

Aproximación al problema de la extensión de los efectos en amparos por derechos de incidencia colectiva

Ezequiel Nino *

INTRODUCCIÓN

La incorporación del párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución Nacional, en el año 1994, generó una situación de desorganización jurídica en torno a la extensión de los efectos que ha de otorgarse a acciones allí contempladas, de las que creo aún no se ha tomado conciencia.

El texto constitucional dice expresamente: «podrán interponer esta acción¹ 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 organización».

Este trabajo tiene por intención mostrar este cuadro de situación actual y exponer algunas ideas que permitan pensar en una aplicación más eficaz del texto incorporado por la reforma de 1994.

POSICIONES PREVALECIENTES

De acuerdo a lo decidido por las sentencias registradas sobre el tema y las expresiones presentadas por las opiniones doctrinarias dominantes, lo que se habría proclamado, de esta manera, es lo que se llama «amparo colectivo».

Se ha descartado de plano que se haya querido incluir a la acción popular². En la acción popular, cualquier particular puede presentarse a reclamar la restauración de un derecho vulnerado. En principio, ello sería acertado, pues la mención de la exigencia de la existencia del afectado parece limitar esa posibilidad. Además, estas acciones protegen el interés general, mientras que el texto constitucional indicaría que se ha intentado proteger intereses *supra* individuales o de grupo³.

La acción de clase, por su parte, es un mecanismo que está lejos, como se verá en la descripción del estado de situación, de lo que se ha venido diciendo, en los años posteriores a la reforma constitucional, acerca de los derechos de incidencia colectiva⁴. Las acciones de clase son procesos en los que se litiga

* Abogado, Universidad de Buenos Aires, 1996; alumno de la Maestría en Derecho en la Universidad de Palermo; integrante de la Clínica Jurídica de la Universidad de Palermo desde 1997.

1. Acción de amparo.

2. Entre otros, Rivas, Barra, Gozáni y Cassagne.

3. De cualquier forma no debe cerrarse tan pronto esta discusión.

4. Según Barra, el caso *Ekmekdjian* fue una acción de clase. Pero sostiene que esta jurisprudencia de la Corte no podría ser repetida luego de la reforma constitucional, ya que la defensa de los derechos de incidencia colectiva queda limitada al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones autorizadas para ello por la ley. «Es decir, se trata de un criterio más restrictivo, que no admite la actuación discrecional del juez, como ocurre, en cambio, en el derecho norteamericano y se encuentra en la sustancia -en lo que al punto se refiere- del caso *Ekmekdjian*». «La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar», *LL*, 1994-E, página 1087.

en defensa de grupos de personas que se encuentran en situaciones materiales similares, garantizando que los derechos personales no queden afectados sin previa notificación acerca del proceso⁵.

En conclusión, como expresa Saux, pareciera -en una primera aproximación al tema- que se ha prescindido de la acción de clase y de la acción popular⁶.

ESTADO DE DESORIENTACIÓN LUEGO DE LA REFORMA

¿Cómo han receptado los tribunales este «amparo colectivo», con relación a los efectos de cada una de las sentencias? Lo que sigue es una muestra de la disparidad de criterios adoptados por la jurisprudencia.

El tema del rebalanceo telefónico es el mejor ejemplo de los inconvenientes que generó y que, sin duda, seguirá generando la aplicación de la cláusula constitucional, en función de la vieja legislación de amparo (ley 16.986, sancionada en la década del '60) y de la actual organización de justicia.

Para la Sala III de la Cámara Contencioso-Administrativo de la Capital Federal, la reforma de la Constitución Nacional reconoció la existencia de nuevos derechos que pueden ser globalmente caracterizados como de incidencia colectiva y les otorgó protección jurisdiccional. De acuerdo a esa decisión, la nueva norma produjo un impacto en el ámbito del proceso. «Este impacto trasciende los aspectos vinculados con la legitimación y alcanza tanto a los sujetos que pueden integrar la *litis* como a los alcances de la sentencia». Con cita del miembro informante de la mayoría en el debate por el tema en la Convención Constituyente de 1994, expresó que la cosa juzgada en el amparo debe ser extensiva porque el tema con que opera la norma interesa a muchos, y de nada valdría que lo decidido sólo alcanzara a quien plantea el caso⁷. Por lo tanto, otorgó efecto *erga omnes*, para todo el país (sic), a la sentencia que, a pedido del Defensor del Pueblo de la Nación, disponía la suspensión del nuevo cuadro tarifario, dispuesto por el Decreto N° 92/97⁸. La crítica que corresponde hacer a esta decisión es que no tuvo en consideración la posición de los consumidores a los cuales les convenía la modificación de las tarifas.

En cambio, en Mendoza, en el caso *Prodelco* contra Poder Ejecutivo Nacional», en la que una asociación de consumidores cuestionó el mismo decreto, los jueces actuantes -el juez titular del Juzgado Federal de primera instancia de Mendoza N° 2 y los integrantes de la Sala A de la Cámara Federal de esa provincia- dejaron constancia que la medida precautoria que ordenaban -también la suspensión del decreto-, quedaba restringida al ámbito de actuación de Prodelco y a la jurisdicción territorial del tribunal. A una aclaratoria de Telefónica de Argentina, el juez de primera instancia respondió que los alcances territoriales de la sentencia se limitaban a la provincia de Mendoza. A pesar de que también lo había solicitado la demandada, no aclaró que quiso decir con el término «ámbito de actuación» de la asociación de consumidores.

5. Bujosa Vadell, Lorenzo-Mateo, "El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América", *Revista Justicia* 94, número 1, Barcelona, página 69.

6. Ver, "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional", en "Derecho Privado en la Reforma de la Constitución Nacional", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 1994, página 124.

7. Diario de Sesiones, página 4179.

8. CN° 15.499/97, *Defensor del Pueblo contra Estado Nacional sobre amparo*.

En Córdoba, el titular del Juzgado federal N° 1 hizo lugar a un amparo presentado por un particular, a quien lo beneficiaba la aplicación del decreto 92/97, y declaró la constitucionalidad de dicho decreto⁹. Más allá de señalar la dudosa técnica jurídica de ese fallo, éste demuestra la posibilidad de la coexistencia de decisiones contradictorias con efecto general.

En este tipo de actuaciones, en las cuales, los tribunales que emiten las sentencias pertenecen a provincias, la única forma de solucionar el conflicto es la intervención de la Corte Suprema.

Hay casos que no presentan tanta dificultad, pues los intereses de los potenciales damnificados son más homogéneos y los efectos de la sentencia no traspasan la jurisdicción territorial del juez que la deba dictar. En este orden de ideas, la Sala IV de la Cámara Contencioso-Administrativo Federal confirmó una sentencia que hizo lugar a un amparo colectivo y declaró la inconstitucionalidad de una resolución del Ministerio de Obras Y Servicios Públicos. Esa resolución determinaba un redondeo del valor del cospel de los subterráneos de la Capital Federal por encima de lo permitido¹⁰. El accionante era un pasajero de subtes, es decir, claramente el afectado del que habla el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional.

La posición de la Corte Suprema

Antes de entrar al razonamiento del Alto Tribunal, cabe recordar lo dicho por el Procurador General de la Nación, en el tema del rebalanceo telefónico, quien en la causa *Defensor del Pueblo contra Poder Ejecutivo Nacional*, sostuvo que el «escándalo procesal» del que se hablaba en esos días, con pronunciamientos judiciales contradictorios, era sólo aparente, pues nació de otorgar efectos *erga omnes* a cada uno de los pronunciamientos judiciales, cuando, en realidad, deben estimarse limitados a las partes litigantes en cada causa. Para ello se valió de la expresión latina *res inter alios iudicata aliis neque prodesse neque nocere potest*, la cual es, indudablemente, anterior a la reforma constitucional. El Procurador no reparó tampoco en que una de las partes, en uno de los litigios, era el Defensor del Pueblo de la Nación, quien tiene legitimidad procesal para actuar en defensa de los intereses de los ciudadanos, de acuerdo a lo prescripto por el artículo 86 de la Constitución Nacional. Su interpretación, por el contrario, determina que si él es el accionante la sentencia tenga efectos sólo para su persona.

Pese a que Quiroga Lavié anunció que la Corte Suprema de Justicia de la Nación decretó la muerte del amparo colectivo, a pocos años de haber nacido¹¹, la posición de la Corte en el caso *Consumidores Libres*¹², aunque sin adoptar una firme posición respecto del tema, no es contraria al advenimiento de futuras acciones por derechos de incidencia colectiva. Dice el Alto Tribunal que, según la norma contenida en el artículo 43 de la Constitución Nacional, se reconoce legitimación para promover la acción de amparo a sujetos

9. CN° 116/97, *Tognarelli, Héctor Daniel contra Estado Nacional y Telecom S.A.*.

10. *Fernández, Raúl contra Poder Ejecutivo Nacional, LL*, 1997-E, página 535.

11. Quiroga Lavié, Humberto, "Réquiem al amparo colectivo", *LL*, 25 de junio de 1998.

12. *Consumidores Libres Cooperativa Limitada sobre amparo*, C. 1892.XXXI.

potencialmente diferentes de los afectados en forma directa por el acto u omisión que se intenta impugnar. La Corte (con votos de Nazareno, Boggiano, Vázquez, Moliné O'Connor y López) manifestó, expresamente, que hay una ampliación constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal para requerir el amparo.

En diferente posición se inscribe Petracchi, quien en su voto concurrente en el caso *Prodelco*¹³, asume, fundado en un pronunciamiento antiguo (caso *Yappert Surian* de 1987 de la Corte¹⁴), que la «sentencia basada en autoridad de cosa juzgada produce efectos solamente respecto de quienes han revestido el carácter de partes en el juicio, es decir, dicha sentencia no puede aprovechar ni perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos al juicio». Extraña postura de este ministro, pues es el que siempre ha sostenido las posiciones más progresistas dentro del ámbito del Alto Tribunal.

ALGUNAS IDEAS SOBRE EL PROBLEMA

Hay quienes se han acercado un poco más a la cuestión y han ofrecido algún punto de vista innovador.

Gozzáni¹⁵, por ejemplo, además de plantear adecuadamente el problema, presenta un esquema para distinguir entre dos posibles soluciones, aunque éste no resulta convincente. Así, expresa que debe acordarse efectos de cosa juzgada material a los procesos donde la representación ejercida es indudable y no existe posibilidad alguna de fraude procesal. «Por ejemplo, las defensas por derechos o intereses propuestas por el defensor del pueblo, o el ministerio público o, eventualmente, por las asociaciones reconocidas». En la segunda parte de su pensamiento enuncia las circunstancias en las que habría que analizar más detalladamente la solución. «Si la acción es llevada adelante por un particular, una liga de asociados, un grupo heterogéneo, o, en síntesis, un agrupamiento de dudosa organización, la solución dependerá del enfrentamiento de varios principios jurídicos y lógicos: el principio de economía, de conservación de los actos jurídicos y de identidad pugnan por la extensión; el principio de libertad, de responsabilidad individual, de limitación de la cosa juzgada a las partes, propenden a la restricción de los efectos de la *res judicata* a los intervinientes en el proceso de que se trata»¹⁶.

La primera parte de su idea, amén de tener complicada aplicación práctica, resulta inexacta, pues no es cierto que las acciones propugnadas por el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo tengan identidad con los derechos de los terceros. Ambos órganos ni siquiera tienen algún tipo de representación democrática que pueda llegar a formular una conclusión de ese tipo. La segunda parte no ha tenido en cuenta la posibilidad de que los derechos que se discutan tengan forzosamente efectos colectivos. Este es el caso de los bienes indivisibles. Lo que ocurriría, en su esquema, sería que distintos magistrados dictaran resoluciones contradictorias sobre la misma cuestión.

13. *LL*, 10 de junio de 1998.

14. CSJN, *Fallos* 310:2063, y *LL*, 1988-B, página 232.

15. Gozáni, Osvaldo, *El derecho de amparo*, Buenos Aires, 1995.

16. Gozáni, Osvaldo, *op. cit.*, página 145.

Pese a la antigüedad del trabajo, bastante anterior a la reforma constitucional, Morello, Berizonce y Hitters intentan innovar sobre los efectos del amparo. Manifiestan que los alcances de la cosa juzgada o la oponibilidad de la condena «deben tener la potencia expansiva suficiente a tono con la materia que hace al contenido de la tutela jurisdiccional, sin perjuicio de autorizar el nuevo planteo de la misma acción, en un plazo que la ley fijará, cuando la sentencia denegatoria se funde en ausencia de prueba suficiente o falta de legitimación adecuada»¹⁷. Esta idea tiene la virtud de mostrar la preocupación por aquellos que no han participado del proceso.

Por su parte, en el mismo sentido, debe destacarse como un intento muy concreto de innovación procedimental, un pedido formulado por la parte actora en un amparo para la protección del ambiente. Así, en el caso *Schroeder, Juan y otros contra Estado Nacional y otro*, en la que se debatió el cese del funcionamiento de una planta industrial, los actores solicitaron que se llevara a cabo una audiencia pública. El juez rechazó la petición, en virtud de no estar contemplada en el régimen legal aplicable¹⁸.

Zannoni cree que hay algo novedoso en todo esto, aunque no sabemos exactamente cómo debe aplicarse. Lo expresa de la siguiente forma: «la acción de amparo, así concebida, exige la expansión de los límites subjetivos de la cosa juzgada, quizá la integración de la *litis* con el Ministerio Público (o el defensor del Pueblo, si es del caso) y, eventualmente, restricciones a la posibilidad del desistimiento de la acción o del derecho. He aquí un verdadero desafío derivado del principio de conjunción de los aspectos colectivos e individuales que sintetizan las pretensiones»¹⁹.

A su vez, Bidart Campos, sin avanzar lo suficiente en el tema, manifiesta que la legitimación de los sujetos habilitados reconocen capacidad procesal «a cada uno de los sujetos que menciona, sea para discernírsela individualmente a cada uno, sea para el caso de litisconsorcio activo; nunca para que si uno interpone la acción, quede negada la legitimación de los otros». Y continúa: «la legitimación a favor de las asociaciones merece verse como ‘una acción de clase’»²⁰.

Este es el sentido en el que pretendo ir. No encuentro razón para descartar que se haya incorporado, a través de la reforma constitucional, la acción de clase en nuestro derecho.

Es indudable que el segundo párrafo del artículo 43 constituye una importante innovación en varios aspectos del régimen jurídico de nuestro país.

En primer lugar, la norma constitucional mencionada distingue entre derechos de incidencia individual y derechos de incidencia colectiva. Esto se lo ha reafirmado al facultar a personas distintas del afectado. Ambos tienen una naturaleza tan diferente que requieren de procedimientos distintos. Los procedimientos previstos para los amparos que protegen a los bienes individuales no pueden ser aplicables a la protección de los bienes colectivos. No han sido previstos para ellos y no se han probado eficaces²¹.

17. Morello, Berizonce y Hitters, *La justicia entre dos épocas*, La Plata, 1983, página 233.

18. *LL*, 1997-E, página 805.

19. Zannoni, Eduardo, “La reforma constitucional y la protección de los intereses difusos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 7, Santa Fe, 1994, página 110.

20. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo VI -La reforma-, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.

21. Esto es lo que se ha intentado probar en la primera parte de este trabajo.

En segundo lugar, puede decirse también que hay un cambio en el control judicial de constitucionalidad en nuestro país. Hasta la reforma, existía un control limitado a las partes que intervinieran en el litigio²². Esto ha sido reconocido por la propia Corte en *Prodelco*. Ello significa que un magistrado puede declarar la inconstitucionalidad de una norma y esa decisión puede afectar a toda la población. Hasta ahora todo el planteo efectuado por quienes argumentan que los jueces no tienen legitimidad democrática como para encarar las trascendentales cuestiones valorativas, ya que no son elegidos por el pueblo ni responden de sus decisiones ante él²³, perdía entidad frente a la circunstancia de que estas decisiones tenían alcance individual. Desde ahora, ese debate gana trascendencia.

Por ello, entiendo que la única opción para garantizar la efectiva protección de los derechos de incidencia colectiva y, a su vez, evitar la desprotección de aquellas personas a quienes va a afectar la decisión judicial y no vulnerar el derecho de defensa en juicio, consiste en la modificación, para esos derechos, de los procedimientos vigentes.

Lo que debe resaltarse, de lo que hasta aquí se ha venido diciendo, es que, a partir de ahora, existirán litigios en los cuales estarán en juego los intereses colectivos de sectores de la población -los que pueden ser enormemente amplios-. Resulta claro, a mi entender, que esos procesos deberán ser únicos (es decir, deberá existir un único litigio en el cual se decida el tema objeto de controversia) y deberán estar instituidos de las máximas garantías para los potenciales afectados por la decisión. Ello se logra, primero, con una debida notificación a los miembros de la clase a la que afectará el juicio y, segundo, con el derecho de participación para quienes deseen hacerlo, más allá de que haya alguna asociación involucrada o está participando el Defensor del Pueblo.

Y ante estas afirmaciones, el proceso que mejor se adapta a lo que se intenta obtener es la acción de clase. Es un proceso en el cual se sabe que se definirá una cuestión vinculante hacia los miembros de una clase y tiene actos procedimentales que permiten un conocimiento público (esto se hace a través de notificaciones -que pueden ser personales o generales-). Además, de ello, como dice Bujosa Vadell, en acciones colectivas debe garantizarse la *judicial fairness*²⁴ a los miembros ausentes, «antes de que éstos queden vinculados por la decisión judicial que resuelva sobre las cuestiones comunes». «A la luz de los principios constitucionales, con antecedentes en el *common law* inglés, se exige que los derechos personales no queden afectados sin previa notificación de la pendencia del proceso ni sin que se le dé a la persona afectada la oportunidad de ser oída por un tribunal competente»²⁵.

La Corte Suprema dio en el caso *Ekmekdjian contra Sofovich*²⁶ un buen ejemplo de cómo aplicar mal la acción de clase²⁷. Declaró que como el efecto

22. Además de ello, el control está limitado a un caso contencioso, ser *a posteriori* y a cuestiones judiciales y no políticas.

23. Ver, entre otros autores, Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, páginas 682 a 688.

24. Es decir, un juicio justo para su persona.

25. Bujosa Vadell, Lorenzo-Mateo, *op. cit.*, página 69.

26. CSJN del 7 de julio de 1992.

27. En realidad, debe decirse, en contra de lo que dice barra, que esa sentencia no introdujo la acción de clase.

reparador, que la sentencia proyecta, alcanza al conjunto de quienes pueden sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio, «y a los fines de evitar que el derecho postulado se convierta en un multiplicador de respuestas interminable», debe conferirse a quien acciona una suerte de representación colectiva que signada por la regla de la ‘preferencia temporal’», con lo cual quien llega primero satisface su postulación y la de todos los que, como él, ostenten similar interés²⁸. Esto, obviamente, vulnera el derecho constitucional a la defensa en juicio.

Como todo instituto foráneo que se intente adaptar a nuestro sistema jurídico, la acción de clase, tal como funciona en otros países, debe pensarse como un punto de partida para obtener un modelo que sirva a los intereses de nuestro medio. A modo de ejemplo, entiendo que un proceso de estas características debería permitir la adecuada participación de aquellos integrantes de la clase que disientan con la petición presentada, lo cual no pareciera estar solucionado en el modelo norteamericano²⁹. De todas formas, el problema es tan incipiente que resulta prematuro el análisis de este tipo de cuestiones.

A modo de conclusión final, debe señalarse que es notable el atraso que sobre la cuestión, lleva la legislación y la jurisprudencia. La acción de clase está entre nosotros -gracias a la reforma de la Constitución- y muchos aún no se han dado cuenta.

28. Saux, *op. cit.*, página 143.

29. Según Bujosa Vadell, *op. cit.*, página 85, en Estados Unidos se permite el ejercicio del *opting out*, es decir, aquéllos que no están conformes y sean miembros del grupo implicado pueden manifestar que no desean quedar vinculados por la resolución y, así, la acción puede quedar limitada a los partidarios del proceso. Sin embargo, de esta forma se puede reducir tanto el grupo que no cumpla con las condiciones establecidas por la legislación.

