Gelsi Bidart, El Derecho Procesal y la protección al consumidor, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal nro. 1, 1978, ps. 11/25. Barbosa Moreira, ob. cit., p. 71. Lily R. Flah - Miriam Smayevsky, Legitimación de los titulares de intereses difusos, en la obra conjunta de homenaje a Isidoro H. Goldenberg, La responsabilidad, cit., p. 401.

. Barbosa Moreira, ob. cit., p. 71

. Almagro Nosete, Constitución y Proceso, cit., p. 277

. Antes de la reforma constitucional de 1994, la justicia había reconocido a diferente "ombudsman" locales (del derecho público provincial, y para la Capital Federal) legitimación para actuar en la defensa de los derechos difusos (Cfr. "Cartañ , Antonio E.H. c/ Municipalidad de la Capital Federal, CNCiv., Sala K, febrero 28/991, Rev. El Derecho 142 p. 666 con nota de Germ n J. Bidart Campos, La legitimación del Ombudsman municipal y los intereses difusos). Allí se sostuvo que, en el campo de los intereses difusos, es evidente que no es sólo la cosa pública la que aparece directamente dañada, sino que es el conjunto de los habitantes de una manera personal y directa la víctima respecto de la cual el derecho objetivo tiene necesariamente que acordar un esquema de protección, dando legitimación para obrar al grupo o individuo que alegue su representación, sin necesidad de norma específica al respecto. Siendo que en nuestro medio, finalmente, existe un funcionario que se encuentra a disposición de los vecinos para protegerlos frente a la mala actuación de la administración municipal o sus agentes, resulta pertinente reconocer al "ombudsman" legitimación activa...Consecuentemente, cabe concluir que el Ombudsman municipal se encuentra legitimado procesalmente para impetrar judicialmente la defensa de intereses y derechos que son comunes a la población confiada a su control, frente a lesiones que pueden dañar a parte de esa población o a toda.

. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, dijo en los autos "Fría Molina, N,lida N. c/ Instituto Nacional de Previsión Social", (marzo 21/995) que:"De conformidad con lo dispuesto por los arts. 86 de la Constitución Nacional y 14, 16 y 21 inciso b) de la Ley 24.284 modificada por la Ley 24.379, el Defensor del Pueblo carece de competencia para formular exhortaciones al tribunal sobre las causas en tr mite". Fallo que mereció la crítica severa de Quiroga Lavi, al sostener que el tribunal no podía pronunciarse en forma dogm tica y por vía de principio, en razón de que las mismas normas mencionadas le otorgan al Defensor legitimación procesal activa para promover amparo en tutela de los derechos de incidencia colectiva. Lo cual, sumado al dispositivo constitucional del art. 86 (legitimación amplia) permitiría al funcionario actuar como lo hizo (Humberto Quiroga Levi., El Defensor del Pueblo ante los estrados de la justicia, Rev. La Ley, 14/8/95).

. Gozáni, ob. cit., p. 302

. Augusto Mario Morell -Carlos Vallefín, R,gimen procesal del amparo, jed. Platense, La Plata, 1994, p. 211.

- . Gozaíni, El Derecho de Amparo, cit., ps. 76 y ss
- . Vicente Gimeno Sendra, Constitución y Proceso, ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 231.
- . Rodolfo Carlos Barra, La acción de amparo en la Constitución reformada: La legitimación para accionar, Rev. La Ley, 1994-E, ps. 1087 y ss.
- . "A menos que el actor pueda mostrar alguna manera en la cual él ha sido dañado más que el resto de nosotros (por ejemplo, que él es un trabajador en una industria donde la agencia competente ha erróneamente cancelado requerimientos legales de seguridad) él no ha establecido ninguna base para considerar que la mayoría está suprimiendo o ignorando los derechos de la minoría que quiere protección, y por lo tanto no ha establecido el pre-requisito para la intervención judicial" (Scalia, The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers, 17 Suffolk U.L. Rev. 881, 1983, Cfr. Rodolfo Carlos Barra, Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial, Rev. El Derecho, 146-829).
- . Barra, La acción de amparo en la Constitución reformada..., ob. cit., p. 1089
- . Es muy interesante la opinión que expone Gustavo Juan De Santis cuando señala que el concepto de daño en las situaciones de tutela diferenciada no puede asentarse en la relación tradicional, sino, por el contrario, habrá que rastrearlo por las disfunciones ambientales socialmente relevantes, de forma que sea cualquiera de los miembros de la sociedad afectada los que dispongan de las acciones tutelares del bien común. Todo ello, agrega, conduce a la siguiente conclusión: "la legitimación ha de ser reputada con amplitud, debiendo entenderse por afectado a cualquier persona que invoque una disfunción relevante socialmente. De lo contrario, no resultaría comprensible esa denominación para individualizar al legitimado, que, de otro modo, caería en el concepto del primer párrafo del artículo. Esto es, si el afectado es el titular de un derecho subjetivo, como lo pretende la tesis restringida que fuera aludida, no tendría sentido alguno su reiteración en esta segunda parte del precepto" (La protección constitucional del ambiente. La legitimación del artículo 43 de la Constitución Nacional después de la reforma, en Rev. La Ley, diario del 23 de agosto de 1995).
- . Augusto Mario Morello, El amparo después de la reforma constitucional, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 7, 1994, p. 243.
- . Cfr. Augusto Mario Morell -Gabriel Stiglitz, Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, ed. Platense, La Plata, 1986, p. 156.
- . Cfr. Miguel S. Marienhoff, Delfines o toninas y acción popular, Rev. El Derecho, 105-244; Guillermo J. Cano, Un hito en la historia del derecho ambiental argentino, Rev. La Ley, 1983-D, 568.
- . Gozaíni, El Derecho de Amparo. cit., p.39
- . Constituciones de Salta y San Juan. Ley 10.000 de Santa F.,. Cfr. Augusto Mario Morell - Gabriel A. Stiglitz, Las nuevas Constituciones de San Juan y Salta y los intereses difusos, en Rev. Jurisprudencia Argentina, 1986-III, 907.
- . Una síntesis de los amparos incoados por el Dr. Alberto Kattan las reproduce Eduardo A Pigretti, La acción de los ciudadanos y de las asociaciones de protección del ambiente, en Rev. La Ley, 1987-A, ps. 1053 y ss.

. Ignacio Ara Pinilla, Las transformaciones de los derechos humanos, ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 135.

. Roberto Pelloux, Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification, en Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 1981-1 ps. 67/68. Vide, Ara Pinilla, ob. cit., p. 135.

. Es la advertencia que acertadamente indica Lino E. Palacio, al so tener que la amplitud que se otorga al amparo puede conducir, mutatis mutandi, a su misma inutilidad al encontrarse sobredimensionada la vía, superando el rol exclusivo y relevante para el que fue creado: ser remedio eficaz de los derechos y garantías constitucionales (La pretensión de amparo en la Reforma Constitucional de 1994, en Rev. La Ley, diario del 7 de setiembre de 1995).

. Osvaldo Alfredo Gozaíni, Derecho Procesal Civil (Teoría general del derecho procesal), tomo I, volumen 1 (Jurisdicción, acción y proceso), ed. Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 408.

. Augusto Mario Morello - Roberto Omar Berizonce - Juan Carlos Hitters, La Justicia entre dos pocas, ed. Platense, La Plata, 1983, p. 233.

. Equity significa un sistema de normas y principios establecidos en Inglaterra como una alternativa normativa a las severas normas del common law. Encontraban su fundamento en lo requerido por la justicia (fairness) en una situación particular. La protección suministrada por equity era administrada por los tribunales de equidad (courts of equity) y no por los tribunales de common law. El más conocido y famoso de los tribunales de equity en el derecho inglés es el llamado "Court of chancery". El derecho de equidad fue habitualmente considerado en los Estados Unidos y en Inglaterra como un sistema normativo paralelo y en alguna medida independiente del common law, cuya principal función consistía en suministrar remedios que los tribunales de derecho (courts of law) no podían acordar por razones de competencia. Ver: Julio Cueto Rúa, La acción por clase de personas (class actions), en Rev. La Ley, 1988-C, p. 952.

. Zeckariah Chafee, Some problems of equity: five lectures delivered at the University of Michigan, ed. University of Michigan Law School, Ann Arbor, 1950, p. g. 225. Cfr. Julio Cueto Rúa, La acción por clase de personas (class actions), cit., p.954. Cfr. Gozaíni, La Justicia Constitucional, cit., ps. 307 y ss.

. Extractado del artículo de Julio Cueto Rúa, cit., p.95

. Lily R. Fla - Miriam Smayevsky, La regulación procesal en el derecho ambiental americano (acción popular y acción de clase), en Rev. La Ley, 1993-E, p. 940.

. Eduardo A. Zannoni, La reforma constitucional y la protección de los intereses difusos, e Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 7, 1994, p. g.110.

. Miguel S. Marienhoff, La acción popular, Rev. La Ley, 199 -D, 682

. Gozaíni, El derecho de amparo, cit., p. 138

. Así los llama Colaço Antunes, ob. cit., p. 8

. Teoría dell'agire comunicativo, Bologna, 1986, p. 1072

. Colaço Antunes, ob. cit., p. 83.

. Osvaldo Alfredo Gozaíni, Introducción al nuevo derecho procesal, ed. Ediar, Buenos Aires 1988, ps. 204 y ss.; también, Derecho Procesal Civil (Teoría General del Derecho Procesal) Tomo I, Volumen 1 (Jurisdicción, acción y proceso), cit., p. 402.

. Adolfo Armando Rivas, El amparo y la nueva Constitución, Rev. La Ley, 199 -E, ps. 1330 y ss.

. Barra, La acción de amparo en la Constitución reformada, ob. cit., p. 1089

. Almagro, Constitución y Proceso, ob. cit., p. 271

. Gozaín , El Derecho de Amparo, cit., p. 142.

. No obstante, Cassagne sostiene que la defensa prevista a través del amparo, tratándose de daños ambientales, no es precisamente la tutela de los derechos colectivos, sino de los derechos subjetivos de la persona o de los llamados intereses legítimos, que entrañan siempre un grado de afectación personal y directa (Juan Carlos Cassagne, Sobre la protección ambiental, Rev. La Ley, del 4/12/95)

. Mauro Cappelletti, Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo, d. Porrúa, México, 1993, p. 98.

. Por el caso, CNFed. C.A., sala III, setiembre 8/1994, in re Schroeder, Juan C. c/ Estado Nacional, donde se dijo que de conformidad con los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional, posee legitimación activa quien, en su condición de vecino de una localidad, promueve acción de amparo para que se decrete la nulidad de un acto administrativo perjudicial al conjunto social. En Rev. La Ley, 1994-E, p. 449.

. Ver nota 370

. Cappelletti, ob. cit., p. 118

. Ada Pellegrini Grinover - Kazuo Watanabe, Da defesa do consumidor em juízo, en Código Brasileiro de defesa do consumidor, 3a. ed., Forense, San Pablo, 1993, p. 507.

. Lorenzetti, Defensa del Consumidor, cit., p. 399

. Nestor Pedro Sáenz, Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional, Rev. La Ley, 1994-D, p. 1153.

. Barra, La acción de amparo en la Constitución reformada, ob. cit., p. 1088

. Uno de los riesgos que se acostumbra a señalar en la solución de la legitimación concurrente disyuntiva, es la colusión entre algunos de los colegitimados y la autoridad responsable por el acto irregular; no es inconcebible que se descubra un ciudadano dispuesto a tomar la iniciativa en la promoción del proceso, sin la intención sincera de conseguir resultados favorables sino, por el contrario, únicamente para provocar mediante demanda mal instruída, o a través de la conducción negligente del proceso, un pronunciamiento judicial que declare legítimo -acordando un auténtico bill of indemnity- a un acto que en realidad contiene el vicio...(Cfr. Barbosa Moreira, ob. cit., p. 66).

. Rodolfo E. Pizarro - Gerardo Trejos, Derecho internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana, ed. Juriscentro, San José, Costa Rica, 1989, p. 252.

. Cfr. Pedro Nikken, La protección internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo, ed. Cívitas. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1987, p. 245.

. Eduardo D. Oteiza, La protección procesal de los Derechos Humanos, Rev. La Ley 198 -E, ps.

. Juan Carlos Hitters, Algo más sobre el proceso transnacional, Rev. El Derecho del 4/5/95. Cfr. Caso de Becker, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (marzo 27/962), y Caso Klass del mismo tribunal (setiembre 6/979)

. Sostiene Nikken que "esta circunstancia ha conducido a un régimen de cierta complejidad en el que se superponen un sistema más exigente, fundado sobre la Convención, y otro cuyas bases son únicamente la Declaración, la Carta y el Estatuto de la Comisión. Dicha superposición está destinada a desaparecer el día en que todos los miembros de la OEA participen en el Pacto de San José. Ese mecanismo de transición hacia un régimen de protección más vigoroso, así como la práctica de la Comisión, constituyen en sí mismo expresiones de progresividad del sistema en su conjunto" (ob. cit., p. 157).

. Nikken, ob. cit., p. 159

. Enrique V. Scovi, Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica, ed. Depalma, Bs. As., 1988, p. 537. Cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, El proceso transnacional. Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ed. Ediar, Bs. As., 1992, p. 48.

. Piza - Trejos, ob. cit., p. 256.

. Nikken, ob. cit., p. 245

. Juan Carlos Hitters, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tomo II, ed. Ediar, Bs. As., 1993, p. 338.

. El consentimiento de la víctima no es un requisito de la acción en las denuncias ante la C.I.D.H. Así, por ejemplo, al solicitar la reconsideración de una decisión, el gobierno de la R.O. del Uruguay señaló que la víctima "nunca prestó su consentimiento para que el caso fuera denunciado a la Comisión". La C.I.D.H. no hizo lugar al pedido y expresó que "quien denuncia un hecho violatorio de los derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no requiere autorización de la víctima" (Cfr. Mónica Pinto, La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ed. Editores del Puerto, Bs. As., 1993, p. 35).

. "Para que un particular pueda presentar un recurso poco importa la nacionalidad del demandante puesto que, de conformidad con el art. 1º los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción, sin distinción alguna basada en el origen nacional. Los ciudadanos de estados no contratantes, al igual que los apátridas, gozan de las mismas garantías para sus derechos, si están sometidos a la jurisdicción de un Estado Parte. Poco importa, también, la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas, el origen nacional o social, de situación económica o cualquier otra condición social" (Piza - Trejos, ob. cit., p. 260).

. Francisco Fernández Segado, La dogmática de los Derechos Humanos, ed. Ediciones Jurídicas Lima, 1994, ps. 89/90.

. Hitters, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tomo II, cit., p. 337

. Es cierto, también, que para un mejor pragmatismo la Comisión Interamericana acepta como "grupo de personas" a las organizaciones no gubernamentales cuyo reconocimiento no sea fácilmente verificable" (Cfr. Edmundo Vargas Carreño, Algunos problemas que presentan la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos, en La Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA, Washington, 1980, p. 159).

. "El sistema de protección de los derechos humanos en este hemisferio se limita a la protección de las personas naturales y no incluye a las personas jurídicas" (Informe nº 10/91, caso nº 10.169; Informe anual de la C.I.D.H. 1990-1991 <<O.E.A./Ser.L/V/II, 79 rev.1 doc. 12, p. 454); Cfr. Pinto, ob. cit., p. 37.

. Ob. cit., p. 247

. Hitters, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tomo II, cit., p. 339. Pinto, ob. cit., p. 38

. Andrés Aguilar, Derechos Humanos en las Américas, OEA, 1984, p. 202.

. Ob. cit., p. 247 nota 33

. Niceto Alcalá Zamora y Castillo, La protección procesal internacional de los derechos humanos, ed. Cívitas, Madrid, 1975, p. 108.

. "En este supuesto -agrega el maestro Fix-, es decir, como parte demandante, la Comisión actúa en una posición similar, pero no idéntica, al Ministerio Público, como acusadora en contra del Estado o Estados demandados que hubiesen aceptado la competencia de la Corte y que se estiman, por la Comisión, como infractores de los derechos de los promovientes o denunciantes. Decimos que como parte acusadora, la actividad de la Comisión no es totalmente equiparable al Ministerio Público, si se toma en cuenta que el procedimiento contencioso ante la Corte no asume carácter de proceso penal, en virtud de que no tiene por objeto determinar la imputación criminal, si existe, de las personas que realizaron los hechos que se consideraron violatorios, sino establecer la responsabilidad patrimonial del Estado en el cual se cometieron los actos que infringieron la Convención Americana" (Hector Fix Zamudio, Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos, ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993, ps. 473/4.

. Cfr. Enrico Tullio Liebman, Manual de Derecho Procesal Civil, 2ª ed. Ejea, Bs. As., 1980, p. 109.

. Gozaíni, El proceso transnacional..., cit., p.47

. Vascovi, Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica, cit., p. 537

. Ver Considerando 40 del caso Velásquez Rodríguez. Cfr. Gozaíni, El proceso transnacional, cit., ps. 49 y 167.

. Gozaíni, El proceso transnacional, cit., p. 49

. Vargas Carreño, Algunos problemas que presentan la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos, cit., p. 144.

. En sentido contrario se apunta que la Comisión jamás se hace parte en el proceso. Normalmente coadyuva con el Tribunal nombrando tres delegados, cuyo deber principal consiste en vigilar la correcta interpretación del informe de la Comisión. También es opinión de Starace que la Comisión es encargada, según los términos del art. 19 de la CEDH, el asegurar el respeto de las obligaciones que asumen los estados contratantes, "no puede ser calificada de parte en el proceso ante la Corte Europea, criterio que encuentra apoyo en la jurisprudencia de la propia Corte donde se afirma que <<una vez que la Corte entra a conocer un asunto, la Comisión deviene principalmente una ayudante de la Corte y está asociada al funcionamiento de ésta>>" (Vicenzio Starace, La jurisdiction obligatoire de la Cour Européenne des droits de l'homme, ed. Levante, Bari, 1974, ps. 225 y ss. Cita de Piza-Trejos, ob. cit., p. 264).

. Es la posición dispuesta por Tomás Buerghental, La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos, ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1986, p. 169.

. Juan Carlos Hitters, La Corte Interamericana y la condena al gobierno de Honduras (aspectos procesales), en Rev. El Derecho 129 p. 907. Cfr. del mismo autor, Algo más sobre el proceso transnacional, cit., p. 6.

. Lawless Case, cit. Nikken, p. 222, quien agrega que de acuerdo con el art. 29.1 del reglamento de la Corte (1959)... "la Comisión solicitó asistencia de los asesores del denunciante individual en el mismo caso Lawless, iniciativa esta que fue objetada por el gobierno irlandés como contraria a la imparcialidad que está llamada a guardar la Comisión. La Comisión, a su vez, fundamentaba su posición en nombre de la misma imparcialidad. La Corte decidió que: "...La Comisión es enteramente libre para decidir los medios que desee para establecer contacto con el denunciante y para ofrecer a éste la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista a la Comisión... en particular es libre para pedir al denunciante que designe a una persona que esté a disposición de los delegados de la Comisión" (p. 222).

. Marc Andre Eissen, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ed. Cívitas, Madrid, 1985, p. 37.

. Cfr. Hitters, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tomo I, cit., p. 323

En realidad el art. 50 del Convenio Europeo refiere a la "parte lesionada", que como intervención directa sólo va a admitirse a través de la evolución progresiva de los reglamentos de la Comisión y de la Corte.

. "El gobierno de Bélgica objetó esta deteminación de la Comisión, como contraria, en la práctica, a las disposiciones de la Convención, que no permite a los individuos interponer demandas ante el Tribunal. La Corte no acogió la objeción planteada pues consideró que "...el art. 29.1 no limita la libertad de los delegados en la elección de la persona encargada de asistirlos; (y) que, por tanto, no impide el hacerse asistir de un abogado o de un antiguo abogado de un recurrente individual" (Cfr. Nikken, ob. cit., p. 223).

. Nikken, ob. cit., p. 225

. Bidart Campos, Tratado elemental..., tomo III, cit., p. 159. Cfr. Gozáni, El proceso transnacional..., cit., p. 63.

. Bidart Campos, Tratado elemental..., tomo III, cit., p. 162. Cfr. Gozáni, El proceso transnacional..., cit., p. 64.

\*. Agradecemos la valiosa colaboración del Dr. Jorge Mario Galdos, quien nos aportó numeroso material sobre el tema, y al que puntualmente hemos seguido en reiterados pasajes del capítulo. Debemos remitir al lector, particularmente, a las siguientes publicaciones del referido autor: El Derecho de daños en la Suprema Corte de Buenos Aires (la legitimación), en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, nº 53, ps. 53/77; Otra vez sobre la legitimación por daños, en Revista Jurídica Delta nº 12, ps. 53/76; El riesgo creado y los legitimados pasivos en la Suprema Corte de Buenos Aires, Revista "Estudios de Derecho Comercial", nº 11 ps. 123/145, entre los más importantes.

446. Galdós, Otra vez sobre la legitimación..., cit., p. 58.

447. Galdós, El derecho de daños en la Suprema..., cit., p. 56.
448. Galdós, El derecho de daños en la Suprema..., cit., p. 58.
449. "El art. 1079, CC concede la indemnización a toda persona que ha sufrido un perjuicio como consecuencia de un acto ilícito, pero ese perjuicio sólo es cierto y por ende daño jurídico, cuando han sido afectados los derechos, provenientes de la ley o un contrato, o cuando el acto ilícito ha impedido la adquisición inmediata de un derecho" (Galdós, El derecho de daños en la Suprema..., cit., p. 58).
450. Galdós, El derecho de daños en la Suprema..., cit., p. 59.
451. CNCiv., en pleno, abril 4/995, en Rev. La Ley del 2/8/95.
452. Matilde Zabala de González, Resarcimiento de daños. Daños a la persona, tomo 2 A, ed. Hammurabi, Bs. As., 1990, ps. 413/419.
453. CNCiv., en pleno, abril 4/995, en Rev. La Ley del 2/8/95.
454. CNCiv., en pleno, abril 4/995, en Rev. La Ley del 2/8/95.
455. SC Buenos Aires, Acuerdo 36201, del 7 de abril de 1987 in re: Ibarra, Demetrio c/ Ovejeto, Miguel I. s/ daños y perjuicios, en Acuerdos y Sentencias, 1987-I, ps. 505 y ss. Cfr. Acuerdo 33855 del 26 de febrero de 1985, in re: Sly, Guillermo c/ Cuenca, Claudio s/ daños y perjuicios, en Acuerdos y Sentencias, 1985-I, ps. 160 y ss.
456. SC Buenos Aires, Acuerdo 39750, in re: Lavalle, Graciela N. c/ Syfa S.A. s/ daños y perjuicios s/ daños y perjuicios; cfr. Galdós, El derecho de daños en la Suprema..., cit., p. 61.
457. SC Buenos Aires, Acuerdo 35248 del 14 de mayo de 1991, in re: Barce de Carretoni, Zunilda c/ Maciel, Darío A. s/ daños y perjuicios, Cfr. Galdós, El derecho de daños en la Suprema..., cit., p. 63.
458. Cfr. Galdós, El derecho de daños en la Suprema..., cit., p. 63.
459. Cfr. Galdós, El derecho de daños en la Suprema..., cit., p. 64.
460. SC Buenos Aires, Acuerdo 36983 del 13 de setiembre de 1988, in re Lojo Vilela Vda. de Bab n, Josefa c/ Caride, Rub,n Julio s/ daños y perjuicios; Cfr. Galdós, El derecho de daños en la Suprema..., cit., p. 64
461. Resulta interesante recordar la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su pronunciamiento sobre la reparación debida por la privación a alguien de su vida. Se distingue entre los sucesores y los reclamantes o dependientes de la víctima, sosteniendo que "respecto a los primeros se otorgar la indemnización solicitada porqu, existe una presunción de que la muerte de las víctimas ha causado un perjuicio natural y moral, quedando a cargo de la otra parte la prueba en contrario; en cambio, respecto de los reclamantes o dependientes, la reparación proceder sólo si se ha aprobado que la víctima efectuaba real y regularmente prestaciones al reclamante..."(Cfr. in extenso, Juan Antonio Costantino - Ramiro Rosales Cuello, La justicia transnacional. La Corte Interamericana. El juego de ocho coincidencias procesales (An lisis procesal comparativo del caso Aloeboetoe), Rev. El Derecho, 159 p. 652.
462. Cfr. Galdós, El derecho de daños en la Suprema..., cit., p. 66.
463. Cfr. Galdós, El derecho de daños en la Suprema..., cit., p. 66 y jurisprudencia allí citada.

464. La reparación del daño moral tiene carácter resarcitorio y no represivo. Conclusiones de las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984). Cfr. Roberto A. Vázquez Ferreyra, La legitimación activa para reclamar indemnización por daño moral, en Revista Jurídica Delta, n.º. 9/10 ps. 72 y ss.

465. Tal como dice Fernández Sessarego, "...la tendencia más relevante del pensamiento científico jurídico de la hora actual es aquella que, al adherir a la corriente personalista, considera a la persona como el bien o valor supremo del derecho y reconoce su rol central de protagonista del quehacer jurídico. Esta nueva perspectiva deja atrás una visión eminentemente patrimonialista e individualista del derecho, la misma que subyace tanto en la doctrina como en la codificación generada a partir de la promulgación del Código Civil Francés" (Carlos Fernández Sessarego, Derecho y persona, ed. Inesla, Lima, 1990, p. 70).

466. Cfr. voto del Dr. Bueres en CNCiv., en pleno, abril 4/995, en Rev. La Ley del 2/8/95.

467. Vázquez Ferreyra, ob. cit., p. 78.

468. CS, diciembre 9/993, in re Gómez Oru, de Gaete y otros c/ Provincia de Buenos Aires, cit. Vázquez Ferreyra, p. 82. Cfr. Galdós, Otra vez sobre la legitimación por daños, cit., p. 68.

469. CNCiv., en pleno, febrero 28/994, in re Valdeverde de Tamagnini, Gladys c/ Armando J. Ríos S.A.

470. Zavala de González ha señalado que "la solución normativa actual no es de equidad, y ni siquiera deriva de un problema conceptual atinente a la naturaleza del daño moral, sino que reposa en exclusivas consideraciones de política legislativa, fundadas en un imperativo práctico no coincidente en todos los casos con el de hacer justicia...No obstante la irrazonabilidad de la solución legal, su sentido es inequívoco y no puede ser revertido esgrimiendo lo dispuesto por el art. 1079 del Cód. Civil, ya que el art. 1078 CC, es el precepto específico que rige ahora para la legitimación del daño moral" (ob. cit., ps. 553/554).

471. CNCiv., Sala C, octubre 28/986, cit. Vázquez Ferreyra, p. 83.

472. CS, marzo 22/990, Kasdorf S.A. c/ Pcia. de Jujuy y otro, Rev. La Ley 1991-A, p. 52.

473. Joaquín Garrigues, Curso de derecho mercantil, ed. Porrúa, México, 1977, p. 206.

474. Galdós, El riesgo creado y los legitimados pasivos en la Suprema Corte de Buenos Aires, cit., p. 125.

475. Galdós, El riesgo creado y los legitimados pasivos en la Suprema Corte de Buenos Aires, cit., p. 127.

476. Roberto Vázquez Ferreyra, Responsabilidad por la muerte de un jockey en una competencia hípica, en Jurisprudencia Argentina, del 16/3/84, p. 38; cfr. Galdós, El riesgo creado y los legitimados pasivos en la Suprema Corte de Buenos Aires, cit., p. 127.

477. Galdós, El derecho de daños en la Suprema..., cit., p. 73.

478. Concluye Galdós, después de enumerar varios pronunciamientos de la SC de la pcia. de Buenos Aires, que existe una marcada evolución en la doctrina legal del cuerpo, ya sea abandonando criterios restrictivos (como en el caso de la legitimación por daños al automotor o de las presunciones derivadas de la muerte del damnificado), cambiando incluso su propia opinión y flexibilizando la interpretación de los supuestos configurativos de daño resarcible (como en lo atinente a la habilitación de la concubina) o manteniendo las posturas anteriores amplias (tal en el

caso de las presunciones de dolor moral). Incluso, se procura la protección del dañado al aumentar el catálogo de legitimarios activos (como en los casos del propietario registral del automotor, de la concurrencia de la responsabilidad del dueño y del guardián y de la restricción para entender configurada la transferencia de la guarda de un automóvil) auspiciando una tesis jurídica que pone a cargo del deudor, por ejemplo, las consecuencias de quienes actuaron en su nombre y en cumplimiento de una obligación. Esta forma de valorar y entender, jurídica y axiológicamente, algunas facetas del derecho de daños, tienden, en definitiva, a ampliar el status de quienes pretenden el resarcimiento del perjuicio patrimonial o moral y a garantizar la efectividad de su reparación. Lo cual no es poco computando la resonancia provincial de estas pautas directrices, a mérito de la casación de hecho que deriva de la jurisprudencia de la Corte local y, porque además ello implica, según lo creemos, acercarse a la consagración pretoriana del principio <<in dubio pro victima>> o <<favor debilitis>>. Es decir, en suma, en los supuestos dudosos ha de propiciarse una interpretación -de los hechos y del derecho- que privilegia a la víctima y al resarcimiento del daño causado injustamente (Galdós, El derecho de daños en la Suprema..., cit., p. 77).

479. Luis P. Leiva Fernández, Legitimados para solicitar la inhabilitación (La autodenuncia. Art. 152 bis del Código Civil), en Rev. La Ley del 3/8/93 y doctrina allí mencionada.

480. Ley 23.849 (B.O. 22/10/90).

481. María Silvia Morello de Ramírez - Augusto Mario Morello, El abogado del niño, en Rev. La Ley del 6/10/95.

482. Ib. passim.