

LA DEUDA LEGISLATIVA SOBRE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.

Autor: Florencia Rocío Marty*

Resumen:

En este trabajo me centraré en demostrar los conflictos que pueden surgir debido a la poca dedicación legislativa que se ha otorgado a los derechos de incidencia colectiva y su proceso judicial correspondiente. Para ello iré enfocando distintos elementos. Comenzaré por dar un panorama sobre la definición actual de los derechos en cuestión en nuestro país. Luego continuaré explicando cual ha sido el tratamiento de los mismos tanto en el flamante Código Civil y Comercial de la Nación, como el Código de Vélez y la Constitución Nacional, para dar paso a una breve mención de su situación en el derecho comparado. En cada punto me encargaré de resaltar las falencias y los futuros conflictos que descubro al inmiscuirme en el tema. Finalmente, en la conclusión trataré de unificar todas estas dificultades y buscar un cierre prometedor para incentivar a que se le preste la atención debida.

1. Concepto.

Para empezar podríamos decir que los derechos de incidencia colectiva son aquellos cuyo beneficiario no es una persona individual sino un amplio grupo de individuos, o bien, la sociedad en su conjunto. Según votos mayoritarios de la Corte Suprema, siguiendo la doctrina de Lorenzetti, hay dos tipos de derechos de incidencia colectiva: aquellos propiamente dichos porque tienen por objeto un bien indivisible (el ejemplo más notorio es el derecho al “medio ambiente sano”); y aquellos cuyas pretensiones, si bien son divisibles, tienen una causa fáctica común que las homogeneiza y hace que solo puedan hacerse valer realmente por medio de vías colectivas, y/o que sea más beneficioso un solo proceso con consecuencias extendidas que muchos procesos separados (verbigracia, derechos de los consumidores). Cabe destacar que, a mi criterio (contrario al de parte de la doctrina actual por cierto) todos los derechos colectivos ingresan en el marco del derecho subjetivo, ya que, más allá del conjunto, cada individuo que reclame cuenta con una potestad personal de reclamar por ello, que se une con otras potestades en función del objeto de la pretensión. Por otra parte, podemos agregar que pueden hallarse casos de derechos que deban transitar una vía colectiva para resolverse dentro de cualquiera de las tres supuestas generaciones de derechos, para explicarlo mejor podemos nombrar el caso del Habeas Corpus colectivo del fallo “Verbitsky”¹ donde encontramos una amplia variedad de derechos

* Alumna regular, abogada, Universidad de Buenos Aires.

¹ “Verbitsky, Horacio s/ Hábeas corpus”

afectados, pero entre ellos los enumerados en el art. 18 de la Constitución Nacional, a los cuales se los agrupa dentro de los derechos civiles; el caso de la “Asociación Benghalensis”² donde figura el derecho a la salud, normalmente enrolado en los de segunda generación; y por último el fallo “Mendoza”³ en el cual se afecta el derecho al ambiente sano, principal exponente de los derechos de “tercera generación”.

Cuando se debe realizar una distinción entre un derecho individual que tendrá una vía procesal “común” y un derecho de incidencia colectiva que tendrá una vía procesal adecuada de ese carácter (colectivo), surgen complejos problemas entre los juristas. Para resolverlo, primero intentan realizar una diferenciación entre ambos tipos de derechos. La Corte recurrió a encontrar una esencial diferencia de “naturaleza jurídica”. A ver, siguiendo esta idea hay derechos que son naturalmente colectivos, pero hay otros que son individuales y al cumplir ciertos requisitos se vuelven colectivos. Esta teoría ha sido criticada acudiendo a la idea de que un derecho no puede cambiar su naturaleza por la mera existencia de otros semejantes y que, además, sigue sin quedar claro a final de cuentas cuál es el concepto de “derecho colectivo” en sí mismo. Pareciera que la Corte no logró encontrar una explicación (o no quiso hacerlo) y por eso esquivo el tema de un modo elegante. Frente a ello, otros, como Francisco Verbic, han planteado que debemos partir de un análisis del conflicto en cuestión, si al analizar el caso concreto hay una afectación y una pretensión que cumplen con determinadas características se lo puede agrupar dentro de los derechos de incidencia colectiva, a saber, elevado número de afectados con similar posición frente al agente dañoso, con una fuerte trascendencia socio-político-económica, con exigencia de un tratamiento unitario y grandes costos en caso de no hacerlo⁴.

Suponiendo que pudiéramos dar por solucionado este problema con el criterio de la CSJN y pasáramos a definir ahora, si un derecho pertenece a los de incidencia colectiva propiamente dichos o a los de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos aparece otro conflicto. Ha habido pocas dificultades a la hora de la demarcación u aceptación de colectivos propiamente dichos, verbigracia, difícilmente alguien discuta que el medio ambiente es un bien indivisible y que su afectación nos involucra a todos. Esto no quita que dentro de afectaciones a bienes colectivos por su especie haya prestaciones exigibles de carácter individual. Por ejemplo, en el fallo “Mendoza” antes mencionado, la Corte misma determinó que se trataba de un caso a tratar como “de incidencia colectiva” el de la pretensión referida al saneamiento del Riachuelo, pero que, sin embargo, los reclamos por daños y perjuicios sufridos por los diferentes demandantes y sus circunstancias debían desarrollarse en procesos individuales separados. Ahora bien, al hablar de casos cuyas pretensiones sean divisibles pero por algún motivo se los pueda agrupar en procesos colectivos, la claridad cambia, por supuesto debido a la falta de separación entre ambas categorías que mencioné en el párrafo anterior. Aquí comenzamos con los problemas y los derechos cambian de fila según el abogado que los analice. Es normal la diferencia de

² “Asociación Benghalensis c/ Ministerio de Salud y Acción Social”

³ “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”

⁴ “Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación”. Verbic, Francisco

critérios en el ámbito jurídico, pero en casos tan relevantes debería haber una normativa legal más clara y concisa. Si bien no atañe al punto de este trabajo definir con profundidad cuándo hay un derecho individual y cuándo uno colectivo, ya que entraría en una posible solución para un conflicto más que la demarcación del mismo, y por ende la discusión se extendería demasiado, señalaré en breves líneas mi postura. A mi modo de ver, el foco se encuentra en la pretensión. Cuando se produce una lesión a un mismo derecho, de un mismo modo, que afecta a muchos individuos a la vez, estos podrían reclamar cada uno por separado o unirse. Si reclaman en conjunto y notamos que existiría una simetría exacta de los procesos en caso de darse por separado, entonces unimos las potestades individuales y llevamos adelante un proceso de incidencia colectiva. Si existen diferencias (como las visibles en resarcimientos económicos por daños), se realiza un proceso individual. Por eso me atrevería a hablar de “procesos de incidencia colectiva” más que “derechos”, aunque no ignoro que esta última determinación otorga un mayor valor lingüístico.

Entonces, más allá de mi postura, y aceptando la categoría de “derecho colectivo”, si nos corremos del área, por así decir cómoda y fácilmente determinable del daño ambiental, ya no sabemos cómo determinar si el derecho del que se trata el caso que nos ha llegado a conocimiento es o no de incidencia colectiva. Es así como quedamos a merced del juzgado en el cual ingrese la causa. ¿Corresponde dejar tal determinación en manos meramente judiciales? La respuesta me parece obvia, una negación rotunda. Es el legislador quien debe aclarar (o al menos intentar y no dejar a la deriva) las clasificaciones generales y que otras cuestiones más concretas queden en manos de los jueces. Partiendo de esta base, de más está decir que será una real odisea determinar las normas del proceso, las legitimidades y otros elementos de significativa importancia para llegar al fin ideal y buscado, que es, solucionar un conflicto dentro de la sociedad y hacer valer un derecho.

2. Tratamiento interno de los derechos de incidencia colectiva y derecho comparado.

La Constitución Nacional anterior a la reforma de 1994 y el Código Civil de Vélez Sarsfield nada decían sobre los derechos de incidencia colectiva. Con la aceptación mundial de los derechos de tercera generación, encabezados por el medio ambiente sano, sumado a las ya existentes “acciones de clase” del derecho estadounidense, entre otras cosas, comenzó a resonar la idea de estos “derechos colectivos” con sus respectivos procesos. Así se incluyó un escueto artículo en la reforma constitucional de 1994, el art. 43, correspondiente a las acciones de amparo, hábeas corpus y hábeas data. Dentro de él se introduce una legitimación extraordinaria, que abarca ya no solo al afectado sino también al defensor del pueblo y ciertas asociaciones en casos de incidencia colectiva. A la hora de aclarar cuáles son nombra los casos de discriminación, protección del ambiente, usuarios y consumidores y termina con “los derechos de incidencia colectiva en general”. Obviamente esta frase dista mucho de una definición de los mismos, y lo hace de un modo peligroso, ya que abre una legitimación especial para un grupo de derechos que no define con claridad.

Frente a la aparición de casos de este tipo en las huestes procesales y la falta de regulación legal de menor rango, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió encargarse de cubrir esta laguna, sin dejar de aclarar que lo hacía por culpa de una “deuda legislativa”. Entonces, en el fallo “Halabi”⁵ determinaron la existencia de tres categorías de derechos: individuales; de incidencia colectiva que afectan bienes colectivos; y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Luego pasaron a describir las características esenciales de cada clase para que se conformen dentro de la misma. Las de los derechos de incidencia colectiva fueron reiteradas y hasta ampliadas en el posterior fallo “Padec”⁶. Si bien la intención de la Corte fue correcta, tratando de unificar criterios frente a las bastas discusiones, y obviando las críticas a su criterio que realicé en el considerando anterior, su decisión no tiene valor de ley erga omnes y por ende no cierra de raíz ningún conflicto de clasificación de derechos ni de elección de procesos a iniciar. Sin embargo, vale la pena exponerlo porque sirve de guía frente a la falla legislativa.

El panorama legislativo venía siendo desalentador cuando apareció la chispa esperanzadora de un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, lamentablemente, duró poco. Este nuevo cuerpo normativo menciona a los derechos de incidencia colectiva en su art. 14⁷ afirmando su existencia y en el art. 240 limitando el accionar de los derechos individuales para que no afecten bienes colectivos. Este último artículo, aunque no los define, aclara que los bienes colectivos (medio ambiente, flora y fauna, etc) son objeto, obviamente, de derechos colectivos (cosa que no sorprende porque, como dijimos, son los más simples de catalogar). Ninguno de los dos artículos define en ningún momento el concepto de “derecho colectivo”. Incluso hallamos la frase “según los criterios previstos en la ley especial”, que podríamos usarla en sentido de que se delegó la demarcación del grupo en una futura ley particular, que por cierto, no está ni siquiera en miras de realizarse.

De más está decir que seguimos encontrando una deuda legislativa que pasa de cuerpo normativo en cuerpo normativo sin darnos la definición de algo que, hoy en día, crece más y más en la sociedad ocupando un roll realmente significativo. Por supuesto, mi planteo sobre la incertidumbre procesal sigue a flor de piel, ya que, como dije antes, si no sabemos qué derechos son de incidencia colectiva, menos podremos decidir cómo defenderlos colectivamente ante un juez. Sobre esto la CSJN también intentó colaborar, y planteó la necesidad de una publicidad y un registro adecuado a la hora de tratarse de acciones colectivas, para evitar la superposición de procesos. De todos modos, sigue siendo algo insuficiente para poder resolver la cuestión.

Posándonos en el derecho comparado podemos hablar de las “acciones de clase” desarrolladas por Estados Unidos, las cuales contemplan la existencia de derechos de incidencia colectiva que deban tramitar por esa vía. En América Latina, Brasil también ha desarrollado procesos de incidencia colectiva. Incluso, hablando de la investigación de esta clase de derechos, se desarrolló el seminario “Transatlantic Judicial Dialogue on Mass Litigation” (Diálogo judicial

⁵ “Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo”

⁶ “Padec c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”

transatlántico sobre acciones de clase), en Florencia, Italia. Allí se reunieron representantes de países europeos, sudamericanos y de Estados Unidos para analizar los crecientes casos de acciones de este tipo y poder definir todo lo relativo a los derechos colectivos. El Presidente de la Corte, el Dr. Lorenzetti, por ejemplo, participó del mismo. Pese a la relevancia que se le dio internacionalmente a estos procesos, no surge una real definición de lo que es un derecho de incidencia colectiva. Por lo tanto, siguen existiendo brechas sustanciales a la hora de otorgarles un procedimiento adecuado.

3. Conclusión.

En casos como este, la capacidad de ignorar un asunto por parte del poder legislativo asombra. Cada día se presentan más y más casos de incidencia colectiva que están a la deriva en un mar de incertidumbre jurídica. Los abogados no tienen fuentes legales a las que acudir solo a su ingenio y la doctrina, cosa que suele ser común, pero lo peligroso es que los jueces se encuentran exactamente en la misma situación. Lo peor de todo este asunto es que son las personas comunes y corrientes las que pagan el precio, ya que existe, nos guste o no, una serie de derechos que se encuentran en peligro de no ser satisfechos porque no terminamos de adecuar los métodos. Interés popular en hacerlo no falta, dada la diversidad de casos, e interés judicial tampoco, porque, como vimos, la misma Corte Suprema decidió pronunciarse para intentar sanear un error del legislador. Lo único que falta es que el poder legislativo preste la atención correspondiente y le reconozca a este tipo de derechos (a mi criterio, a este tipo de procesos en realidad) la importancia que se merecen y los regule cómo corresponde. Nunca va a darse en derecho una concepción perfecta, ajena a toda falta o discusión, pero es labor de quien legisla al menos intentar marcar un espectro de claridad y no dejar todo a la generalidad de frases como simplemente “derechos colectivos” sin más.