

LAS ACCIONES EN LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

Es evidente que existe un nuevo orden mundial, al cual el derecho procesal, ni en Argentina, ni en ningún país del orbe, que se precie de respetar el orden jurídico, puede quedar sustraído, ya que conceptos antes tradicionales, como el de soberanía, o el de jurisdicción, hoy requieren nuevas lecturas, por imperio de esa nueva cosmovisión que se ha dado en denominar globalización¹.

En el pasado, sostiene Galgano, el nacionalismo era estandarte de los pueblos que querían independizarse de potencias que consideraban extranjeras. Hoy, es más bien una opción de mercado. La independencia que se reivindica está en función de una nueva dependencia económica electiva. Se quiere sustraer de un área de influencia, para entrar en otra diferente. A la soberanía nacional, no asociada más a una riqueza nacional, le queda sólo un dato nominalista. La adhesión a entidades supranacionales es para los Estados una renuncia a la propia soberanía sólo en sentido formal. En términos sustanciales estas adhesiones nacen del conocimiento de que la dimensión nacional no es más la dimensión idónea para un efectivo ejercicio de la soberanía².

Esto en la realidad se puede palpar en forma concreta, pues ninguna nación puede sustraerse a mantener relaciones por cierto que no solo comerciales con el exterior y, menos aún advertirse, a simple modo de ejemplo, que figuras jurídicas como el contrato a distancia dejó de ser una posibilidad remota, pues ya se transformó en moneda corriente, por el acortamiento de esas distancias que ha provocado el avance de las comunicaciones, o bien a reconocer que existen contratos que permiten su propia inmunidad, para evitar precisamente un trámite judicial que entorpezca el desarrollo de un determinado emprendimiento³.

El impetuoso avance de la ciencia en general, y el desarrollo de las comunicaciones, puntualmente en este aspecto que destacamos, ha provocado un acortamiento en vínculos y distancias que la llamada “globalización”, evidencia como una realidad incontestable.

Sirva como ejemplo de todo lo expuesto, más allá de las proyecciones del Tratado de Roma que llevaron a la creación de la Unión Europea, y sus derivaciones, lo que sucede en nuestro país, al adherir a la Convención Americana de Derechos Humanos, al considerar nuestro más Alto Tribunal en un pie de igualdad con la Constitución Nacional, no sólo ese Tratado Internacional, sino el conjunto de tratados que se ha dado en denominar “bloque de constitucionalidad”.

Otro ejemplo de lo expuesto resulta el Mercosur, sin abrir juicios de valor a su respecto, pues se flexibiliza la concepción tradicional de soberanía al punto de admitir una jurisdicción supranacional, que resolvió hace poco

¹ Sirva como ejemplo de lo expuesto las leyes 25.390 y 26.200 a través de las cuales nuestro país primero aprobó el Estatuto de Roma por el cual se crea la Corte Penal Internacional, y luego por la segunda de las leyes mencionadas se reconoce expresamente la aplicación no sólo del Estatuto sino además la competencia de la referida Corte para juzgar crímenes y delitos que allí se contemplan.

² Galgano, Francesco; *La globalización en el espejo del derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 37.

³ Ver en este sentido Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Las garantías a primera demanda”; *Revista de Derecho Privado y Comunitario* nro. 2, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 93 y ss. Además Alegría, Héctor; “Las garantías autoliquidables”, en el mismo número de la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, p. 149 y ss. También en la misma línea Lorenzetti, Ricardo; *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. III, p. 525 y ss. Todos ellos constituyen mecanismos que permitirían evitar el trámite judicial que conlleva cualquier proceso de ejecución, de modo de encontrarnos frente a la inmunidad aludida.

tiempo, un conflicto de incidencia colectiva, como el que representaba el corte de rutas por los vecinos de Gualaguaychú, Provincia de Entre Ríos que protestan por la instalación de papeleras en la República Oriental del Uruguay⁴.

De hecho también nuestro país, para dirimir las controversias suscitadas con la privatización de empresas que estaban bajo su órbita, se ha sometido a la competencia de un tribunal arbitral, el del Banco Mundial –Ciadi- (Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones), al que acudieron empresas que vieron violentada la letra de sus contratos.

Esta realidad que es incontrastable, hace que la República Argentina, para seguir el camino del concierto de naciones que propenden a un adecuado desarrollo, protegiendo los derechos y garantías de las personas, en sentido amplio, no pueda quedar sustraída, asumiendo una pasividad ajena a esta realidad, en temas que tienen una neta raigambre constitucional, no sólo por estar consagrados en la letra de nuestra Ley Fundamental, como el caso de los derechos de incidencia colectiva que aquí nos ocupan, sino además por estar contemplados en los Tratados internacionales precisamente a los que adhirió nuestro país, pues esas son las fuentes en las que deben encontrar respaldo los sistemas garantizadores de los derechos⁵.

El reconocimiento de la labor desarrollada por organismos internacionales en protección a los derechos humanos, también alcanza a estos derechos de incidencia colectiva, sirva como ejemplo en nuestro país, la acción de amparo que se promovió para resguardar el derecho al sufragio de aquellas personas que estaban procesadas, con prisión preventiva y aún no habían sido objeto de condena -la que debía ser interpretada como medida cautelar, según lo señalado por la Corte- como una restricción que resultaba inadmisibile.

En ese precedente, señaló la Corte Suprema que: “los Estados parte deben no solamente respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, concepto que implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce”.

“La tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos el goce de los derechos constituye una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida en que la expresión garantizar entraña el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídica y libremente el pleno ejercicio de los derechos humanos”⁶.

⁴ Se señaló que si bien cada Estado soberano tiene pleno autogobierno y además los demás Estados no pueden inmiscuirse en las medidas concretas que aquél adopte en el orden interno para cumplir sus compromisos internacionales, las normas jurídicas no se deben manejar con indiferencia por sus resultados. Legitimar cortes de ruta como los que aquí se han puesto de manifiesto, implicaría despojar al Tratado de Asunción de una parte esencial de su razón de ser y alentar la reiteración de estos hechos por cuestiones que no siempre tendrán la relevancia de la presente, creando un estado de imprevisibilidad que desembocará en inseguridad jurídica y sentará un precedente contraproducente para el desarrollo futuro del Mercosur (este fallo del Tribunal Arbitral ad hoc del Mercosur, fue publicado en el diario E.D. del 19/10/06, p. 1 y ss., con nota de Emilio J. Cardenas y Guillermo Tempesta).

⁵ Solo con carácter ejemplificativo podemos mencionar entre otros, el derecho a la salud que contempla el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el derecho a la no discriminación que contempla el art. 2 de la Declaración Universal de Derecho Humanos; el derecho de asociación que contempla el art. 8 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales; la libertad de creencias políticas o religiosas que contempla el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; todos ellos se amplian y reiteran en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

⁶ Fallos 325:524

Este ejemplo, que contempla derechos con una incidencia que va más allá de la meramente individual, que podemos asimilar a la colectiva, es una muestra elocuente de lo que venimos señalando, más aún teniendo en cuenta que la Corte precisamente en ese mismo precedente, al margen de la omisión en la que habían incurrido los otros poderes del Estado, señaló concretamente la anomalía producida requiriendo una pronta regularización de la cuestión para no exponer a nuestro país a incumplimientos de orden internacional.

De tal modo señaló concretamente que: “la falta de adecuación del derecho interno al art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no constituye óbice para viabilizar su aplicación, pues la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna”.

De lo expuesto hasta aquí es evidente que lo que se requiere es una nueva mirada que no se circunscriba estrictamente a la letra de una ley, sino a lograr la mayor efectividad en la concreción de los principios puestos por el constituyente, en la Constitución del 94 y además en los Tratados Internacionales que a ella fueron asimilados, aún antes del dictado de nuestra Ley Fundamental, por la doctrina que ya había esbozado nuestro más Alto Tribunal⁷.

De tal forma esos principios, como presupuestos políticos fundantes de un determinado ordenamiento, como en este caso, procesal, requieren cobrar vida en la realidad a través de sistemas que resulten adecuados.

Estos constituyen formas que metódicamente estructuradas permiten cobrar vida dentro de un ordenamiento a aquellos principios diseñados por el constituyente. Para ello es que se impone una nueva mirada, que sin dejar de lado pautas tradicionales, como las que surgen de una ley, permitan estructurar nuevos paradigmas aptos para contemplar situaciones novedosas –por lo menos en nuestro ámbito- que nos ponen en la encrucijada de transitar nuevos senderos.

En este sentido un código pensado como totalidad o una ley consagrada como tal, se enfrenta con la aparición de lo que nosotros llamamos sistemas y Lorenzetti utilizando una terminología similar, ha denominado “microsistemas”, que se caracterizan por contener normas con un alto grado de autonomía, ya que presentan propias fuentes, leyes, reglamentos, interpretaciones, congresos científicos, con una especificidad que se acentúa hasta constituirse en subsistemas autorregulados⁸.

Ese entendemos que es el camino apropiado para contemplar todas estas situaciones novedosas, sirviendo como buen ejemplo para ello las cuestiones referidas a los usuarios, que muchas veces se ven enfrentados a una prestadora de un servicio público, como la luz, o el teléfono, o tal vez el agua, padeciendo idénticos trastornos, que justificarían un reclamo único que los involucre a todos, de modo de evitar así la consumación de un agravio por vía de hecho, por la inadecuada prestación del servicio, o bien la omisión en la que se podría incurrir por el desinterés, que resulta una cuestión menor para los usuarios, pero que potenciado a nivel empresarial, con una mirada opuesta puede tener una trascendencia económica importante.

2.- NUESTRA REALIDAD

Lamentablemente, no es esa la situación que vivimos para contemplar todos los derechos que han sido plasmados específicamente en los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, ya que no existe una concreta regulación de las vías que debe garantizar el legislador para su protección o defensa, pues al margen de algunas leyes específicas, como la 24.240 de defensa del consumidor, o la ley 25.675 de protección del medio

⁷ Sirva como ejemplo los casos *Ekmekdjina c/Sofovich* (Fallos 315:1492), *Fibraza* (Fallos 316:1669), *Cafés La Virginia* (Fallos 317:1282), *Giroldi* (Fallos 318:514), entre otros.

⁸ Lorenzetti, Ricardo L.; *Teoría de la decisión judicial*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 36.

ambiente, existen omisiones que no contemplan esos ordenamientos, tomados a simple modo ejemplificador, que no permiten encauzar estos llamados derechos de incidencia colectiva.

Un caso más que elocuente es la ley llamada de protección del medio ambiente, que señala expresamente que sus normas son de orden público y operativas.

¿Pero esto qué quiere decir? ¿cómo se interpreta la operatividad de ese cuerpo legal? Es seguro que el legislador quiso dejar a buen resguardo el medio ambiente de cualquier actitud del hombre que resulte depredadora, o devastadora, o eventualmente que omita los cuidados o las protecciones mínimas indispensables.

Lo que se omite en todos estos supuestos, es señalar y precisar cuales son las acciones que se deben utilizar para ello. Esta circunstancia por sí misma nos expone como país, a una especie de desconcierto pues en general se cae siempre dentro de la órbita del amparo como mecanismo que se presume idóneo a esos fines, sin advertir su esencia como proceso protectorio.

Sin embargo, pese a que resulta muestra más que elocuente de ello, la regulación que se pretende atribuirle al amparo en la Legislatura Nacional, en donde existe un proyecto de ley que cuenta ya con media sanción por parte de la Cámara Baja⁹, lo único que estamos haciendo es desvirtuando su sentido.

De ahí que convenga advertir estas anomalías para tratar de hacer recapacitar tanto al legislador como a la jurisdicción para que la vía pretoriana a través de la cual se le ha dado otro vuelo al amparo, por lo menos en algunas áreas sensibles, como es el caso del derecho a la salud¹⁰, no sean dejadas de lado por la estructuración de un sistema que resulta inapropiado a los fines que se persiguen.

Por eso este trabajo también podría haber sido denominado otra desnaturalización del amparo, o bien, una nueva actitud omisiva del legislador, entre otros tantos títulos que podrían identificar claramente su finalidad.

Sucede que en la Constitución reformada de 1994 han tenido recepción expresa los derechos de incidencia colectiva, concretamente en los arts. 41, 42 y 43 se alude puntualmente a ellos, más allá del llamado bloque de constitucionalidad que incorpora a los tratados internacionales de derechos humanos que han sido parangonados a la letra de nuestra Ley Fundamental, sobre todo por las previsiones del art. 75 inc. 22 y la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal.

Sin embargo, esos derechos no han tenido un cauce que garantice su pleno ejercicio y su adecuada protección toda vez que ha existido una actitud que podríamos denominar “indiferente” o “despreocupada” o “negligente”, o como quiera identificársela, por parte del legislador, que ha omitido la regulación específica de las vías que propendan a esos fines.

Precisamente la razón que anima a este trabajo apunta a señalar, una actitud por un lado “perezosa” del legislador, cuando omite cumplimentar el mandato constitucional, y por otro lado, negligente, por no advertir la trascendencia de la contemplación de derechos que por sus particularidades requieren un tratamiento especial,

⁹ Esto al tiempo de la elaboración de este trabajo. El proyecto en cuestión ha sido publicado en J.A. 2006-II-Número Especial sobre acciones colectivas, fascículo 12 del 21/6/06, p. 92 y ss.

¹⁰ En esos casos no solo se le ha dado un alcance distinto a la estructura o molde tradicional que tiene el amparo, como lo señalamos en “Un nuevo molde para el amparo”, Revista de Derecho Procesal nro. 5, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 63 y ss., sino que además la Corte ha interpretado también en punto a la legitimación que: Corresponde confirmar la legitimación de la Asociación Civil de Esclerosis Múltiple de Salta si la funda en su carácter de titular de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud -defensa de los derechos de las personas con esclerosis múltiple- como parte del objeto de la asociación. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (Fallos 326:4931).

ya que sus proyecciones ponen en tela de juicio instituciones otrora básicas del derecho procesal, como la legitimación, la cosa juzgada, entre otras.

Obsérvese, como señala Lorenzetti, que la noción de derecho subjetivo tal como se la entendió en el siglo XIX también está mudándose. El surgimiento de grandes grupos de damnificados ha dado lugar a los intereses individuales homogéneos, la aparición de bienes colectivos ha provocado el reconocimiento de intereses difusos. Todas estas categorías son incorporadas desde fuera de la parte general y, frecuentemente, a través de leyes especiales.

En esa línea se ha interpretado que la titularidad del derecho material (aspecto subjetivo), o derecho difuso pertenece a una comunidad formada por un grupo de personas indeterminadas e indeterminables. El derecho colectivo pertenece a una colectividad (grupo, categoría, clase) formada por personas indeterminadas mas determinables. Los derechos individuales homogéneos pertenecen a una comunidad formada por personas perfectamente individualizadas que también son indeterminadas y determinables¹¹.

Precisamente en esa acción de carácter colectivo, el derecho tutelado pertenece a un grupo de personas a las cuales la sentencia las vinculará. Allí puede actuar un representante del grupo, pero esto –como señala Gidi- es solo una cuestión incidental dentro del concepto de acción colectiva. Lo importante a destacar es que el representante sea una persona (física o legal) diferente del grupo titular de los derechos que se están tutelando en juicio¹².

Como es sencillo inferir, esta realidad es absolutamente distinta a la que puede caber dentro del amparo que tradicionalmente conocemos en el país, y consideramos que no está contemplado adecuadamente en el proyecto de ley que antes indicamos, con lo cual la pregunta que cae de maduro, es saber si realmente puede pensarse en el amparo como el medio idóneo para encauzar todas las variantes que contempla la Constitución Nacional en estos derechos de incidencia colectiva.

3.- ANTECEDENTES DEL AMPARO

Resulta oportuno no perder de vista que ha sucedido con el amparo en nuestro país, para no dejar de tener en cuenta aspectos que resultan esenciales para contemplar, en aras a evitar la reiteración de errores ya conocidos.

De tal modo, nos encontramos con una situación por demás paradójica que es la siguiente. Cuando el amparo vio la luz, por vía pretoriana, a partir de los leading cases *Siri* y *Kot*¹³, desde donde fueron regulados el amparo contra actos de la autoridad pública y contra actos de particulares respectivamente, se provocó hasta esa regulación que sucedió más de diez años después del pronunciamiento de la Corte en aquellos casos líderes, una especie de “avalancha” de reclamos de toda laya, pues se interpretó al amparo como una especie de panacea.

Todo debía ser resuelto por vía de amparo. Prácticamente la mayoría de los reclamos judiciales de la década del 60, eran encarados por vía de amparo, de ahí la limitación puesta por el legislador primero en la letra de la ley 16.986, con todas las cortapisas que provocaron lo que alguna vez denominamos como “vida aciaga del amparo”, ya que el art. 2 de aquél cuerpo legal importó un valladar muy difícil de sortear¹⁴.

¹¹ Gidi, Antonio; Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos; en A.A.V.V. La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos, Ed. Porrúa, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, p. 29.

¹² Gidi, Antonio; El concepto de acción colectiva, Ob. cit. de A.A.V.V., p. 16.

¹³ Fallos 239:459 y 241:296, respectivamente.

¹⁴ Rojas, Jorge A.; Op. cit.

Luego por vía del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454), se introdujo el amparo contra actos de particulares (art. 321), con semejanzas, por sus limitaciones, a las previsiones de la ley 16.986, todo ello desde luego en franca oposición a la flexibilidad con la que había aparecido la figura, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que no se requería de reglamentación alguna para el ejercicio de los derechos y garantías que contempla la primera parte de la Constitución Nacional.

Esto le ha hecho decir a algunos maestros del Derecho Procesal, que el día que el amparo nació, en verdad murió, pues el estrangulamiento que se produjo por vía legislativa, terminó fulminando con la vida aciaga que antes indicamos, aquella creación pretoriana.

Así fue como, únicamente por vía excepcional, encontramos algunas facetas del amparo que resultan útiles, por ejemplo, los casos Outón¹⁵, o Mate Larangeira Mendes¹⁶, supuestos a través de los cuales se llegó a admitir la posibilidad de que a través de una acción de amparo se pueda declarar la inconstitucionalidad de alguna norma de alcance general, contrariamente a las prescripciones del inc. d) del art. 2 de la vieja ley 16.986.

Sin embargo, la constante fue la falta de eficacia del amparo a esos fines, hasta que se abre una nueva brecha con el caso Arenzón¹⁷, que luego se consolida en Peralta¹⁸, en virtud de la cual, pese a que aún no se había dictado la Constitución del 94, se admitió por vía pretoriana, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, dejándose de lado la previsión del art. 2 inc. d) de la ley 16.986.

Al momento de dictarse la nueva Constitución Nacional, es de advertir que el amparo apareció profusamente regulado. Ello no sólo en razón que el art. 43 se refirió específicamente a esta figura, sino que además al incorporarse el bloque de constitucionalidad conformado por el conjunto de Tratados Internacionales de derechos humanos, a los cuales ya nuestro más Alto Tribunal había asimilado a la letra de nuestra Ley Fundamental, también aparecía regulado el amparo¹⁹.

Como se puede advertir de lo expuesto hasta aquí, parecería que si hay algo que actualmente sobra es la regulación del amparo, pues contrariamente a lo que venía sucediendo hasta su constitucionalización, ahora su regulación aparece en demasía en nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁵ Fallos 267:215

¹⁶ Fallos 269:393

¹⁷ Fallos 306:400

¹⁸ Fallos 313:1513

¹⁹ Sirva citar los siguientes ejemplos de regulación: *a)* Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Art. XVIII.- Toda persona... debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

b) Declaración Universal de Derechos Humanos: Art. 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

c) Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por nuestro país por ley 23.054. Art. 25.- Protección judicial.- 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...

d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por nuestro país por ley 23.313). Parte II, art. 2, ap. 3: Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: *a)* Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales...

Por lo tanto, si la regulación legal es la que se indica, la pregunta que cabe formular es sobre su efectividad, pues aquí se trastocan los términos entre las previsiones legales y su concreta operatividad, ya que lamentablemente se produce una relación inversamente proporcional, que no es la deseable de esperar.

Muestra elocuente de lo que llevamos dicho surge precisamente del caso Bustos²⁰, el cual paradójicamente podría ser útil desde el doble punto de vista que nos ocupa. Es decir, el de las acciones que la Constitución Nacional identifica como expedita y rápida (que en verdad consideramos debe ser el proceso y por ende sus procedimientos, o el sistema como preferimos) y su eficacia a la luz de derechos de incidencia colectiva.

Este supuesto, podría permitirnos advertir a un conjunto indeterminado de personas, que en defensa de derechos colectivos homogéneos e individuales, se ven precisados a promover un amparo (en forma individual), que los resguarde contra un acto de la autoridad pública, que provocó un cercenamiento en su derecho de propiedad violando así la letra de la Constitución Nacional.

En ese caso, de honda proyección social, la Corte estableció como pauta interpretativa, con una nueva composición, que el amparo no resulta la vía idónea para ejercer reclamaciones como la que se había intentado, con lo cual nos encontramos frente a la siguiente situación. Por un lado, el amparo no es la vía idónea para ese tipo de reclamos, pero por otro, tampoco se pueden ejercer por medio de una acción colectiva, que huelga señalar que no está regulada como tal.

¿Qué sucede entonces dentro de este campo? ¿Porqué existen otros derechos de incidencia colectiva que pueden ser objeto de reclamación por vía de amparo y estos no? ¿Cuáles son las diferencias? Y en su caso ¿cuáles serían las vías idóneas a transitar para lograr el objetivo que podríamos corporizar en una tutela judicial efectiva e inmediata?

El derrotero a seguir debe ser otro y lo que tenemos que tener en cuenta es una mirada distinta a la que está poniendo actualmente el legislador para regular al amparo, como vía idónea a los fines que hemos señalado.

4.- ¿OTRA REGULACION?

La regulación que se pretende brindar al amparo, lejos de perseguir una mayor efectividad en la protección de los derechos –en este caso de incidencia colectiva- que nos ocupan, no solo se despreocupa de ello, sino que además atravesando un camino inverso –que en apariencia resulta verdadero y adecuado- termina desvirtuando la esencia del amparo, que llamamos genérico para evitar confusiones con cualquier variante que tenga esta figura²¹.

Sagües caracterizó a esta ley como una invitación a la “amparomanía”²², porque todo puede ser resuelto por vía de amparo, pues estando a su contenido, que no es otro que la estructura clásica que tiene cualquier proceso de conocimiento, cuya variación únicamente se podrá encontrar en la mayor o menor amplitud del conocimiento por parte de la jurisdicción, vemos como se contemplan diversos procesos para tramitar amparos contra actos (u omisiones), sean de la autoridad pública, como de particulares, e inclusive también aquellos derechos de incidencia colectiva.

Este primer artículo es el que da cuenta desde el comienzo, de que se trata de una ley de carácter procesal que puede ser denominada “ómnibus”, no porque contemple distintas materias, sino porque contempla distintos

²⁰ Fallos 327:4495

²¹ Esto es, el amparo sindical, el habeas data, también llamado amparo informático, el amparo electoral, el amparo por mora de la administración, entre otras variantes.

²² Sagües, Néstor P.; El perfil del amparo en el proyecto legislativo en trámite, J.A. 2006-III-fasc. 3 del 19/7/06, p. 3 y ss.

procesos, ya que dentro de sí puede haber un simple amparo, de los que llamamos genéricos, como por ejemplo aquellos que resguardan el derecho a la salud, como un amparo contra un vecino por una actuación antijurídica, como un amparo para la protección del medio ambiente, como un amparo contra cualquier forma de discriminación, o un amparo que resguarde la competencia, o al usuario, o al consumidor, en fin, como se advierte, para el legislador parecería que todo es lo mismo, todo es igual, y un solo molde es útil para contemplar las que dimos a modo de ejemplo, como variantes del amparo.

Es evidente que el legislador, o interpreta erróneamente el mandato del constituyente, o es renuente a su cumplimiento, toda vez que el art. 43 de la Constitución Nacional señala expresamente que el amparo será procedente siempre que ***no exista otro medio judicial más idóneo***, con lo cual uno de los aspectos principales a tener en cuenta, es en primer lugar la excepcionalidad que importa transitar la vía del amparo, y además de ello, la necesidad de estructurarlo de modo tal que constituya un sistema que cumpla con esa manda constitucional que señala que se debe interpretar no como una acción expedita y rápida sino como un proceso expedito y rápido.

No podemos caer en la confusión en que se incurrió en la redacción de la norma constitucional al superponer el concepto acción con el concepto proceso. Una acción debe ser interpretada -en un sentido abstracto- como el poder jurídico que le asiste a quien se encuentra en condiciones de requerir la intervención de una autoridad pública en un determinado asunto.

Pero en un sentido concreto, consiste en la posibilidad de hacer valer una pretensión ante la jurisdicción, poniendo en marcha la maquinaria judicial, promoviendo un proceso al efecto. Como se puede apreciar esta es la consecuencia, o el efecto que provoca aquella.

Como señalamos no es lo mismo acción y proceso. Si el proceso es expedito y rápido, la acción promovida va a obtener de la jurisdicción la tutela pretendida, de lo contrario, caeremos en situaciones como las que se describen en el proyecto de ley al que aludimos.

De tal modo es como se desvirtúa la esencia del amparo, que consiste en un típico proceso de carácter protectorio, el cual es ajeno a toda idea de bilateralidad, entendida en el sentido tradicional como el que se desarrolla en un proceso de conocimiento, precisamente porque se la restringe al mínimo indispensable para dejar a resguardo el derecho de defensa en juicio, pues no se trata de dirimir cuál de las dos posiciones en el pleito es la correcta, sino por el contrario resguardar o reestablecer aquellos derechos que resultaron vulnerados.

5.- OMISION Y DESVIRTUACION

Estas desvirtuaciones nacen de la inobservancia de la letra de nuestra Constitución Nacional, toda vez que el legislador ha pasado por alto, no solo la esencia del amparo sino el propio mandato del constituyente, que había sido muy preciso al respecto.

Es muy sencillo de advertir lo expuesto de la simple letra de la Ley Fundamental. El art. 41 de la Constitución Nacional dispone al contemplar la protección del medio ambiente que “las autoridades proveerán a la protección de este derecho...” y agrega más adelante “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

Como es claro, la labor no se circunscribe únicamente al dictado de una ley general del medio ambiente, sino que los presupuestos mínimos de protección deben emerger de la legislación adecuada, que no es otra más que una competencia concurrente entre el Gobierno Central y los provinciales, toda vez que cada Provincia reserva

para sí su propio régimen de administración de justicia, con lo cual los sistemas que se deben crear parece que están previstos ser incorporados tanto por la legislación local como por la provincial.

Si avanzamos, podemos advertir que se contemplan otros derechos de neta incidencia colectiva, como los de los usuarios, consumidores, defensa de la competencia, entre otros, pues se previó específicamente en el art. 42 de la Ley Fundamental, que “la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”.

¿A qué conflictos se alude? Es evidente que no pueden ser otros más que aquellos que se les planteen a los consumidores de bienes, o a los usuarios de los servicios públicos, por señalar algunos ejemplos, para lo cual no se necesita mayor esfuerzo pues ello se desprende de la misma norma analizada.

Por lo tanto, no puede aparecer como única interpretación válida que todos los derechos que se tratan de contemplar dentro de los arts. 41 y 42, deban ser resguardados por vía de amparo, pues de haber sido así, el propio constituyente lo hubiera señalado.

Contrariamente a ello, el art. 41 alude a una competencia concurrente, pero con una finalidad cierta y concreta que apunta a la protección del medio ambiente. Ahora tenemos la ley, por lo tanto la pregunta es si alcanza con señalar que es de orden público para el adecuado resguardo de aquél. Evidentemente sin una norma operativa, que no es tal solo por el hecho que lo diga su texto, vacío de contenido en definitiva en ese sentido, el derecho sustancial puede quedar allí inerte, sin vida, porque procesalmente no esté dada la condición necesaria para su funcionalidad.

Lo mismo sucede con el art. 42 en donde la situación se hace mucho más clara y transparente al señalar que la legislación establecerá “*los procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos*”.

Entonces nos preguntamos si alcanza con la ley de defensa del consumidor. Es un avance importantísimo, pero necesitamos su perfeccionamiento para su adecuada operatividad. Si se pretende que los conflictos sean resueltos por vía arbitral, para lo cual se crearon los tribunales correspondientes, habrá que analizar si el operador jurídico y el público en general está en condiciones de utilizar ese sistema pues de ello va a depender sin dudas su éxito, que no es otro que ver coronado el objetivo fijado por el constituyente.

Como puede advertirse no todo debe ser resuelto por vía de amparo, sino la “amparitis”, como señala Sagües, como toda demasía resultará dañosa, y obsérvese que en este punto repite una situación que históricamente ya se había dado, esto es, la posibilidad de enfrentar la jurisdicción una avalancha de amparos, con lo cual lo único que haríamos sería reiterar la historia que ya conocemos, que ha transformado en aciaga la vida del amparo.

6.- LA GENERACION DE SISTEMAS ADECUADOS

Por lo tanto, teniendo en cuenta la impronta que marca la historia del amparo en nuestro país, no podemos sustraernos a la mirada que sociológicamente se impone para tener presente el perfil de nuestra sociedad, tan particular por cierto, y además la importancia que revestiría brindar al justiciable las formas que resulten adecuadas para la solución de los conflictos que pueden plantearse.

No consideramos que el camino adecuado sea englobar todo dentro del amparo, pues no es lo mismo, insistimos, un amparo tradicional, por ejemplo derivado de una omisión de un prestador médico, como los supuestos que ha resuelto el más Alto Tribunal, como aquellas situaciones derivadas de la compra de un simple electrodoméstico, o las que provienen de la normativa que protege el medio ambiente.

En este sentido, es poco probable que el molde del amparo, como proceso de carácter protectorio, resulte adecuado para encauzar una reclamación originada en un daño ambiental, pues los pliegues del proceso de conocimiento clásico, tal vez puedan contemplar y encauzar mejor una reclamación de esa índole.

Sirva como ejemplo, la intervención que le cabe a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los reclamos efectuados por vecinos del Riachuelo. Allí no solo la vía es la de un proceso de conocimiento, sino que además el amparo hubiera sido estéril como mecanismo adecuado para la protección de los derechos que fueron vulnerados. Jugarán entonces otras alternativas, como los sistemas cautelares, o las medidas de prueba anticipada, o bien las medidas precautorias, típicas o no, pero lo cierto es que si hay algo que resulta evidente es que el amparo no puede ser considerado idóneo a esos fines.

Con lo cual, en lugar de propender a la sistematización de las acciones colectivas, con la vía que se ha escogido, lo único que se puede lograr es el desbaratamiento del amparo, pues no pueden perderse de vista además de estos aspectos, aquellos de honda raigambre sociológica que definen no solo el perfil del justiciable en nuestro país, sino además del abogado y del juez.

Esas formas que debe arbitrar el legislador, cumpliendo el mandato del constituyente constituyen “sistemas”, pues metódicamente deben propender a la consecución de un objetivo determinado, el que en cada caso corresponda. Y esos sistemas, por su interconexión, van a reportar a un sistema mayor que los contemple como subsistemas que lo integran.

En el Código Procesal vemos reflejado lo expuesto. Allí tenemos un sistema claro y concreto, y dentro de él diversos subsistemas, como por ejemplo, el proceso de conocimiento clásico, o el juicio ejecutivo, o los procesos arbitrales, sin abrir por cierto un juicio de valor sobre su actual utilidad, o su necesidad de actualización. A su vez, dentro de ellos, tenemos un sistema probatorio, que no es el mismo dentro del ejecutivo que del ordinario; o un sistema impugnativo, que tampoco es idéntico en el proceso ordinario, del arbitral o del mismo ejecutivo.

Esas formas que pretendemos, estructuradas e implementadas de un modo metódico, son las que permitirán que los principios trazados por el constituyente, cuando constitucionalizó esta nueva gama de derechos, denominados de incidencia colectiva, cobren vida dentro de un determinado ordenamiento.

Además resultan esenciales para conformar un sistema apto para delinear un instituto y constituyen el gran desafío del derecho procesal actual, no solo porque nos llevan a poner en tela de juicio institutos otrora tradicionales, como la cosa juzgada, o la teoría de la legitimación entre otras, sino porque además la fundamentación para su andamiaje resulta inexcusable buscarla no sólo en la letra de nuestra Ley Fundamental, sino a partir de la flexibilización de conceptos tradicionales, como el de soberanía, como lo señalamos al comienzo, en tratados internacionales a los cuales adhirió nuestro país e inclusive en el *ius cogens*, cuando este derecho consuetudinario ha sido receptado a nivel internacional²³, toda vez que conforme lo señalado, existe una especie de legislación internacional paralela a la generada por los Estados en forma tradicional, que conforman una universalidad, que no nos puede permitir desconocer la globalización de los mercados, y la importancia de su registración como nuevos factores de poder a los fines de la creación de los sistemas a los que propendemos,

²³ En este sentido conviene tener presente la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal, cuando recogiendo este derecho transnacional, señaló que: “no se da una aplicación retroactiva de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, si los hechos por los cuales se condenó al encartado, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, pues en el marco de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, la citada convención ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional” (Fallos 327:3294).

apuntando a una adecuada sistematización de las diversas figuras que se contemplan, compatibilizándolas si fuera del caso con la legislación general²⁴.

Lo contrario implicaría recorrer un camino que ya por conocido, debemos saber de antemano a los resultados que nos conduce, mientras que los actos de autoridad que alude la Constitución Nacional, en el art. 41, también están representados por las sentencias de los jueces, que como tales, no pueden ser obviadas a estos fines²⁵, para detectar por lo menos los caminos a seguir y la forma en que pueden ser preparados los operadores jurídicos para la implementación y funcionamiento de esos sistemas, de modo de evitar las contradicciones que mellan la seguridad jurídica que deben brindar las instituciones²⁶.

²⁴ Galgano, Francesco, Ob. cit., p. 81; quien siguiendo a Ferrarese, señala que el fenómeno que se produce importa el fin de una juricidad gobernada o guiada exclusivamente por los Estados, pues la institución “mercado” se vuelve ella misma una elaboradora de novedades jurídicas”. Esto lo apuntamos pues señalamos al comienzo, que existen otros factores de poder distintos solo al que emerge de un Estado entendido en sentido clásico, que pueden condicionar el desarrollo de algunas políticas, con lo cual, su incidencia requerirá de una mayor eficiencia entendida en terminos cualitativos del Estado, a fin de no sucumbir frente a esos factores de poder, en aras precisamente al adecuado resguardo de los justiciables.

²⁵ En un sentido similar se expide Hutchinson, quien con apoyo en citas de Cappelletti y Dworkin, señala concretamente la necesidad que los propios jueces apliquen la preceptiva constitucional para propender a la tutela efectiva que señala el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, las cuales a su vez deben ser interpretadas en forma integrativa y evolutiva, creando y descubriendo las reglas que resulten de mejor aplicación al caso concreto, teniendo en cuenta que el orden jurídico se impone al juez (Hutchinson, Tomás; Daño Ambiental, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. I, p. 222).

²⁶ Debe desestimarse la solicitud del Defensor del Pueblo de ser tenido por parte en los juicios en trámite ante la Corte Suprema vinculados a pedidos de actualización de haberes previsionales, ya que resulta improcedente la asimilación pretendida respecto a derechos de incidencia colectiva en general, dadas las particularidades de cada pretensión y que los beneficiarios pueden efectuar las peticiones que estimen procedentes ante el Tribunal (Fallos 319:1828). Con idéntico criterio se sostuvo que “no resulta atendible la invocación por parte del Defensor del Pueblo de la Nación 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 el decreto 1517/98, tuvieron la oportunidad de acudir al Poder Judicial en procura de su adecuada tutela” (Fallos 323:4098). Obsérvese el criterio observado por el Tribunal en esos precedentes y lo sostenido al interpretar que: El art. 43 de la Constitución Nacional reconoce expresamente legitimación para interponer la acción expedita y rápida de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa, entre ellos, las asociaciones, por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, entre otros, los de incidencia colectiva (Fallos 323:1339). Pese a que la letra del art. 86 de la Constitución lo inviste de legitimación suficiente al Defensor del Pueblo, la posición del Alto Tribunal comenzó siendo reacia a ello, a pesar de que admitió la de una asociación que no tiene la registración a que alude el art. 43 de la Constitución pues jamás se dictó ley alguna al efecto. Estas contradicciones son las que desgastan la seguridad jurídica y requieren de un abordaje apropiado para la adecuada interpretación de las diversas situaciones que la realidad plantea.