

Nuevos horizontes en torno a la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación a la luz de un importante fallo de la Cámara Contenciosoadministrativa

Por Lucas A. Piaggio

I. INTRODUCCIÓN

En fecha reciente tuve la oportunidad de analizar algunos de los problemas que plantea el reconocimiento de la legitimación colectiva en nuestro régimen jurídico. En particular, al comentar un fallo dictado por la justicia federal de Lomas de Zamora, creí allí oportuno formular ciertas advertencias acerca de los inconvenientes que puede acarrear el reconocimiento de la legitimación procesal de las asociaciones de usuarios y consumidores (Arts. 42 y 43 de la Const. Nac.) para procurar la tutela procesal de los denominados “derechos de los usuarios”, fundamentalmente en aquellos casos en que tales derechos o intereses potencialmente se contraponen entre sí¹.

El objeto del presente trabajo es analizar brevemente esta misma problemática de la legitimación colectiva, concentrándome ahora en el otro legitimado especial creado por el constituyente de 1994: el Defensor del Pueblo de la Nación (Arts. 43 y 86). Y lo haré principalmente a la luz de la trascendente sentencia dictada con fecha 13 de septiembre de 2002 por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en los autos "Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN-PEN Decreto N° 1.570/01 y 1.606/01 s/ amparo Ley N° 16.986" (expte. N° 29.225/2001) y "Defensor del Pueblo de la Nación - inc. Decreto N° 1.316/2002 c/ EN-PEN Decretos N° 1.570/01 y 1.606/01 s/ amparo Ley N° 16.986" (expte. N° 147.369/2002)².

Por varias razones resulta interesante la sentencia precitada. Importa este fallo, en primer lugar, porque confirma una sentencia de primera instancia que había declarado la ilegitimidad de la indisponibilidad, reprogramación y pesificación de los depósitos bancarios dispuestas en el artículo 2° inc. a) del Decreto N° 1.570/01, la Resolución N° 6/02 del Ministerio de Economía con la modificación de la Resolución N° 46/02 y su anexo y el artículo 2° del Decreto N° 214/02, y la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto N° 1.316/02 Pero fundamentalmente debe prestarse atención a este pronunciamiento por el reconocimiento de la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación que en él se hace y por los efectos *erga omnes* que se derivan de esta circunstancia.

II. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

¹ “Usuarios en pugna: problemas que plantea la legitimación colectiva de las asociaciones”. Comentario al fallo del Juzgado Federal de Lomas de Zamora, Expediente N° 12081 S/C, del 29/08/02, publicado en *RAP* 288:139.

² *RAP* 287:211. Destaco que el fallo ya ha merecido un interesante comentario de Sergio NAPOLI (“Primeras reflexiones acerca de un fallo innovador en materia de legitimación del Defensor del Pueblo”, *RAP* 288:142).

³ El fallo de primera instancia había sido dictado con fecha 8 de julio de 2002 por el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 9, y aparece publicado en *RAP* 286:218, con comentario laudatorio de Eduardo MERTEHIKIAN (“La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación Argentina y una sentencia de alcance general contra el corralito bancario”).

Hasta el dictado del fallo de la Sala V de la Cámara Contenciosoadministrativa, el Defensor del Pueblo de la Nación había encontrado no pocas trabas al reconocimiento de su legitimación procesal en varios casos resonantes, particularmente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En un caso en el que se había planteado la inconstitucionalidad de un decreto del Poder Ejecutivo que gravaba con la alícuota general (21%) del Impuesto al Valor Agregado a los servicios de medicina prepaga, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que no resultaba atendible la invocación por parte del Defensor del Pueblo de “los derechos de incidencia colectiva” y la defensa de los usuarios, cuando *“las personas y empresas que se han considerado afectadas en sus derechos subjetivos por la norma cuya validez se cuestiona, han tenido oportunidad de acudir al Poder Judicial en procura de su adecuada tutela”*⁴. Este criterio había sido asimismo utilizado algunos años atrás por el tribunal cimero para estimar improcedente la alegación de los “derechos de incidencia colectiva” efectuada por aquel órgano estatal en un caso vinculado con pedidos de actualización de haberes previsionales realizados por algunos beneficiarios de la seguridad social⁵.

Se recuerda también el precedente en el que se cuestionaba la intervención de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dispuesta en el Decreto 702/95, sentencia en la que el Alto Tribunal consideró que *“la ley 24.284 no sólo exceptúa expresamente al Poder Judicial del área en que [el Defensor del Pueblo de la Nación] debe desempeñar sus funciones específicas (art. 16), sino que dispone la suspensión de su intervención cuando se interpusiera, por parte interesada, recurso administrativo o judicial (art. 21 inc. b)”*⁶.

Coincidió con la crítica que el Dr. Eduardo Mertehikian hace a esta interpretación de las disposiciones contenidas en los artículos 16 y 21 de la Ley N° 24.284, en cuanto a que dichas normas están queriendo decir que la suspensión a que se refieren abarca únicamente al trámite de la queja que se hubiese promovido ante el Defensor del Pueblo, mas no invalida su legitimación procesal en defensa de los *derechos de incidencia colectiva*⁷. Además, no me parece dudoso que la primera de esas

⁴ CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional - PEN dto. 1517/98 s/amparo ley 16.986”, sent. del 21/12/00 (Fallos 323:4098).

⁵ CSJN, “Frías Molina, Nélica Nieves c/INPS - Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/reajustes por movilidad”, sent. del 12/9/96 (Fallos 319:1829).

⁶ CSJN, “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Previsión de Servicios de Acción Comunitaria”, consid. 9, sent. del 7/5/98, LL, 1998-C, 601 y ss. Casualmente, este fallo se encuentra precedido de una sentencia de la Sala V de la Cámara en lo contencioso administrativo (el mismo tribunal que emitió el pronunciamiento que anotamos), que interpretó en forma restrictiva la legitimación del Defensor del Pueblo, afirmando que *“del propio tener literal de la Constitución reformada se deduce fácilmente que en modo alguno se ha venido a consagrar una suerte de acción popular que desvincule absolutamente la ilegalidad del perjuicio o que la sujeción al principio de legalidad se haya transformado en un verdadero derecho subjetivo del particular con la subsiguiente posibilidad de su articulación ante el Poder Judicial aún cuando el pretensor se hallare desvinculado de la relación jurídica material deducida en el proceso; si así fuera, se debería concluir en que, por ejemplo, la vulneración ilegal de un derecho subjetivo consentida por el interesado directo podría, sin embargo, ser impugnada por otros sujetos, lo cual hasta el momento ni siquiera ha sido sugerido.”* Y agregó que *“la legitimación procesal que indiscutiblemente confiere al Defensor del Pueblo el segundo párrafo del artículo 86 de la Constitución Nacional no es susceptible de ser infinitamente dilatada de forma tal que sustente su intervención judicial en defensa de la pura legalidad...”* (CNFedContAdmFed, Sala V, “Consumidores Libres Coop. Ltda. c/Estado Nacional”, sent. del 20/10/95, LL 1995-E, pág. 470 y ss.).

⁷ *Ob. cit.*, pág. 224.

previsiones, conforme a la cual queda exceptuado del ámbito de competencia del Defensor del Pueblo, entre otros, el Poder Judicial, ha quedado derogada por imperio del mismo texto constitucional reformado en 1994. La Carta Magna expresamente le reconoce al Defensor del Pueblo “legitimación procesal” (art. 86), existiendo una previsión específica que le confiere aptitud procesal para interponer acción de amparo cuando se encuentren afectados derechos de incidencia colectiva (art. 43).

Pues bien, por lo dicho hasta aquí, cabría concluir que el análisis de la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación se debe centrar en decidir si en los casos concretos en que ese órgano reclama su intervención nos encontramos o no frente a los denominados *derechos de incidencia colectiva*. Ocurre que si el derecho involucrado en el caso carece de tal “incidencia colectiva” y el titular o los titulares del mismo razonablemente cuentan con los medios para su propia defensa, el Defensor del Pueblo no podría sustituir a los titulares de los derechos agraviados en la tutela judicial de los mismos⁸.

III. NATURALEZA DE LOS DERECHOS AFECTADOS POR LAS NORMAS QUE IMPLEMENTARON EL *CORRALITO* FINANCIERO

Lo novedoso de la sentencia dictada la Sala V de la Cámara Contenciosoadministrativa está en reconocer, en el voto del Dr. Grecco, que a pesar de que las relaciones jurídicas alcanzadas por las medidas que dieron lugar al *corralito* bancario no involucran “derechos de incidencia colectiva” (Artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional), el Defensor del Pueblo tiene de todos modos legitimación colectiva en este caso con fundamento en lo dispuesto en el Artículo 86 de la Carta Magna. Sobre la base de considerar que tal precepto le asigna al Defensor del Pueblo de la Nación como misión la “*defensa y protección de derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración*”, de afirmar que en el caso del *corralito* hay lesión de “derechos individuales” (básicamente, el de propiedad), y siendo que el segundo párrafo de la norma aludida dispone que el Defensor del Pueblo “*tiene legitimación procesal*”, concluye que es indiscutible su habilitación para promover este proceso.

Por su parte, el voto del Dr. Otero formula el distinguo “*entre la persona individual afectada económicamente y que reclama un derecho patrimonial concreto y la demanda instrumentada a través de un amparo colectivo interpuesto por el Defensor del Pueblo de la Nación.*” Desde esta perspectiva, admite la legitimación de éste en cuanto a “*la tacha de ilegitimidad de la normativa que plasma todo el sistema de indisponibilidad de los depósitos bancarios.*”

Al comentar el fallo de primera instancia, Mertehikian se empeñó en aclarar que el Defensor del Pueblo de la Nación no había promovido la acción de amparo en defensa del derecho real de dominio que cada depositante tiene sobre sus depósitos atrapados en los bancos (derecho subjetivo de carácter singular), sino en defensa de la garantía de la propiedad que a cada individuo en cuanto miembro de la comunidad le asegura el artículo 17 de la Constitución Nacional. Por esta razón, concluyó que la legitimación del Defensor del Pueblo para la promoción de esta acción con efectos

⁸ Conf. BARRA, Rodolfo C., ‘La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar’, LL 1995-E, pág. 1095.

erga omnes se encontraba justificada en lo prescripto por los artículos 43 y 86 de la Carta Magna y en la naturaleza “del derecho de incidencia colectiva involucrado”⁹.

Por mi parte, pienso que si bien en el plano teórico no puede objetarse la distinción que formula este autor entre el derecho que tiene cada ahorrista sobre su depósito bancario¹⁰ y la garantía de la propiedad que asiste a todos los miembros de la comunidad, lo concreto es que al dictarse una norma que conculca esta garantía constitucional lo único que subyace, de cara a un eventual planteo judicial, es el agravio al derecho subjetivo patrimonial y concreto de cada uno de los afectados individualmente. Me parece que la consideración separada y abstracta de aquella garantía reconocida en el artículo 17 de la Carta Magna, desentendiéndonos de los agravios patrimoniales concretos que puedan producirse, más que a la idea de los “derechos de incidencia colectiva” nos conduce a la noción del “interés simple”¹¹, que no suscita tutela jurisdiccional en nuestro régimen procesal¹², ni siquiera cuando sean invocados por algunos de los sujetos legitimados colectivos que consagró la Constitución Nacional. Nos encontramos, en suma, en el caso del *corralito* financiero, en el terreno de los derechos individuales, como bien dice el Dr. Grecco en su voto. Lo que de fondo subyace en este delicado tema es el reclamo patrimonial de los ahorristas contra sus respectivos bancos, para que éstos les restituyan íntegramente sus depósitos en la moneda de origen.

Por cierto que la circunstancia de que en el mentado caso existan cientos de miles de perjudicados por la indisponibilidad, reprogramación y pesificación de sus ahorros, puede llevarnos a pensar que se encuentran en juego derechos de “incidencia colectiva”. Empero, no me parece que de la suma de varios derechos subjetivos afectados, o -mejor dicho- de varias personas agraviadas en sus derechos individuales, necesariamente resulte un derecho de incidencia colectiva. La diferencia no es, desde mi óptica, cuantitativa sino cualitativa. El dato caracterizante no pasa por la concurrencia o cantidad de titulares del derecho, sino por la proyección o incidencia del agravio en cuestión¹³; y no hay tal expansión cuando se afectan derechos que se posean en situaciones particularizadas y perfectamente individualizables, como son las relaciones creditorias que unen a los ahorristas con sus respectivos bancos.

A este respecto, resulta insoslayable el hecho de que la reprogramación y pesificación de los depósitos bancarios afecta a todos aquellos saldos en cuentas bancarias en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras existentes al momento del dictado de las normas que implementaron el *corralito* financiero. Esto significa que podría determinarse sin hesitación cuál es el universo de personas alcanzadas esta situación, sin que tal agravio tenga *incidencia* o *proyección* sobre otras personas. No hay más “incididos” colectivamente, en suma, que los propios

⁹ *Ob. cit.*, pág. 223.

¹⁰ Derecho personal o creditorio, y no real, a mi juicio.

¹¹ El “interés simple” califica la situación de quien frente a un proceder contrario a derecho de la Administración Pública no puede alegar un perjuicio actual o potencial, por cuanto la norma o la conducta administrativa no se dirige contra él, ni siquiera de manera indirecta (Conf. BARRA, Rodolfo C., “La situación jurídica del administrado”, *RAP* 11, pág. 24). El interés simple es, entonces, el interés común a todos los habitantes; en la especie, sería en que se mantenga la incolumidad del derecho de propiedad que garantiza el artículo 17 de la Ley Fundamental frente a decisiones estatales que pueden afectarla.

¹² Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Sexta Edición Actualizada, t. II, pág. 107.

¹³ Conf. GUSMAN, Alfredo S., “Situaciones jurídicas subjetivas en el derecho administrativo”, E.D. 182 - 1059.

ahorristas afectados individualmente en sus derechos subjetivos por aquellas medidas.

Podría decirse que lo que une a todos los depositantes del sistema financiero que vieron acorralados, reprogramados y pesificados sus depósitos es un “problema común”. Pero como enseña Barra al caracterizar a los derechos de incidencia colectiva, “no se trata simplemente de un problema común, incluso frente a derechos (crédito, en el caso) de un mismo origen... En tales casos, cada uno de los litigantes tiene su propio crédito,... sus propias alternativas procesales.”¹⁴ En la especie, se aprecia que cada uno de los depositantes tiene su propio crédito contra el banco, su propio derecho a que le devuelvan sus ahorros en la misma moneda en que fue constituido el depósito (sujeto a lo que se resuelva judicialmente) y sus propias alternativas procesales para lograr la remoción de los obstáculos legales que se oponen a la satisfacción de tal pretensión. No existe ninguna imposibilidad legal para que cada uno de ellos sean oídos por los magistrados del poder judicial; en su caso a través de un amparo individual (Art. 43, primer párrafo de la Const. Nacional). De hecho, ello es lo que ha ocurrido con las decenas de miles de amparos iniciados por otros tantos ahorristas ante la justicia federal a propósito de este tema.

Creo que una sana interpretación del concepto “derechos de incidencia colectiva” conduce a sostener que son aquellos que se poseen no en una situación particularizada, o no sólo en una situación particularizada¹⁵. Tal situación se presenta cuando aún pudiendo existir una persona agraviada por una característica que es esencialmente (no accidentalmente) compartida por otros, ese agravio incide potencialmente y de manera mediata e indirecta en las restantes personas que participan de esa característica. En estos casos, la acción puede ser iniciada tanto por aquél (el “afectado”) como por algún representante promiscuo de todos ellos (los “incidos” colectivamente). Mas si el agravio surte efectos concretos, directos e inmediatos sobre un conjunto determinado de personas (por más numeroso que sea el grupo) sin que pueda llegar a incidir potencialmente en otros, si todos ellos –pero nada más que ellos- son afectados en sus derechos, si se los puede individualizar y pueden accionar judicialmente para hacer cesar el acto lesivo, no se necesita de un representante promiscuo de tal grupo. No hay, en tales casos, “derechos de incidencia colectiva” involucrados.

Pues bien, en el caso del *corralito bancario* no cabe discriminar entre “afectados” directos e inmediatos e “incidos” potencialmente por tal agravio. Todos los ahorristas acorralados se vieron afectados individualmente en sus derechos subjetivos; cada uno de ellos constató que sus depósitos fueron reprogramados y pesificados; por añadidura, cada uno de ellos ha podido y puede impetrar sus respectivas acciones legales contra estas medidas.

Por su propia naturaleza y características, existe otra serie de materias que incumben a la sociedad en su conjunto (vgr. medio ambiente, salud pública y los servicios públicos), y en las que los actos lesivos que se produzcan suelen tener entidad suficiente para incidir sobre determinados grupos, o bien proyectarse colectivamente hacia la comunidad toda¹⁶. Hete aquí que cuando tales actos lesivos se concretan,

¹⁴ BARRA, Rodolfo C., ‘Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia’, ED 169, pág. 436.

¹⁵ BARRA, Rodolfo C., ‘La acción de amparo en la constitución reformada...’, *cit.*, pág. 1093.

¹⁶ Es digno de destacar que varios años antes de la reforma constitucional de 1994, Carlos M. GRECCO ya advertía acerca de ‘la necesidad de obtener una tutela eficaz para aquellos intereses que debordan

agravian derechos de “incidencia colectiva”, y no estrictamente derechos subjetivos o individuales de los usuarios o ciudadanos. No parece, en cambio, que el ámbito de las relaciones creditorias sea en principio un terreno propicio para que se presenten tales situaciones, por las razones antes explicadas.

En un sentido impropio, podría sí decirse que en el caso de la reprogramación y pesificación de los depósitos bancarios se encuentra involucrado el “interés colectivo” de los ahorristas. Claro que, en rigor, estaríamos aquí frente a un *interés colectivo sectorial*, que no es más que la suma de los intereses individuales de ese grupo de personas (los depositantes bancarios) calificado por la concurrencia de un interés común a todos ellos que podría ser eventualmente encarnado por una asociación que los agrupe y represente¹⁷. Pero éste no sería el *interés colectivo* que se identifica con los “intereses generales de la sociedad”¹⁸, cuya titularidad puede ser asumida, en un proceso judicial, por el Defensor del Pueblo. Más aún, no sería descabellado suponer que aquel interés colectivo sectorial de los ahorristas bancarios *reprogramados y pesificados* en pos de obtener la redolarización de sus depósitos, en cierto modo se contraponen con el interés colectivo sectorial de otros grupos de la sociedad (vgr. los deudores bancarios *pesificados*) de que se mantenga el régimen de pesificación de obligaciones dispuesto por el Decreto 214/2002. Este aparente choque de intereses colectivos sectoriales me hace pensar que, en este caso, no hay forma de encumbrar a algunos de ellos como un interés colectivo digno de ser encarnado por el Defensor del Pueblo¹⁹.

notoriamente la perspectiva individual. No resulta dudoso, en tal sentido, que los valores comprometidos en la defensa medioambiental, la protección de la salud, la estética urbanística o el amparo de los consumidores, exceden la dimensión puramente subjetiva y encuadran directamente en un plexo exilógico propio de la comunidad toda, obligando esta circunstancia a diseñar alternativas inéditas de protección o a extender el ámbito tradicional de la tutela judicial.” (“Ensayo preliminar sobre los denominados intereses ‘difusos’ o ‘colectivos’ y su protección judicial”, LL 1984-B, pág. 869)

¹⁷ La legitimación de las asociaciones para efectuar reclamos en sede administrativa en defensa de los intereses comunes a todos los miembros que nuclean, se encuentra reconocida por la Procuración del Tesoro de la Nación (*Dictámenes* 195:38). A su vez, existen algunos precedentes que también admiten que las asociaciones o las cámaras empresarias tienen legitimación para demandar la protección judicial de los intereses comunes de sus miembros, ejerciendo su representación a tales fines. (CNContAdmFed., Sala IV, *in re* “Asociación de Reproductores Arg. de Cine y Video”, sent. del 9/10/92).

¹⁸ Esta distinción entre el *interés colectivo sectorial* y el *interés colectivo* aparece claramente explicada en acápite IX del Dictamen del Procurador General *in re* “Prodelco c/PEN s/amparo” (Fallos 321:1252).

¹⁹ No se me escapa que el propio Defensor del Pueblo de la Nación, Dr. Eduardo Mondino, se encargó de aclarar que su amparo persiguió la declaración de la inconstitucionalidad de la pesificación de los depósitos bancarios dispuesta en el artículo 2º del Decreto 214/02, y no de las deudas de los particulares con los bancos establecida en el artículo 3º de ese cuerpo normativo (Diario LA NACIÓN del 14 de septiembre de 2002, Sección 2 de *Economía y Negocios*, pág. 2, “Nuevo fallo contra la pesificación”). No obstante ello, se me ocurre que al Defensor del Pueblo no se le puede escapar que esta declaración de inconstitucionalidad respecto de la pesificación de los depósitos bancarios representa un precedente -al menos- peligroso para quienes se beneficiaron con la pesificación de sus deudas, de cara a futuros pronunciamientos que puedan recoger esta doctrina. ¿Por qué en un caso la pesificación puede significar la privación “*de una parte sustancial de los beneficios patrimoniales legítimamente adquiridos e incorporados a su patrimonio al amparo de la legislación anterior*”, como dijo para el caso de los depósitos bancarios la Sala II de la Cámara contenciosoadministrativa (caso “Pape, Mariela Susana c/ PEN - Dtos. 1570/01 - Mº E -Resol. 9/02 s/ amparo ley 16.986”, sent. del 28/8/02), y en otro no? No creo que la explicación se encuentre en la circunstancia de que, a diferencia de los créditos otorgados por los bancos, una ley del Congreso garantizaba expresamente la intangibilidad de los depósitos (Ley Nº 25.466). Ello así debido a que, como bien dice la Corte Suprema en el caso “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en `Smith, Carlos A c/PEN s/sumarísimo” (RAP 281:148), la

Se está queriendo significar, en suma, que las normas impugnadas por el Defensor del Pueblo de la Nación sólo pudieron haber ocasionado un perjuicio que es esencialmente individual y propio de cada uno de los cientos de miles ahorristas bancarios atrapados por el *corralito* financiero. Estos se han visto afectados en sus derechos subjetivos, individuales y exclusivos, y por lo tanto poseen –cada uno de ellos- legitimación para cuestionar la constitucionalidad de dicho régimen y solicitar la devolución de sus ahorros en la moneda de origen. Si lo hacen por la vía amparista (como ocurrió con la inmensa mayoría de los procesos judiciales iniciados desde que se pusieron en vigencia aquellas medidas), estas acciones deberían canalizarse como *amparos individuales* en los términos del primer párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional. Pero, en lo que aquí importa, lo que debe quedar claro es que no estamos en presencia de un “derecho de incidencia colectiva” con el alcance con que el segundo párrafo del artículo 43 de la Ley Fundamental legitima al Defensor del Pueblo para interponer *amparos colectivos*.

IV. LEGITIMACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO PARA LA DEFENSA DE DERECHOS SUBJETIVOS O INDIVIDUALES

Habiéndose aclarado que en el caso del *corralito* financiero no se encuentran involucrados derechos de incidencia colectiva sino derechos subjetivos o individuales de los ahorristas cuyos depósitos bancarios se vieron afectados por tales medidas, resta ahora analizar si el Defensor del Pueblo de la Nación tiene legitimación para promover la tutela judicial de tales derechos e intereses. Como pudo observarse, el Dr. Grecco responde positivamente este interrogante en su voto, con sustento en el Artículo 86 de la Constitución Nacional. En sentido coincidente, Mertehikian sostiene que la Ley Fundamental confiere legitimación procesal al Defensor del Pueblo, de un modo particular para los derechos de incidencia colectiva en el artículo 43, y de un modo general para la defensa y protección de derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, en el artículo 86. Agrega que “*cuando la norma no distingue, no debe distinguir el intérprete...*”

Por mi parte, creo aún cuando pueda compartirse que no cabe confundir la legitimación procesal *particular* que al Defensor del Pueblo le confiere el artículo 43 de la Carta Magna en materia de amparo, con la que le asigna de un modo *general* el artículo 86 de esa Ley Fundamental²⁰, lo cierto es que en el caso fallado por la Sala V de la Cámara Contenciosoadministrativa la demanda fue instrumentada por aquel funcionario a través de la vía amparista. Es decir que la propia conducta procesal del Defensor del Pueblo nos lleva al terreno regulado por el artículo 43 de la Constitución Nacional. ¿Qué encontramos allí en referencia al Defensor del Pueblo? El solo reconocimiento de una legitimación especial en materia de derechos comunitarios (el amparo colectivo del segundo párrafo de esa norma), insusceptible de ser ampliada a la defensa de derechos subjetivos que los damnificados se encuentran en condiciones de reclamar judicialmente. Como afirma Barra, el Defensor del Pueblo

intangibilidad del patrimonio se encuentra en los principios de la Ley Fundamental “*con independencia de los preceptos legales que puedan reconocerlo*”; regla que resulta aplicable no solo a los ahorristas bancarios sino a todos los titulares de créditos y activos originalmente nominados en dólares y pesificados por el Decreto 214/02, cuya integridad patrimonial se encuentra garantizada por el artículo 17 de la Carta Magna.

²⁰ Mertehikian, *ob. cit.*, pág. 224; BIDART CAMPOS, Germán J., ‘Manual de la constitución reformada’, Ediar, 1997, Tomo III, pág. 327.

carece de legitimación para accionar por la vía amparista en los casos del párrafo 1º del artículo 43²¹.

De todos modos, suponiendo -por vía de hipótesis- que el Defensor del Pueblo de la Nación hubiera interpuesto algún otro tipo de acción judicial en defensa de los derechos de los ahorristas, pienso que la solución no sería distinta: tampoco tendría legitimación aquel órgano para obtener tal tutela judicial.

No se me escapa que la redacción del primer párrafo del artículo 86 de la Constitución Nacional, en cuanto le asigna al Defensor del Pueblo la misión de defender y proteger los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, parece sumamente amplia y omnicomprendiva a primera vista.

Ahora bien, tengo para mí que un análisis más profundo del sentido y la función institucional de esta nueva autoridad constitucional conduce a una interpretación distinta.

En primer lugar, la consagración constitucional de su misión de “la defensa y protección de los derechos humanos”, debe ser interpretada, como dice Jorge Luis Maiorano, “con especial referencia a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor, y los derechos de incidencia colectiva...”²² Según este autor, el Defensor del Pueblo “no supe la defensa individual de los derechos, no es un defensor oficial ni de pobres y ausentes; es una institución que representa ante la Administración los intereses y derechos de los quejosos individuales y colectivos y que, eventualmente, acude ante la justicia para la defensa de los derechos de incidencia colectiva y para efectivizar su función de control de la legalidad.”²³

Por su parte, aunque la introducción de la expresión “intereses” puede hacernos pensar que el constituyente incluyó, dentro de la órbita de competencia del Defensor del Pueblo, la defensa de los *intereses individuales*, lo cierto es que, como sostiene Barra, a falta de otra precisión el término no puede sino confundirse con los *derechos de incidencia colectiva* del artículo 43 de la Carta Magna. Comparto la postura de este autor, en cuanto a que en aquellos casos en que el derecho en juego carece de “incidencia colectiva” y el titular o los titulares del mismo razonablemente cuentan con los medios para su propia defensa (sería éste el caso de los depositantes bancarios pesificados), el Defensor del Pueblo no puede sustituir a los titulares del derecho agraviado. Y esto vale tanto para el amparo como en cualquier otra actuación administrativa o judicial²⁴.

Por lo demás, no me parece dudoso que escapa al elevado rol institucional del Defensor del Pueblo inmiscuirse en el ámbito de los derechos y garantías individuales, propios, directos y concretos de las personas (“derechos subjetivos” en la terminología clásica), en aquellos supuestos en que tales agravios no tengan el efecto expansivo a que se hizo referencia párrafos más arriba. Como sostiene Napoli al comentar esta misma sentencia, permitir que aquel órgano constitucional

²¹ *Ob. cit.*, pág. 1095.

²² “El Defensor del Pueblo de la Nación: una nueva institución de la República”, en *Derecho Administrativo. Obra colectiva al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo Perrot, 1998, pág. 394.

²³ MAIORANO, Jorge Luis, “El Defensor del Pueblo”, en *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, pág. 112.

²⁴ Conf. BARRA, Rodolfo C., “La acción de amparo en la Constitución reformada...”, *cit.*, pág. 1095.

intervenga en casos como el del *corralito* financiero “significa ampliar su legitimación procesal mucho más allá de lo que los propios constituyentes pretendieron y, al mismo tiempo, desnaturalizar la finalidad de la figura, que no es otra que la protección de los intereses de la comunidad, no la gestión de derechos individuales.”²⁵

V. LA REFERENCIA AL FALLO "DEFENSORÍA DEL PUEBLO CIUDAD DE BUENOS AIRES C/EDESUR S.A. S/RESPONSABILIDAD POR DAÑOS"

Llama poderosamente la atención que la sentencia bajo análisis disponga que resulta de aplicación, en relación a los efectos del fallo, lo resuelto por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial en el caso "Defensoría del Pueblo Ciudad de Buenos Aires c/Edesur S.A. s/Responsabilidad por Daños"²⁶, en cuanto a que cada ahorrista debería acudir individualmente ante los tribunales que correspondan a fin de acreditar el reclamo patrimonial interpuesto en su presentación judicial. Traspolando la solución dada en aquél precedente a este caso, cabría interpretar que lo que está queriendo decir la Alzada es que habiendo quedado declarada la inconstitucionalidad de la indisponibilidad, reprogramación y pesificación de los depósitos bancarios con efectos de alcance general o *erga omnes*, lo único que deberían hacer los depositantes es ocurrir ante los tribunales correspondientes y por la vía que estimen pertinente a fin de acreditar su reclamo patrimonial, en un proceso en el que no se podría volver a discutir el fondo de la cuestión, sobre la cual habría cosa juzgada.

Ahora bien, entre uno u otro caso existe una serie de diferencias que nos generan algunos interrogantes respecto de la procedencia de esta decisión. Veamos.

En primer lugar, es dable destacar que, en el caso de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, quien había accionado judicialmente era la Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, y no el Defensor del Pueblo de la Nación, como ocurre en la especie. No se trata de un dato menor, ya que como lo aclara aquel tribunal, el artículo 137 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires se encargó de precisar, a diferencia del constituyente nacional, que entre los derechos cuya protección se le encomienda a aquél órgano se incluyen los derechos *individuales* –además de los difusos y colectivos–; razón por la cual la competencia y legitimación prevista en aquella norma “*resulta aún mayor que la otorgada por el art. 86 CN. al defensor del pueblo de la Nación*”. De aquí que haya considerado que “[c]uando no se afectan intereses comunitarios o generales sino un derecho subjetivo, de modo que el damnificado se encuentra en condiciones de reclamar judicialmente, el Defensor del Pueblo no puede invocar la legitimación del art. 43 de la Constitución Nacional para interponer las acciones que su titular exclusivo dejó de utilizar...”.

Otra diferencia sustancial entre uno y otro precedente es que el caso de la Cámara Federal Civil y Comercial fue encarado como una acción de daños contra la empresa (Edesur) responsable de los mismos; esto es, contra quien en definitiva debió hacer frente a los mismos y respecto de la cual hizo cosa juzgada la declaración de responsabilidad que tuvo lugar en el fallo. Adviértase que, por el contrario, la sentencia de la Sala V de la Cámara del fuero contencioso administrativo fue dictada en un proceso de amparo iniciado por el Defensor del Pueblo de la Nación contra el Poder Ejecutivo Nacional. No aparecen como sujetos demandados las entidades financieras, que en definitiva son las principales interesadas en el resultado del pleito

²⁵ *Ob. cit.*, pág. 143.

²⁶ Sent. del 16/3/00, La Ley diario del 8/6/00.

debido a que son quienes deberían devolver en la moneda de origen sus depósitos a los ahorristas. Tengo para mí que se estaría configurando una flagrante violación a la garantía constitucional de la defensa en juicio que asiste a los bancos (art. 18 Const. Nacional) si es que en los reclamos judiciales que les inicien sus depositantes con sustento en esta sentencia no se les permite alegar en favor de la constitucionalidad de la indisponibilidad, reprogramación y pesificación de las imposiciones financieras²⁷, so pretexto de la aparente cosa juzgada que ese fallo habría hecho sobre el particular.

VI. COROLARIO: NECESIDAD DE BUSCAR SOLUCIONES ALTERNATIVAS A LOS PROBLEMAS DE LA LEGITIMACIÓN COLECTIVA A GRAN ESCALA

Por último, no puedo dejar de reconocer que el fallo comentado encuentra su justificación dikelógica en la encomiable intención de poner en igualdad de situación a quienes hasta el momento no pudieron o no quisieron accionar judicialmente a causa del *corralito* financiero, respecto de los ahorristas que sí lograron obtener la tutela jurisdiccional de sus derechos patrimoniales. Es innegable la necesidad de facilitar el acceso a la justicia a una gran cantidad de afectados que reclaman la tutela de sus derechos subjetivos agravados por una norma que consideran ilegítima o inconstitucional. Inclusive, si de esta manera se logra evitar la proliferación innecesaria de litigios similares, podría lograrse una no despreciable reducción de la tarea de nuestros tribunales y -lo que es más interesante aún- se evaporaría el riesgo de que se produzcan fallos contradictorios sobre tal cuestión.

Comprendo, sin embargo, que la normativa legal y constitucional actualmente vigente a nivel federal no ofrece una herramienta suficientemente idónea que permita obtener una rápida y efectiva tutela de los agravios masivos a los derechos subjetivos de las personas y para garantizar, a su vez, la adecuada defensa en juicio de todas las partes involucradas²⁸. No lo parece ser el litisconsorcio legislado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación²⁹, habida cuenta de la palmaria insuficiencia e inconveniencia de esta estructura procesal para casos en que los litisconsortes activos o pasivos sean multitudes. Ya vimos que tampoco resulta procedente en estos supuestos el amparo colectivo que puede interponer el Defensor del Pueblo de la Nación en los términos del Artículo 43 de la Constitución. Y con relación a la jurisprudencia que confiere en algunos casos efectos *erga omnes* a las sentencias que declaran la nulidad o la inconstitucionalidad de ciertos reglamentos³⁰, simplemente cabe apuntar que dicha solución solo puede resultar aceptable cuando hay un solo sujeto demandado (normalmente, la autoridad estatal emisora de la norma) que efectivamente haya sido llevado a juicio; no así, en cambio, cuando los

²⁷ La necesidad de que se dé intervención a las entidades financieras respectivas en las causas en las que se discuta la validez constitucional de las normas que implementaron el *corralito* financiero, es también un imperativo del Código Procesal Civil y Comercial (Art. 89).

²⁸ No me estoy refiriendo aquí exclusivamente a la situación generada por la no intervención de los bancos en el amparo iniciado por el Defensor del Pueblo, sino también a la de los demás ahorristas representados por ese funcionario. ¿Qué hubiera ocurrido si, en vez de hacerse lugar al amparo, se hubiera resuelto la validez constitucional de las normas impugnadas? ¿Esta sentencia habría hecho cosa juzgada respecto de todos los ahorristas? ¿Qué hubiese ocurrido con los depositantes que obtuvieron sentencias favorables en sus respectivos amparos? Todas estas dudas me persuaden de la improcedencia del reconocimiento de la legitimación colectiva del Defensor del Pueblo para este tipo de cuestiones, en las que justamente todos los que se creyeron con derecho a accionar por considerarse afectados en sus derechos patrimoniales, pudieron y pueden hacerlo en juicios individuales.

²⁹ Artículos 88 y 89.

³⁰ C.S.J.N., *in re* "Monges Analía M. c/U.B.A. – resol. 2314/95", sentencia del 26/12/96.

legitimados pasivos puedan ser varios, como ocurre con los bancos en el caso del *corralito* financiero.

Quizás una alternativa a explorar sea la recepción legislativa de las *acciones de clase* ("class actions") del derecho norteamericano, que sin ser, como lo ha señalado Alberto Bianchi, una solución enteramente satisfactoria, es mejor que cualquiera de las soluciones que ofrece nuestro ordenamiento procesal³¹. Ello así debido a que posibilitan el tratamiento simultáneo de conflictos individuales en un proceso único a través de la intervención en juicio de un representante de la clase³². Claro que, como advierte aquel autor, nuestro país no está todavía en condiciones de adoptar las acciones de clase, y sería desaconsejable que se lo hiciera sin haber estudiado su adaptación a nuestro medio³³.

Otra opción interesante para supuestos en que tales agravios masivos se deriven del dictado de leyes u otras normas de carácter general, sería incorporar en nuestro régimen federal una acción directa de inconstitucionalidad de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁴, similar a la que existe en algunas provincias y en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³⁵. Esta posibilidad permitiría obtener rápidamente un pronunciamiento del tribunal cimero con alcance derogatorio de la norma, evitándose la proliferación de causas de contenido similar ante los juzgados y tribunales inferiores.

Lo que está claro es que situaciones como las que tuvieron que vivir los ahorristas, los abogados de una y otra parte y los empleados y magistrados del poder judicial durante estos meses, a causa de la catarata de acciones de amparo iniciadas contra el *corralito* financiero, no pueden volver a repetirse. Así como es cierto que nuestro sistema puede no estar actualmente preparado para copiar ciertos institutos procesales de otros regímenes del derecho comparado, también lo es que nuestros tribunales se han visto desbordados y comprensiblemente imposibilitados de dar una respuesta eficaz a la tutela jurisdiccional requerida por decenas de miles de amparistas. Con el agravante de que la inmensa mayoría de los demás depositantes del sistema financiero ni siquiera se animaron a ejercer sus pretensiones en sede judicial, quizás ahuyentados por tal dantesco escenario.

Espero, por un lado, que sepamos encontrar pronto una solución creativa, justa y razonable para los problemas que acarrea la legitimación colectiva a gran escala. Pero, por sobre todas las cosas, deseo que jamás se vuelvan a reiterar las causas que llevaron a situaciones como las que hemos padecido en nuestro país en el último año. Por las dudas, pongamos ya manos a la obra en lo primero...

³¹ "Las acciones de clase como medio de solución de los medios problemas de la legitimación colectiva a gran escala", *RAP*, abril de 1998, nro. 235, pág. 34.

³² Conf. DAMSKY, Isaac A., "El Defensor del Pueblo (Reflexiones acerca de su función promocional del cambio)", *J.A.*, 11/6/97, Nro. 6041, pág. 38.

³³ *Ob. cit.*, pág. 42.

³⁴ Va de suyo que ello solo sería posible reformando el artículo 117 de la Constitución Nacional.

³⁵ Art. 113 inc. 2º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.