

Título: Derechos de incidencia colectiva. Los efectos 'erga omnes' de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY 06/04/2009, 4 - LA LEY2009-B, 646

Cita: TR LALEY AR/DOC/1440/2009

Sumario: SUMARIO: 1. Síntesis del caso. - 2. Cuestiones previas a dilucidar. - 3. Las tres categorías de derechos protegidos por la acción de amparo. - 4. Procedencia del proceso colectivo aún sin regulación legal específica. - 5. Elementos que abonan la procedencia de una acción tendiente a proteger derechos de incidencia referentes a intereses individuales homogéneos. - 6. Una mayor rigurosidad de los recaudos en el futuro. - 7. Los efectos "erga omnes" de la sentencia. - 8. Los principales problemas que plantea el reconocimiento de la acción colectiva.

1. Síntesis del caso

Con fecha 24 de Febrero de 2009 la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia en un juicio de amparo promovido por el abogado Ernesto C. Halabi contra el Poder Ejecutivo Nacional, en el que demandó la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/2004 (Adla, LXIV-A, 151; LXV-A, 109), por considerar que sus disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determinara "en qué casos y con qué justificativos" ello podría llevarse a cabo. El eje de la pretensión del actor se basó en que esa intromisión constituía una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscababa el privilegio de confidencialidad a que, como abogado, tenía derecho en las comunicaciones con sus clientes.

A su turno, la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (confirmatoria del fallo de primera instancia) (1) había declarado la inconstitucionalidad de la referida ley con efectos "erga omnes", en beneficio de todos los usuarios que no habían participado en el proceso, con fundamento en que si bien la acción había sido promovida por el afectado en defensa de sus derechos individuales, el caso se encuadraba en la segunda parte del art. 43 de la C.N. (2). Interesa destacar que el Estado Nacional, al interponer el recurso extraordinario, limitó sus agravios a la extensión de los efectos de la sentencia, que declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su Decreto reglamentario, a todos los usuarios que no habían sido parte en el proceso.

La Corte Suprema, por el voto de la mayoría de sus integrantes (los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni), al destacar que el tema debatido en el pleito asumía gravedad institucional sobre un amplio sector de la población, como consecuencia del carácter general de las normas objeto de la tacha de inconstitucionalidad, reiteró que su tarea interpretativa de la Constitución y de las normas federales no se encontraba limitada por el contenido de la sentencia impugnada a través del recurso extraordinario ni por las pretensiones de las partes.

En esa inteligencia el voto de la mayoría de la Corte abordó un conjunto de cuestiones novedosas vinculadas a la protección de los derechos de incidencia colectiva objeto de la acción de amparo prevista en el art. 43 de la C.N. (si bien muchas de ellas se encontraban la disidencia del Juez Lorenzetti en el caso "Mujeres por la Vida") (3), las cuales implican un claro ejemplo de creación pretoriana del derecho.

Al medir los valores en juego en el litigio la Corte se inclina, a diferencia del dictamen de la Procuración General de la Nación (suscripto por la Dra. Laura Monti), por darle prioridad a los derechos de privacidad e intimidad de la persona por sobre el valor seguridad, lo cual ha tenido eco favorable en la doctrina constitucionalista (4).

2. Cuestiones previas a dilucidar

En primer lugar, la mayoría del Alto Tribunal plantea que para dilucidar el caso, resulta necesario determinar cuatro cuestiones básicas: 1) cuál es la naturaleza jurídica del derecho que se pretendió amparar mediante la acción deducida; 2) quiénes son los sujetos habilitados para articularla; 3) bajo qué condiciones puede resultar admisible; y 4) cuáles son los efectos que derivan de la resolución que se dicte.

3. Las tres categorías de derechos protegidos por la acción de amparo

Con criterio didáctico, el fallo describe tres categorías de derechos (5), a saber: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva (6) que tienen por objeto bienes colectivos o comunes y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (7).

Los derechos individuales, aparte de las acciones procesales ordinarias, se hallan protegidos por la acción de

amparo a que hace referencia la primera parte del artículo 43 de la C.N. (8). Esta acción que —como bien dice la Corte— es la tradicional acción de amparo instituida por vía pretoriana a partir de los precedentes "Siri" y "Kot" (9) la cual está destinada a la protección de derechos divisibles, no homogéneos caracterizándose por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados (10).

A su vez, los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos son ejercidos, continúa diciendo la Corte "por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado". Los bienes que se protegen por esta acción que deriva del art. 43 de la C.N., no pueden ser objeto de apropiación individual en cuanto por pertenecer a toda la comunidad son indivisibles (11).

Interesa puntualizar que la Corte sostiene que para probar si se configura una causa o controversia que abra la tutela judicial, debe acreditarse la lesión a un bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionario o de quienes éste representa (12).

La tercera categoría de derechos tutelados por la acción de amparo (art. 43, segundo párrafo de la C.N.) es la de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como "el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados" (13). En este supuesto, no hay un bien colectivo sino derechos individuales divisibles, no obstante existir "un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos" siendo, por tanto, identificable una causa fáctica homogénea o normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en el se dicte, salvo en lo que respecta a la prueba del daño (que concierne a cada sujeto individualmente considerado).

En cualquier caso, la defensa de los derechos colectivos asume hoy día una gran trascendencia tanto en el proceso administrativo como en el proceso civil y comercial (14).

4. Procedencia del proceso colectivo aún sin regulación legal específica

Ante la falta de regulación legal específica de esta clase de acciones, —en línea con su jurisprudencia tradicional— la Corte sostiene que dicha carencia no es óbice para impedir el acceso a la justicia, toda vez que los derechos que se protegen con la acción de amparo poseen fundamento constitucional y se gozan y ejercen con independencia de las leyes reglamentarias (15).

Se trata, en definitiva, de una creación pretoriana que, si bien se inscribe en la tendencia de las acciones de clase del derecho norteamericano, no implica la adopción ciega ni automática de sus reglas procesales que por cierto resultan bastante complejas y, en ciertos casos, de difícil adaptación a la realidad vernácula (16).

5. Elementos que abonan la procedencia de una acción tendiente a proteger derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos

La determinación de los elementos para la procedencia de una acción colectiva revela, como suele suceder con las definiciones, una combinación de certezas y penumbras. La Corte, con buen criterio, quizás sobre la base de suponer que no hay todavía un cauce definitivo para determinar la procedencia de esta clase de acciones colectivas, se ha animado a fijar tres pautas o conceptos definitorios. El primer elemento se traduce en la verificación de una causa fáctica y normativa común consistente en un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales (17).

El segundo elemento requiere que la pretensión procesal se concentre en los efectos comunes y no en los que cada persona puede peticionar en forma individual (18). De ese modo, la configuración de la causa o controversia que habilita la jurisdicción judicial "no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho" (19).

Por último, aparece una exigencia de mayor amplitud interpretativa, en cuanto predica que la acción procederá siempre que "el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia" (20). En este punto, el fallo de la Corte precisa que de todos modos la acción resultará procedente en aquellos supuestos en que prevalecen aspectos que revelan la presencia de un fuerte interés estatal en la protección, como los que se refieren a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados o que se encuentran débilmente protegidos (como los discapacitados, por ejemplo). La pauta para ello se encuentra en los artículos 41, 42 y 43 segundo párrafo de la C.N. (21).

6. Una mayor rigurosidad de los recaudos en el futuro

La circunstancia de ser ésta la primera oportunidad en que la Corte procede a delinear los caracteres de la

acción colectiva (de protección de intereses individuales homogéneos) junto a la ausencia de reglamentación la llevan a señalar que en el futuro se exigirán recaudos más rigurosos, para lo cual establece "obiter dictum" dos pautas de gran trascendencia tanto procesal como institucional. La primera se refiere a la adecuada representación de los intereses individuales homogéneos que habrá que exigir para fundamentar la procedencia de esta clase de proceso colectivo. En segundo lugar, el reconocimiento de la potestad de los jueces para que "arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados"⁽²²⁾.

La Corte insiste, más adelante, en la necesidad de resguardar el derecho de la defensa en juicio "de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar"⁽²³⁾. En tal sentido, el Alto Tribunal considera que para la admisión formal de toda acción colectiva se requiere la verificación de los siguientes recaudos: a) la precisa identificación del grupo o colectivo afectado; b) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación ⁽²⁴⁾; c) la existencia de un planteo que involucra, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el grupo colectivo y d) que se arbitre un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el pleito, de modo que puedan optar por comparecer como parte o contra parte.

7. Los efectos "erga omnes" de la sentencia

Para fundamentar los efectos "erga omnes" de la sentencia la Corte utiliza un argumento lógico y otro jurídico. Ambos tienen sólido sustento, pues mientras es razonable que dicho efecto resulta "inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intenta proteger" también puede colegirse que dicho principio reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional (aunque en forma implícita) y que, por otra parte, se trata de una institución ya reconocida en el ordenamiento vigente (vgr. art. 54, párrafo segundo, de la ley 24.240 y art. 33, in fine, de la ley 25.675).

Antes de ahora nos ocupamos de refutar la interpretación que sostenía que, conforme al modelo norteamericano, las sentencias que declaraban la inconstitucionalidad de normas de alcance general (nos referíamos particularmente a los reglamentos de la Administración) no podían tener efectos "erga omnes", debiendo limitar su alcance a las partes en litigio ⁽²⁵⁾. Por de pronto, cabe recordar, como apunta Bianchi ⁽²⁶⁾, que autores de la talla de Cooley entendieron que era constitucionalmente posible en el sistema norteamericano atribuir efectos extra-partes a una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley. Asimismo, existe una excepción importante a dicha regla general en aquellos supuestos en que la norma fuera manifiestamente inconstitucional ⁽²⁷⁾.

Esta es la primera vez en que la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley con efecto "erga omnes". Pero, la circunstancia de que se trata de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley en vez de un reglamento no cambia las cosas, pues, en ambos supuestos, estamos en presencia de lo que se ha denominado la interpretación relativa del principio de la separación de poderes. En estos casos, el Juez no se convierte en legislador sino en el poder controlante de la constitucionalidad de las leyes y si puede hacerlo para un caso, no se entiende por qué razón no podría declarar que la sentencia se proyecta "erga omnes", cuando se trata de las llamadas acciones colectivas.

Como anota Bidart Campos, "no habría, pues, penetración indebida del poder judicial en el poder legislativo, sino restablecimiento liso y llano de la constitución; invalidar un acto que, utilizando esas competencias, ha transgredido la Constitución, no es conculcar la división de poderes, sino, al contrario, conservarla para el único fin que ha motivado su establecimiento: hacer lo que la Constitución manda o permite"⁽²⁸⁾.

Pero ha sido, sin duda, Bosch quien ha demostrado, con argumentos que exhiben una lógica constitucional impecable, que no tendría lugar la ruptura del equilibrio de poderes en el caso de admitirse que el Poder Judicial privara de su validez (con carácter general) a aquellos actos del Poder Legislativo o del Ejecutivo que conculquen, respectivamente, la Constitución o las leyes ⁽²⁹⁾.

En realidad, ello constituiría un modo de control constitucional ciertamente más intenso "e incluso más lógico"⁽³⁰⁾ al reconocer al Poder Judicial la posibilidad de frenar el abuso normativo en que pudieran incurrir tanto el Legislativo como el Ejecutivo, asegurando la uniformidad interpretativa, pues la ley o el reglamento resultan privados de su eficacia general, con lo que se consolida el principio de igualdad ante la ley (artículo 16, Constitución Nacional).

En cuanto a la diferencia entre declarar la inconstitucionalidad con efecto "inter-partes" y hacerlo erga omnes se ha dicho que "aceptar que aquel Poder puede desconocer la eficacia de leyes y decretos con relación a las partes que promueven el correspondiente litigio equivale a aceptar que puede volver a hacerlo en todos los

casos sometidos a su consideración; por lo que, desde el punto de vista que ahora consideramos, prácticamente no existe diferencia alguna en permitir que el Poder Judicial realice por un solo acto lo que se le exige que haga repetidamente en todas las oportunidades análogas. Que en la práctica las dos situaciones son semejantes, no cabe duda, pues a todos los ciudadanos les es dable recorrer el mismo camino que el primer demandante y obtener la misma declaración"⁽³¹⁾.

8. Los principales problemas que plantea el reconocimiento de la acción colectiva

El reconocimiento de esta categoría de procesos, como bien lo advierte la Corte, plantea una serie de problemas que deberán dilucidarse en el futuro. Desde la necesidad de resguardar el derecho de defensa de quienes integran el grupo colectivo y el de los intereses de terceros ajenos al pleito, así la idoneidad de la persona o entidad que asuman la representación hasta el carácter difuso que tiene el control de constitucionalidad en nuestro país, son muchas las cuestiones a resolver por parte de los jueces y/o los legisladores.

El cumplimiento de los recaudos diseñados por la Corte para la procedencia de las acciones colectivas por quienes encarnan una legitimación anómala o extraordinaria (Defensor del Pueblo y ONG) ⁽³²⁾ ha de plantear, sin duda, problemas de magnitud considerables cuando los titulares de intereses ajenos que ellos representan no sean homogéneos o sean directamente opuestos (Ej. una tarifa de agua que financie obras de saneamiento a ejecutar en la Provincia de Buenos Aires que afecta, simultáneamente, a usuarios de la Capital y el Gran Buenos Aires) ⁽³³⁾, porque aun cuando no sean titulares de la relación jurídica sustancial, habrá siempre que demostrar todos los requisitos que integran la causa y el objeto de la pretensión procesal respecto de los derechos e intereses ajenos que se defienden a través de la legitimación anómala o extraordinaria.

Asistimos, en definitiva, a la inauguración de un nuevo camino que deberá recorrer la jurisprudencia ante la falta de legislación. La novedad no se limita a la ampliación del concepto de causa o controversia que la Corte define para fundar la procedencia de una acción colectiva, sino también a los requisitos exigibles en esta clase de procesos de modo que no se conviertan en acciones populares o públicas.

El riesgo de implantar la acción colectiva en un sistema de control difuso de constitucionalidad se halla, fundamentalmente, en las sentencias contradictorias y en la tutela efectiva del derecho de defensa. Por ello, habría que pensar si no sería conveniente instituir registros para esta clase de acciones ⁽³⁴⁾ y quizás hasta tribunales especializados (al menos en el contencioso administrativo) para paliar los peligros que encierra la difusión del control de constitucionalidad, con efectos "erga omnes", por parte de los jueces, lo que parece difícil de superar sólo con el control de constitucionalidad que ejerza la Corte mediante el recurso extraordinario.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) Dictado por la jueza Liliana Heiland.

(2) El fallo de la Sala II fue suscripto por los jueces María Inés Garzón de Conte Grand, Marta Herrera y Jorge Argentó.

(3) Fallos 329:4593.

(4) BADENI, Gregorio "El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos", LA LEY, 10/03/09, 5.

(5) Categorías que hemos sostenido en: "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid, 2009, Cap. Tercero, punto 5.

(6) LORENZETTI, Ricardo L., "Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad", JA, 2002-II, ps. 237-238; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos", LA LEY, 2008-E, 1021; ver también CAFFERATA, Néstor A., "Los derechos de incidencia colectiva", LA LEY, 2006-A, 1196, vid además: GOZAÍNI, Osvaldo A., "Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal", LA LEY, 2005-B, 1393; a su vez, sobre la necesidad de reglamentar el proceso colectivo: OTEIZA, Eduardo, "La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ampare", en OTEIZA, Eduardo (Dir.), Procesos colectivos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 21 y ss.

(7) Considerando 9°. Cabe apuntar que, en las disidencias de los Jueces Petracchi, Argibay y Fayt, no se formula la distinción. Más aún, en un voto anterior de la Jueza Argibay ("Mujeres por la vida") se sostuvo que los derechos de incidencia colectiva se circunscriben sólo a aquellos que tenían por objeto bienes comunes de intereses individuales.

(8) Considerando 10.

(9) Fallos 239:459 y 241: 291, respectivamente (LA LEY, 89-531; 92-632).

(10) En este considerando 10 la Corte utiliza el concepto de daño en sentido amplio, comprensivo de toda lesión

a un derecho constitucional, aun cuando no sea de contenido patrimonial.

(11) Véase: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "Principios del derecho Urbanístico Colombiano" en la obra colectiva "Los principios en el derecho administrativo iberoamericano", Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Junta de Castilla y León, ed. Netbiblo, La Coruña, 2008, p. 208, sostiene que estos derechos que en Colombia se denominan difusos o colectivos "se proyectan en forma unitaria a toda la colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas".

(12) Considerando 11.

(13) Considerando 12.

(14) MORELLO, Augusto Mario - SBDAR, Claudia B., "Acción popular y procesos colectivos", Lajouane, Buenos Aires, 2007, p. 129 y ss.

(15) Considerando 12, párrafo 4°.

(16) Véase: BIANCHI, Alberto B., "Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala", Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 43 y ss., especialmente las conclusiones que expone en ps. 105-109.

(17) Considerando 13, párrafo segundo.

(18) LUQUI, Roberto Enrique, "Revisión judicial de la actividad administrativa", T° I, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 388 y ss., sostiene, con razón, que "la circunstancia de que el derecho proteja el interés de sujetos indeterminados no es la diferencial de los derechos de incidencia colectiva".

(19) Considerando 13, párrafo tercero.

(20) Considerando 13, párrafo cuarto.

(21) Considerando 13, in fine.

(22) Considerando 15.

(23) Considerando 20.

(24) FALCON, Enrique M., "Tratado de Derecho Civil y Comercial", T° I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 345-347, advierte acerca de la necesidad de "encontrar equilibrio y de ejercer mesura en el tratamiento de casos en los que la parte, representante de la clase, se atribuye por sí misma esa calidad al margen de los procedimientos clásicos apoderamiento para actuar en juicio".

(25) En "Perspectivas de la justicia administrativa argentina en el siglo XXI", en "Estudios de Derecho Administrativo X", Diké, IEDA, Mendoza, 2004, p. 48 y ss.

(26) BIANCHI, Alberto B., Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva general desde el derecho administrativo de los Estados Unidos), ED, diario del 28 de octubre de 1989, p. 8. A su vez en Rivera Julio César.

(27) Véase: RIVERA, Julio César y RIVERA, Julio César (h.), "La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La Legitimación del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones del art. 43, segundo párrafo de la Constitución Nacional", LA LEY, 2005-B, 1053 y ss, subrayan que en el derecho norteamericano "una norma puede ser declarada inconstitucional "as applied" (es decir, en el caso concreto) o "on its face" (para todos los casos)", con cita de DORF, Michael "Facial Challenges to state and federal statutes" en "Stanford Law Review", 1994, vol. 46 p. 239 y un trabajo de FALLON, "As applied and facial challenges and third-party standing", en "Harvard Law Review", 2000, vol. 113, p. 1321.

(28) BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. II (El Derecho Constitucional del Poder), p. 366, Buenos Aires, 1991.

(29) BOSCH, Jorge Tristán, "¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?", Zavalía, Buenos Aires, 1951, p. 137.

(30) BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado..." cit., p. 366.

(31) BOSCH, Jorge Tristán, op. cit., p. 137.

(32) Sobre la legitimación del Defensor del Pueblo: ROCHA PEREYRA, Gerónimo, "La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación", en Derecho Procesal Administrativo (obra colectiva dirigida por Juan Carlos CASSAGNE), Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 685 y ss.

(33) Véase el nutrido conjunto de argumentos y de casos que se mencionan en RIVERA Julio César y RIVERA, Julio César (h.) op. cit. p. 1062 y ss. para rechazar la legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones, cuando están en juego intereses individuales, patrimoniales y divisibles.

(34) Véase GARCÍA PULLÉS, Fernando, "Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?", LA LEY, del 04/03/09, p. 4.