

**LA ACCION DE AMPARO EN MATERIA DE
DERECHOS HUMANOS DE LA TERCERA GENERACION
LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994**
(Las nuevas bases de la legitimación para obrar)

Por: Eduardo Pablo Jiménez¹

“La justa paz de la comunidad únicamente es posible en la medida en que el Estado es capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer las pretensiones que se formulan”

Jesús González Perez (El derecho a la tutela jurisdiccional)

SUMARIO:

I.- INTRODUCCION. II.-LA PROBLEMATICA DE LA ACCION TUTELAR ESPECIFICA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE LA TERCERA GENERACION. III.-ALGUNAS PALABRAS RESPECTO DE LA LEGITIMACION PARA OBRAR EN ESTA MATERIA. IV.-CONCLUSIONES.

I

¹ El presente trabajo se ha elaborado sobre la base del que ha sido publicado ya en la Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Necochea “Será Justicia” Pag.12 y ss.

INTRODUCCION

Una vez producida la reforma constitucional de 1994, queda en claro el hecho de que los derechos de la tercera generación han sido *expresamente reconocidos* a partir del nuevo marco textual. No se hablará, de aquí y en más, de “implicitudes” o aún de matices de “jerarquía constitucional”. Se consagran los derechos del usuario y del consumidor y los medio-ambientales. El propio texto constitucional se encarga además, de hacer notar que los restantes derechos de la tercera generación se encuentran en él expresados, cuando el artículo 43 se refiere a los *derechos de incidencia colectiva, en general*.

Párrafo aparte merece esta última denominación, que acaba desde ahora con las disquisiciones de quienes suponen que estos derechos se configuran efectivamente como tales, y quienes los consideran “intereses” debido a la debilidad de su estructura. *La Constitución ampara derechos, y por ello, concede acción para su tutela. Y por si en este caso quedase alguna duda, se refiere a ellos en forma expresa*. Si algo queda en claro, de aquí y en más, es que ya no podrá hablarse de “intereses difusos” o de “intereses de pertenencia difusa”, cuando de derechos de tercera generación se trate. Han sido rebautizados por el constituyente, como *derechos de incidencia colectiva*²

Asimismo, hemos de rescatar la circunstancia de que el camino a la legitimación para obrar amplia que estos derechos requieren para ser actuados, también se acentuó desde la formulación normativa del art. 43 C.N. que concede acción de

² La palabra que sigue a la frase “en general” habilita a pensar que existe desde ahora una modalidad de “implicitudes constitucionales” en referencia expresa a los derechos de tercera generación, que se desprenden de aquellas que derivaban del clásico art. 33 del texto supremo. Ver , para ampliar este concepto, de nuestra autoría “Los derechos implícitos de la tercera generación: una nueva categoría expansiva en materia de derechos humanos” (En E.D.. del 6/5/1996, pag. 2 y ss.)

amparo a toda persona, para hacer valer sus derechos constitucionales (de la generación que fuesen, siempre que se encuentren estatuidos en la Constitución textual). Pero ello no ha sido todo, ya que a fin de despejar dudas, el texto constitucional legitima para solicitar amparo, también:

** al afectado (art. 43)*

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

** al Ministerio Público (art. 43, 120)*

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

Hemos de completar este panorama, a fin de aventar posibles dilemas interpretativos que puedan inducir a error en la adecuada denominación con que la Constitución normativiza a estas nuevas prerrogativas, luego de operada la reforma de 1994. Así, constatará el lector, con el análisis del texto fundamental, que el texto expresa - cuando regula la figura del Defensor del Pueblo - que tal funcionario tiene por misión:

“...La defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes...”

Queremos destacar especialmente que cuando aquí la Constitución indica el término “intereses”, se ha de referir, por necesidad, a aquellos tutelados por las leyes, ya que como vimos, la Constitución habilita, desde ahora, la protección de estos nuevos derechos, en cuanto tales, por lo que no podrá partirse de esta denominación [intereses] para inducir a error acerca de la calidad de los derechos de la tercera generación, o de incidencia colectiva.

También surge del art. 120 C.N. , que el Ministerio Público tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa:

“...de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República...”

Asimismo, puede acotarse en este punto, que cuando el Ministerio Público promueva la actuación de la justicia en función de la protección de los derechos de la protección de los derechos humanos de la tercera generación, lo hará en defensa de la legalidad. Se reafirma entonces que *estos derechos, no son intereses*, aunque su actuación seguramente importe a los intereses generales de la sociedad, ya que desde nuestro punto de vista, se ha aclarado, luego de la reforma constitucional de 1994, la conceptualización referente a esta generación de derechos fundamentales, y el constituyente reformador ha jerarquizado su enunciación al consagrarlos en tal carácter [esto es, como derechos, y no como intereses] (arts. 41, 42, 43 C.N.)

También, al estatuir el modo de garantía eficaz para su tutela, ha indicado una pluralidad de agentes para incitar su protección. Así, en los arts. 41, 42, 43 C.N. cuando se hace referencia a los habitantes como legitimados para accionar en pos de su tutela, habilitando luego también al afectado, Defensor del Pueblo y Asociaciones que propenden a esos fines para viabilizarlos, instituyendo, a partir del art. 86, al Defensor del Pueblo para su defensa y protección, y asignando, por el art. 120, al Ministerio Público la función de promover la actuación de la justicia en su defensa.

II
LA PROBLEMÁTICA DE LA ACCIÓN TUTELAR ESPECÍFICA
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS
DE LA TERCERA GENERACIÓN

Es nuestra posición³ que la reforma constitucional de 1994 ha enfatizado en forma definitiva la presencia del Derecho Procesal Constitucional en el marco de la Constitución textual.

Así, la inclusión del artículo nuevo, que hoy lleva el N°43, ratifica la enunciación constitucional expresa, de significativos procesos constitucionales, entre los que ahora se destaca el “amparo judicial” o “acción de amparo”⁴. Ampliando el marco protectorio de la tan cuestionada Ley N°16.986, la norma constitucional se muestra hoy como medio de contralor de la vigencia de todo el ordenamiento jurídico, el que - como la doctrina ha sostenido - resulta ser operativo⁵

Respecto de la legitimación activa para exigir la tutela de los derechos de la tercera generación, pareciera la doctrina relacionar en forma mayoritaria, los artículos

³ Expresada antes de ahora en nuestro trabajo “Desarrollo actual y cuestiones conflictivas del Derecho Procesal Constitucional” ED. del 31/8/1995 (Suplemento: temas de derecho procesal).

⁴ Creemos conveniente señalar en este punto que en la Convención Nacional Constituyente, cuando se formuló la vía procesal de reclamación, no fué recogida la superadora propuesta de los Convencionales BASSANI y JAROSLAVSKY, quienes intentaban recoger el concepto de “acción procesal sumaria única”, al modo del art. 25 de la C.A.D.H. (hoy con jerarquía constitucional). Su propuesta fué incluida en el cuadernillo de “Proyectos ingresados” a la Convención Nacional Constituyente, N°17, pag.656, Expediente N°353.

⁵ Ver, por todos ellos, a RIVAS, Adolfo “Pautas para el nuevo amparo constitucional” en DE. separata [Temas de Derecho Constitucional], del 29/6/1995, pag. 11. Allí expresa que el amparo consagrado por el art. 43, conforma un sistema completo y armonioso.

41 (tutela del medio ambiente) y 42 (tutela de los derechos del usuario y del consumidor) de la Constitución Nacional, sólo con la segunda parte del artículo 43 del texto fundamental, que en lo pertinente, expresa:

“...podrán 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 , registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”

Así, obvia por lo general la doctrina⁶ la relación que existe entre los derechos de la tercera generación (enmarcados en los artículos 41, 42 y también en el art. 43 de la Constitución Nacional, como se ha visto), y *el primer párrafo del artículo 43 del texto supremo*. Insistimos en ello, pues de una lectura cuidadosa y garantista de la Constitución, se sigue, sin necesidad de recurrir a demasías interpretativas, que el amparo ha sido legislado para que lo actúe toda persona en defensa de derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un Tratado o una Ley.

Por otra parte, el artículo 41 expresa que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano... y en artículo 42 enuncia que los consumidores y usuarios de bienes y servicios, tienen derecho...

En consecuencia, todos los habitantes de la República, ante una lesión en los derechos de la tercera generación, están habilitados para promover acción de amparo

⁶ ARRABAL, Olga “El amparo en la reforma constitucional” en la obra colectiva “La reforma constitucional interpretada” Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1985, pag.190.

en los términos y condiciones que expone el artículo 43 del texto base. En nuestro sentir, y atendiendo a la peculiar naturaleza de estos derechos que la Constitución denomina “de incidencia colectiva”⁷, no cabe otra interpretación, si es que se pretende que ellos pueden ser actuados por el habitante en el modo en que han sido concebidos.

Ello no significa otra cosa que la admisión, en esta materia, de lo largamente pretendido desde la doctrina liderada por el maestro *Quiroga Lavie*⁸, esto es, la viabilidad de acciones como la “popular” o la de “clase”, para incoar la protección, por parte del Estado, en estas materias.

III

ALGUNAS PALABRAS RESPECTO DE LA LEGITIMACION PARA OBRAR EN ESTA MATERIA

Observará el lector que desde la tesis que aquí se propugna, se intenta poner de manifiesto, frente a la declamada vigencia de los derechos de la tercera generación, la circunstancia de la discutible supervivencia, a su respecto, del interés directo, o interés legítimo, en la medida en que condicionan su actuación.

De este modo, las acciones populares, legitiman la intervención de cualquier ciudadano o persona del pueblo para actuar jurisdiccionalmente, y las denominadas “de clase”, a una organización a la que la ley le reconoce representación de los intereses públicos, cuando se procura la protección de un interés social. Enfatizamos que negar

⁷ Que ya hemos desarrollado antes de ahora, en nuestro “Los Derechos Humanos de la Tercera Generación” publicado en el Boletín Informativo de la A.A.D.C. , N°98, correspondiente al mes de junio de 1994, pag.4 y ss.

⁸ Ver, del autor citado “Los Derechos Públicos Subjetivos y la participación social” Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1985.

hoy tal aptitud al habitante que crea violado (v.gr.) su derecho a habitar un ambiente sano y equilibrado, debido al accionar del Estado, un particular o asociación, en los términos expuestos, aunque tal habitante no fuese afectado directo, sería tanto como privarle del derecho a la jurisdicción que hoy tiene - entre nosotros - jerarquía constitucional, por imperio de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en su referencia a los artículos 1,2,8 y ccs. de la C.A.D.H.⁹

Quizá la argumentación presentada merezca algunas precisiones adicionales a fin de aclarar nuestra posición, ya que si bien desde la postura tradicional, que enmarca a los derechos de la primera y segunda generaciones, el acceso a la justicia (derecho a la jurisdicción), constituye en sí una limitación a los derechos subjetivos, en la medida del interés del reclamante, interés éste que a la postre redundará en su propio beneficio, o en su perjuicio, según el resultado de la contienda individual planteada, en el caso de los derechos de la tercera generación, la legitimación para obrar debe igualarse con la titularidad del derecho en cuestión, pues este implica también un interés social que no puede ser obviado al momento de ser actuado en juicio.

Esto significa que los “viejos moldes” procesales no pueden obstar a la actuación de los nuevos derechos constitucionales por la sola cuestión de que el Magistrado actuante encuentre que un habitante no representa entidad subjetiva

⁹ No está demás destacar la importancia de tan trascendente garantía, a partir de la cual, todo aquel que crea tener derecho a algo, puede acudir a un órgano imparcial que le atienda, verificando su razón, y - en su caso - haciendo efectivo el derecho. Ello implica, en nuestro sentir, que tal prerrogativa (derecho a la jurisdicción) significa de ahora y en más una pauta valorativa de contenido obligatorio para los Poderes Públicos, ya sea para su interpretación (Poder Judicial), como para su aplicación y puesta en marcha (restantes Poderes Públicos, y para el caso de omisión recalcitrante, el propio Poder Judicial, luego de arbitrada la pertinente inconstitucionalidad por omisión). Para una profundización de esta base teórica, ver lo ya expuesto por nosotros en “Las reglas de supremacía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994: los tratados sobre derechos humanos como pauta interpretativa obligatoria dirigida a los Poderes Públicos” DE. del 10 de julio de 1995, pag. 4 y ss.

suficiente para reclamar por la vigencia de un derecho de la tercera generación. Es que, en realidad, este habitante no requiere de una entidad o porción subjetiva para hacer valer un derecho constitucionalizado en función del interés social¹⁰

Debe recordarse, a todo evento, que lo procesal es tributario, y no condicionante de lo constitucional. Esto significa que el proceso está estructurado para servir al ciudadano a actuar la regla de la superación de la auto-defensa, pues es sabido que desde la organización del Estado Moderno, se estimó que la justa paz de la comunidad solo es posible en la medida que el Estado es capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer las pretensiones que ante él mismo se formulan.

De allí la importancia de la existencia de una tutela jurisdiccional, lo que significa que todo aquel que crea tener derecho a algo, pueda acudir a un órgano Estatal imparcial que le atienda, verificando su razón, y en su caso, haciendo efectivo el derecho.

¹⁰ Debemos acotar en el punto, que - según nuestra interpretación - eisten aquí derechos consagrados y niveles de legitimación, con fundamento en los dos modos posibles de perjuicio: individual (postura clásica) y social (a partir del advenimiento de esta nueva generación de derechos).

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

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

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

** El afectado, a quien además se le produce un daño personal (pretensión resarcitoria), cuya generación deberá acreditar en juicio, en la forma “convencional” (este habitante titulariza un derecho subjetivo, en los términos de la primera generación, cuya operatividad se resuelve de conformidad con las reglas históricas de actuación en juicio)*

He aquí, y a partir de las palabras que anteceden, la correlación que existe entre los derechos humanos de la tercera generación, el derecho a la jurisdicción, y la necesaria legitimación que todo habitante ha de tener en el momento de peticionar por su vigencia, para que efectivamente ellos no se tornen en un nuevo “catálogo de ilusiones”.

Entendemos, asimismo, que el artículo 43, 2º parte de la Constitución Nacional ***no inhabilita*** la reclamación por parte del habitante en general, sino que amplía la frontera de la legitimación, hasta alcanzar al afectado, al Ministerio Público, al Defensor del Pueblo y a aquellas asociaciones que propendan a esos fines. Véase en respaldo de nuestra posición, que cuando la norma constitucional indica que “podrán interponer esta acción contra cualquier...”(art. 43 C.N., 2º párrafo), no expresa que “***solamente*** podrán interponer esta acción contra cualquier...”¹¹

No prescindimos en esta parte del análisis, del trabajo de ***Rodolfo Barra***¹², ya que desde su óptica, el art. 43 de la norma suprema se divide claramente en dos partes, manifestando que recién en el *segundo párrafo del citado artículo*, el constituyente se introduce en nuestra problemática. Si esta fuese la interpretación prevaleciente de la norma, enfatizaríamos que estos derechos serán - al menos - seriamente limitados en la posibilidad de su actuación.

Concordamos con ***Barra*** en que tal inciso identifica a otros que, sin ser afectados, se encuentran igualmente legitimados para accionar, en razón de la especial

¹¹ De todos modos, el aparente conflicto se zanja- en nuestro entender, en forma definitiva- con las propias palabras del Convencional Constituyente Díaz, informante respecto de la norma, quien expresó en su oportunidad en el recinto santafesino que “***...aunque quizá no valga la pena, reitero que este segundo párrafo del dictámen no limita el derecho reconocido a toda persona como se estipula en el primero. Sólomente expande a otro tipo de sujetos la posibilidad de acceder a la protección de la tutela en determinadas materias y sujetos específicos...***” (*Diario de sesiones, pag.4050*)

¹²BARRA, Rodolfo “La acción de Amparo en la constitución reformada: la legitimación para accionar” LL. del 14 de noviembre de 1994

naturaleza del derecho protegido. Pero no podemos concluir con base en esa premisa, que la Constitución decidiese excluir al habitante común [quien es indefectiblemente, titular de esos derechos], de la posibilidad de actuarlos en juicio, a menos que acredite su condición de afectado.

No creemos tampoco, como lo expresa el autor citado, que la terminología *incidencia colectiva* se relacione con el concepto de *agravio expansivo*, ya que en estos casos, no es que el agravio de uno pueda expandirse a muchos, sino que *en razón del interés social*, el agravio es aquí *de todos*¹³

IV

CONCLUSIONES

Advertirá el lector que teniendo en cuenta el punto de partida que hemos asumido, las aspiraciones que implican la existencia de una “tercera generación de derechos humanos”, pueden llegar a asumir, tal se las plantea aquí, posiciones incómodas para los Estados. El derecho de usuarios y consumidores, el referido a la tutela de un ambiente sano y equilibrado, entre otros, no se acomodan a los clásicos esquemas de formulación del orden jurídico, y en consecuencia, quienes bien aecitan la

¹³ Obsérvese como en esta oportunidad, se intenta adaptar esta figura al concepto de “derecho subjetivo”. Barra interpreta que el derecho de la tercera generación impacta en un afectado directo, que por tal razón, actúa en justicia (desde esta óptica, nada agrega la consagración constitucional de estos nuevos derechos), pero *adiciona* que el agravio individual puede tener *incidencia colectiva*, y entonces, con tal fundamento, se amplía la legitimación activa. No compartimos tal tesis. Afirmamos, por el contrario, que la incidencia colectiva de un derecho implica que él motiva un interés social, y por ello es que puede ser actuado por todos y cada uno de los habitantes que lo titularizan, de acuerdo a la relación de niveles de legitimación, ya explicitados. Sabemos que ello generará seguramente la necesidad de revisión del concepto de “cosa juzgada” entre otros, pero es éste otro de los desafíos a que nos enfrenta hoy la positivización de los derechos de la tercera generación.

denominada “máquina de impedir”, expresan que los “intereses difusos” son tales pues no poseen un titular concreto, o porque son “debilitados” y en consecuencia, intentan luego de su consagración normativa, limitar al máximo la posibilidad de su legitimación, con profusa acotación a las “reglas” de un sistema de actuación en juicio que, por lo general, no los comprende ni los contiene.

Tales apreciaciones confirman el postulado que indica que esta generación de derechos, no implica en modo alguno enunciación abstracta desprovista de valor, sino que presenta *matices diferenciales* que se manifiestan al haber “mutado” las circunstancias sociales y políticas, como también el “sistema” en que se insertan.

Han sido claros los Sres. Constituyentes respecto de lo que han querido consagrar en el texto supremo, con la reforma constitucional que a la fecha se encuentra en vigor. Así, y consecuentemente con la función que posee el Estado a partir de ahora respecto de esta categoría de derechos humanos, se ha de reconocer a los individuos la posibilidad concreta de accionar en sede judicial en defensa de sus pretensiones en la materia¹⁴, y aún en el modo “amplio” que implica la actuación de la “acción popular” o la “acción de clase”.

Por lo pronto, creemos que la acción de Amparo consagrada en el art. 43 de la C.N. se presenta como una variable eficiente e idónea para actuar en juicio estos nuevos derechos, en el modo por nosotros propugnado.

Eduardo Pablo Jiménez

¹⁴ Se están citando aquí los fundamentos del Convencional Constituyente Antonio CAFIERO en su proyecto de reforma constitucional sobre protección del medio ambiente (Proyecto presentado a la H.C.C. Cuaderno N°1, Exp. N°4, pag.12 y ss.)