

“Luces y sombras de la judicialización de los derechos de incidencia colectiva.”¹

Por Federico J. Ruffa

El fenómeno que ha descripto muy bien los colegas que me precedieron en el panel ha tenido muchas particularidades en su implementación o aplicación a situaciones concretas, no todas buenas o auspiciosas. Visto desde una perspectiva ortodoxa de la función judicial a la luz de la división de poderes, en palabras que ya han sido utilizadas en el panel: se nos han roto muchos melones. Sin embargo, no todas han sido sombras en este derrotero de los derechos de incidencia colectiva: la equiparación de fuerzas y la respuesta judicial a situaciones que antes no podían tan ser llevadas ante los jueces en muchos casos con resultados prácticos alentadores, como la afectación del medio ambiente o derechos de consumidores y usuarios, han dado sus frutos positivos.

En estos breve minutos haré un repaso de algunas situaciones concretas que nos permitirán advertir cómo juega, en la práctica, en nuestro sistema de gobierno, esta ampliación de la legitimación (es decir la existencia de una mayor cantidad de habilitados para iniciar un proceso judicial con el objeto de requerir la protección o reinstauración de un derecho).

El concepto de caso frente a estas legitimaciones anómalas o ampliadas se ha visto alterado o ampliado pero no por ello ha dejado de ser indispensable para el accionar judicial. Así lo sostuvo la Corte en “Halabi”² y luego lo enfatizó en “Thomas”³. Repasaré muy sintéticamente, intentando sólo destacar lo relevante a los efectos de esta charla, sin perjuicio de las innumerables aristas que merecerían un desarrollo particular en cada uno de esos casos.

En “Halabi” un abogado demandó al Poder Ejecutivo Nacional solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 y su decreto reglamentario en cuanto permitían la intervención de las comunicaciones telefónicas y de Internet sin que la ley hubiera

¹ Texto de la disertación presentada en las “I Jornadas de Derecho Constitucional del GCBA”, organizadas por el Centro Federal de Estudios de Derecho Público y el Instituto Superior de la Carrera del GCBA, celebradas los días 29 y 30 de noviembre de 2011 en el Salón San Martín de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

² Fallos: 322:111.

³ Fallos: 333:1023.

determinado en qué casos y con qué justificativos ello era posible. Argumentó que ello afectaba la intimidad y el privilegio que como abogado tienen sus comunicaciones con sus clientes.

En “Thomas” un Diputado nacional inició acción de amparo contra la ley 26.522 alegando esa calidad y la de ciudadano. En primera instancia y Cámara se le concedió legitimación con sustento en el art. 43 de la CN (no se definió de qué clase y se dijo que estaban afectados derechos de incidencia colectiva propiamente dichos o derechos homogéneos con una causa de única de afectación, en los términos de “Halabi”) y, en virtud de ello, se dictó una medida cautelar que suspendía *erga omnes* la aplicación de la ley.

La Corte aceptó la legitimación en el primer caso y confirmó la sentencia que “declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la ley 25.873” y del decreto reglamentario. En el segundo, en cambio, revocó en duros términos la sentencia que concedía la cautelar; sostuvo que la existencia de derechos de incidencia colectiva no permitía prescindir de la idea de causa o caso y que no podía confundirse ese tipo de derechos con uno general de mero control de la legalidad. También descartó la legitimación como miembro de la Cámara de Diputados de la Nación.

En definitiva, las particularidades que imprimen los derechos de incidencia colectiva al concepto de caso no pueden llevar a obviarlo por completo ni a que los tribunales desarrollen funciones que históricamente se entendió que les estaban vedadas en nuestra organización constitucional como son realizar un control de mera legalidad o responder consultas. Es necesario que se presente una controversia concreta sobre el alcance de un derecho, una disputa que verse sobre relaciones jurídicas claramente identificadas.

Estas particularidades que venimos destacando también tienen repercusión en el modo de acreditación de la existencia de un caso.

Antes sólo eran posibles de ser llevados ante el Poder Judicial los reconocidos normativamente como “derechos subjetivos”, cuya principal particularidad es la exclusividad. Esa

característica permitía su disputa judicial, sin temor a hacer caer sobre quien no pudo ejercer su derecho de defensa en un proceso judicial, una sentencia con autoridad de cosa juzgada, inmutable.

Hoy en día esa circunstancia ha cambiado, y como ya fue comentado en el panel, es posible llevar a pleito situaciones jurídicamente protegidas que no son exclusivas (como el derecho al ambiente o los derechos de consumidores) sino que también incluso algunas que ni siquiera afectan al legitimado para instar la acción (como veremos más adelante en un caso de discriminación que tuvo lugar en la Ciudad de Buenos Aires).

La originaria equiparación entre afectado y legitimado hacía que en un análisis poco detenido resulte más o menos equivalente, en muchos supuestos, decir que no existía caso o controversia o que quien pretendía iniciar la acción no estaba legitimado. Básicamente, si no era afectado no estaba legitimado y si no estaba afectado tampoco había un caso pasible de ser llevado ante el Poder Judicial. La idea de legitimación y de caso, en la práctica, se fundían. Ello no significa que no eran escindibles en términos lógicos, pues para ello basta con hacer el ejercicio de imaginar un caso posible en torno al derecho que se denuncia conculcado, aunque sea futuro, para poder establecer los distintos conceptos.

Hoy en día es necesario analizar esos conceptos con un mayor cuidado porque en numerosas situaciones nos encontramos frente a supuestos en los que quién está legitimado para instar la acción no tiene más que una relación lejana con el supuesto caso, con la afectación del derecho en juego.

Previo a ingresar en los ejemplos cabe hacer una apreciación más. Esta disociación entre afectado y legitimado lleva también a hacer algunas diferencias o morigeraciones en la prueba o constatación de la existencia de un caso, carga que como principio cae sobre quien insta la acción. Del mismo modo que suelen ser relajada o invertida la carga probatoria teniendo en cuenta la posición de cada uno de los involucrados en un pleito (como, por ejemplo, lo hace la Ley General del Ambiente⁴), debe aplicarse la misma idea sobre la prueba de la existencia del

⁴ Ley n° 25.675.

caso. A diferencia de lo que sucedía antes, quien tiene capacidad para instar la acción puede encontrarse frente a una desventaja sustancial para probar la existencia de la vulneración del derecho en juego.

La Ciudad de Buenos Aires suele ser terreno fértil para este tipo de situaciones particulares, principalmente porque el art. 14 de su Constitución habilita a “cualquier habitante” a iniciar acción de amparo frente a situaciones de afectación de derechos de incidencia colectiva. No es fácil determinar qué alcance tiene esa frase, pero si sabemos que, al menos, brinda posibilidad de que cualquier habitante inicie un amparo por una discriminación ilegítima, conforme veremos sucedió en el precedente “Barila”⁵.

En dicho precedente el actor era un abogado que manifestaba vivir y ejercer su profesión en la Ciudad de Buenos Aires y reclamaba que se de adecuado cumplimiento al art. 43 de la CCBA en cuanto establece que un 5 % de los empleos públicos y de empresas concesionarias debe ser reservado para personas con necesidades especiales.

Allí, quien instaba la acción no era un sujeto afectado en ninguna concepción posible, sino que se trataba de una persona que pretendía que se de acabado cumplimiento a una norma constitucional. Si bien el supuesto puede generar perplejidad frente a lo que venimos comentando, la contundencia del texto de la norma se impone y obliga a realizar un esfuerzo para lograr armonizar esa manda con el resto de la normativa constitucional (principalmente, con el derecho de defensa de posibles afectados y con la idea cosa juzgada inmutable que adquiere la protección de la garantía propiedad).

Estas situaciones particulares que presenta la ampliación de la legitimación ha llevado a que existan pronunciamientos en que se ordena “cumplir la ley” o “cumplir la Constitución”. Esto no es sólo patrimonio de procesos en que están en juego derechos de incidencia colectiva pero si se ha visto en mayor medida en esos supuestos, probablemente porque son supuestos novedosos y, por lo tanto, dan lugar a mayores confusiones. Basta con repetir aquí que,

⁵ “Barila, Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado expte. 6542/2009, “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Barila, Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. 6603/2009, sentencia del 4/11/2009.

conforme lo dicho por la propia Corte, en ningún supuesto es posible que la actuación del Poder Judicial sea realizada sin que exista un caso, por ende, tampoco puede haber pronunciamientos que no tengan como efecto directo resolver uno.

Por ejemplo, en virtud de un amparo iniciado también por un abogado alegando su calida de tal y de ciudadano, en la primera instancia federal se dictó un pronunciamiento en el que ordenaba dar publicidad a todas las leyes secretas que no cumplieran con las condiciones necesarias para ser secretas (básicamente, que esa condición se impuesta por la materia en juego y que tenga directa relación con cuestiones de estado, como la defensa nacional, que no puedan ser dadas a publicidad)⁶.

En el supuesto del cupo de personas con necesidades especiales, el caso venía dado porque la ley que regulaba la norma constitucional había establecido un registro de aspirantes a esos empleos. Ello permite asumir que quienes se encontraban inscriptos se encontrarían aún con la intención y en condiciones de asumir un empleo.

Como anticipó la Dra. Díaz, imaginar cómo sería la ejecución de sentencia resulta un test interesante para advertir si la sentencia bajo análisis resistiría pasar en autoridad de cosa juzgada y si ha sido dictada conforme lo exige el concepto de caso, que no sólo debe estar presente al momento de instar la acción sino que debe repercutir también en la forma de diagramación de la sentencia.

En los casos en que la legitimación puede estar completamente dissociada de la afectación, la ejecución de sentencia estará siempre supeditada a la exigencia de cumplimiento por parte un afectado, que podrá aprovechar esa sentencia. Situación similar sucede con los derechos individuales homogéneos, pues si bien es común que sea posible hacerlo cumplir casi sin el consentimiento del beneficiado, y que ello no traiga especiales dificultades, lo cierto es que pueden existir situaciones en que eso no es posible. Por ejemplo, no es posible devolver un cargo cobrado ilegítimamente a quien ya no recibe el servicio en cuestión. A lo sumo podría

⁶ “Monner Sans, Ricardo c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal n° 8, sentencia del 11/5/2005. Ese pronunciamiento luego fue revocado por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sentencia del 14/6/2006.

recurrirse a una consignación, lo que implica una convocatoria judicial a recibir su crédito, por lo que no despeja el problema.

Es común también encontrar supuestos de control de legalidad “escondido” detrás hipotéticas legitimaciones ampliadas. Bajo el pretexto de que se encuentran derechos de incidencia colectiva, se realiza un control de legalidad, sin relación con una pretensión vinculable con un caso concreto y el derecho supuestamente conculcado. Podemos mencionar el ya citado caso de las “Leyes Secretas”, así como otros supuestos como “Buzzi⁷” del Juzgado Federal de Primera Instancia de Comodoro Rivadavia. En este último, bajo la supuesta intención de proteger derechos de incidencia colectiva de los usuarios del servicio de transporte aerocomercial así como el derecho a la información pública, se condenó a Aerolíneas Argentinas S.A. a no cancelar vuelos cuando no existan reales condiciones de inseguridad. En ningún momento se estableció cuál era ese derecho afectado ni de dónde surgía.

En definitiva, en esas condiciones, se esconde un control en abstracto ya que por más de que pueda configurarse un caso en algún sentido posible, la ausencia de una norma que asigne un derecho desarticula cualquier intento en ese sentido. Los derechos de incidencia colectiva no pueden ser utilizados para expandir el control judicial fuera de las causas que requieren un interés jurídicamente protegido afectado. Caso contrario se está frente a un mero control de legalidad.

Otro tema sobre el que cabe cuestionarse es las facultades de disposición de la acción en este tipo de acciones. Cabe preguntarse si la facultad para desistir de una acción de esta especie no debe ser morigerada teniendo en cuenta el tipo de derecho que se protege. Debemos considerar que la asimetría de fuerzas a la que venimos haciendo referencia también implica que en muchas ocasiones quien es demandado por afectaciones de derechos de incidencia colectiva también tiene intereses económicos muy importantes en juego. Eso puede servir para que fuercen a las partes a abandonar un pleito o, también, como incentivo para posibles actores. Puede resultar un negocio realmente interesante poner a una empresa de gran envergadura

⁷ “Buzzi, Martín c/ Aerolíneas Argentinas S.A.”, Juzgado Federal de Comodoro Rivadavia (Provincia del Chubut), sentencia del 13/9/2011.

bajo la presión de una medida cautelar que le impida desarrollar su actividad y le provoque pérdidas millonarias. El precio de un desistimiento de una acción en esas condiciones puede ser muy alto.

Claro está que la posibilidad de disponer de la acción nada dice sobre el derecho, incluso en casos de actores con buena intención, haber iniciado la acción no les brinda la facultad de disponer sobre los derechos en juego. Esto podría hacer que sea un muy mal negocio para el demandado pactar en estas condiciones porque quien paga por un desistimiento se encuentra expuesto a que otros legitimados en igual situación que el primero inicien una acción con un objeto similar.

Una solución posible podría ser tomar medidas como notificar, por ejemplo, al Defensor del Pueblo, que también ostenta esta legitimación y es un órgano que en forma indirecta se encuentra expuesto al control democrático, para que pueda optar entre reemplazar al actor o no, dependiendo de lo que estime más conveniente.

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, como mencioné al comienzo, no todas las experiencias en torno a la judicialización de los derechos de incidencia colectiva deben ser anotada en la columna del debe. La consagración constitucional de estos derechos ha permitido dar una fuerte protección a situaciones que antes se encontraban, en la mayoría de los casos, sólo sujetas a un posible control por parte de la Administración. En definitiva, la sociabilización de las acciones en estos terrenos impiden que las regulaciones sean pasadas por alto, pues ponen en todos los posibles afectados a un potencial controlador de esas situaciones, permiten aprovechar la energía de quienes se consideren perjudicados. En este sentido pueden mencionarse casos como “Mendoza”⁸ o “Tudanca”⁹ y también el ya citado “Barila” en los que la existencia de estas legitimaciones ampliadas permitió la efectiva protección del medioambiente en los dos primeros y el cumplimiento de una cláusula constitucional que disponía una discriminación positiva en el otro.

⁸ Fallos: 329:2316.

⁹ “Tudanca, Josefá Elizabeth Beatriz s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Tudanca, Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, expte. 5864/2008 y su acumulado “Mazzucco, Paula Virginia y otro s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Mazzucco, Paula Virginia y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCBA)”, expte. n° 5868/2008, sentencia del 1/12/2008.

Sin obviar lo dicho hasta aquí con relación a los inconvenientes que pueden surgir en procesos en que están en juego legitimaciones ampliadas o anómalas, es indisputable que han venido para quedarse y que cumplen un papel de gran relevancia en la prosecución de fines complejos fijados por nuestras propias normas constitucionales. Ello nos impone la obligación de realizar todos los esfuerzos posibles para darle sentido a esas legitimaciones sin alterar derechos fundamentales y pilares básicos de nuestro sistema de gobierno. En palabras la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “...la interpretación del instrumento político que nos rige no debe hacerse poniendo frente a frente las facultades enumeradas por él para que se destruyan recíprocamente, sino armonizándolas dentro del espíritu que le dio vida [...] La Ley Fundamental es una estructura sistemática; sus distintas partes forman un todo coherente y en la inteligencia de una de sus cláusulas ha de cuidarse que no se altere el equilibrio del conjunto”¹⁰.

¹⁰ Ver Fallos: 181:343 y 302:1461.