

Los derechos de incidencia colectiva.

Un recorrido, dos aniversarios, muchas deudas.

José María Salgado

I.-

Este año se cumplen dos aniversarios significativos: 25 años de la reforma constitucional y 10 años del fallo “Halabi”¹ emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). En 1994 se incorporó en el texto la tutela de los derechos de incidencia colectiva, con “Halabi” la CSJN marcó una pauta procesal mediante la cual se efectuaría dicha tutela.

En agosto de 1994 la Convención Nacional Constituyente debatió en torno al artículo 43 que incluía la acción de amparo, el habeas data y al habeas corpus². El texto, originado en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, proponía la incorporación al plexo constitucional de los procesos anotados. El nuevo artículo que se incorporaría a la Constitución Nacional (CN) ampliaba la base de garantías, derechos y procesos constitucionales existentes e incluía, en su segundo párrafo, una novedad absoluta en la legislación: el amparo colectivo. Si leemos los debates llevados a cabo en las ciudades de Santa Fé y Paraná veremos que ni se imaginaba el recorrido que hoy ha tenido este tema. Entonces se discutía: i) en cuanto al objeto de tutela, universalidad, derechos humanos, medio ambiente, consumo y derechos públicos subjetivos; ii) en cuanto a la legitimación, la amplitud y extensión para reclamar, llegando a contemplar –aunque descartándola- la acción popular; iii) lo tocante a lo problemático de los efectos de las decisiones en procesos de este tipo; iv) que se trataba de una novedad que necesitaba maduración y desarrollo y; v) también se alertó sobre eventuales abusos con su utilización y gran interés de los sectores de poder en su eventual instauración

¹ C.S.J.N., 24/2/09, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986.”, Fallos 332:111.

² Orden del día n° 9.

En la CN quedó regulado dentro de los nuevos derechos y garantías, bajo la denominación de “amparo colectivo”, pero no resolvió el mecanismo instrumental para su realización y, lógicamente, con el tiempo nos dimos cuenta que no se traba de algo rápido y expedito como nos marcaban los precedentes “Siri”³ y “Kot”⁴.

II.-

Lo esperable, luego de la sanción de la reforma de la CN, era que el legislador tomara la cuestión novedosa, y brindara los mecanismos necesarios para poder realizar los mandatos de los constituyentes. Hasta el momento en que se escriben estas líneas nada de ello ha sucedido en el Congreso de la Nación.

Alrededor de treinta proyectos de ley fueron ingresados en la Cámara de Diputados⁵ y cerca de una decena en la Cámara de Senadores⁶. Sólo un proyecto, el 6234-D-2018 del Diputado Nacional José Luis Ramón obtuvo dictamen favorable, con modificaciones, en la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados el 23 de octubre de 2018 y llegó a ser tratado en el recinto el 15 de mayo de 2019. Ese día, su presentante propuso remitirlo nuevamente a la Comisión referida a efectos de brindar mayor información sobre sus alcances por los cuestionamientos que había tenido.

Dos leyes se refieren a los derechos de incidencia colectiva desde sus ámbitos de aplicación específicos y deben ser mencionadas. La Ley de Defensa del Consumidor (LDC, 24.240), sancionada antes de la reforma constitucional, y modificada en el aspecto en estudio mediante la ley 26.361, contiene algunas previsiones relativas a la legitimación y al alcance de la cosa juzgada; la Ley General del Ambiente (LGA, 25.675), posterior a la reforma

³ C.S.J.N., 27/12/57, "Siri, Angel s/interpone recurso de hábeas corpus", Fallos, 239:382.

⁴ C.S.J.N., 5/9/58, "Kot, Samuel S.R.L. s/recurso de hábeas corpus", Fallos 241:291.

⁵ 3429-D-2005; 3698-D-2005; 1607-D-2007; 2199-D-2009; 4776-D-2009; 6010-D-2009; 5996-D-2010; 6442-D-2010; 2540-D-2011; 4033-D-2011; 4055-D-2011; 2748-D-2012; 538-D-2013; 7200-D-2013; 153-D-2014; 1045-D-2014; 826-D-2015; 4527-D-2015; 6158-D-2015; 585-D-2016; 5356-D-2016; 7798-D-2016; 345-D-2017; 2710-D-2017; 2847-D-2017; 573-D-2018; 1610-D-2018; 3599-D-2018; 5463-D-2018 y 6234-D-2018.

⁶ S-1095/00; S-1412/09; S-1496/09; S-1786/09; S-3396/10; S-18/11, S-1045/11, S-204/11, S-1468/12; S-66/13; S-1909/14; S-38/15 y S-3716/16.

constitucional, también contiene especificaciones en torno a la legitimación, la cosa juzgada y otros aspectos del trámite. En ambos casos, se trata de regulaciones procesales invertebradas que no logran dar respuesta a la innumerable cantidad de cuestiones que este tipo de litigio involucra. La regulación aislada y fragmentaria repercute negativamente en su aplicación práctica y la ausencia de un sistema genera más incertidumbre que certezas.

III.-

La CSJN fue entre los tres poderes constituidos, con avances y retrocesos, el que más y mejor se ocupó de atender las necesidades de los procesos colectivos. Históricamente se indica como antecedente en el que nació el “amparo colectivo” al caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo”⁷, anterior a la reforma constitucional de 1994, con el que se otorgó operatividad al derecho de rectificación, respuesta o réplica, a quien alegó haber sido lesionado en sus sentimientos religiosos.

El máximo tribunal, en un primer período posterior a 1994, que duró alrededor de 12 años, emitió numerosos fallos referidos de modo lateral al abordaje procesal de los derechos de incidencia colectiva, reconociendo o denegando la legitimación a los sujetos habilitados en la Constitución Nacional, dando cuenta de ciertos efectos de la cosa juzgada, aunque sin definir el sistema bajo el cual se abordarían los conflictos colectivos. En esta etapa es difícil hablar de una doctrina jurisprudencial clara, consecuente y estable. En ese tiempo, la ausencia de referencias en la legislación, hacía que solo se pudieran hilvanar especulaciones sobre el devenir futuro del instrumento.

Recién hacia el año 2006, comienza la construcción del caso colectivo mediante el dictado de varios fallos, entre los cuales el más resonante fue “Mendoza”. En ellos abordó la cuestión con vocación docente, llegando a explicar cuáles eran las especies de derechos tutelables en el ordenamiento jurídico argentino⁸. Fundamentalmente, la CSJN deslindó los

⁷ Allí la Corte, sostuvo que “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”, del considerando 25, CSJN, 7/7/92, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo”, Fallos 315:1492.

⁸ C.S.J.N., 20/6/06, “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros”, M. 1569. XL; 26/9/06, “Monner Sans, Ricardo c/ Fuerza Aérea Argentina s/ amparo”, DJ, 2006-3-654; 31/10/06, “Ministerio de Salud y/o

derechos individuales de los colectivos y, entre estos últimos, diferenció los individuales homogéneos de los difusos.

Con el tiempo, fue la tesis de Lorenzetti la que esquematizó el sistema de derechos en tres dimensiones: i) los derechos individuales, ii) los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y, iii) los derechos individuales homogéneos. En "Mendoza", en su voto particular, definía a los primeros como aquellos bienes jurídicos individuales ejercidos por su titular. A los segundos, los derechos colectivos, como aquellos que tienen por objeto un bien colectivo, perteneciente a toda la comunidad, indivisible, y que no admite exclusión alguna. Los derechos individuales homogéneos, finalmente, fueron conceptualizados como aquellos en los que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, pero en los que existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión de todos ellos, y por lo tanto es identificable una circunstancia fáctica o normativa homogénea.

El Tribunal terminó de perfilar cuál era el modelo escogido para la tutela de los derechos de incidencia colectiva en el caso "Halabi"⁹ y lo ha mantenido hasta el presente. Lo central de la actividad de la CSJN, sobre lo que mayormente nos detendremos en el análisis, fue la elección de un mecanismo concreto, entre varios posibles que se podrían haber delineado. En muchos países europeos –por poner ejemplos- se ha seguido, mayormente, una matriz no representativa¹⁰. Se sigue lo que se conoce como el mecanismo *opt-in*, en el que se confía en un sujeto al que se considera representativo de los intereses del grupo, y se espera la adhesión de los involucrados al litigio que él gobernará. Es decir, se han legislado modalidades tales como las demandas adhesivas, los recursos repetitivos, los casos modelo y/o los precedentes formalmente vinculantes, resultando esencial que cada uno de los

Gobernación", Fallos 329:4741; 31/10/06, "Mujeres por la Vida .Asociación Civil sin Fines de Lucro –filial Córdoba- c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, Fallos 329:4593; 31/10/06, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones resol. 2629/99 s/ amparo ley 16.986" Fallos 329:4647; 26/6/07, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional", Fallos 330:2800. (Salgado, 2007)

⁹ C.S.J.N., 24/2/09, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986.", Fallos 332:111.

¹⁰ Son los casos de Italia, Alemania, Francia, Inglaterra.

miembros del grupo exprese su voluntad para poder agregarse a los resultados de ese proceso colectivo.

El sistema escogido por la CSJN, en cambio, es el que se denomina *opt-out*, o de pretensión representativa, que encuentra su arquetipo más desarrollado en la Regla 23 del derecho federal de los Estados Unidos. El eje de este mecanismo se centra en que una persona – legitimada extraordinaria o por vía legal- representa los reclamos o defensas del grupo sin que sea necesario que sus integrantes concurren personalmente al pleito, ni expresen su voluntad para quedar incluidos en aquel; por el contrario, sólo deberán formular tal petición para apartarse, en los casos en que el objeto del proceso lo permita –v.gr. derechos individuales homogéneos-. La representación adecuada es el modo en que ese legitimado extraordinario se “auto postula” como el portador de la voz del grupo en conflicto y, bajo un riguroso control de sus condiciones, a efectos de garantizar la eficaz tutela de todos los derechos comunes, les hace extensivas las consecuencias de ese proceso.

En este punto, deben notarse varios aspectos: i) la reforma constitucional, al incluir los derechos de incidencia colectiva, perfilándolos como una especie tutelable a través de la “acción de amparo”, no indicó qué tipo de dispositivo procesal era aplicable; ii) la lectura del art. 43, párrafo segundo, de la Constitución, deja además otras enseñanzas, que indican que lo postulado en el texto no es limitante de otras vías para tutelar los derechos de incidencia colectiva, sino una base o piso de garantías disponibles y, puede estructurarse la modalidad que se considere más eficaz de acuerdo a los objetivos deseados; iii) la CSJN eligió una opción de tutela específica, que hasta su introducción pretoriana era ajena a nuestro sistema procesal por provenir del *common law* y que; iv) el camino escogido no limita, ni se contrapone, con la eventual pero posible imbricación, por vía legislativa, de sistemas *opt in* y *opt out*, que sin dudas lo harían más completo y eficaz. Por supuesto que no se trata de propuestas antagónicas que no puedan convivir; tampoco son sustitutos. Se trata de herramientas cuya disponibilidad es necesaria y que pueden resultar más o menos útiles de acuerdo al conflicto que desee abordarse.

IV.

La historia institucional del proceso colectivo en el ámbito federal es un devenir que se enrola en la emergencia y en la excepción permanente que rige nuestra cultura. Un punto de partida poco nítido, el debate constituyente, una larga y persistente omisión del legislador, y su abordaje por vía de creación pretoriana de los jueces para campear necesidades.

Hay una frase que define bien nuestra idiosincrasia en distintos niveles: “No hay nada más viejo que el diario de ayer, aunque no hay nada más actual que el diario de hace 20 años.” Los aniversarios referidos nos recuerdan que, desde hace mucho tiempo, esperamos la implementación de un sistema que pueda abordar los conflictos colectivos de modo eficaz.

Bibliografía

Documentos:

(Argentina), Convención Constituyente (1994). *Diario de sesiones*. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.

Artículos:

Gargarella, R. (2015), *Breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después*, en *Pensar en derecho*, año 3, n° 5, Eudeba, Buenos Aires, p. 17/34.

Gelli, María Angélica (2004), *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires.

Giannini, Leandro J. (2007), *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Buenos Aires, Librería Editora Platense.

Gidi, Antonio (2004), *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, Un modelo para países de derecho civil*, México, U.N.A.M.

González, J. V. (2001), *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, actualizado por Quiroga Lavié, Humberto, Buenos Aires, La Ley.

Meroi, A. (2008), *Procesos colectivos, Recepción y problemas*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Quiroga Lavié, H. (1992), *Ha nacido el amparo colectivo, con motivo del derecho de réplica*, La Ley, 1992-D, 879.

--- (1998), *El amparo colectivo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Salgado, J. M. (2007), *La Corte y la construcción del caso colectivo*, La Ley, 2007-D, 797.

--- (2010), *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

--- (2011) *Tutela Individual Homogénea*, Astrea, Buenos Aires.

--- (2019), *Conflicto masivo y proceso*, Ponencia General. Comisión 3 civil: “Sistemas de resolución de conflictos masivos”, XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan 12, 13 y 14 de septiembre, inédito.

Santiago (h), A. (2014), *Historia de la Corte Suprema Argentina, Tº III, El período de la restauración democrática*, Buenos Aires, Marcial Pons.

Verbic, F. (2007), *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Astrea.

--- (2014), *Apuntes sobre los procesos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva de Derechos en la República Argentina*, en Salgado, J.M. (Dir.), *Procesos colectivos y acciones de clase*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, p.143/175.