El amparo y la defensa de los derechos colectivos
Osvaldo A. Gozaíni

25 de agosto de 2010

Doctrina

El amparo y la defensa de los derechos colectivos

Por Osvaldo A. Gozaíni

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Cuestionamientos a las ampliaciones habidas en el proceso constitucional.- III. El amparo y la prueba.- IV. El control de constitucionalidad.- V. El amparo colectivo.- VI. La legitimación en el amparo colectivo.- VII. La sentencia en el amparo colectivo.- VIII. La cosa juzgada colectiva

I. INTRODUCCIÓN

El amparo es una institución del derecho procesal constitucional con un objetivo genérico: tutelar los derechos fundamentales de las personas individuales o colectivas, físicas o jurídicas, aportando un instrumento rápido y expedito que, sin ritualismos estériles, procura restablecer el derecho o la garantía vulnerados, como así también evitar el acto lesivo que se presenta bajo la forma de amenaza o acto de inminente producción.

Ésta es una finalidad en la que coinciden la mayoría de los ordenamientos constitucionales y las leyes que establecen el proceso constitucional. Pero no es la única misión que del amparo se espera.

En efecto, la vía se ha utilizado como herramienta aplicada para el control de constitucionalidad allí donde el sistema previsto no tiene órganos o instrumentos específicos. Incluso, aun donde existen Tribunales Constitucionales el amparo suele quedar establecido como el mecanismo que tienen los particulares para incitar la actividad concreta de control, más allá de la función genérica y abstracta que suelen realizar dichas magistraturas especiales.

También el juicio de amparo ha permitido ofrecer una senda particular a protecciones especiales como los derechos del consumidor, la defensa del medio ambiente, el resguardo del patrimonio artístico y cultural, la prevención del daño arquitectónico, y en ciertas situaciones se ha convertido en la única vía idónea para resolver en circunstancias de extrema urgencia.

Asimismo, no es baladí recordar que la doctrina incluye como modalidades del juicio del amparo al proceso constitucional de hábeas data, y que también el hábeas corpus suele verse como un amparo constitucional de la libertad física de las personas.

En definitiva, el juicio de amparo se ha convertido por su desarrollo judicial en un instrumento más abarcativo que el diseñado en algunas leyes reglamentarias, como lo fue en su tiempo la ley federal de la Argentina, que sólo contemplaba la protección contra los actos lesivos provenientes de la autoridad pública.

Por ello, merced al engrosamiento de la silueta actual del proceso constitucional, tiene resistencias y encuentra obstrucciones que controvierten la amplitud que se otorga. La premisa de esta orientación es sostener al juicio de amparo como un remedio excepcional y contingente, "siempre que no exista una vía judicial más idónea" (vgr., art. 43, CN).

II. CUESTIONAMIENTOS A LAS AMPLIACIONES HABIDAS EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

La subsidiariedad es uno de los temas que han provocado más polémicas. Algunos, inspirados en eventuales desbordes (avalanchas de procesos) o excesos discrecionales (exagerada dimensión de la función jurisdiccional), instalaron la idea de servirse del amparo únicamente cuando no hubiera otra alternativa judicial posible, restringiendo el acceso a través de numerosas exigencias, tales como la acreditación de legitimación para obrar, la certeza y liquidez del derecho interpuesto, la prueba manifiesta, etc., etc.

Otros, enfrentando esta posición, pusieron énfasis en la eficacia del medio promoviendo la utilización directa del amparo frente al riesgo padecido. E incluso algunos más focalizaron al amparo como una variedad de la tutela urgente, por el cual se podían obtener satisfacciones rápidas e inmediatas que postergaban o diluían el contradictorio y la bilateralidad del proceso.

Lo cierto es que, cualquiera haya sido el modelo, el amparo jamás fue indiferente a la protección de los derechos fundamentales. Es verdad que el restriccionismo entronizó a la herramienta en el atalaya de las excepciones; pero también lo es que la jurisprudencia siempre fue encontrando salidas justas y equitativas.

Como se pensó que era una institución de última salvaguarda, quedaba en claro que debían transitarse vías previas, paralelas o concurrentes, antes que obligar la actuación del proceso constitucional.

Lo que no fue impedimento para elaborar, desde la trascendencia de la institución, acciones heroicas, y hasta podría señalarse cierta aventura del juzgamiento en pos de asegurar la justicia del caso. Vale decir, al amparo no se lo juzga por sus resignaciones sino por sus acciones tuitivas, y ésa es la orientación que prioritariamente se persigue.

No fue solamente la subsidiariedad el eje de las polémicas; también los presupuestos procesales dieron un contorno flexible que sirvieron (sirven) tanto para la admisión rápida y precisa como para el rechazo liminar, igualmente rápido y contundente.

Por ejemplo, la legitimación procesal sufrió interpretaciones distintas cuando debió analizarse al "afectado". ¿Era la persona afectada, o el derecho afectado? Una u otra podían aplicar la excusa de la recepción plena o de la repulsa inmediata.

Iguales inconvenientes tuvieron los plazos y términos en función de las oscilantes lecturas y la inteligencia a ellos aplicada. A veces fueron tiempos perentorios y fatales; otras, permisiones sólo limitadas por la prescripción de los derechos ante la continuidad del acto lesivo inconstitucional.

Qué decir de la naturaleza jurídica: ¿era el amparo una acción? ¿Un derecho? ¿Un recurso? ¿Un proceso singular? Cada respuesta tuvo embates y simpatizantes, desde cuyas perspectivas se alentó el modelo querido para la tutela constitucional.

Así quedaron planteadas esgrimas entre quienes sostuvieron la necesaria bilateralidad del amparo y los que afirmaron que no era la contenciosidad la característica del proceso, sino la garantía prometida para la eficacia de los derechos fundamentales.

Esta discusión se ha reflejado en las leyes de amparo con que cuenta cada país, que, al igual que los Códigos Procesales, no logran uniformidad entre ellas, aunque se advierta cierta armonía conceptual.

La polémica concita atractivos discursos, como aquel que argumenta que el amparo es una institución que no necesita de leyes procesales que la reglamenten, porque la creación y aplicación jurisprudencial va implícita en su esencia.

Afirmación que se resiste con la premisa de la seguridad jurídica que evita el autoritarismo judicial. Suele decirse que el juez es la boca de la ley, y si ella no existe, debe aplicar la regla de la interpretación e integración normativa, sin crear donde no puede, al no tener "legalidad democrática", como sí la poseen los legisladores.

III. EL AMPARO Y LA PRUEBA

El tiempo supera todas las especulaciones, al punto de transformar estructuras pensadas como inmutables, adaptándolas a los nuevos requerimientos. Una de estas variaciones sucede con la prueba en el proceso de amparo.

En efecto, el nuevo Código Procesal Constitucional de Perú establece en el art. 9 que "en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables...".

Objetivamente, el propósito de la reglamentación es la celeridad de las actuaciones para ocuparse del objeto constitucional. De suyo, la exigencia para actuar trabaja sobre el derecho manifiesto y verosímil que se altera, restringe o desconoce.

La novedad que se presenta, en los hechos, recrea una expresión de la Ley de Amparo argentina, cuando estableció en el párr. final del art. 8 que, ante la inexistencia de prueba a tramitar (la ofrecida es sólo documental, por ejemplo), debía dictarse sentencia de inmediato (48 horas).

Evitar la etapa probatoria en el amparo es más que una tendencia. Supera varios

inconvenientes habidos, como "la necesidad de mayor debate y prueba", que, en su tiempo, fue una muletilla clásica para evitar el trámite rápido y expedito.

Por otra parte, como bien lo afirman Peyrano y Eguren (1), se constata un claro problema de rapidez en las soluciones, que, por ello, siempre llegan tarde, dejando sin eficacia alguna a los llamados procesos rápidos o urgentes.

Desde esta perspectiva -que puede incluir también una reformulación del amparo-, sostienen:

"El proceso no puede volverse contra el propio justiciable ni imponerle la condena de sus tiempos ni favorecer la muerte de sus prerrogativas jurídicas... El proceso no puede ser cómplice, ni reliquia. La denominada `urgencia intrínseca' confronta y mide al proceso en su versión tradicional y le denuncia sus falencias, le enrostra su insuficiencia y exhibe el vacío normativo a la hora de instrumentar soluciones ágiles y dinámicas adaptables a `la medida de la urgencia'. En suma, revela la falta de `medidas de urgencia' pasibles de instrumentar una verdadera justicia `a medida'".

Esta verdad insoslayable obliga a replantear los motivos de acceso al proceso constitucional. La pauta del acto lesivo, de manifiesta ilegalidad o arbitrariedad, debe superar la rigidez técnica que obliga al amparista a demostrar, prima facie, la violación o amenaza que padece.

Debiera bastar con lo verosímil; tendría que ser suficiente el peligro en la demora para que la respuesta llegara inmediata, sin necesidad de etapa probatoria alguna.

De otro modo, cuando la apariencia de buen derecho no fuera elocuente, cuando la garantía lesionada, alterada, restringida o coaccionada tuviera explicaciones posibles y razonables, o bien cuando la urgencia no fuera tal como para impedir un daño irreparable, todo ello podría justificar que se impidiera el tránsito por el amparo.

La pauta de la actuación probatoria y del tiempo necesario para su desarrollo se convierten en ejes de la transformación.

Las tendencias modernas señalan que sólo los medios probatorios que exponen de inmediato la fuerza convictiva pueden llevarse al proceso en cualquier etapa, antes de la sentencia, claro está. Los que no posean esa certidumbre implícita deberían superar el recaudo de admisión de la pertinencia y oportunidad.

Así, por ejemplo, lo presenta el Código Procesal Constitucional de Perú, al sostener:

"Art. 21.- Incorporación de medios probatorios sobre hechos nuevos al proceso. Los medios probatorios que acreditan hechos trascendentes para el proceso, pero que ocurrieron con posterioridad a la interposición de la demanda, pueden ser admitidos por el juez a la controversia principal o a la cautelar, siempre que no requieran actuación. El juez pondrá el medio probatorio en conocimiento de la contraparte antes de expedir la resolución que ponga fin al grado".

La renovación legislativa que se propone para el amparo tiene en cuenta esta

innovación, pues aunque insiste en la etapa de prueba, donde prevalece la documental ofrecida, testigos que no podrán exceder de cinco por cada parte y absolución de posiciones en situaciones de amparo contra actos de particulares (art. 10 del proyecto de ley), no deja de advertir:

"Art. 16.- Apertura a prueba. Si el juez considerase necesaria, pertinente y útil la prueba ofrecida por las partes, abrirá el proceso a prueba debiendo sustanciarse la misma dentro del plazo de cinco días, o en el plazo mayor que fundadamente determine.

"Si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el juez puede imponer o distribuir la carga de la prueba, ponderando cual de las partes está en mejor situación para aportarla. Esta resolución debe dictarse en el mismo auto que ordena la producción de la prueba.

"Puede, asimismo, disponer las medidas para mejor proveer que crea convenientes".

Ahora bien, ¿dónde queda el principio de bilateralidad y el derecho a la contradicción si queda circunscripta la etapa probatoria a la resolución judicial que interprete su necesidad?

No creemos que se conculque derecho alguno. En efecto, cuando la acción fuera formalmente procedente, el juez o tribunal podrá requerir al particular demandado que concrete su derecho de defensa contestando cada uno de los hechos expuestos en la demanda.

Si se trata de un amparo contra actos de la autoridad pública, se requerirá un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada, el que deberá ser evacuado dentro del plazo prudencial que se fije.

Juntamente con el pedido se acompañarán copias del escrito de demanda y documentos presentados por el actor.

Este modelo, de lege ferenda, persigue acelerar el trámite del amparo sin impedir la litis contestatio tradicional.

La gran diferencia estará en la verosimilitud del derecho o garantía que se presente lesionado o amenazado, y en la prueba que pueda acreditarlo de inmediato.

Asimismo, el proyecto de ley previsto acepta la denominada "teoría de la reconducción", por la cual si la acción no se manifiesta verosímil o manifiesta, deberá tramitar por las normas de otro proceso, otorgando al demandante el tiempo necesario para adecuar la pretensión.

IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad en nuestro país es complejo, por la diversidad de modelos que se aplican en el ámbito federal y en cada una de las provincias argentinas.

La naturaleza de los conflictos por violaciones a garantías también es compleja y

admite claras y nutridas diferencias. Hay conflictos entre los poderes del Estado, los hay entre particulares, y también entre éstos, únicamente.

Tales diferencias destacan un hecho que no puede pasar inadvertido. ¿Cuál será el orden jurídico que aplicará el magistrado?, porque, a estar por la tesis de las supremacías, las Cartas Fundamentales no pierden su condición superior, y bajo su manto protector están las leyes comunes, que, por más "fundamentales" que sean, siempre deben ajustar sus disposiciones a los principios que la Carta Magna sustenta.

Por eso no resulta incorrecto -todo lo contrario- organizar un sistema normativo que implemente la función y los cometidos de la justicia constitucional, pero parece fuera de contexto delimitar el contenido que la jurisdicción pueda realizar.

Hay varios problemas que en el juicio de amparo siguen sin resolver. La competencia es uno de ellos, porque merced al mecanismo de atención sobre las cuestiones constitucionales, todo juez es funcionalmente idóneo, aunque pueda ser cuestionada su jurisdicción.

El alcance de la sentencia y el valor de la cosa juzgada son otros. Anidan en ello paradigmas inquebrantables que renuevan la polémica sobre la naturaleza del proceso de amparo, respecto de si es o no un juicio contencioso, y, en su caso, si la sentencia se dicta sólo para quienes han sido parte o puede proyectarse hacia terceros.

En definitiva, la Argentina padece en el orden federal de un sistema efectivo para el control de constitucionalidad. Solamente el amparo, por su operatividad directa e inmediata, ofrece respuestas posibles; a diferencia del recurso extraordinario, que trabaja sobre lo excepcional, contingente y siempre en vía de revisión discrecional.

Siguiendo esa pauta, no debiera sufrir el juicio constitucional ninguna restricción funcional, y ése es el camino que parece ir teniendo el renovado proceso de amparo.

V. EL AMPARO COLECTIVO

En los más destacados avances del amparo no puede quedar sin mención cuanto corresponde al "amparo colectivo".

En estos casos la defensa de la legalidad y de los derechos se expande hacia el colectivo, interpretado como el conjunto de personas afectadas, que pueden o no ser individualizadas. Es decir que, por vía de principio, el amparo colectivo no discierne entre derechos colectivos (individuales homogéneos) y derechos de pertenencia difusa (propios de la acción popular).

Sin embargo, como los derechos difusos tienen un cuadro de protección procesal diferente, el amparo colectivo exige que se identifique al grupo afectado, además de la relación o situación jurídica que lo une.

En el amparo colectivo corresponde al demandado comunicar la existencia de acciones colectivas que alcancen en forma total o parcial al mismo grupo, y que teniendo el mismo objeto, o sin tenerlo, se encontraren radicadas en la misma

jurisdicción, y la cuestión sometida a debate pueda dar lugar a sentencias contradictorias.

Respecto de la sentencia, ella alcanza a todo el grupo afectado en la jurisdicción territorial del juez de primera instancia interviniente, y será oponible al vencido, en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido personalmente en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción.

Amparar de manera colectiva significa dar preferencia al derecho colectivo en lugar del individual. No se trata de una elección, vale decir, uno u otro, sino de una armonización necesaria allí donde la afectación de los intereses trasciende al derecho subjetivo.

Para Quiroga Lavié los intereses colectivos en sentido estricto se refieren a la relación de la colectividad con un bien no susceptible de apropiación exclusiva, y cuya fruición por uno de los integrantes del grupo no excluye a los demás (2).

Esta nueva categoría de intereses a tutelar no se opone al derecho individual; tampoco es una sumatoria de afectaciones que persigue una representación adecuada para su defensa; en los hechos posiciona un interés jurídico novedoso que se distancia de la persona que se atribuye la personificación del daño que padece (y que también sufren sus congéneres), para elaborar una doctrina de la solidaridad donde nadie es titular exclusivo y, al mismo tiempo, todos lo son, porque la atención se dirige al objeto a proteger, antes que a la persona beneficiaria de la tutela.

Es decir, los intereses colectivos se caracterizan por su no individualización, en abstracto, su impersonalidad y el estado permanente de amenaza en que se encuentran.

Son intereses comunes a una categoría de ciudadanos que se encuentran en una situación socio-económica similar (en el supuesto del consumo, su participación como destinatarios finales de bienes y servicios); y, precisamente, el hecho de que "todos" estén indiferentemente afectados por esa amenaza, más allá de toda división o de toda agrupación posible por "categorías", excluye por sí mismo el problema y el sentido de una "individualización" o de una especificación del interés a defender, y por ello debe ser el campo natural de actuación de las asociaciones de consumidores (3).

La protección procesal puede llegar en formas diversas. Lo ideal es un proceso específico, la opción preferente, el amparo colectivo.

Ésta es la proyección que tiene el proceso constitucional. Ya no visualiza el acto lesivo que, en forma actual o inminente, lesiona, altera o restringe, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, un bien o derechos fundamentales; ahora la perspectiva se ubica en la dimensión del conflicto colectivo, donde se despersonaliza el acto lesivo porque asume un sentido que trasciende la esfera individual.

VI. LA LEGITIMACIÓN EN EL AMPARO COLECTIVO

La legitimación procesal colectiva no atiende tanto a quienes reclaman sino, por

el contrario, al objeto que piden se proteja. Es la diferencia entre solicitar que se acredite la representación del grupo y pedir que se fundamente la importancia y trascendencia del derecho fundamental vulnerado.

La Corte Sup. expresó en el caso "Halabi, Ernesto" que la Constitución Nacional admite en el párr. 2 del art. 43 una tercera categoría, conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individualmente homogéneos, tal como sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores.

En estos supuestos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles; sin embargo, hay un hecho único o continuado que provoca la lesión en todos ellos, y, por lo tanto, es identificable una causa fáctica homogénea que tiene relevancia jurídica, porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

En consecuencia, si la puesta en escena requiere calificar los hechos en lugar de acreditar la personalidad del que pide, la legitimación para obrar exige que se verifiquen algunos recaudos elementales.

El primero consiste en la precisa identificación del grupo colectivo afectado, con el fin de quedar bien precisadas las situaciones jurídicas afectadas y los derechos fundamentales que se alteran.

El segundo consiste en resolver la idoneidad de quien pretenda asumir su representación; como antes vimos, se trata de dar lugar a la "representación adecuada". Ésta puede ser pública o privada, sea que provenga del Ministerio Público o de asociaciones u organismos no gubernamentales.

Cuando se trata de la representación por entidades se confiere legitimación activa a ciertos funcionarios para que defiendan intereses de otros, su aptitud procesal; ello es, en realidad, el ejercicio de una competencia. Están legitimados para cumplir con sus funciones, que son la defensa de intereses cuya protección persigue el Estado, por estar comprometido el interés público, es decir que el ejercicio de la acción no importa una manifestación del poder de disposición del sujeto, sino el cumplimiento de un deber legal.

Hay distintos modelos para actuar este tipo de pretensiones grupales a través de una sola identidad. El ombudsman, o Defensor del Pueblo (comisionado de Derechos Humanos, en México), es una alternativa (4); el "denunciante" o "fiscal privado" (Gran Bretaña); las organizaciones no gubernamentales registradas a esos efectos, etc.

En las "class actions" se trata de una modalidad contemplada a nivel estadual. Ellas son muy utilizadas en las demandas por actos ilícitos extracontractuales, donde la facilidad para el acceso se controla con la certificación de la clase.

En la práctica se trata de dar participación ciudadana al control sobre los actos

públicos, y también de ampliar el frente de legitimados para la protección y defensa de los derechos de todos.

Se amplían las formas a través de las cuales cualquier habitante puede intervenir, y su derecho descansa en el acceso a la justicia, a través de la extensión de la legitimación procesal en la acción de amparo con relación a los derechos de incidencia colectiva, e incluso los intereses sociales o comunitarios.

Para tomar como ejemplo y testimonio de la variación que citamos, el art. 14, párr. 2, CCABA, una de las Constituciones más modernas del país, dice: "Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor".

Al consagrar en el párr. 2 del art. 14 la legitimación de cualquier habitante cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses difusos, la Constitución de la Ciudad avanzó clara y conscientemente sobre el piso de legitimación en el amparo colectivo enmarcado en el art. 43, CN con la figura del afectado (5).

La legitimación a cualquier persona con tal que acredite su carácter de habitante, al margen del daño individual que le pueda causar la acción u omisión, es un notorio avance, ya que el interés jurídico, que en tal caso asiste al actor, es la propia violación de tal derecho perteneciente a la colectividad de la cual es parte. La doctrina coincide en señalar que el artículo ha consagrado, respecto del amparo colectivo, una verdadera acción popular.

VII. LA SENTENCIA EN EL AMPARO COLECTIVO

Los llamados procesos colectivos parecen tener su origen en las class actions estadounidenses; pero ello no supone que las reglas allí vigentes sean propias del amparo colectivo. Es más, una cosa son los procesos o acciones de grupo, y otra distinta es el amparo colectivo. Mientras que el primero tutela derechos esencialmente patrimoniales aunque tengan incidencia y afectación constitucional, el amparo sólo descansa la tutela en la protección efectiva de derechos constitucionales.

Por eso el alcance y los efectos de la sentencia difieren. En las Federal Rules of Civil Procedure de los Estados Unidos de América se permite, bajo ciertas condiciones, que un individuo plantee un litigio por sí mismo y por todas las otras personas que hayan sufrido el mismo daño, lo que les consiente a los individuos que han experimentado pequeños daños económicos que planteen un litigio que en otro caso no habrían podido plantear debido a los costes elevados del mismo (falta de rentabilidad). Ésta es la base de la regla 23 (6).

Sin embargo, la facilidad de acceso no es equivalente a la gratuidad que impera en los procesos constitucionales, dentro de los cuales habita el amparo constitucional. Vale decir que el acceso tolerado como acción popular no supone en Estados Unidos igualarlo con la acción de clase, desde que la regla 23 citada se ha interpretado con matices, porque si un representante de una acción

colectiva rehúsa pagar los costes de notificación a todos los miembros razonablemente identificables del grupo (aunque sea por demás gravoso), los tribunales federales tienen que inadmitir la acción.

Esta asimetría es fundamental para advertir que el acceso en la acciones de clase no significa obtener el preciado derecho a la jurisdicción, a diferencia del amparo colectivo, donde se muestra que la sentencia alcanza a todos con los beneficios restitutivos y reparatorios declarados, y que, como tal, no se acota a quienes han sido partes en el proceso, sino que se extiende hacia todos los que pueden identificar el mismo perjuicio o afectación.

Esto, en el derecho comparado, es lo que suele llamarse tutela de intereses supraindividuales.

El contenido de la sentencia dictada en un amparo colectivo no difiere formalmente de la que se pronuncia en un proceso común (7), salvo en la declaración o condena de tipo constitucional que se enmarca dentro de los modelos de las sentencias constitucionales.

Dice Camargo que "...cuando la sentencia acoja las pretensiones incoadas por el demandante, el juez deberá disponer en concreto, como se lo ordena el art. 65 de la ley, lo siguiente: 1. El pago de una indemnización colectiva que contenga la suma ponderada en las indemnizaciones individuales (8); 2. El señalamiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente, en los términos establecidos en el art. 61, ley 472; 3. El monto de dicha indemnización se entregará al fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria, el cual será administrado por el Defensor del Pueblo y a cargo del cual se pagarán:

"a) Las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte del proceso como integrantes del grupo, según la porcentualización que se hubiere precisado en el curso del proceso. El juez podrá dividir el grupo en subgrupos, para efectos de establecer y distribuir la indemnización cuando lo considere conveniente por razones de equidad y según las circunstancias de cada caso;

"b) Las indemnizaciones correspondientes a las solicitudes que llegaren a presentar oportunamente los interesados que no hubieren intervenido en el proceso y que reúnan los requisitos exigidos por el juez en la sentencia.

"Todas las solicitudes presentadas oportunamente se tramitarán y decidirán conjuntamente mediando acto administrativo, en el cual se reconocerá el pago de la indemnización previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.

"Cuando el estimativo de integrantes del grupo o el monto de las indemnizaciones fuere anterior a las solicitudes presentadas el juez o el magistrado podrá revisar, por una sola vez, la distribución del monto de la condena dentro de los veinte días siguientes contados a partir del fenecimiento del término consagrado para la integración al grupo de que trata el art. 61, ley 472. Los dineros restantes después de haber pagado todas las indemnizaciones serán devueltos al demandado.

"4. La publicación, por una sola vez, de un extracto de la sentencia, en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria o la notificación del auto que hubiere ordenado obedecer lo dispuesto por el superior, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten al juzgado, dentro de los veinte días siguientes a la publicación, para reclamar la indemnización.

"5. La liquidación de las costas a cargo de la parte vencida, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia.

"6. La liquidación de los honorarios del abogado coordinador, que corresponderá al 10% de la indemnización que obtenga cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente" (9).

VIII. LA COSA JUZGADA COLECTIVA

La otra gran innovación del amparo colectivo asienta en el alcance de la sentencia y en los efectos de la cosa juzgada. Este gran tema del derecho procesal renueva hoy sus pilares fundacionales pensando en las grietas de sus cimientos.

La inmutabilidad que torna irrevisable la sentencia en materia constitucional no deja de ser injusta, porque si cambian las circunstancias, ¿por qué no podría replantearse un caso juzgado?

Por vía de principio, en el amparo colectivo la sentencia tiene un grupo afectado que se conoce e individualiza (derechos individuales homogéneos), lo que no significa ni lleva a que todos hayan sido partes en el proceso o acudieran al mismo a reclamar por sí.

Para esas omisiones o afectados anónimos la cobertura de la representación adecuada es suficiente para extender la cosa juzgada, demostrando así por qué el molde tradicional de la res iudicata es inaplicable.

La decisión que se toma en un amparo colectivo puede ser condenatoria o declarativa, y, en su caso, ordenará hacer una cosa, cesar en una conducta continua productora del vicio denunciado, disponer la realización de acciones necesarias para volver las cosas a un estado anterior al acto lesivo o determinar la legalidad del mismo.

En esta materia suele hablarse de sentencias de condena abierta, donde los otros que se encuentran en la situación colectiva se adhieren al fallo, sin haber sido partes en el proceso.

En consecuencia, el fallo dictado en los procesos colectivos de trámite especial tiene que ser congruente con las pretensiones deducidas en el juicio, y será diferente cuando se desenvuelva en un proceso constitucional como el "amparo colectivo", donde el primer deber jurisdiccional es controlar la supremacía constitucional y la defensa efectiva de los derechos humanos.

Es cierto que, aplicando principios generales, puede haber coincidencia entre el

proceso colectivo y el amparo colectivo, pero también lo es que se persigue dotar de una especialidad general a las acciones colectivas con el fin de ofrecer un cauce rápido, sencillo y eficaz, a tono con las disposiciones del derecho procesal transnacional.

Desde esta perspectiva, mientras que las acciones colectivas se orientan a la tutela de los grupos o sectores y se extienden a la tutela de los intereses y derechos difusos, los procesos constitucionales persiguen acotar el marco de su deliberación a los problemas de inaplicación o violación de normas constitucionales y supranacionales.

Aunque exista entre ellos concurrencia -como en los amparos colectivos deducidos por afectación de derechos de incidencia colectiva-, la premisa mayor es: en uno, reparar el daño causado; y en el otro, restablecer el orden constitucional vulnerado.

La sentencia que pone fin al proceso tiene efectos erga omnes, ya que beneficia o perjudica a la colectividad en general o a sectores de ella, y produce cosa juzgada al respecto.

Pero la eficacia depende del resultado, en la medida en que si con el fallo se modifican o cambian las situaciones de hecho en beneficio de la comunidad, el derecho se consolida y se evita la repetición o reiteración procesal. En cambio, si la sentencia determina inconsistencias de la pretensión, podrá renovarse la acción si nuevos hechos demuestran que persiste la amenaza o el acto lesivo.

NOTAS:

1. Peyrano, Jorge W. y Eguren, María Carolina, "Medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal", LL 2006-E, del 28/8/2006.

2. Quiroga Lavié, Humberto, "El amparo colectivo", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 126.

3. Hernández Bataller, Bernardo, "Acceso a la justicia del consumidor", Revista de la Asociación de Usuarios de la Comunicación, en Gozaíni, Osvaldo A., "Introducción al Derecho Procesal Constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 259.

4. Para Jorge L. Maiorano los supuestos del art. 43 (protección contra la discriminación, de los derechos ambientales, de la competencia, de los usuarios y consumidores y de incidencia colectiva) son sólo casos enunciativos que no agotan la posibilidad de estar en juicio ni menguan el principio general de representación y defensa por el Defensor del Pueblo. La legitimación del art. 86 no se agota con la enumeración del art. 43, porque se advierte que este artículo distingue en la procedencia del amparo colectivo tres categorías diversas de sujetos que pueden reclamar ante el acto ilegítimo, la agresión discriminatoria, la protección del consumidor, la defensa al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o los de incidencia colectiva en general: a) el afectado; b) el Defensor del Pueblo (de la Nación); y c) las asociaciones registradas. La facultad del art. 86 le permite al ombudsman interponer demandas ordinarias, promover querellas criminales, etc.; su amplitud le permite también actuar en vía administrativa interponiendo recursos y reclamos

administrativos. En idéntico sentido, le posibilita ser actor o demandado; presentarse como tercero citado voluntariamente o, como algún precedente lo ha reconocido, ser invitado a intervenir. El fundamento de la atribución de legitimación procesal al Defensor del Pueblo radica, prioritariamente, en la necesidad de asignarle a esta figura un instrumento de defensa de los derechos humanos y de control del ejercicio del poder más efectivo y contundente que el mero poder moral. La clave de esta cuestión radica, en última instancia, en el efecto de la sentencia en los casos de tutela de los derechos de incidencia colectiva. Aquí entra en crisis aquel viejo principio del efecto inter partes de la sentencia, que, como consecuencia de estos cambios, pasa a ser erga omnes, tal como ya ha sido reconocido por la jurisprudencia (Maiorano, Jorge L., "Amparo colectivo. Legitimación del Defensor del Pueblo. Cosa juzgada", en Observatorio de Derechos Humanos, www.observatoriodelosderechoshumanos.org, passim).

5. Scheibler, Guillermo, "Apuntes sobre autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño", en Daniele, Mabel (dir.), "Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Ed. Platense, La Plata, 2008, y en la revista LLBA, año 1, n. 1, agosto de 2008.

6. Brage Camazano, Joaquín, en la recensión a la obra de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Gidi, Antonio, "Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada", Ed. Porrúa, México DF, 2004; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Gidi, Antonio, "La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica", Ed. Porrúa - Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México DF, 2004, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 17, septiembre/diciembre de 2006.

7. Por ejemplo, el art. 65, ley 472 de Colombia (1998), reglamentaria de las acciones de grupo, sostiene que la sentencia se sujetará a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en orden a las seis solemnidades que se deben resguardar.

8. La relación que hace el profesor colombiano es para las acciones de grupo que se distancian del amparo colectivo, desde que en éste sólo se declara la protección constitucional, mas no se decretan reparaciones pecuniarias.

9. Camargo, Pedro P., "Las acciones populares y de grupo", 3ª ed., Ed. Leyer, Bogotá, 2002, ps. 283/284.