

XVIII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO DEL CONSUMIDOR II ENCUENTRO NACIONAL DE PROFESORES DE DERECHO DEL CONSUMIDOR

COMISIÓN N°2: Proceso colectivo para la defensa de los intereses de los consumidores.

TÍTULO: “Una irrazonable reglamentación: el estándar de ‘*acceso a la justicia*’ como recaudo para la viabilidad de los procesos colectivos por derechos individuales homogéneos”.

AUTOR: Caren Kalafatich (UNL/UNLP)

RESUMEN:

- (i) La tutela judicial efectiva comprende el derecho de acceder a la justicia, y éste a su vez comprende el derecho a un recurso judicial efectivo e idóneo. Desde la perspectiva del SIDH, los recursos judiciales pueden ser individuales o colectivos, y su adecuación al conflicto determinará su idoneidad y efectividad. Los Estados tienen el deber de regular ambas vías procesales y los ciudadanos tienen el derecho fundamental de poder acceder a las mismas.
- (ii) El art. 43 CN, piedra angular de los procesos colectivos, reconoce los derechos de incidencia colectiva y los sujetos legitimados para acudir ante la justicia a reclamar su tutela sin imponer exigencias de ninguna índole.
- (iii) Toda reglamentación o restricción de derechos, para su validez, debe respetar exigencias formales (ser establecidas por ley) y fundadas (ser necesarias, proporcionales y razonables).
- (iv) El estándar pretoriano de acreditar en el caso un problema de “*acceso a la justicia*” (entendido como ausencia de incentivo económico suficiente para litigar en clave individual), de la forma en que ha sido reglamentado en la Acordada CSJN N°12/16 o aplicado en “CEPIS”, no cumple con las exigencias constitucionales y convencionales tanto desde lo formal como lo sustantivo.
- (v) Las excepciones previstas en “Halabi”, sobre grupos postergados o débilmente protegidos o derechos con una fuerte tutela estatal (consumo, ambiente, salud) era más compatible con nuestro sistema constitucional, pero fueron deliberadamente omitidas tanto en la Acordada N° 12/16 como en la causa “CEPIS”.
- (vi) No hay justificación constitucional para excluir de los procesos colectivos los conflictos de consumo por daños masivos que son los que presumiblemente quedarían fuera del sistema en virtud de la estructuración de la Acordada N°12/16.
- (vii) El problema del efectivo acceso a la justicia no debe limitarse al análisis de su faceta económica, en efecto, existen barreras de acceso de índole cultural, territorial, social, etc.

Una irrazonable reglamentación: el caso del estándar de “acceso a la justicia” como recaudo para la viabilidad de los procesos colectivos por derechos individuales homogéneos.¹

I. La génesis del estándar de “acceso a la justicia” y su aplicación en el caso “CEPIS”

En honor a la brevedad del presente trabajo y en atención a la cantidad de artículos de doctrina sobre el caso “CEPIS” -por el relevante interés que despertó dentro de la comunidad jurídica en general-, omitiré elaborar un relato de sus núcleos principales para introducirme de lleno en el análisis una cuestión que considero medular para el buen funcionamiento del sistema de procesamiento colectivo de conflictos.

De las muchas aristas que se avizoran en el fallo bajo estudio, he de ceñirme a la aplicación de la Corte Suprema de su recaudo pretoriano para la viabilidad de los procesos colectivos que tengan por objeto la defensa de derechos individuales homogéneos: la necesidad de acreditar que se encuentra comprometido seriamente el “acceso a la justicia” de los justiciables (Cons. 12º, voto del Dr. Lorenzetti, “CEPIS”).

La génesis de dicho estándar puede hallarse, puntualmente, en el Considerando 13º del voto del Dr. Lorenzetti en el reconocido precedente “Halabi”, reafirmado posteriormente en el Considerando 10º del voto del mismo magistrado en la causa “PADEC”. En ambos casos, se sostuvo que para la procedencia de las acciones colectivas por derechos individuales homogéneos se requiere -entre otros recaudos- la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, es decir, que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de dichos sujetos podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva. A tal recaudo se le adicionaba una excepción²: cuando existiera un fuerte interés estatal en la protección de los derechos vulnerados, sea por su trascendencia social (materias como ambiente, consumo o salud) o en virtud de las particulares características de los sectores afectados (grupos débilmente protegidos o tradicionalmente postergados)³ la demanda colectiva prosperaría igualmente.

Si bien el esquema elaborado por la Corte pareciera ser claro, en la práctica no resultó tan así ya que las excepciones eran tan amplias que terminaban por dejar sin efecto el propio recaudo y haciendo perder el sentido de su elaboración en primer término. Sumado a ello, nunca quedó del todo manifiesta la finalidad concreta de excluir del procesamiento colectivo a los daños masivos (la figura más “afectada” por el recaudo), atomizando su litigación. Máxime cuando el estado general de la justicia civil se encuentra colapsado⁴.

Siguiendo esta línea, poco antes de fallar en la causa “CEPIS”, en abril de 2016, la Corte Suprema dictó la Acordada N° 12/2016 que aprobó el “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos”. En dicho reglamento el Alto Tribunal volvió a insistir sobre este

¹ CAREN KALAFATICH. Abogada, UNL. Maestranda en Derecho Procesal, UNLP. Egresada del Centro de Justicia de las Américas (OEA). Asesor Legislativo en la H. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. Miembro y Vocal de Relaciones Internacionales de la Comisión de Jóvenes Procesalistas de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro del Grupo de Investigación

² El fallo sostuvo que “...la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.” (Cons. 13º in fine, voto Lorenzetti, “Halabi”).

³ Sobre este recaudo y sus excepciones puede verse VERBIC, FRANCISCO y SUCUNZA, MATÍAS A. “Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente Acordada de la Corte Suprema”, Ed. LA LEY 18/05/2016, Cita online: AR/DOC/1275/2016.

⁴ Algunas notas en contra de la atomización del procesamiento de los daños masivos y el colapso de la justicia pueden encontrarse en el fallo “Langhi, Rodolfo Oscar c/ Provincia de Santa Fe” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sentencia del 19/10/2009 con motivo de la inundación sufrida en la ciudad de Santa Fe en abril de 2003. Disponible aquí: <http://www.saij.gob.ar/camara-apelaciones-civil-comercial-local-santa-fe-langhi-rodolfo-oscar-provincia-santa-fe-fa09993244-2009-10-19/123456789-442-3999-Oots-eupmocsollaf>

requisito o estándar, aunque con otra configuración: ya sin excepciones. De esta forma, al regular los presupuestos de la demanda en el punto II del Reglamento, -específicamente en el apartado 2 sobre “los procesos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos”-, la Corte señaló en su inciso c) que se deberá precisar “la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado”. Como puede observarse, en esta oportunidad el Máximo Tribunal no sólo insistió en la exigencia de este requisito de construcción pretoriana, sino que además le “amputó” las excepciones que originariamente lo acompañaban.

Hasta el dictado de la causa “CEPIS”, uno podía válidamente dudar si las excepciones continuarían o no aplicándose en la práctica al momento de que los jueces analicen la admisibilidad de una demanda colectiva por derechos individuales homogéneos dada su omisión en el Reglamento. A diferencia de lo que sostiene destacada doctrina⁵, entiendo que luego de esta sentencia, las excepciones fueron desterradas del sistema. En este sentido, es fácil advertir como, a contramano de lo expuesto en “Halabi” o “PADEC”, las excepciones fueron omitidas deliberadamente también en los considerandos del fallo cuando se trató el requisito de “acceso a la justicia” para limitar el alcance subjetivo de la sentencia a los usuarios residenciales (Cons. 10º, 11º, 12º y 13º del voto de Lorenzetti, “CEPIS”), ello así, pese a reconocerse implícitamente que se trataba de un caso que claramente encuadraba en ellas.

Lo antedicho refiere a que la Corte no cuestionó el carácter de consumidores de los “usuarios no residenciales” en el marco del art. 42 CN, por el contrario, lo aceptó implícitamente, pero se valió de una supuesta “heterogeneidad” en la conformación de esta “subclase” que, a su entender, no habilitaría la aplicación de una presunción de vulnerabilidad en el acceso a la justicia. Sin perjuicio de no compartir las apreciaciones del Alto Tribunal en el caso, remitiendo en ello a las críticas vertidas por Verbic y Salgado⁶, entiendo que este caso en estudio nos permite presumir que, las excepciones están extintas o en vías de ello.

Desde una mirada estrictamente procesal, la conclusión más contundente del fallo “CEPIS” es que la puerta de acceso a este sistema de tutelaje colectivo se está cerrando desde la propia jurisprudencia de la Corte Suprema a través de una reglamentación irrazonable a los Derechos Humanos que integran nuestro sistema constitucional-convencional.

II. La utilidad de los procesos colectivos no se agota en allanar el acceso a la justicia de conflictos que de otro modo quedarían marginados del sistema por razones económicas.

En Argentina la tutela judicial colectiva encuentra su corazón en el art. 43º (2do pár.) de la Constitución Nacional, norma suprema que se limita a determinar los sujetos legitimados sin establecer ninguna restricción al acceso de tales vías. Sin perjuicio de la ausencia de una

⁵ VERBIC, Francisco y SALGADO, José María. “Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia”, Ed. LA LEY 25/08/2016, Cita online: AR/DOC/2628/2016. En su artículo los autores sostienen que “De acuerdo al estándar enunciado por la Corte en sucesivos fallos el acceso a los litigios colectivos quedaría delimitado del siguiente modo: los pequeños reclamos, aquellos por los cuales de ningún modo una persona siquiera imaginaría la posibilidad de instar un juicio individual, tienen garantizado el acceso. En estos casos se trata, muchas veces, de la única vía posible de acceso a la jurisdicción. La procedencia de la tutela individual homogénea en los restantes casos, aquellos en los que se justifica que los titulares individuales motoricen sus pretensiones, queda supeditada a que exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por la materia de fondo o en discusión o por involucrar el conflicto a sectores vulnerables.”. Una lectura de la causa “CEPIS” a la luz de los precedentes “Halabi” y “PADEC” deja claro, al menos para mí, que estamos ante una de las excepciones que la propia Corte creó para su estándar de “acceso a la justicia”. Ello así por cuanto nos encontramos en un caso con fuerte interés estatal por la materia: consumo; discutiendo justamente los alcances y la operatividad de la piedra angular sobre la cual se construye el sistema protectorio de consumo: el art. 42 CN (participación, información, protección de los intereses económicos, entre otros). Y es que, pese a sí tenían o no incentivo económico suficiente para litigar de manera individual los sujetos excluidos de la decisión, la Corte nunca desvirtuó su calidad de “consumidores” en lo que respecta a los clientes no residenciales. La omisión deliberada del análisis de las excepciones cuando era claro que operaban en el caso no admite otra conclusión más que su eliminación del sistema.

⁶ VERBIC, Francisco y SALGADO, José María. “Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia”, Ed. LA LEY 25/08/2016, Cita online: AR/DOC/2628/2016.

ley general sobre procesos colectivos que reglamente el artículo 43° CN, se puede advertir que toda la legislación dispersa en nuestro ordenamiento jurídico que contiene preceptos vinculados a los procesos colectivos (por ej. LGA, LDC) no regula ningún límite para acceder a estas vías procesales -como el construido pretorianamente por la Corte en “Halabi”, reafirmado en “PADEC”, normativizado en la Acordada N° 12/2016 y recientemente aplicado en el caso “CEPIS”-.

Es más, si observamos por fuera de nuestro sistema jurídico, no encontraremos antecedente legislativo que pueda servirle de fuente a este estándar pretoriano de “acceso a la justicia” creado por la Corte Suprema. En este sentido, una lectura sesuda de la Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23 de Estados Unidos, o sus homónimas en Latinoamérica (CDC de Brasil, Ley de Consumidores de Chile, Ley de Acción de Grupo de Colombia, Código Procesal Civil de México, entre otros cuerpos normativos), nos permite observar que, a diferencia de lo que sucede en Argentina con la Acordada N° 12/2016, no existe reglamentación alguna que exija acreditar en la demanda que el grupo o clase que procura acudir a la justicia a través de un proceso colectivo presenta un problema de “acceso a la justicia” (sea económico, social, cultural, etc.)⁷. Es decir, sin perjuicio de que algunos de los modelos señalados puedan resultar más abiertos o más cerrados en términos de legitimación procesal en los mecanismos de procesamiento colectivo de conflictos o de control de políticas públicas que receptan (proceso colectivo, acción de clase, acción popular, acción de grupo, etc.), en razón de la concepción que cada Estado tenga de la democracia y el Poder Judicial conforme lo señala Gargarella⁸, lo cierto es que una vez reconocida la legitimación de determinados sujetos para ciertas clases de conflictos, como dijéramos, ninguno de los ordenamientos mencionados exige como requisito que se acredite la afectación de acceso a la justicia del grupo. En Argentina, por vía pretoriana o reglamentaria, no sólo se exige, sino que, además, se acota el sentido de “acceso a la justicia” a cuestiones de índole económica como lo es el incentivo económico suficiente para litigar en clave individual.

Lo antedicho se debe, a mi juicio, a que la doctrina internacional ha reconocido a los procesos colectivos y a las acciones de clase beneficios que no se agotan en mejorar o allanar el acceso a la justicia de conflictos que de otro modo quedarían marginados del sistema por cuestiones económicas (los conocidos como de “escasa cuantía”). En efecto, hay un consenso claro respecto de al menos otras ventajas o beneficios que brindan estos mecanismos de procesamiento de conflictos, a saber: (i) permiten lograr una mayor eficiencia en el sistema de administración de justicia mediante el juzgamiento concentrado de numerosos reclamos similares (economía procesal); (ii) promueven la prevención y el desaliento de conductas ilícitas masivas; (iii) permiten evitar sentencias contradictorias y brindar soluciones igualitarias frente a violaciones masivas de derechos; y (iv) permiten un control judicial de constitucionalidad y convencionalidad de políticas públicas⁹.

Resulta claro que, desde el momento en que los ordenamientos reconocen derechos de incidencia colectiva deviene fundamental que también garanticen las vías procesales adecuadas o idóneas para su protección en sede judicial. Lo antedicho no implica por sí mismo negar o desconocer las vías procesales individuales, o sostener la supremacía de las

⁷ Ello no obsta que algunas regulaciones puedan exigir como recaudo que se demuestre la superioridad de la herramienta procesal colectiva respecto de otros medios procesales disponibles para el justo y eficiente juzgamiento de la cuestión. Verbic y Salgado, ob. cit.

⁸ GARGARELLA, Roberto. “Hechos y Argumentos en materia de legitimación”, en la obra colectiva “Diálogo Multidisciplinario sobre la nueva Justicia Civil de Latinoamérica”, Fandiño Marco y González Leonel (Directores), CEJA, Santiago de Chile, 2017.

⁹ En esta línea puede verse: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS de la OEA “*El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales : estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*”, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 7 septiembre 2007, párrafo 238, pág. 70/71; GIANNINI, Leandro J., HAZAÑA PÉREZ, Alejandro, KALAFATICH, Caren, RUSCONI, Dante, SALGADO, José M., SUCUNZA, Matías A., TAU, Matías R., UCÍN, M. Carlota, VERBIC, Francisco. “*Propuesta de bases para la discusión de un proyecto de ley que regule los procesos colectivos*”, propuesta remitida al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en el marco del Programa Justicia 2020; y ROSENBERG, Michael “*Acciones de Clase en Canadá: casos, notas y materiales.*”.

colectivas por sobre estas últimas, sino simplemente reconocer la necesidad de la coexistencia de ambas y que, caso a caso, pueda determinarse qué instrumento será el más idóneo para judicializar un conflicto sin menguar las garantías constitucionales (v.gr. tutela judicial efectiva, debido proceso, igualdad ante la ley, seguridad jurídica, entre otras) y no, como se propone con la reglamentación pretoriana comentada, censurar de plano una vía procesal.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el campo del consumo ha quedado demostrado que la estructura procesal clásica (de corte patrimonial e individual) es insuficiente u obsoleta para el procesamiento de los conflictos colectivos de consumo¹⁰. Máxime cuando, en casos como “CEPIS”, estamos ante litigios de interés público que buscan cuestionar políticas públicas (en este supuesto una política tarifaria) que se proyectan sobre la sociedad en su conjunto y reglamentan derechos fundamentales (como el acceso a un servicio público, la formación de tarifas y la participación ciudadana, etc.).

En esta línea, he de advertir que la tutela judicial efectiva (art. 25 de la Convención Americana), tal y como la conocemos en nuestro sistema, se proyecta tanto sobre los derechos individuales como sobre los colectivos, e implica la necesidad (ergo, obligación Estatal) de garantizar vías de litigio o acceso a la justicia de corte individual o colectivo¹¹.

La CIDH ha reconocido que **“...los diversos mecanismos de acceso a la justicia de naturaleza colectiva permiten la fiscalización de las políticas públicas por diversos actores sociales, en especial grupos o comunidades afectadas por situaciones estructurales que vulneran sus derechos. Así, las acciones de amparo colectivo, las acciones de tutela, mandatos de segurança y de injunção brasileños, acciones de clase, acciones declarativas de certeza, acciones de inconstitucionalidad, acción civil pública, actúan como vías para el control social de las políticas y al mismo tiempo sirven para activar procesos de rendición de cuentas y sistemas de freno y contrapeso entre los mismos órganos del Estado. En estas acciones, organizaciones ambientales, de usuarios, pueblos indígenas, organizaciones de mujeres y de derechos humanos, o en ocasiones funcionarios públicos legitimados para representar actores colectivos -como el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo- han logrado incidir a través de la actuación de instancias judiciales, de maneras muy diversas, en la orientación de políticas sociales. Este tipo de acciones ha impulsado procesos de discusión de diversas políticas públicas con relación a los lineamientos de reformas de la seguridad social; de políticas masivas de reducción de pensiones y salarios; de políticas de provisión de medicamentos frente al HIV/SIDA; de sistemas de cupos para la población afrodescendiente en el ámbito de la educación; de la distribución de partidas presupuestarias para la educación pública; de la exclusión de sectores sociales del alcance de planes asistenciales alimentarios; de prácticas de discriminación de inmigrantes en el acceso a servicios sociales y planes de vivienda; y del incumplimiento de las políticas sociales para la población desplazada en un conflicto armado. Estas acciones, además, han contribuido a fiscalizar empresas que prestan servicios públicos a fin de tutelar los derechos de los usuarios, o empresas y grupos privados que realizan explotaciones**

¹⁰ En este sentido puede verse VERBIC, Francisco. “Por una necesaria y urgente reforma que permita una tutela judicial adecuada de usuarios y consumidores”, ponencia presentada en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal - Modelos de Justicia: Estado Actual y Reformas Procesales, Jujuy – Argentina, 2015.

¹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS de la OEA “El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 7 septiembre 2007, párrafo ... pág... “De manera paralela, en años recientes la Corte IDH y la CIDH han reconocido la necesidad de tutelar los derechos económicos, sociales y culturales, ya no sólo en su dimensión individual, sino también en su dimensión colectiva. En este marco, el SIDH ha comenzado a delinear estándares sobre los mecanismos de tutela judicial tendientes a garantizar el litigio colectivo y especialmente, en relación con el alcance de la obligación de los Estados de proveer este tipo de procedimientos de reclamo. Es posible observar que el SIDH ha atravesado una clara evolución en esta materia, en cuanto ha reconocido expresamente la dimensión colectiva de determinados derechos y la necesidad de esbozar y poner en práctica dispositivos jurídicos con miras a garantizar plenamente tal dimensión. De esta manera, se evidencian los mayores alcances que los órganos del SIDH le han reconocido a la garantía prevista en el artículo 25 de la Convención Americana, a fin de contemplar en su marco, la tutela judicial efectiva de derechos colectivos.” (énfasis agregado).

económicas con efectos ambientales. **También han servido para reclamar información y demandar mecanismos de participación en los procesos previos a la formulación de políticas, o al otorgamiento de concesiones de actividades económicas potencialmente nocivas.**"¹² (énfasis agregado).

Asimismo, la CIDH ha sostenido que **"...la vigencia de mecanismos adecuados de reclamo de derechos sociales, resulta un tema central a considerar en la agenda de reformas judiciales en la región para fortalecer el acceso a la jurisdicción y la participación social y política en el ámbito de la justicia, así como para la fiscalización de las políticas estatales y de la actuación de actores privados, que impactan con sus acciones en el ejercicio de aquellos derechos básicos. En este marco, el SIDH ha reconocido la trascendencia de desarrollar recursos judiciales efectivos e idóneos para la tutela de derechos económicos sociales y culturales y ha comenzado a trazar estándares en materia de la formulación y puesta en práctica de mecanismos adecuados de exigibilidad de estos derechos.**"¹³ (énfasis agregado).

De esta forma observamos que los procesos colectivos son en sí mismos una garantía dentro del sistema constitucional-convencional, comprendidos dentro de los derechos de acceso a la justicia y a obtener una tutela judicial efectiva. Así, como derecho fundamental, entiendo que el acceso a los mismos no puede encontrarse limitado de forma permanente según el tipo de derecho sustantivo (individual o colectivo) que se reclame o en virtud del eventual incentivo económico del sujeto que pretende la tutela.

III. El estándar de "acceso a la justicia" como una "reglamentación irrazonable" de los derechos fundamentales.

Mónica Pinto define al *principio pro homine* como un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria¹⁴. Además, indica que los derechos humanos consagrados por el ordenamiento jurídico son esencialmente relativos y, por ello, susceptibles de ser reglamentados razonablemente. Así mismo, algunos derechos pueden ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio, e incluso de suspensión extraordinaria¹⁵.

Ahora bien, más allá de la utilidad de la distinción conceptual que elabora la autora, no puede dejar de señalarse que la restricción ilegítima podría ser considerada una especie dentro del género de las reglamentaciones irrazonables. Ello es así toda vez que el análisis de razonabilidad se construye sobre la base de tres subprincipios, a saber, (i) necesidad, (ii) proporcionalidad y (iii) razonabilidad en sentido estricto; mientras que la restricción ilegítima atañe puntualmente a la cuestión de la necesidad.

En el caso bajo análisis, que refiere a la imposición de un recaudo pretoriano de "acceso a la justicia" para la viabilidad de una demanda colectiva referida a intereses individuales homogéneos, estamos sin dudas ante una irrazonable reglamentación de un derecho fundamental, y consecuentemente, ante una restricción ilegítima por los fundamentos y consideraciones que desarrollaremos.

Liminarmente cabe señalar que toda reglamentación o restricción de un Derecho Humano debe establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma y a condiciones de fondo¹⁶. El art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que *"en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a*

¹² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS de la OEA "El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos", OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 7 septiembre 2007, párrafo 238, p. 69/70.

¹³ Ídem, párrafo 239, p. 70.

¹⁴ PINTO, Mónica. "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos".

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Ibidem.

las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienes general en una sociedad democrática”. Que una reglamentación (o restricción) de derechos fundamentales deba provenir de una ley (norma de alcance general) se debe indiscutiblemente a la necesidad de garantizar el respeto de los principios de igualdad, no discriminación, no arbitrariedad, entre otros¹⁷. La Corte IDH tiene dicho que sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona¹⁸.

La cuestión del aspecto formal del estándar de “acceso a la justicia” nos exime de todo análisis apenas se advierte que estamos ante una construcción normativa (la Acordada N° 12/16) que carece de las garantías más elementales para ser aceptada en una sociedad democrática. Piénsese, por ej., que su órgano creador no fue elegido democráticamente por el pueblo; que además no se encuentra investido de facultades constitucionales para crear normas de alcance general (no puede crear leyes sino para interpretarlas y aplicarlas en los marcos del “caso” individual o colectivo); y que además, el estándar así creado no resulta observable por los tribunales provinciales (ni en su formato jurisprudencial, ni en su formato reglamentario), situación que perfora el principio de igualdad (las personas tendrían más o menos derechos según el fuero judicial que deba atender el conflicto).

Desde la cuestión de fondo pueden realizarse innumerables análisis para demostrar la irrazonabilidad o ilegitimidad del recaudo. En primer orden, se observa que la génesis de las restricciones y reglamentaciones aparece, generalmente, en las tensiones entre derechos y la solución surge de ponderaciones entre ambos, el fin que se procura y el medio que se adopta. En este caso no existe conflicto entre los derechos de acudir a la justicia a través de vías procesales colectivas o individuales, por el contrario, puede sostenerse válidamente que ambas coexisten y, en principio, sin interferencias mutuas negativas para los justiciables en razón de diversos reaseguros fundamentales del sistema procesal como la notificación adecuada, la opción de excluirse y la cosa juzgada *secundum eventum litis*. En segundo lugar, basta con mirar los beneficios reconocidos a los procesos colectivos para encontrar varios fundamentos plausibles.

Veamos por ejemplo la cuestión de la economía procesal. Establecer en abstracto que en los casos de derechos individuales homogéneos toda persona o grupos de personas que tengan incentivo económico suficiente para litigar de manera individual no podrá acceder a las vías procesales colectivas -aún cuando dicho mecanismos de procesamiento colectivo de conflictos pudiere resultar más adecuado o efectivo- resulta arbitrario y desproporcionado. Los derechos no son gratuitos, tienen costos para el sistema (que se traducen en el uso de fondos o partidas públicas que, a su vez, se dejan de destinar a otros fines). Privilegiar la vía procesal individual implica atomizar el tratamiento de conflictos idénticos a costa de los escasos recursos del Poder Judicial para hacer frente a las necesidades de la sociedad en materia de litigio. En esta línea de análisis, resulta evidente que una medida como esta genera un impacto negativo que se traduce en (i) dispendio jurisdiccional de recursos del presupuesto público del PJ y (ii) en una merma significativa de la calidad del servicio que el mismo presta.

Si lo que se busca es preservar las vías individuales para los justiciables (como pareciera querer hacer la Corte), eliminarles la posibilidad de acceder a las vías colectivas luce desproporcionado cuando, como se dijo, existen reglas legales que les permiten apartarse válidamente de las mismas (v.gr., el *opt out* u “opción de excluirse” del proceso colectivo, art. 54 LDC). En esta línea la Corte Interamericana tiene dicho que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido...Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva 6/86, “La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, del 9/5/1986, Serie A, n° 6, pág. 37, citado en Pintos, Mónica, ob. cit.

*ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo*¹⁹. Entiendo que, al igual que otros sistemas jurídicos, hubiera bastado con exigir como recaudo que los actores mostraran la utilidad (o mejor adecuación al caso) de la vía procesal colectiva por sobre la individual.

Ahora bien, en concordancia con el desarrollo esbozado y siguiendo la propuesta conceptual de Pinto, la “necesidad” -según la interpretación imperante de la Corte Europea- puede entenderse como una necesidad imperiosa (*pressing social need*) que justifique la interferencia (mayormente ligada a conceptos jurídicos indeterminados como el orden público, el bien común, la seguridad pública, la moral, entre otros)²⁰. Sin perjuicio de que según la finalidad que se persiga los Estados gozan de diferentes márgenes de apreciación para restringir o reglamentar derechos, en el caso del estándar pretoriano de “*acceso a la justicia*” la Corte Suprema no invocó ningún bien o finalidad común que justifique razonablemente semejante interferencia en el derecho fundamental a usar o valerse de las vías procesales colectivas (en casos de derechos individuales homogéneos), como garantía autónoma pero derivada de la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. Ello se debe, a mi parecer, que como ha quedado demostrado no hay tensión que justifique o evidencie la necesidad de semejante restricción de derechos, menos aún de manera tan desproporcionada como se ha hecho.

Por último, también falta considerar la razonabilidad en sentido estricto para justificar la restricción pretoriana del Alto Tribunal. Como hemos mencionado ya, es un recaudo que implica *per se* una desnaturalización del derecho a la tutela colectiva y no simplemente una reglamentación de su ejercicio. De tal forma, el estándar no se ajusta a las exigencias del principio pro homine en cuanto a la necesidad de resultar “*lo menos invasivo posible del derecho fundamental*”, sino que en la práctica acaba por anularlo y generando perjuicios que se proyectan más allá del afectado individual y que recaen por sobre toda la sociedad como lo es el impacto sobre el Poder Judicial, su presupuesto y la calidad de su servicio.

IV. Colofón.

Del análisis efectuado puede concluirse que el acceso a las vías procesales colectivas, independientemente del derecho subjetivo tutelado, constituye un Derecho Humano que deriva de las garantías de acceso a la justicia (el derecho a un recurso judicial efectivo e idóneo) y la tutela judicial efectiva. Consecuentemente, toda reglamentación o restricción que se pretenda imponer sobre el mismo debe, para su validez, respetar exigencias formales (ser establecidas por ley) y fundadas (ser necesarias, proporcionales y razonables). Ha quedado claro hasta aquí que el estándar pretoriano de “*acceso a la justicia*”, desde su reciente reglamentación en la Acordada CSJN N°12/16 o su aplicación en “CEPIS”, no cumple con las exigencias constitucionales y convencionales. Asimismo, frente a la oleada de propuestas legislativas para regular los procesos colectivos en Argentina, es menester resaltar que cristalizar en ley un recaudo como el creado por la Corte Suprema solamente sanearía el problema formal mas no el sustantivo, ya que continuaría adoleciendo de los vicios ya mencionados: falta de necesidad o justificación en un bien o fin común superior; desproporcionalidad y desnaturalización; carencia de razonabilidad en sentido estricto, entre otros.

Sin dudas, una ley que establezca la imposibilidad de que acceder a la justicia por vías colectivas en los casos de derechos individuales homogéneos cuando exista incentivo económico para litigar de manera individual constituye, además, una medida regresiva en lo que refiere a la tutela de los Derechos Humanos toda vez que impedirá -como ocurrió en CEPIS- que un sector de la sociedad pueda participar en procesos judiciales en los que se discutan políticas públicas. Está claro que, atomizar discusiones medulares como la judicialización de políticas públicas (en el caso la tarifaria de un servicio público) diluye el poder social para participar en la discusión de la cosa pública, incidir en las acciones y

¹⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva 5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 13/11/1985, Serie A, n°5, pág. 46 cit. en PINTO MÓNICA, ob. cit.

²⁰ Ibidem.

decisiones del Estado sobre derechos fundamentales como los económicos, sociales y culturales.