

Debido proceso colectivo: 25 años sin reglas. Síntesis de un (des)arreglo político-económico

*Matías A. Sucunza**

Resumen

La reforma constitucional de 1994 consagró el derecho al debido proceso colectivo. Ello supuso un cambio paradigmático en términos de exigibilidad y justiciabilidad de derechos. Sin embargo, a veinticinco años de su reconocimiento constitucional, no contamos con reglas adecuadas para discutir colectivamente. Consideramos que eso está directamente vinculado con la potencia de los procesos colectivos para poner en crisis un aspecto esencial de la reforma constitucional: el (des)arreglo político-económico propio del pacto liberal-conservador de base.

Palabras clave: Debido Proceso - Derechos colectivos – Exigibilidad – Rendición de cuentas – Participación - Crisis

Abstract

The 1994 constitutional reform enshrined the right to collective due process. This meant a paradigmatic change in terms of enforceability and justiciability of rights. However, twenty-five years after its constitutional recognition, we do not have adequate rules to discuss collectively. We believe that this is directly linked to the power of collective processes to put into crisis an essential aspect of the constitutional reform: the political-economic derangement of the liberal-conservative base pact.

Key Words: Due Process – Class Actions – Enforceability –Accountability – Participation – Deep problems

I. Planteo

La reforma constitucional de 1994 no se limitó a incorporar el amparo colectivo, sino que hizo mucho más que eso. Al reconocer la existencia de conflictos y derechos

* Abogado por la UNLP, distinguido con diploma de honor al mejor promedio (2008). Especialista en Derecho Administrativo Económico por la UCA, en Derecho Procesal Profundizado por la UNA y en Derechos Humanos por la UNLP (tesis en elaboración). Consultor externo del CEJA.

colectivos, institucionalizó el debido proceso colectivo como derecho fundamental.¹ Ello supuso un cambio radical de paradigma en los esquemas de empoderamiento, exigibilidad y justiciabilidad de derechos. Significó una bisagra fundacional ya que, a partir de ese momento, la garantía del debido proceso ya no es meramente individual, sino también colectiva.

Esa ruptura paradigmática exige el desarrollo de toda una estructura (recursos, medios y reglas) que garantice el ejercicio adecuado de los derechos involucrados en esa clase de conflictos. Estos son, cabe aclarar, totalmente distintos de aquellos de carácter *individual* que habían eclipsado el entendimiento e interpretación constitucional-convencional hasta entrado el siglo XX.

¿Qué pasó con ello? A veinticinco años de su consagración constitucional ni siquiera contamos con reglas adecuadas que permitan procesar estos conflictos de forma, no solo coherente, sino *válida*.

Esto dispara otros interrogantes. Si el debido proceso colectivo es una obligación *jurídica* del Estado de cumplimiento *inmediato*, entonces ¿por qué a veinticinco años vista no existen reglas adecuadas? ¿Qué razones explican esa circunstancia? ¿Qué exigencias supone, cómo incide y qué interpelaciones genera al *status quo* político-económico?

Este trabajo se inscribe en esa preocupación y se propone:

a) Coadyuvar en la identificación, conceptualización y consolidación de la noción de derecho constitucional-convencional al debido proceso colectivo, como garantía fundamental *formalizada* por la reforma de 1994.

b) Enfatizar las consecuencias que ese reconocimiento constitucional supone en términos de derechos y obligaciones.

c) Evidenciar la potencia de los procesos colectivos como herramientas de participación, rendición de cuentas y cambios (estructurales) en relación a conductas lesivas de agentes públicos o privados. En especial, de aquellas asociadas a la planificación, ejecución y monitoreo de “políticas públicas” desde un enfoque de

¹ Matías A. Sucunza, “El derecho constitucional-convencional al debido proceso colectivo: conceptualización e interpelaciones en pos de su efectividad”, *Revista de Derecho Público, RubinzalCulzoni*, 2016-I (2016): pp. 105-163.

derechos, (re) interpretándola como una de las razones determinantes para explicar la ausencia de regulación a veinticinco años de su consagración constitucional.

Para el logro de dichos propósitos, identificaremos en el texto de la Constitución Nacional los elementos que permiten afirmar, directa e indirectamente, la existencia de un derecho constitucional al debido proceso colectivo, recuperando algunos conceptos del debate constituyente y señalando ciertas interpretaciones de autoridades que ratifican la posición sostenida.

Acto seguido, conceptualizaremos en qué consiste y por qué aludimos a una ruptura paradigmática y, además, cuáles son sus elementos arquetípicos. También precisaremos las diferentes obligaciones jurídicas que el mencionado reconocimiento conlleva para el Estado, haciendo especial hincapié en los deberes de reglamentación y de aplicación e interpretación judicial.

Posteriormente, trataremos de señalar los principales hitos que evidencian que la omisión legislativa es deliberada y las razones que podrían explicar dicha circunstancia. En especial, nos interesa mostrar cómo los procesos colectivos son un instrumento que deja al descubierto y tensiona al máximo dos de los desarreglos más profundos del armamento constitucional: la organización de poder político y económico.

Asimismo, ya que esos desarreglos no son patrimonio excluyente de nuestro país, sino propios del pacto liberal-conservador que ha caracterizado al constitucionalismo latinoamericano, trataremos de mostrar cómo este desfasaje entre reconocimiento constitucional y ausencia de reglamentación adecuada se replica en diferentes países de la región.

II. Derecho constitucional al debido proceso colectivo

A. Recepción constitucional

Más allá de las disquisiciones en torno a las etapas que marcaron la evolución en la materia, podemos afirmar que recién hace poco más de tres décadas la “cuestión colectiva” ha irrumpido en la escena y agenda institucional/ciudadana nacional.

Pensemos, siguiendo a Verbic, que la primera fase histórica puede ubicarse a comienzos del año 1983 con el dictado del fallo *Kattan*.² Sin embargo, a pesar de ser un fenómeno reciente de enorme actualidad y potencia, existe un hito que marcaría un antes y después: su expreso reconocimiento constitucional en 1994.³

En esa inteligencia, la mención en el artículo 43 de una serie enunciativa de derechos colectivos,⁴ constituye el elemento determinante que nos permite sostener la existencia de un derecho constitucional al debido proceso colectivo. Ello así porque no puede existir (normativa, fáctica y lógicamente) derecho/conflicto colectivo alguno, sin garantías de similar naturaleza que posibiliten discutir colectivamente.

En términos normativos, porque la recepción de esta “categoría o clase” de derechos supone como condición necesaria la potestad de demandar su exigibilidad y justiciabilidad en clave colectiva y el correlativo deber de garantizar su ejercicio de igual forma. Asimismo, trae consigo una ruptura paradigmática en la construcción de las categorías de derechos, rompiendo con el molde de la individualidad. De esta forma, obliga a pensar a todas las demás prerrogativas asociadas a su exigibilidad en forma colectiva, sean estas de carácter sustancial (por ejemplo, la propiedad o titularidad, y disponibilidad de esos derechos) o procesal (por ejemplo, acceso a la justicia, derecho de acción o defensa).

En términos fácticos, en primer lugar, porque la aprehensión jurídica de esta categoría de derechos tiene como hecho antecedente la existencia de *conflictos colectivos*. Tanto es así que, aun cuando no se contase con ese reconocimiento constitucional expreso, su preexistencia constreñiría a instrumentar las formas para canalizarlos. En segundo lugar, porque este tipo de conflictos (policéntricos, complejos, masivos y de alto impacto) son totalmente diversos de los individuales. Por último, porque las problemáticas involucradas y el proceso como espacio de exigibilidad/disponibilidad de potestades jurídicas, rompen con la lógica de un procesamiento estructurado para

² Francisco Verbic, “Tutela Colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia”, *Revista de Derecho Procesal* número especial, Conferencia IAPL-IIDP (mayo 2012).

³ Antes de la reforma podían admitirse implícitos en la fórmula del artículo 33 de la CN.

⁴ Recordemos que la citada manda reconoce expresamente ciertos derechos colectivos (v.gr., al medio ambiente, usuarios y consumidores, entre otros), pero clausura la fórmula de reconocimiento con la frase “así como a los derechos de incidencia colectiva en general”.

conflictos individuales, demostrando así sus inconsistencias y la necesidad de reglas propias de discusión.

En términos lógicos, porque es incoherente e irrazonable reconocer la existencia de derechos colectivos y no garantizar una adecuada estructura para su correcto ejercicio; y pretender, al mismo tiempo, tramitarlos válidamente en términos procesales a través de medios pensados para conflictos individuales.

Adicionalmente, otros elementos directos que nos permiten afirmar la existencia del derecho constitucional al debido proceso colectivo son el reconocimiento de la potestad de accionar colectivamente a través del amparo⁵ y la nominación de una serie de legitimados extraordinarios a tal fin, tales como el afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones que propendan a su defensa o el Ministerio Público.⁶

A la luz de todo lo expuesto, estimamos central eliminar un reduccionismo problemático de la parte de la doctrina vernácula: creer que la Constitución de 1994 simplemente incorporó el *amparo colectivo*. El amparo es solo un medio más dentro de una pluralidad de vías que componen el debido proceso colectivo. Inclusive, en el caso de los conflictos colectivos, suele ser el medio menos idóneo para canalizarlos. Tal vez, la aludida simplificación entre género (debido proceso colectivo) y especie (amparo), y la ausencia de regulación adecuada, sean dos razones de peso para explicar por qué -a pesar de ser el amparo colectivo el medio más problemático por regla- es el más usado.

Como argumentos indirectos del texto constitucional, cabe sumar:

1) La recepción de una serie de *colectivos* como *sujetos de derechos* (por ejemplo, mujeres, personas mayores o con discapacidad, niños/as y pueblos originarios), preferentemente tutelados.⁷

⁵ Hace ya 16 años, Sabsay sostenía que “El amparo, luego de la reforma constitucional del ’94 ha obtenido un nuevo perfil institucional que lleva a una importante ampliación de la figura, la que hoy comprende dos tipos distintos: uno de corte individual y otro colectivo. La segunda modalidad constituye *per se* uno de los aspectos más innovadores de la labor del constituyente de reforma. En efecto, las características de los derechos cuya protección se persigue con su interposición, como así también las consecuencias que ello provoca en materia de legitimación para el acceso a la justicia, llevan a modificar las concepciones tradicionales en la materia. De lo contrario, no se podrían obtener los objetivos pretendidos con su institucionalización” [Daniel A. Sabsay, “Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, en *Ambiente, derecho y sustentabilidad*, Walsh, Juan Rodrigo (ed.) (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2000), p. 80]

⁶ Arts. 43, 86, 120 y concs., Constitución Nacional.

⁷ Arts. 14, 16, 18, 75 incisos 12, 22 y 23 y concs., Constitución Nacional; 10, 11, 12 incisos 3 y 4, 15, 20, 28, 36, 38 y concs., Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 4, 8, 24, 25 y concs., Convención Americana sobre los Derechos Humanos; 1, 2, 7, 8, 10, 25, 28 y concs., Declaración Universal de Derechos Humanos; I, II, V, XVIII y concs., Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 2, 6,

2) La ampliación expresa de derechos y materias justiciables, las cuales involucran a diversos colectivos o incluso a la colectividad toda (por ejemplo, la defensa de la legalidad en cabeza del Ministerio Público o la exigibilidad de derechos en clave estructural).

3) El incremento y desarrollo de las vías y canales de discusión en términos de participación democrática.

4) El hecho de que tanto el debido proceso como los restantes derechos asociados a él (por caso, acceso a la justicia, derecho de defensa, etc.), constituyen derechos humanos. En consecuencia, deben ser garantizados de manera *inmediata y efectiva*, toda vez que forman parte del núcleo de derechos insuspendibles. Ello así porque más allá de que consideremos que no existen jerarquías de derechos en función de su indivisibilidad e interdependencia, los pactos gemelos receptan fórmulas de reconocimiento distintas. Luego, tratándose estos de derechos “civiles”, deben ser satisfechos bajo esas condiciones, sin que puedan alegarse justificaciones de ningún orden, ni siquiera presupuestarias.

5) El derecho al debido proceso y las demás garantías receptadas en el artículo 18 de la Constitución Nacional, parte que recordemos no podía ser modificada en la reforma de 1994, deben ser aplicados implícitamente en clave colectiva. De igual manera, la nominación “persona” a la que aluden los disímiles tratados de derechos humanos, obliga a leer a ese sujeto (la “persona”) como el colectivo de que se trate, tal como la propia Corte Interamericana ha hecho al abordar los conflictos asociados a comunidades originarias.

B. Debates constituyentes

No nos interesa ni creemos que tenga sentido hacer en esta oportunidad originalismo interpretativo. El único dato que pretendemos recuperar del debate constituyente es la amplitud de la recepción de la dimensión colectiva. En otras palabras, dejar en claro que cuando los convencionales discutían en torno al amparo colectivo no se limitaban a este, sino que -partiendo de la existencia de conflictividad colectiva- estaban instituyendo los derechos colectivos y la correlativa garantía de su debido proceso. Para poder constatarlo,

14 y conchs., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2, 12 y conchs., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

basta con recorrer las manifestaciones vertidas con motivo de la aprobación del artículo 43 de la Ley Suprema.

El convencional Pizzurno afirmó que

la participación popular resulta insoslayable en el desarrollo de las democracias modernas. La vía de acceso más propia de los ciudadanos a su gobierno está en la posibilidad de injerencia sobre aquellos temas que le atañen en particular y cotidianamente. El único control efectivo para estas cuestiones reside en la gestión de estos micropoderes difusos que resultamos ser todos nosotros en nuestra convivencia. Si no dotamos a las organizaciones sociales de las herramientas más aptas para esta función, estaremos cometiendo dos errores gravísimos. Por un lado, mantendremos una estructura de gestión superestructural, por regla alejada de los problemas concretos y mucho más permeable a las presiones de los poderes concentrados, que podemos identificar con los grupos de poder económico. Y por el otro, alejaremos a los ciudadanos de la posibilidad de compromiso con el manejo de la cosa pública, que ha llevado a la sensación de ajenidad y desconfianza que hoy se tiene para con la política y quienes la desempeñamos. Sin una legitimación activa de todos los ciudadanos para solucionar los problemas que les atañen y, en particular, de las asociaciones a las que nos referíamos anteriormente -para actuar en su representación y con un efecto *erga omnes*, asegurando la gratuidad del acceso a dichas vías jurisdiccionales- no podremos garantizar en modo alguno que los objetivos que nos fijamos con este nuevo texto tengan alguna posibilidad de llegar a buen puerto.

En similar sentido, Schroder manifestó que

[h]ace instantes, una señora convencional preguntaba cuáles eran estos derechos. Aunque es una cuestión tan obvia, la voy a explicar. Lo importante es destacar quiénes son los que no quieren que imperen estos derechos, que son los mismos que siguen hablando de la industria de los juicios. Quien dice esto toma una posición totalmente hipócrita, porque no se puede avanzar a contramano de lo que señalan los principales documentos a nivel internacional, por ejemplo, la Carta Mundial de la Naturaleza en su principio 23 y la Declaración de Río en su principio 10. Además, si no se conocen cuáles son los intereses colectivos o los intereses difusos, sugiero que vayan a la biblioteca y consulten algunas constituciones provinciales, por ejemplo, la de Salta, en su artículo 84; la de Tierra del Fuego, en su artículo 49; la de Río Negro, en su artículo 43; la de La Rioja, en su artículo 66; la de San Juan en sus artículos 40 y 58 referidos a la acción de amparo; y la de Córdoba en su artículo 53. Resultaría contradictorio, que si estos derechos están contemplados en las constituciones provinciales, no los incorporáramos a la Constitución Nacional. No podemos elaborar una Constitución para el pasado. Tenemos que defender los derechos colectivos, como lo hacen muchas provincias, los tratados internacionales y varios países latinoamericanos. Debemos redactar una Constitución para el futuro.

Asimismo, en torno a la amplitud en la categorización introducida por el artículo 43 de la Constitución, Quiroga Lavié sostuvo que

a partir de una discusión para determinar si se trata de derechos difusos, de intereses difusos, de derechos públicos o colectivos -como los defino- o de derechos de incidencia colectiva, creo que es el concepto que utiliza el convencional Rosatti, cuya propuesta de ponencia con relación a la protección del medio ambiente tiene una excelente factura al utilizar el concepto de derecho o interés difuso no en el sentido de la individualización o debilitamiento del derecho sino en cuanto al alcance para toda la entidad colectiva, con lo cual viene a coincidir con mi concepto de derecho colectivo.

A partir de la ampliación de la dimensión colectiva de la herramienta, su vinculación con la protección de los derechos humanos y la necesidad de fortalecer la efectividad de la protección de los derechos reconocidos, Barcesat afirmaba que

[n]o hay un derecho humano argentino ni un amparo argentino. Hay derechos humanos para los argentinos y habrá también una acción de amparo para esos derechos humanos. Pero estas acciones, al igual que los derechos que tutelan, vienen impresos en el cuño de la universalidad y del ‘para todos’; de ninguna manera, se puede pretender presentarlos como que nos son propios o que han sido gestados desde nuestra individualidad. En todo caso, ha sido la tragedia de nuestra historia individual la que ha convocado la incorporación de esos textos en la Constitución Nacional.

Recuperando la trayectoria jurisprudencial existente y algunos de los elementos arquetípicos del debido proceso colectivo, la convencional Ancarani aseveró que

en rigor de verdad, no estamos siendo sinceros porque no estamos creando absolutamente nada, sino que al respecto sólo proponemos la recepción de un extenso y medular tratamiento doctrinario. Obviamente todo esto está generado, en primera instancia, en la actuación de la justicia ordinaria y, después, en la de la Corte. Al incorporar esta cláusula le estamos dando un lugar distinto, pero no estamos creando nada nuevo. Esto es producto de una larga y fecunda tradición jurídica Argentina e internacional. Además, el proyecto contempla la procedencia de esa acción contra cualquier forma de discriminación, como medio de protección de los derechos de incidencia colectiva, como son, por ejemplo, el medio ambiente, la competencia, el usuario y el consumidor, que están expresamente consagrados en esta Constitución y respecto de los cuales se hace dos tipos de legitimación: la personal, que se refiere a todo habitante, y la especial procesal, que habla, por ejemplo, del defensor del pueblo o de las asociaciones que propendan a estos fines. [sic]

C. Ratificación interpretativa

La existencia de un derecho constitucional al debido proceso colectivo y el deber de regularlo ha sido reconocida por diversas autoridades públicas. A efectos meramente ilustrativos, haremos referencia a algunas de ellas.

Comenzaremos con la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”), la cual ocupa un lugar determinante, tanto por lo hecho en ejercicio de su función judicial como materialmente legislativa. Esta intervención tuvo lugar a través de tres movimientos graduales, vinculados y superpuestos.

En un primer momento, intervino al decidir en innumerables conflictos colectivos de interés público y alto impacto social. Aquí podemos encontrar una serie de pronunciamientos que reconocieron la “problemática colectiva” y su consagración constitucional. Entre ellos, la resolución de casos asociados al acceso a la información pública,⁸ condiciones de detención,⁹ al agua potable¹⁰ o al aborto seguro no punible¹¹.

En un segundo estadio, ante la persistencia en la omisión legislativa, lo hizo construyendo, vía jurisdiccional, una dogmática de los derechos colectivos, exhortando a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a su debida reglamentación y fijando reglas para su procesamiento. De esa manera, en el *leading case Halabi*, la Corte sostuvo la plena vigencia de la garantía de debido proceso colectivo establecida en el art. 43 de la Constitución Nacional, al afirmar que esa norma constitucional “es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular”.¹²

En un tercer momento, mediante la reglamentación de distintas herramientas o institutos que permitieron, siquiera parcialmente, dotar a esta clase de conflictos de otro marco de discusión. En concreto, se resolvieron algunas de las objeciones vinculadas a la vulneración de las garantías constitucionales-convencionales colectivas involucradas y se robusteció la participación ciudadana, la publicidad del debate, su transparencia y la legitimidad de la intervención judicial. Sin dudas, la reciente Acordada N° 12/2016, por la cual se sanciona un “Reglamento de actuación en procesos colectivos”,¹³ constituye el

⁸ CSJN, *Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Gil Lavedra, Ricardo y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios s/ Amparo*, sentencia, causa G.397.L (14 de octubre de 2014).

⁹ CSJN, *Gutiérrez, Alejandro s/ Causa n° 11.960*, sentencia, CSJ 713/2010 (46-G) (19 de febrero de 2015).

¹⁰ CSJN, *Recurso de hecho deducido por Aguas Bonaerenses S.A. en la causa Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros si amparo*, sentencia, CSJ 42/2013 (49-K) (2 de diciembre de 2014).

¹¹ CSJN, *F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva*, sentencia, F.259.XLVI (13 de marzo de 2012).

¹² CSJN, *Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25.873 y Dto. 1563/04 s/ Amparo Ley 16986*, sentencia, Fallos 332:111 (24 de febrero de 2009: considerando 12 del voto de la mayoría).

¹³ La reglamentación efectuada, en función de lo estatuido en los artículos 1, 5, 14, 17, 18, 31, 75 inc. 12, 22, 23, 99, 116, 121 y concs. de la Constitución Nacional, puede ser objeto de múltiples objeciones constitucionales en términos de competencias. La Corte Suprema, como en otras ocasiones, en el contexto

punto culmine de este *proceso de construcción*, que ratifica la necesidad de reglas adecuadas, ordena las existentes, consolida la posición de la Corte en el punto y reitera la interpelación a los poderes naturalmente políticos acerca de su deber de reglamentación.¹⁴

Asimismo, en cada apertura judicial, el propio presidente del mencionado Tribunal ha reconocido la importancia de la discusión colectiva, participación ciudadana e intervención del Poder Judicial. Por caso, en el año 2013 expresó que

[h]ace muchos años que la Corte creó nuevas acciones procesales para los derechos fundamentales: el amparo y el derecho de réplica. Nosotros ampliamos esta tendencia y hemos abierto las puertas a las *acciones de clase*, lo que significa que cuando un solo acto injusto afecta a miles de personas, no es necesario promover miles de juicios; hay que hacer más simple y sencillo el reclamo de justicia.¹⁵ (la *itálica* nos pertenece)

Por su parte, los propios proyectos legislativos frustrados tienen como dato disparador el expreso reconocimiento constitucional.

El por entonces Ministro de Justicia, al momento de explicitar las reformas al proyecto de Código Civil y Comercial, reconoció la raigambre constitucional de la clasificación de los derechos colectivos, establecida por la reforma de 1994. Asimismo, negó que el Poder Ejecutivo se halle en contra de las acciones de clase, aunque, citando a la Corte en el caso *Halabi*, recordó que, al ser materia procesal, la competencia legislativa corresponde a las provincias.¹⁶

de ausencia de reglas, fundó su ejercicio en la existencia de funciones materialmente legislativas y en los arts. 18 de la Ley N° 48, 10 de la Ley N° 4055 y 4 de la Ley N° 25488.

¹⁴ El considerando 10° de la citada Acordada precisa que “(...) *por último, cabe recordar que este Tribunal, desde el año 2009, ha manifestado la necesidad de contar con una ley que regule los procesos colectivos - considerando 12° de Fallos: 322: 111-, no obstante ello, hasta la fecha no ha sido dictada normativa alguna que regule esta materia. Por tal motivo, resulta indispensable fijar reglas orientadas ordenar la tramitación de este tipo de procesos fin de evitar circunstancias que pueden conllevar a situaciones de gravedad institucional, hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule su procedimiento*”.

¹⁵ Allí también expuso que “En nuestro país y en casi todo el mundo, hay dos preocupaciones centrales de la población: el acceso a justicia y la demora en la resolución de los pleitos. Las tragedias colectivas se transforman en tragedias judiciales porque las normas de procedimiento son antiguas, no están pensadas para las mega causas. Por eso es imprescindible convocar a los demás poderes del Estado, tanto nacional como provincial, para discutir un régimen procesal especial para estas tragedias, para que no veamos grupos de personas reclamando justicia año a año” (<http://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>).

¹⁶ Ver <http://ccycn.congreso.gob.ar/versiones/buenosaires/2012-21-08.html>.

III. Conceptualización, ruptura paradigmática y elementos arquetípicos

Siguiendo con el análisis, Verbic expone que la identificación y determinación de los alcances del derecho a un debido proceso colectivo -que encuentra su raíz fundamental en el art. 43 de la Constitución- configura una tarea conceptual útil para establecer las características esenciales que debería tener una legislación adecuada en la materia (cuya sanción se presenta como algo urgente). También lo es para disponer, en el mientras tanto, de la mínima seguridad jurídica¹⁷ que exigen las trascendentes discusiones desarrolladas en este tipo de procesos sobre delicados asuntos sociales, políticos y económicos que involucran a grandes grupos de personas.¹⁸

Ahora bien, ¿qué implica este derecho al debido proceso colectivo?

El debido proceso legal, en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional, y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sido entendido como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto (del Estado) que pueda afectarlos”.¹⁹ Dicho en otros términos, el conjunto irreductible, ampliable y estricto de garantías procesales que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho de forma efectiva, accesible, útil y adecuada.²⁰

Esta idea es común a todo tipo de conflictos y derechos involucrados. No obstante ello, nos interesa destacar tres puntos: a) la idea de *conjunto* de garantías; b) de

¹⁷ Al fundamentar la sanción de la Acordada N° 12/2016, la Corte Suprema alude expresamente a la “(...) necesidad de precisar algunos aspectos y fijar y reglas que ordenen la tramitación de este tipo de procesos a fin de asegurar la eficacia práctica del Registro y la consecución de los objetivos perseguidos con su creación para, así, garantizar a la población una mejor prestación del servicio de justicia” (Considerando 6°).

¹⁸ Francisco Verbic, “La Corte Suprema Argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo”, *Int’l Journal of Procedural Law*, vol. 5, no. 1 (2015).

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 27; *Tribunal Constitucional vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C N° 71, párr. 69; *NadegeDorzema y otros vs. República Dominicana*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C N° 251, párr. 156.

²⁰ Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de junio de 2002s Serie C N° 94, párr. 147; *Caso Mohamed vs. Argentina*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 noviembre de 2012, Serie C N° 255, párr. 80, entre otras.

observancia *imperativa*; y, c) que se garantice un *adecuado* ejercicio y defensa del derecho involucrado.

Los conflictos colectivos importan una ruptura o cambio de paradigma, para el cual las reglamentaciones e instituciones existentes -pensadas y estructuradas para resolver disputas individuales, de escasa complejidad, con intereses bilaterales contrapuestos, eminentemente privadas y con un fuerte sesgo patrimonialista-, resultan impropias e inadmisibles.

En consonancia con lo expuesto, el derecho constitucional al debido proceso colectivo sería aquella prerrogativa –en sí instrumental– que reconoce y garantiza que todo conflicto en el que se disputen derechos colectivos deba ser tramitado observando las garantías propias del procesamiento colectivo. Este comprende un conjunto de reaseguros (comunes y especiales) tendientes a efectivizar el ejercicio, defensa, discusión y resolución adecuada, útil y eficaz del conflicto colectivo en clave colectiva.

Lo que llamamos los recaudos propios del debido proceso colectivo, en tanto elementos arquetípicos del sistema de procesamiento de esa naturaleza, son todas aquellas modulaciones reglamentarias que este derecho adquiere para poder desarrollar en debida forma la discusión que un conflicto colectivo exige. Entre esas pautas razonables y adecuadas, que surgen de la Constitución Nacional convencionalizada, la labor jurisprudencial y reglamentaria de la CSJN, los antecedentes normativos existentes y la doctrina especializada, podemos identificar:

a) El efectivo acceso a la discusión y solución de conflictos colectivos en sede judicial. Esto es, la existencia de vías y reglas de debate adecuadas. Resultan determinantes aquí las nociones de acceso colectivo a la justicia, derecho de defensa colectivo, derechos individuales homogéneos como especie del género “derechos de incidencia colectiva”, legitimación colectiva y causa o controversia colectiva.

b) La necesidad de una temprana determinación de las reglas del juego para permitir a las partes saber si el proceso tramitará en clave individual o colectiva.

c) La exigencia, cumplimiento y control de la representatividad adecuada del grupo o clase, por parte de las partes y el juez de la causa.

d) La instrumentación de un procedimiento apto para garantizar la adecuada publicidad y notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, a fin de garantizar el derecho de los miembros del grupo en participar,

oponerse o excluirse de este. Ello contribuye a maximizar la utilidad del proceso colectivo y respetar, al mismo tiempo, la autonomía individual de las personas involucradas en tales conflictos.

e) Un análisis de la admisibilidad de la pretensión o certificación de este tipo de acciones.

f) Mecanismos procedimentales que garanticen un debate amplio, público, robusto, informado y preferentemente oral, el cual incluya la participación efectiva de actores socialmente relevantes en los conflictos por resolver y la consideración obligatoria de sus argumentos relevantes.

g) Dispositivos procedimentales que aseguren una amplia difusión hacia la sociedad de información relativa a la existencia y evolución de este tipo de procesos.

h) Incorporación de herramientas procesales que permitan la adquisición, procesamiento y evaluación de información asociada a la toma de decisión y su impacto, especialmente, económico y social.

i) Reconfiguración de las condiciones de procedencia y tramitación de las medidas cautelares colectivas.

j) Un deber calificado de motivación en las decisiones que se adopten en el marco de estos procesos, especialmente aquellas que involucren la discusión de políticas públicas.

k) Una sentencia colectiva efectiva, con carácter de cosa juzgada colectiva y cuyos mecanismos de implementación o ejecución sean acordes a la complejidad de las soluciones que demandan esta clase de conflictos.

IV. Obligaciones jurídicas derivadas del reconocimiento constitucional-convencional

El reconocimiento constitucional-convencional del derecho al debido proceso colectivo supone para el Estado, la obligación jurídica de adoptar una serie de medidas (negativas o positivas) tendientes a respetar, promover y garantizar tal prerrogativa. De ese modo, cada una de las funciones de Estado deberá llevar adelante cometidos con el objeto de no impedir y/o facilitar su ejercicio, mediante la no obstaculización, reglamentación, asignación y prestación concreta y efectiva de recursos y medios.

¿Qué pasaría si, en pleno siglo XXI, no existiese una reglamentación adecuada para procesar conflictos individuales, para el caso en que las partes o el juez no supieran las reglas a las cuales atenerse? Sin lugar a dudas sería un escándalo jurídico, social y político. Esto es lo que ocurre con los conflictos colectivos.

A lo expuesto, debemos agregar que esta obligación/derecho en juego, en función de su naturaleza y lo estatuido en el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es de cumplimiento inmediato, lo cual implica que el Estado no puede alegar ningún tipo de justificación para diferir o postergar su cumplimiento. En consecuencia, su omisión e inobservancia supone la violación del derecho al debido proceso colectivo en sí y a todos los demás que, de manera indivisible e interdependiente, se encuentran vinculados, lo cual, a su vez, genera responsabilidad internacional.

Entre las derivaciones que la garantía del derecho al debido proceso colectivo produce, destacamos:

A. Deber de reglamentación

Este supone para el Estado, como dato de doble vía, la imposibilidad de desconocer esta clase de derechos y el deber de reglamentar su ejercicio. Es decir, es su obligación sancionar una ley que regule adecuadamente los procesos colectivos de manera *general* y *común*, incorporando las reglas especiales que sean necesarias para atender las especificidades propias de ciertos conflictos, sea dentro de cada institución o como apartados diferenciados (por ejemplo, toma de decisiones, ejecución de sentencias y alteración de cosa juzgada en el caso de políticas públicas).

En relación con ello, la Corte Interamericana ha fijado dos responsabilidades concretas por parte del Estado. Por un lado, el deber de “consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas” (*sic*).²¹ Por otro lado, también ha fijado la obligación del Estado de instrumentar los medios que permitan ejecutar las decisiones emitidas por las autoridades competentes, de manera tal que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos, por

²¹ CIDH, *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, párr. 237; CIDH, *Mohamed vs. Argentina*, párr. 83.

cuanto el proceso debe tender a la materialización de la protección de dichos derechos a través de su aplicación idónea.²²

Como mencionamos, al sancionar la Acordada N° 12/2016, la Corte Suprema recuerda que desde el año 2009 *manifestó la necesidad* de una ley que regule los procesos colectivos. Inclusive, en su artículo cuarto dispone que “el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos que se aprueba tendrá vigencia hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule este tipo de procesos”, ordenando comunicarla y darla a conocer al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación.

B. Deber de adopción de medidas adecuadas (políticas, acciones y decisiones)

La reglamentación del debido proceso colectivo, su operatividad y la de los derechos claves asociados debe ir acompañada de una serie de políticas, acciones y decisiones, provenientes especialmente del Poder Ejecutivo y Legislativo, tendientes a garantizar su ejercicio y observancia en clave colectiva. De ese modo, deberán hacerse las políticas y asignarse los recursos que permitan viabilizar la estructura necesaria para llevar adelante una discusión colectiva. Entre ellos, capacitar a los operadores jurídicos involucrados; difundir, promocionar y educar en la exigibilidad y justiciabilidad de estos derechos, adaptar el sistema de notificaciones e infraestructura, garantizar la gratuidad en el acceso de ciertos grupos desaventajados, generar reglas especiales en torno a los honorarios.

C. Deber de aplicación e interpretación judicial

El reconocimiento constitucional de este derecho genera para la judicatura el deber de aplicarlo e interpretarlo, independientemente de la existencia de normas reglamentarias. Inclusive, la ausencia de reglas adecuadas genera mayores obligaciones para los jueces, pues no hay manera de que procesen un conflicto colectivo en legal forma, sin reglas de discusión de esa naturaleza. Para dar respuesta a ello, los magistrados deben acentuar su rol de gestores del caso, el uso de las facultades que detentan a tal fin, las pocas normas existentes en los distintos ordenamientos y la analogía, a fin de dotar a la discusión colectiva de instituciones acordes.

²² Gustavo Maurino y Matías Sucunza, “Acceso a la justicia”, en *Constitución Nacional Comentada*, eds, Roberto Gargarella y Sebastián Guidi (Buenos Aires: Thomson Reuters Editores, 2016). Corte IDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia de fondo, 12 de noviembre de 1997, Serie C, N° 35, párr. 65; *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia sobre competencia, 28 de noviembre de 2003, Serie C, N° 104, párr. 73.

La gran mayoría de las precisiones que tenemos en torno a este derecho, sus componentes y alcances -más allá de las señaladas objeciones o reparos que puedan efectuarse en relación a la interferencia competencial-, son el resultado de la labor jurisdiccional o reglamentaria del Poder Judicial.

La Acordada N° 12/2016 es la mejor expresión ello: ordena parte del conjunto de reglas fijadas, sumando otras de interés -aunque de regulación cuestionable-, pero omite un sinnúmero de cuestiones fundamentales para la adecuada regulación de estos procesos (por ejemplo, objetivar cuándo se considera adecuada la representación, modalidades de ejecución y alcance, etc.). Respecto de ellos, hasta tanto se sancione una ley coherente y sistémica, seguirá siendo la judicatura, en cada caso, la encargada de escrutar y *construir* soluciones acordes.

V. De la deliberada omisión legislativa

A pesar de haber irrumpido institucionalmente hace casi cuatro décadas y de su reconocimiento constitucional en 1994, en el orden federal no contamos con mecanismo procesal colectivo alguno. Es decir, no existe una regulación sistémica e integral en la materia. A grandes rasgos, lo mismo sucede a nivel local (salvo algunas contadas excepciones no exentas de críticas).

Las únicas regulaciones federales o comunes disponibles en la actualidad para tratar en clave colectiva conflictos de esta naturaleza son la Ley General del Ambiente (Ley N° 25.675), la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial de la Nación. Pueden mencionarse otras, pero son solo tangenciales.²³

Las dos primeras normas pueden ser caracterizadas como leyes de fondo, aunque en ambas podemos encontrar ciertas disposiciones procesales que resultan aplicables a casos que involucran conflictos colectivos en esas áreas particulares del derecho. Sin embargo, en ambos supuestos se trata de reglas aisladas y parciales, carentes de sistematicidad, las cuales omiten el abordaje de un cúmulo de cuestiones imprescindibles para poder afirmar

²³ Otra norma que trae alguna referencia al respecto o que tiene incidencia es la Ley de Asociaciones Sindicales (arts. 23 y 31). En su Decreto Reglamentario N° 467/88 se dispone que “para representar los intereses individuales de los trabajadores deberá acreditar el consentimiento por escrito, por parte de los interesados, del ejercicio de dicha tutela”.

la validez de cualquier sistema de procesamiento colectivo (v.gr., publicidad y notificación, control de representatividad adecuada, entre otras).

Por su parte, la gran mayoría de las disposiciones sustantivas y procesales atinentes a la problemática colectiva que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación traía fueron suprimidas por el Poder Ejecutivo al momento de aprobar el proyecto definitivo que fuese remitido y aprobado por el Congreso Nacional. De ese modo, lo más significativo que quedó plasmado fue la reafirmación de la categoría de derechos colectivos (aunque también de forma cuestionable a la luz de la jurisprudencia que, para ese momento, había consolidado la CSJN).²⁴

Esta omisión reglamentaria es totalmente *deliberada*. En otras palabras, existe una clara intencionalidad de los poderes naturalmente políticos en no darnos reglas adecuadas. Ello queda en evidencia cuando visibilizamos y contrastamos ciertos datos o hitos:

a) Su expreso reconocimiento constitucional-convencional hace más de veinticinco años.

b) El avance y consolidación jurisprudencial y reglamentario de la Corte Suprema, sumado a los reiterados mandatos exhortativos.

c) La importancia de los conflictos colectivos y las tensiones que genera su abordaje en razón de los intereses que concitan y ponen en juego.

d) La violación en sí y derivada que supone la inexistencia de reglas para el sistema de procesamiento todo (v.gr., utilidad jurisdiccional, seguridad jurídica, etc.).

e) Los fallidos proyectos que se promovieron para regular los procesos colectivos y el desinterés/bloqueo evidenciado en el Congreso.

Con relación a este último punto, más allá de celebrar su interés, lo cierto es que todos ellos adolecían de serios déficits. En su gran mayoría, eran réplicas de regulaciones tales como la Regla 23 estadounidense (es decir, no existía una “adaptación responsable”)

²⁴ Giannini sostiene que “el Código Civil y Comercial unificado, perdió la oportunidad de incorporar provisiones fundamentales en esta materia, que habrían clarificado aspectos significativos de la tutela de los derechos de incidencia colectiva y que resultaban necesarios para dotar de eficacia al tipo de derechos materiales reconocidos en los arts. 14, inc. b) y ccs. de dicho cuerpo normativo. Si bien el Anteproyecto de la Comisión Redactora de la reforma había incorporado normas acertadas en este campo, el Poder Ejecutivo las suprimió al elevar el proyecto ante el Congreso Nacional. La supresión se basó en motivos discutibles, que no parecen conciliarse con la fisonomía del resto del articulado finalmente aprobado” (Leandro Giannini, “La necesidad de una reforma integral de la justicia colectiva. Avances y retrocesos en la tutela de derechos de incidencia colectiva de usuarios y consumidores (a seis años del caso “Halabi”)” (XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Salvador de Jujuy, 10 al 12 de septiembre de 2015).

o regímenes con prescripciones sumamente criticadas, tanto por el contenido de lo regulado como por lo omitido. A mayor abundamiento, no preveían cómo la nueva ley habría de operar en la práctica con relación a otras normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional que también se ocupan del asunto (por ejemplo, las leyes N° 25.675 y N° 24.240). Ninguno de los proyectos parece haber pensado en esta necesaria articulación entre la nueva norma y el contexto donde habrá de operar.²⁵

Respecto de las consideraciones que merece el *borrador* de anteproyecto de ley sobre procesos colectivos generado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación como parte de su Programa de Justicia 2020, nos expediremos en el próximo apartado.

f) Las diversas reformas integrales que existieron, en las cuales no se abordó seriamente el tema o se suprimieron las reglas relevantes que se preveían bajo pretextos cuestionables.

Esta omisión deliberada comporta un verdadero problema de orden estructural o estado inconstitucional de cosas, el cual genera disfuncionalidades serias en términos de justiciabilidad de derechos colectivos. Entre otras, compromiso grave de las garantías constitucionales-convencionales de dicha naturaleza involucradas; ineficacia del sistema en términos de resolución real y adecuada de conflictos; o riesgo de adjudicaciones inconsistentes.

VI. ¿Por qué no regular? Los procesos colectivos como amenaza para el (des)arreglo político y económico

La ausencia de regulación sistémica obedece a un conjunto de razones, las cuales parecerían tener como denominador común su conveniencia para el mantenimiento del (des)arreglo político-económico que constituye el ADN del constitucionalismo nacional.

La hipótesis que me interesa insinuar es que la no regulación de los procesos colectivos está directa y principalmente vinculada con su condición de herramienta de participación democrática, rendición de cuentas y cambio estructural de conductas o

²⁵ Francisco Verbic, “Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva de derechos en la República Argentina”, *Revista de Proceso*, no. 216 (febrero 2013).

distribución de bienes. En tanto tal, visibiliza y disputa el armado político-económico constitucional y los intereses a los que responde.

En términos políticos, tenemos una declaración de derechos del siglo XXI y una organización de poder del siglo XVIII. Como señala Gargarella, lo que hicieron estas nuevas constituciones fue, en todo caso, un esfuerzo importante para incorporar demandas e integrar grupos sociales, hasta entonces básicamente postergados por el constitucionalismo: desde los grupos indígenas a los grupos de consumidores, desde las demandas de género a las demandas multiculturales. No obstante, las nuevas constituciones permanecieron, en un sentido importante, idénticas a lo que ya eran. Ellas siguieron afirmando su vocación democrática e inclusiva en la sección referida a los derechos, y su vocación jerárquica y verticalista en la sección referida a la organización del poder. En resumen, ya entrados en el siglo XXI, puede afirmarse que, después de doscientos años de vida constitucional, el legado liberal-conservador del siglo XIX resultó modificado de un modo relevante, a la vez que resultó preservado, también, de un modo relevante.²⁶

El modo en que pensamos las instituciones es similar a como lo pensaban las élites liberales conservadoras del siglo XIX: poder concentrado, desconfianza en la ciudadanía, ausencia de controles y limitación a la participación popular. La organización de poder existente dificulta y contraría el ideal igualitario y democrático que el fenómeno de la constitucionalización consolida. Especialmente, porque las palancas del poder -esto es, la lucha por la exigibilidad de derechos- están en la organización de poder y no en su mera declaración. Pensemos acaso en el desbalance de poder en el Ejecutivo o en la transferencia de poderes adicionales al Poder Judicial en razón de la consolidación del enfoque de derechos, sin herramientas de control y participación adecuadas.

En términos económicos, podemos verlo en la no regulación por parte de la Constitución de 1994 de los poderes económicos no estatales. Esa decisión supuso mantener intacta la matriz de poder del capital privado, invisibilizando que el programa de gobierno que reconocía la Constitución como parte de su ideario exigía la redistribución de responsabilidades en todos los agentes públicos y privados que detentan

²⁶ Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* (Madrid: Katz Editores, 2014), p. 354.

poder e intervienen en la administración de bienes y servicios para la satisfacción de derechos.

Como señala Benente:

si la misión del constitucionalismo es, supuestamente, la limitación del poder, resulta problemático reducir el poder al Estado, y descuidar la tarea de limitar y regular poderes no estatales, en particular los poderes económicos privados. Este descuido se percibe con notoriedad en los debates suscitados con motivo de la reforma constitucional de 1994 pero (...) es una matriz que se reitera en buena parte de los proyectos de reforma constitucional que se presentaron desde 1990 a la actualidad. Este descuido no solamente deja al capital privado en una situación de salvajismo, sino que también relativiza la supuesta misión del constitucionalismo, que ya no parece cumplir -si es que alguna vez lo hizo- el objetivo de la limitación y regulación del poder.²⁷

Sin dudas que la relación existente entre el tipo de arreglo político y económico es parte de una misma matriz que tiene su punto originario en el pacto liberal-conservador fundacional. En ese entendimiento, se determinan y modelan recíprocamente. Daré dos simples referencias que sintetizan y retratan esa vinculación.

Llegó ante la CSJN la causa *Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan, Provincia de, Estado Nacional y otros s/Acción ambiental meramente declarativa*.²⁸ Esta causa se inició en instancia originaria en el año 2009. El caso tiene como demandados a la Provincia de San Juan, el Estado Nacional, Barrick Gold Corporation y diversas empresas locales y subsidiarias que participan de la explotación de la mina de oro Veladero. El principal argumento de la demanda de FUCI es que la mina se encuentra ubicada en un área periglacial, circunstancia expresamente prohibida por la Ley de Glaciares N° 26639. La CSJN *no se ha expedido* sobre su competencia ni en relación con las medidas cautelares solicitadas desde el año 2009.

En septiembre de 2015 ocurrió en Veladero el incidente ambiental más grave del que se tenga registro en la historia argentina: el derrame tóxico de más de 1.000.000 de litros de solución cianurada. El 8 de septiembre de 2016 se produjo otro incidente similar en el mismo emprendimiento minero producto de la caída de un “*bloque de hielo de aproximadamente una tonelada*”. Se presentaron más de una decena de escritos denunciando estos hechos, exigiendo la resolución de la cuestión de competencia y

²⁷ Mauro Benente, “El olvido del poder económico en la reforma constitucional de 1994”, en *Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994. A 25 años*, comp. Mauro Benente (José C. Paz: Edunpaz, 2019).

²⁸ Expte. N° CSJ 121/2009 (45-F)/CS1, originario.

cautelares. Las respuestas sistemáticas de la CSJN fueron “*agréguese y téngase presente*”, salvo un pedido de informes y otra dirigida a apercibir a la actora por supuestos excesos verbales en sus planteos. Al cierre de este trabajo no existe resolución alguna sobre la competencia ni sobre los pedidos urgentes y cautelares efectuados.²⁹

La segunda referencia es la causa *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*.³⁰ La decisión involucró cuestiones de relevancia institucional, política, social y jurídica, tales como la determinación del sistema de fuentes de derecho, su alcance e interpretación, los criterios de autoridad imperantes y su incidencia en la exigibilidad y justiciabilidad de derechos.

Si esta decisión expresó un desacuerdo significativo sobre esos aspectos y nuestra pertenencia al sistema interamericano al desafiar la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH, ¿cómo se supone que nosotros el pueblo participamos en ella? ¿Cómo somos parte? ¿Cómo controlamos esta u otra decisión? No se activó ninguno de los mecanismos instituidos por la propia CSJN para robustecer la participación o mejorar su legitimidad.³¹ Existía una regla interpretativa previa de la CSJN que postulaba lo contrario ¿Qué dice la Corte acerca de ello? ¿Cómo se explica su apartamiento? Los votos mayoritarios y concurrentes no se hacen cargo de nada. Ni siquiera se los cita. Lorenzetti y Highton de Nolasco integraban la otra mayoría y ahora aparecen firmando la decisión sin siquiera dar un solo argumento que explique su cambio.³²

La CSJN reglamentó formas de participación (*amicus* o audiencias públicas), que utilizó cuándo y cómo quiso, siendo contadas las veces que siquiera citó su realización o se hizo cargo de algún tipo de argumento. En ese sentido, la investigación desarrollada por Benedetti y Sáenz es elocuente. Algunos de los elementos definatorios que se destacan

²⁹ Matías Sucunza y Francisco Verbic, “La CSJN y el art. 32 de la Ley General del Ambiente: una práctica arbitraria que se consolida”, *ReDA, en prensa*. Un informe detallado de la causa desde el derrame tóxico de septiembre de 2015 en <https://classactionsargentina.com/2018/02/27/el-conflicto-colectivo-ambiental-provocado-por-barrick-gold-corporation-en-san-juan-tres-derrames-toxicos-en-menos-de-dos-anos-omisiones-estatales-y-falta-de-respuestas-de-la-csjn-en-la-causa/>.

³⁰ CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, sentencia, 368/1998 (34-M), 14 de febrero de 2017.

³¹ Matías Sucunza, “Soberanía judicial: la (des)obediencia como reafirmación de autoridad”, *Revista de Derecho Público (Tomo 1)*, Editorial Rubinzal Culzoni (julio 2017).

³² Por solo citar un ejemplo, ambos han afirmado que “(...) idéntica opinión ha trasuntado esta Corte, en cuanto a que, conforme surge de la propia Convención, las decisiones de la Corte Interamericana son obligatorias, sosteniendo que ello surge de manera expresa de la Convención” (CSJN, *Recursos de hecho en la causa C.594.XLIV “Carranza Latrubesse, Gustavo c/Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia del Chubut”*, sent. del 6-VIII-13, voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti, Considerando 10 y 11).

son: la discrecionalidad en el uso, su subutilización, la obliteración de voces y la asimetría de trato.³³

Como el anverso y reverso de una moneda, los procesos colectivos son una herramienta de poder y una amenaza. Para los ciudadanos, son una herramienta de empoderamiento formidable, ya sea que se la aborde desde una visión sustantiva o procedimentalista de la justicia. Para los grupos de interés, corporaciones y el Estado, en cambio, son una amenaza al (des)arreglo político-económico aludido.

Entre esas dificultades que los procesos colectivos suponen para la preservación de los privilegios de las estructuras de poder, podemos mencionar:

(i) Una ingente cantidad de demandas al Estado, grupos concentrados de poder (v.gr., corporaciones) u otros actores sociales, que motorizan cambios en clave más igualitaria.

(ii) Una amenaza y riesgo real para ciertas conductas, formas y medios indebidos de obtener ventajas o riqueza por parte de ciertos sectores (por ejemplo, cargos administrativos indebidos por sumas individualmente irrisorias).

(iii) Promoción de litigios estructurales vinculados a sujetos de especial prevalencia y/o situaciones de desigualdad histórica, que jaquean el orden de cosas instituido y su legitimación (por caso, la distribución de bienes y servicios, su legalidad y justicia).

(iv) La disputa en la asignación presupuestaria en razón de las prioridades constitucionales-convencionales.

(v) Un mayor empoderamiento ciudadano, participación y acceso a la información, que favorece y mejora el escrutinio público de las acciones de gobierno y sus *razones*.

(vi) El (re)planteo de la organización y distribución del poder y roles en el espacio (público/privado), al incentivar y promover lecturas e intervenciones más equitativas, entre otras.

Cuando aludimos a *estructuras de poder* nos estamos refiriendo a todos aquellos grupos, sectores o personas que tienen una posición de privilegio por resguardar, la cual se halla legitimada por cierto tipo de interpretación y práctica jurídico-política. Respecto de estas estructuras, la exigibilidad y justiciabilidad de derechos en clave igualitaria supone una amenaza.

³³ Miguel Ángel Benedetti y María Jimena Sáenz, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2016).

Hablamos de las corporaciones económicas, de grupos empresarios, de gremios y sindicatos, la Iglesia y el Estado. Es decir, los actores hegemónicos del sector público y privado que monopolizan o detentan el poder real en términos de fuerza pública, imposición de prácticas, regulación económica, social y/o política. Ellos son quienes, en principio, más se favorecen de la inexistencia de un sistema de procesamiento colectivo adecuado.

En ese sentido, creemos que los conflictos que conformaron la agenda social y judicial de las últimas dos décadas, nos permiten leer que, en parte, su no regulación en términos *políticos* (de gobierno) obedece a que los procesos colectivos tienen una incidencia gravitante en la definición de las políticas públicas.

Esta circunstancia incomoda a los poderes naturalmente políticos. Ello es así porque los pone de cara a problemas que no quieren abordar de forma estructural; porque condiciona la actual forma de gestionar o administrar (focalizada y mayormente asistencial); porque limita el uso discrecional de fondos y el manejo presupuestario y aumenta la rendición de cuentas y responsabilidades; o porque rompe con la lógica del caso a caso individual que, en la administración del problema estructural, no solo le es más económica al Estado, sino que pospone o suspende dificultades más relevantes en términos de discusiones reales acerca de la distribución del dinero público en función de los valores constitucionalmente prevalentes. Asimismo, no podemos obviar que esa resistencia e inercia del *gobierno* que administra el Estado es sostenida por los factores de poder que lo condicionan y se benefician de esa situación, funcional a sus intereses (por ejemplo, corporaciones financieras o mineras).

Sin embargo, en el caso del Estado -a diferencia de los agentes “privados”-, creer que existe algún tipo de beneficio es un grave error. Esto así, no solo porque supone violentar derechos que debería resguardar generando responsabilidad estatal, sino porque el hecho de darnos reglas significaría ordenar, fijar pautas y delimitar competencias que permitan garantizar una discusión democrática más seria, responsable, robusta y comprometida. En especial, con una CSJN que -más allá de los avances jurisprudenciales y reglamentarios- hizo y deshizo a conveniencia y con abierta discrecionalidad, tanto sobre el fondo (imponiendo un recaudo inconstitucional para el reclamo de derechos individuales homogéneos) como en las formas (administración de audiencias y *amicus*).

En línea con lo expuesto, consideramos que lo sucedido con el anteproyecto de ley sobre procesos colectivos que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación elaboró como parte de su Programa de Justicia 2020, es una muestra del (des)arreglo político-económico puesto de manifiesto, la importancia del tema y todo lo que se juega a través de los procesos colectivos. Dicho borrador fue puesto a disposición de la sociedad civil para su análisis y se dejó por sentado que fue el producto de arduos meses de trabajo.

Sin embargo, fue duramente criticado por una pluralidad diversa de actores, los cuales pusieron de manifiesto que el anteproyecto procuraba no solo limitar a los procesos colectivos como herramientas para la exigibilidad de derechos colectivos, sino favorecer a esas mismas estructuras de poder que mencionábamos. Inclusive, dentro de ellas, a aquellas que conformaban el “capital privado”.

Valga como ilustración de ese rechazo la presentación efectuada por un grupo relevante y calificado de organizaciones de la sociedad civil al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Allí manifestaron una “profunda preocupación por el contenido del borrador de proyecto de ley sobre acciones colectivas”, solicitando “que se abstengan de impulsar la presentación de un proyecto de ley con dicho contenido ante el Congreso Nacional”.

Entre sus argumentos destaca que

las entidades que representamos, usuarias habituales de las acciones colectivas, con la experiencia que deviene del ejercicio continuo de dicha herramienta constitucional desde hace más de veinte años, nos vemos en la obligación de hacer llegar nuestras apreciaciones críticas ante un proyecto que de prosperar tendrá el efecto de limitarlas y esterilizarlas, porque el borrador no sólo no resuelve ni reduce los graves problemas en el acceso a la justicia que afectan a las personas, y en particular a los grupos más desfavorecidos, sino que además los profundiza, en tanto limita seriamente el uso de las acciones colectivas y afecta su operatividad. Contiene disposiciones inconstitucionales que son un enorme retroceso tanto en relación con legislación actualmente vigente como con las prácticas jurisprudenciales desarrolladas en nuestro país. Es por ello que constituye, en la práctica, un recorte de todos los derechos consagrados constitucionalmente que, de ser presentado y aprobado, obstaculizará e impedirá la presentación de acciones colectivas para su defensa y protección. [*sic*]³⁴

³⁴ Disponible en <https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2018/07/nota-de-osc-sobre-borrador-acciones-colectivas.pdf>

VII. Reconocer y no reglamentar en Latinoamérica: las huellas del pacto liberal-conservador

Los desarreglos en la organización de poder tanto político como económico no son patrimonio excluyente de nuestro país, sino propios del pacto liberal-conservador que ha caracterizado el constitucionalismo latinoamericano.

Como señala Gargarella, para quienes siguen favoreciendo el doble compromiso igualitario con el autogobierno colectivo y la autonomía individual, el constitucionalismo contemporáneo resulta doblemente decepcionante. Por una parte, las constituciones americanas mantienen una estructura de poder concentrada, con escasa atención a los órganos deliberativos y poca apertura efectiva a la participación popular. Al mismo tiempo, las declaraciones de derechos se extienden, pero con poca apoyatura institucional destinada a su realización. Por otra parte, las extensas declaraciones de derechos que distinguen a muchas constituciones de la región parecen ser hijas de la idea reduccionista según la que la batalla por la justicia social encuentra su principal terreno de disputa en la sección dogmática del campo constitucional.³⁵

Las constituciones de los distintos países de la región receptan expresamente la categoría de derechos colectivos y, consecuentemente, de debido proceso colectivo. Ello se manifiesta de modo diverso. En algunos casos, mediante el reconocimiento del derecho mismo de petionar o acceder a la justicia colectivo. En otros, a través de la enunciación de intereses o bienes colectivos particulares, legitimados colectivos o mecanismos específicos tales como las acciones de clase.

En ese sentido, Brasil y Colombia instituyen en sus textos constitucionales las denominadas acciones populares y las de grupo o clase. De esta forma, reconocen al ciudadano, las asociaciones o al Ministerio Público como legitimados extraordinarios para actuar en beneficio de la clase o grupo.³⁶

Bolivia recepta los intereses colectivos, regula la acción popular como un dispositivo concreto, legitima a cualquier persona para ejercerla, asigna al defensor del pueblo el

³⁵ Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución*, p. 362-363.

³⁶ Arts. 5.LXX y LXXIII, 129 y 134, Constitución de Brasil; y arts. 86, 88, 89, 277 y concs., Constitución Política de Colombia.

carácter de responsable en la protección de derechos colectivos y destaca al ambiente como un bien de singular tutela.³⁷

Ecuador reconoce que las personas, comunidades, pueblos y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, pudiendo ejercerlos, promoverlos y exigirlos de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes.³⁸ Costa Rica y Nicaragua también garantizan la libertad de petición individual o colectiva, destacando los consumidores, usuarios y ambiente como sujetos y bienes especialmente protegidos.³⁹

El Salvador y Honduras tienen referencias más austeras, aunque no por ello menos relevantes. Por ejemplo, nominar a la salud o al ambiente como bienes públicos, o dotar al Ministerio Público de legitimación extraordinaria para su defensa.⁴⁰

Sin embargo, como sucede en el orden nacional argentino, la regulación de los procesos colectivos en la mayoría de ellos es problemática.⁴¹ Ello se agrava, dado que los países citados han producido modificaciones integrales a sus códigos procesales no penales durante la última década.

En general, lo que se puede constatar es la ausencia de reglamentación legal o, en los casos en que existen regímenes marco o por materias, un deficitario tratamiento. En ese sentido, es común observar que se reglamenten ciertos elementos propios de esta clase de procesos (por ejemplo, enunciación de legitimados), pero se omitan otros esenciales sin los que es imposible sostener la validez del sistema, del procesamiento y resolución del conflicto colectivo.

Por ejemplo, en el caso boliviano, no hay referencias en el Código Procesal Civil. La única vía existente es la acción popular, regulada en el Código Procesal Constitucional (arts. 68 a 71). Sin embargo, esta no comprende el universo de la conflictividad colectiva ni resulta idónea para juzgar los distintos tipos de responsabilidades. Menos aun podría considerarse una regulación adecuada, dado que omite reglamentar elementos esenciales

³⁷ Arts. 135, 218 y 349, Constitución Política del Estado.

³⁸ Arts. 10, 11, 16, 34, 95, 98 y 439, Constitución de la República de Ecuador.

³⁹ Arts. 27, 10, 46, 48, 50 y 82, Constitución Política de Costa Rica y 30, 52, 60 y concs., Constitución de Nicaragua.

⁴⁰ Arts. 63, 65, 69, 70, 101, 117, 191, 193 y concs., Constitución de Nicaragua; y, 15, 145 y 183, Constitución de Honduras.

⁴¹ La lectura es más crítica aún si valoramos que los procesos colectivos no constituyen un tema nuevo. Por el contrario, es una problemática que lleva décadas de desarrollo y que las estructuras de poder resisten colocar en la agenda pública.

de cualquier proceso colectivo (por ejemplo, representatividad adecuada, medidas de publicidad, cosa juzgada o ejecución).

En Costa Rica, en su proyecto de Código Procesal Civil, se habían regulado los procesos colectivos. No obstante, durante su tramitación y aprobación la regulación fue eliminada, quedando solo algunas normas aisladas. Entre ellas, el reconocimiento de que pueden ser parte los grupos organizados a los que se les reconocen legitimación de grupo y cualquiera que en interés de la colectividad haga valer intereses difusos (art. 19.6 y 7).

El Salvador tampoco tiene una regulación particular ni sistémica en el Código. Solo podemos encontrar algunas referencias. Por ejemplo, dentro de las diligencias preliminares, la posibilidad de determinar judicialmente el grupo de afectados o afectadas en los procesos para la defensa de los intereses colectivos de personas consumidoras y usuarias (art. 256.6). Lo mismo acontece en el caso de Ecuador, que solo incorpora en la normativa respecto de las partes la posibilidad de que comunidades, pueblos o colectivos puedan demandar o ser demandados (art. 30.3).

En contrapartida, Nicaragua, Honduras, Brasil y Colombia sí cuentan con regulaciones especiales. Estas tienen pretensión de sistematicidad, aun cuando adolezcan de déficits u objeciones de distinto orden.

Nicaragua y Honduras incorporan las pretensiones colectivas como una especialidad dentro de los procesos de conocimiento ordinarios, evidenciando una singular preocupación por la defensa de consumidores y usuarios (lo cual repercute en algunas deficiencias regulatorias).⁴² No obstante, en ambos casos la concepción y reglamentación permitiría exigir, discutir y resolver cualquier conflicto-derecho colectivo.

Brasil y Colombia cuentan con tradición en la materia, siendo el primero un referente en la región. Colombia tiene la ventaja de que ha condensado la regulación sobre acciones de grupo y clase en la Ley N° 472. Brasil presenta una dispersión normativa que, en cierto punto, conspira contra su sistematicidad y el adecuado ejercicio de derechos.

Lo llamativo en ambos casos es que en las reformas procesales que promovieron en los años 2015 y 2012, no se hubiese incorporado la cuestión de modo sistémico dentro del propio Código. Esto es, haber aprovechado la ocasión para trabajar desde la conflictividad, unificando regulaciones, integrando mecanismos plurales y regulando

⁴²Arts. 485 a 499, CPC de Nicaragua y arts. 566 a 582, CPC de Honduras.

adecuadamente la dimensión individual y colectiva. Las prácticas y desarrollos preexistentes pueden explicar, pero no justificar una decisión del tipo. Especialmente en el caso de Brasil, cuyo Código del Proceso Civil (CPC) está estructurado desde una mirada constitucional-convencional, con eje en el conflicto y pretensión de integralidad entre mecanismos de resolución. Pensemos que Brasil incorpora un modelo de resolución de casos repetitivos a través de incidente o recurso en su CPC, pero mantiene en dicho Código y en las restantes regulaciones un régimen colectivo de tipo representativo.

De allí que también resulten cuestionables las regulaciones que ambos Códigos Procesales receptan a lo largo de su articulado. Primero, porque resulta incoherente con la decisión de mantener una regulación autónoma y diferenciada. Segundo, porque la reglamentación es parcial y fragmentaria, sin que se advierta un propósito integrativo ni herramientas que coadyuven en ese sentido.

VIII. Palabras finales

La intención de las líneas precedentes fue reflexionar acerca del derecho constitucional-convencional al debido proceso colectivo, en tanto garantía fundamental reconocida por la reforma constitucional de 1994.

El propósito del trabajo fue enfatizar la (deliberada) inexistencia de una adecuada reglamentación a veinticinco años de su consagración constitucional y las razones que podrían ayudar a explicarla. De esa manera, intentamos identificar, conceptualizar y consolidar esta noción, la ruptura paradigmática que supone en relación al esquema *individual* y la obligación jurídica del Estado de garantizar de forma inmediata su vigencia.

Ello nos permitió afirmar el estado inconstitucional de situaciones reinantes en la materia, en razón de las sistémicas y graves afectaciones que generan a *todos* los actores involucrados en la discusión y defensa de derechos colectivos.

Al mismo tiempo, permitió constatar que esa decisión es funcional al mantenimiento del (des)arreglo político-económico que constituye el ADN del constitucionalismo nacional y regional. La no regulación de los procesos colectivos está directa y principalmente vinculada con su potencia para poner en crisis un aspecto esencial de esa

misma reforma constitucional: el (des)arreglo político-económico propio del pacto liberal-conservador de base y la conservación de sus intereses.