

LOS PROCESOS COLECTIVOS ANTE UNA FUTURA REGULACIÓN PROCESAL.

Santiago R. Carrillo

SUMARIO: Introducción. 1. El surgimiento de los procesos colectivos ante “derechos de incidencia colectiva”. 1.A. Los procesos ambientales. 1.B. Procesos referidos a los derechos de usuarios y consumidores. 1.C. Reconocimiento constitucional del amparo colectivo en tutela de derechos de incidencia colectiva. 1.D. El límite al amparo colectivo: inexistencia de la “acción popular” y los derechos puramente individuales. 2. El nuevo rol del Poder Judicial ante los conflictos colectivos. 3. El fallo “Halabi” y los derechos individuales homogéneos. 3.A. El caso y su doctrina. 3.B. El alcance de la doctrina. 4. Los procesos colectivos. 4.A. La justificación del proceso colectivo. 4.B. La visión de la Corte Suprema. 5. Requisitos del debido procesos en las acciones colectivas. 5.A. Precisa identificación del grupo o colectivo afectado. 5.B. Adecuada representación. 5.C. Planteamiento de cuestiones homogéneas al colectivo. 5.D. Citación de los interesados. 5.E. Alternativa de optar por quedar fuera del pleito. 5.F. Publicidad del proceso. 6. Algunas cuestiones colaterales del proceso colectivo. 7. Conclusiones.

Introducción.

Este trabajo se propone un análisis de los procesos colectivos en el contexto de la interpretación que ha dado la Corte Suprema de Justicia al Artículo 43 de la Constitución Nacional, en lo relativo al reconocimiento, como categoría dentro de los “derechos de incidencia colectiva”, de aquellos que en rigor responden a situaciones individuales pero homogéneas. Esta problemática se aborda desde la óptica de la regulación de las acciones colectivas, en procura de delinear cuáles son los estándares de debido proceso que deberá contener la futura reglamentación legal; y qué deben hacer los tribunales de justicia mientras tal regulación no existe.

1. El surgimiento de los procesos colectivos ante “derechos de incidencia colectiva”.

El relevamiento de los últimos treinta años de historia judicial en la Argentina demuestra que conflictos que inicialmente presentaban una estructura simple, cuya solución podía encauzarse a través de los cánones del proceso bilateral clásico, luego fueron adquiriendo mayor dimensión y complejidad. Esta característica se evidencia con claridad en las cuestiones medioambientales y las relativas a los usuarios de servicios públicos y consumidores en general.

1.A. Los procesos ambientales.

En esta materia se debe destacar el rol que ha jugado la incorporación del Artículo 41 de la CN en la reforma del año 1994¹. En conjunción con el Artículo 43, que regula la acción de amparo, permitió desestructurar la vieja clasificación fundada en la trilogía del derecho subjetivo, interés legítimo e intereses simples o difusos, que generaban restricciones al acceso a la justicia en materia de legitimación, cuando su utilización en el derecho argentino resultaba injustificada a luz de lo dispuesto por el Artículo 116 de

¹ La norma dispone: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.

la CN y, en rigor, emula institutos foráneos que responden a otros sistemas constitucionales². Significativos avances evidencia la jurisprudencia en estas cuestiones³.

Sin embargo, los conflictos relativos a la preservación del ambiente evidencian, en general, una característica que debe ser resaltada: el marcado crecimiento de la polarización en las posiciones, que se ve alentado por una serie de circunstancias determinantes. Las partes contendientes parten de estructuras de razonamiento que funcionan en paralelo sin encontrar puntos de contacto. Los actores de estos conflictos – ambientalistas y las ONGs que los nuclean, empresas públicas y privadas y el propio Estado en sus distintos estamentos federales– utilizan lenguajes diferentes, que responden a concepciones y necesidades opuestas. En adición, por su facilidad de propagación y directo impacto en las condiciones de vida de la comunidad, se transforman en conflictos a gran escala. Comparemos, por ejemplo, la estructura de conflicto que presentó a principios de los ochenta en el caso “Kattan”⁴ y la que se verifica actualmente en la causa “Mendoza”⁵.

² Esta clasificación ha tenido, como principal efecto, excluir la posibilidad de obtener tutela judicial en supuestos en que claramente se presentaba un caso o controversia, en los términos del Artículo 116 de la CN, reduciendo al ciudadano afectado al uso de los recursos administrativos. Con ello se ha ganado el derecho, exclusivo y excluyente, de ingresar en el arcón de los recuerdos. Sobre el punto, Mairal se ha encargado de demostrar, sobradamente, que el aferramiento de cierta doctrina administrativista a las categorías de derecho subjetivo e interés legítimo, tal como son interpretadas en sistemas constitucionales disímiles del nuestro, carece de justificación. En este sentido, destaca que nada impide a nuestros tribunales ampliar el concepto de “derecho subjetivo” a los efectos de la legitimación, para abarcar aquellos casos en que la conducta administrativa ilegítima agravia intereses privados dignos de protección en un Estado de derecho; Mairal, Héctor, *Control judicial de la administración pública*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 194-5.

Además, debe tenerse en cuenta que, en realidad, dicha discusión nunca debió plantearse entre nosotros puesto que la Ley N° 27, reglamentaria del Artículo 116 de la CN, establece expresamente en su Artículo 1°: “La Justicia Nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las Leyes Nacionales, a la decisión de las causas en que se versen *intereses*, actos o derechos de Ministros o agentes públicos, de *simples individuos*, de Provincia o de la Nación” (la cursiva es agregada), con lo cual, al menos desde 1862, la diferenciación entre “derecho” e “interés” en nuestro sistema jurídico procesal carece por completo de relevancia. La explicación de cómo llegamos a la situación actual se puede encontrar en Linares, Juan Francisco, “Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal”, *LL*, 94:919 y una forma de salir de ella en Jeanneret de Pérez Cortés, María, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia”, *LL*, 2003-B, 1333.

³ Por todos, puede verse CNFed. Contencioso Administrativo, Sala III, “Schroder, Juan c/ Estado Nacional - Secretaría de Recursos Naturales”, *LL*, 1994-E, 449. Allí se reconoció legitimación activa a quien, en su calidad de “vecino de la Provincia de Buenos Aires”, pretendía la declaración de nulidad de un concurso público nacional e internacional para la selección de proyectos de inversión, instalación y operación de plantas de tratamiento de residuos peligrosos tipificados en la Ley N° 24.051, convocado por decreto del Poder Ejecutivo Nacional. Consideró el tribunal que la condición de “afectado” se encontraba debidamente probada con el “interés personal y directo” que ostentaba, máxime que su pretensión era exclusivamente anulatoria, ya que no perseguía, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su eventual restablecimiento. Ver reseña de este y otros casos ambientales en Jeanneret de Pérez Cortés, *op. cit.*

⁴ Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, “Kattan, A. E. y otro c/ Gobierno Nacional - Poder Ejecutivo”, *LL* 1983-D, 568. Los actores interpusieron una acción de amparo contra el Estado Nacional con el fin de que se dejen sin efecto dos resoluciones de la Subsecretaría de Pesca de la Nación, que autorizaban a empresas extranjeras a capturar y exportar toninas overas hasta tanto existiesen estudios del impacto ambiental que la caza provocaría. La sentencia hizo lugar a la demanda, la que quedó firme en primera instancia ante la falta de apelación del Estado. Para la valoración de la decisión puede consultarse Cano, Guillermo, “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino”, publicado junto con el fallo. Para un visión crítica de la decisión, a la que se imputa

1.B. Procesos referidos a los derechos de usuarios y consumidores.

Luego de que el Estado, mediante el dictado de la Ley N° 23.696 (1989), cambiara su rol y pasara de prestador a controlador de los servicios públicos ejecutados por empresas privadas concesionarias⁶, los conflictos en materia de protección de los usuarios y consumidores comienzan a ocupar un lugar destacado. Similares avances a los de la materia ambiental presenta la jurisprudencia en esta área, en punto a las vías de solución de contiendas que alcanzan sectores sociales e intereses de un gran número de personas, aunque cabe reconocer que el nivel de confrontación y polarización es sensiblemente menor.

Tal vez sea por el mero hecho del reconocimiento constitucional de un espectro de derechos que, con anterioridad y teniendo al Estado como obligado directo, resultaba dificultoso materializar. En efecto, si bien con anterioridad a la reforma de la Constitución de 1994 ya se encontraba vigente la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, lo cierto es que la incorporación del Artículo 42 de la CN ha generado un giro copernicano en la materia⁷. Esta nueva cláusula constitucional ha permitido el

trastocar el orden jurídico al admitir una “acción popular” no creada por la ley, Marienhoff, Miguel S., “Delfines o toninas y acción popular”, *ED*, del 23 de agosto de 1983.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros”, *Fallos*: 331:1622; *LL* 2008-D, 458. Varias personas que, ejerciendo derechos propios, en su condición de damnificados por la contaminación ambiental causada en la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo por actividades nocivas al ambiente sin adecuado control (petroquímica, textil) promovieron demanda por diversas pretensiones (cese de la contaminación y recomposición del ambiente, resarcimientos de daños y perjuicios) contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió la radicación del asunto en instancia originaria, ya que tiene por objeto la defensa de un bien de incidencia colectiva configurado por el ambiente, y derivó a las instancias ordinarias las cuestiones referidas a reclamos indemnizatorios. Luego de celebrarse varias audiencias, presentado informes por parte de los demandados y dictadas diversas resoluciones, el tribunal dictó sentencia definitiva en la causa haciendo lugar a la demanda. La ejecución de la sentencia, que requiere el saneamiento de un importante río altamente contaminado, ha dado lugar, entre otras cosas, a la creación por orden de la Corte Suprema de una Autoridad Administrativa de la Cuenca. No obstante, el cumplimiento de lo decidido por el Máximo Tribunal argentino no ha resultado tarea sencilla, ver CSJN, resoluciones del 23-7-2008, 12-8-2008 y 28-4-2009 y del Juzgado Federal de Quilmes –tribunal inferior al que la CSJN encomendó el seguimiento de la ejecución de sentencia–, resoluciones del 7-8-2009 y 3-9-2009.

⁶ Ver, por ejemplo, la Ley N° 24.065 (1992) que establece las normas que regulan la generación (actividad de interés general), transporte y distribución de energía eléctrica (servicios públicos); la Ley N° 24.076 (1992) regula el transporte y distribución de gas natural (servicio público), siendo regidos por la Ley N° 17.319 (1967), la producción, captación y tratamiento (actividad de interés general). Ambas normas crean entes reguladores (ENRE y ENARGAS) a través de la autarquía, a los cuales se les asigna la función de control de la calidad en la prestación del servicio, la razonabilidad de las tarifas y la resolución de controversias entre sujetos del sector.

⁷ Consagra a favor de usuarios y consumidores el derecho a la seguridad y tutela de sus intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Impone a las autoridades proveer la protección de esos derechos, la educación para el consumo, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. Dispone que la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, con la prevención de la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control.

desarrollo de una jurisprudencia moderna y tuitiva de los derechos de incidencia colectiva referidos a los usuarios y consumidores⁸.

1.C. Reconocimiento constitucional del amparo colectivo en tutela de derechos de incidencia colectiva⁹.

Todas estas soluciones jurisprudenciales –que se extendieron a otras materias como supuestos de discriminación¹⁰ o de salud¹¹– se asientan en la jerarquización de la acción de amparo producida en la reforma de 1994¹², que a su vez introdujo el “amparo colectivo”¹³. Se extiende, de tal modo, la protección judicial a aquellos supuestos en los que no existe solo un conflicto meramente individual sino que –enfocada la cuestión desde el agravio a los derechos– se hace patente la dimensión o repercusión social de la afectación, su incidencia colectiva, y la dimensión social, colectiva de un interés general comprometido¹⁴.

1.D. El límite al amparo colectivo: inexistencia de la “acción popular” y los derechos puramente individuales.

⁸ CNFed. Contencioso Administrativo, Sala IV, “Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones”, LL, 1998-D, 712, donde fue admitida la legitimación procesal de un “usuario del servicio básico telefónico”, que dedujo su demanda a fin de que el Estado Nacional se abstuviese de prorrogar el período de exclusividad de las licenciatarias de ese servicio sin cumplir con la realización previa de una audiencia pública. También fue aceptada la legitimación de un “usuario de la red de subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires” para impugnar la instrumentación de una tarifa, en razón de que, como “vecino de esa ciudad”, podía verse afectado por la decisión, CNFed. Contencioso Administrativo, Sala IV, “Fernández, Raúl c/ Poder Ejecutivo Nacional”, LL, 1997-E, 535. Ampliar en Jeanneret de Pérez Cortés, *op. cit.*

⁹ Ampliar en Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, T. 2, “La defensa del usuario y el administrado”, Capítulo II, Buenos Aires, F.D.A., 2009, 9ª ed.

¹⁰ Por ejemplo, fue admitida la legitimación de una letrada discapacitada, que perseguía obligar al Estado a cumplir –respecto de los edificios de los tribunales nacionales– con las obligaciones impuestas por el Artículo 21 de la Ley N° 22.431, modificado por la Ley N° 24.314 (Sistema de protección integral de las personas discapacitadas. Accesibilidad de personas con movilidad reducida), Juz. Fed. Contencioso Administrativo N° 6, “Labatón, Ester A. c/ Poder Judicial de la Nación”, LL, 1998-F, 345. A análoga decisión se arribó respecto de la demanda planteada para que fueran realizadas las obras necesarias para habilitar en todas las estaciones de un ramal de trenes, accesos alternativos a los molinetes, que permitieran a las personas con discapacidad motora o movilidad reducida acceder al servicio en condiciones igualitarias al resto de los usuarios, CNFed. Contencioso Administrativo, Sala I, “Verbrugge, María Inés c/ EN - Ministerio de Economía - Secretaría de Transportes y/u otro”, ED, 185-995. Ampliar en Jeanneret de Pérez Cortés, *op. cit.*

¹¹ CNFed. Contencioso Administrativo, Sala IV, “Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social”, LL, 1998-F, 102. En esa causa se reconoció legitimación a quien –en riesgo de adquirir la fiebre hemorrágica– inició una demanda de amparo, a fin de que se ordenase al Estado Nacional ejecutar las medidas necesarias para completar la unidad de producción de una vacuna, asegurando su inmediato suministro a la totalidad de la población potencialmente afectada, e implementar una campaña para restablecer el ecosistema. Con apoyo en el Artículo 43 de la Constitución Nacional y los pertinentes de tratados internacionales de igual rango, el tribunal consideró que lo que se encontraba fundamentalmente en juego en el caso era el derecho a la vida y la salud de la población.

¹² El amparo individual –por oposición al colectivo– ya se encontraba reconocido y regulado procesalmente en la Ley N° 16.986 (1966) que continúa vigente. La garantía constitucional del amparo nace en forma pretoriana de la jurisprudencia de la CSJN en los casos “Siri”, Fallos: 239:459, LL, 89-531 y “Kot”, Fallos: 241:291, LL, 92-627.

¹³ Ello se plasmó, a su vez, en las constituciones provinciales. Por todas, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el Artículo 20 de la Constitución provincial le da rango constitucional a la acción de amparo y establece la posibilidad de accionar a los particulares en defensa de los derechos colectivos, ya sea que el acto u omisión lesiva provenga del Estado o de particulares.

¹⁴ Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*

Ciertamente, la aplicación de estas nociones no ha sido indiscriminada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores se negaron a concebir a la acción de amparo como una acción popular, y siempre requirieron la configuración de los extremos constitucionales que habilitan la actuación del Poder Judicial en los términos del Artículo 116 de la CN¹⁵, pues admitir la actuación de legitimaciones procesales extraordinarias no supone dejar de lado la exigencia de que exista una causa o controversia, en el sentido de colisión efectiva de intereses contrapuestos susceptible de ser dirimida por la sentencia¹⁶.

De otro lado, la Corte Suprema tradicionalmente se negó a dar curso a acciones colectivas cuando se reclama, en rigor, por el reconocimiento de derechos puramente individuales (v. gr. patrimoniales)¹⁷.

Con todo, cabe tener presente que en materia ambiental, el Artículo 30 de la Ley N° 25.675 habilita a toda persona a solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo. Ello constituye una verdadera “acción popular”.

2. El nuevo rol del Poder Judicial ante los conflictos colectivos.

Muchos de estos casos aprehendidos por los Artículos 41 y 42 de la CN, enjuiciables por el conducto del amparo colectivo, constituyen conflictos de magnitud a gran escala, en los cuales el Poder Judicial ha debido *acomodar* su rol en la contienda. Bien pueden responder, en su sustrato fáctico, a inacciones o acciones desviadas de lo poderes políticos con capacidad para afectar un complejo de ciudadanos o sectores sociales. De este modo, se desemboca en la administración judicial de grandes conflictos¹⁸, marco en el cual el juez, de un lado, fija los estándares constitucionales que encauzan la

¹⁵ Ampliar en Barra, Rodolfo C., “La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional”, en *Temas de derecho público*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2008, pp. 878-132.

¹⁶ Tradicionalmente, en la jurisprudencia de la Corte, la comprobación de la existencia de un caso es imprescindible, CSJN, *Fallos*: 275:282; 313:863; 321:1252; 322:528; 323:1339; 326:3007; 311:2580; 310:2342, entre otros. Ver también CNFed. Contencioso Administrativo, Sala II, “Díaz, Carlos José c/ Gobierno Nacional -PEN-”, sent. del 19-7-2001; allí fue negada la actuación como parte de quien, en su carácter de “ciudadano”, petitionó que (para que se preservase conveniente y adecuadamente el calamar y cualquier otra especie marina que, eventualmente, estuviese afectada en el mar argentino dentro de las doscientas millas marinas de la costa, en lo que constituía la zona económica exclusiva) se dictase sentencia ordenando al Estado Nacional que procediera –en ejercicio de la policía que le competía, de manera coercitiva y mediante los correspondientes recursos humanos y materiales– a neutralizar en su acción depredatoria a los barcos poteros instalados a doscientas un millas de la costa a la altura de Comodoro Rivadavia, los cuales, equipados con potentes instalaciones que durante la noche proyectaban una intensa luz hacia el fondo del mar, atraían a los calamares que se encontraban dentro de la mencionada zona económica exclusiva de jurisdicción del Estado Nacional. Para fundar la decisión, se puso de relieve que no se verificaba la violación de un derecho o interés propio y la existencia de un afectado en los términos del Artículo 5° de la ley de amparo; que el Artículo 43 de la Constitución Nacional no innovaba respecto del criterio; y que no se había consagrado una suerte de “acción popular” que implicara desvincular absolutamente la ilegalidad del perjuicio, transformando la sujeción al principio de legalidad en un verdadero derecho subjetivo del particular con la subsiguiente posibilidad de articularlo ante el Poder Judicial, aun en ausencia de vinculación del pretensor con la relación jurídico material tratada en el proceso; ver reseña en Jeanneret de Pérez Cortés, *op. cit.*

¹⁷ CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional”, *LL*, 2008-A, 97. La pretensión colectiva deducida por la Defensoría del Pueblo de la Nación, a efectos de lograr la declaración expansiva de inconstitucionalidad de la normativa de emergencia financiera (“corralito” y “corralón financiero”, como fuera bautizada desde sus orígenes en todo el país) por la que se reprogramaron y “pesificaron” toda clase de imposiciones bancarias en perjuicio de los ahorristas del sistema. Ampliar en Giannini, Leandro J., “Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de ‘derechos de incidencia colectiva’”, publicado junto con el fallo.

solución y, del otro, *gestiona* el cumplimiento de los acuerdos a los que arriban las partes, con base en tales estándares.

La Corte Suprema, en su actual integración, ha decidido intensificar esta participación dialógica del Poder Judicial, redimensionando su rol en la dinámica del sistema democrático.

Montada en su función de último intérprete de la CN, se ha posicionado en un lugar estratégico para resolver problemas institucionales y sociales de magnitud. En este sendero, entre otras cosas, ha decidido no sentirse atada al clásico silogismo judicial, que genera una jurisprudencia sobre la base de principios generales positivizados en normas internacionales, más allá de las regulaciones infraconstitucionales de específica aplicación. Algunos criticarán y otros levantarán loas a este proceder, pero lo cierto es que es una realidad en la actual integración de la Corte. Hay innumerables ejemplos de ello en materia de derechos humanos, protección del medio ambiente, derecho a la salud, a las condiciones de vida digna, etc. Y también en cuestiones patrimoniales, como el caso “Massa”¹⁹.

Esta concepción la ha llevado a reestructurar el proceso judicial ante sus estrados. En punto a ello, se advierte que en el transcurso de las audiencias públicas, que ahora celebra con habitualidad, va acercando a las partes, guiándolas en la dirección final del pleito, de modo que vayan adecuando su conducta, de forma anticipada, a la nueva realidad que, sustentada en estándares constitucionales, les impondrá a través de la sentencia. En diversos supuestos, ha utilizado el instituto de las medidas cautelares para establecer las pautas de cumplimiento que requerirá, no como ejecución de la sentencia al final del proceso, sino durante su tramitación, por ejemplo, el caso de los indios tobas del Chaco²⁰ o “Mendoza”²¹ en materia ambiental.

El balance sobre la efectividad de este nuevo accionar no es sencillo. Si bien la Corte no parece haber resignado su poder de imperio, sino que, en su actual integración, parece estar convencida de que ante determinados conflictos presenta mayor utilidad el logro de consenso, mediante concesiones recíprocas, a lo largo del proceso, el cumplimiento de sus decisiones en estos ámbitos no ha estado exento de sinsabores²².

Ello, en adición a los problemas que, de por sí, acarrea el hecho de que en estos terrenos la Corte es, en palabras del *justice* Breyer, “*most vulnerable when it deals with judge-made constitutional law that lacks roots in the language of the Constitution*”²³.

También ha exhortado, reiteradamente y con distinta suerte, a los demás poderes del Estado a adecuar el derecho interno a los estándares fijados en sus sentencias basándose en disposiciones constitucionales y supranacionales. En tal sentido, por ejemplo, ha declarado la inconstitucional absoluta y manifiesta del régimen de subrogancias de los jueces federales, pero manteniéndolo subsistente hasta tanto el Congreso dicte una reglamentación en el plazo establecido²⁴.

¹⁸ Sola, Juan Vicente, “El caso Halabi y la creación de las ‘acciones colectivas’”, *LL*, 2009-B, 154.

¹⁹ CSJN, “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional”, *Fallos*: 329:5913 (2006).

²⁰ CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Provincia del Chaco”, *Fallos*: 330:4134 (2007).

²¹ CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros”, *Fallos*: 331:1622, *LL* 2008-D, 458.

²² La dificultad para el cumplimiento de sus decisiones en la causa “Mendoza” así lo evidencia; ver CSJN, resoluciones del 23-7-2008, 12-8-2008 y 28-4-2009 y del Juzgado Federal de Quilmes –tribunal inferior al que la CSJN encomendó el seguimiento de la ejecución de sentencia–, resoluciones del 7-8-2009 y 3-9-2009.

²³ “*Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*”, 130 S.Ct. 3167 (2010).

²⁴ CSJN, “Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación”, *Fallos*: 330:2361 (2007).

Es evidente que todo ello pone al Poder Judicial en una nueva posición ante la sociedad, que también le exige en consecuencia. La Corte ha logrado hacerse de prestigio transitando este sendero, aunque su mantenimiento dependerá de que el Tribunal sea respetuoso de sus propios precedentes, sin generar cambios intempestivos en su doctrina. Ahí radica un punto esencial de la seguridad jurídica necesaria para la consolidación del Estado de Derecho.

3. El fallo “Halabi”²⁵ y los derechos individuales homogéneos.

3.A. El caso y su doctrina.

En primer término, cabe destacar que en el caso “Halabi” la Corte ratifica que la regla general en materia de legitimación procesal sigue siendo que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas. Se trata, en tales casos, de litisconsorcios activos o pasivos derivados de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores. En estos casos ordinarios no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. Luego, se refiere a los derechos de incidencia colectiva, a los que caracteriza, principalmente, por su objeto como bienes colectivos. De tal modo que, en estos casos, la pretensión se dirige a la tutela de un bien colectivo, que pertenece a toda la comunidad, y es indivisible en tanto no admite exclusión alguna. Tales derechos pueden ser ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. Destaca que no se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto del juicio. Empero, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho; no en la porción individual del daño. Por último, en los pliegos del Artículo 43 de la CN²⁶, la Corte encuentra los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Se trata de derechos personales –aun patrimoniales– derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos supuestos hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y, por lo tanto, es identificable una causa fáctica y jurídica homogénea. Sobre este punto volveremos seguidamente.

²⁵ CSJN, “Halabi, Ernesto c/ PEN”, *Fallos*: 332:111, *LL*, 2009-B, 157. Un abogado promovió acción de amparo con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 25.873 y de su Decreto Reglamentario N° 1.563/2004, en cuanto vulnerarían los Artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, al autorizar la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine en qué casos y con qué justificativos. Alegó que esa intromisión constituye una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la vez que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes. Al producir su informe, el Estado Nacional sostuvo que la vía del amparo no resultaba apta para debatir el planteo. En primera instancia se hizo lugar a la pretensión. La Cámara confirmó el fallo, y le atribuyó carácter *erga omnes*. Interpuesto recurso extraordinario federal, el demandado dirigió su impugnación a descalificar el efecto otorgado a la sentencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso y confirmó el pronunciamiento.

²⁶ Barra, Rodolfo C., “Avanza la delimitación del amparo colectivo”, *ED*, Suplemento Administrativo, del 15-5-2009.

3.B. El alcance de la doctrina.

La Corte en “Halabi” parece haber abandonado su posición mayoritaria referida a que los derechos de incidencia colectiva solo se presentan cuando la lesión transindividual es de objeto indivisible, lo que reduce la categoría a los casos de los intereses colectivos *stricto sensu*. Ello implicaba, necesariamente, que los derechos individuales homogéneos, en los que una importante cantidad de afectados comparten una lesión de objeto divisible y proveniente de un origen común, no quedaban amparados por el mecanismo de enjuiciamiento concentrado previsto en el Artículo 43 de la CN. Estas situaciones solo demostraban una sumatoria de intereses “similares” pero que no califican como de incidencia colectiva²⁷. Como hemos visto, esta es la posición que se advierte con claridad, entre otros, en el caso del “Defensor del Pueblo” por el corralito²⁸.

Es que, en rigor, ahora prevalece en el Tribunal la posición que sustentaron los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni –quienes no votaron en el caso del “Defensor del Pueblo”–, quienes con anterioridad habían propiciado el reconocimiento de los derechos individuales homogéneos como especie de incidencia colectiva en los términos del Artículo 43 de la CN²⁹.

Consecuentemente, la actual posición de la Corte Suprema en relación a la configuración de los “derechos individuales homogéneos” como subespecie de los derechos de incidencia colectiva puede resumirse del siguiente modo³⁰:

- i. No hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles.
- ii. Hay un hecho común, único o continuado, que provoca una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales y, por lo tanto, es identificable una causa homogénea.
- iii. La demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos los intereses, pues se concentra en los aspectos comunes y no en lo que concierne al daño que cada uno puede, individualmente, invocar.

²⁷ Giannini, Leandro J., *op. cit.*

²⁸ *Supra* punto 1.d.

²⁹ CSJN, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones - Resolución N° 2.926/1999 s/ amparo Ley N° 16.986”, sent. del 31-10-2006, *Fallos*: 329:4542, voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni.

³⁰ Para un más análisis más profundo del caso, puede verse Barra, Rodolfo C., “Avanza la delimitación del amparo colectivo”, *op. cit.*; Alterini, Atilio Aníbal, “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (El armado de un sistema)”, *LL*, 2009-D, 740; Dalla Vía, Alberto, “El activismo de la Corte Suprema puesto en defensa de la privacidad”, *JA* del 22-4-2009; De La Rúa, Fernando - Saravia Frías, Bernardo, “Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal”, *LL* del 6-5-2009; Toricelli, Maximiliano, “Un importante avance en materia de legitimación activa”, *LL* del 4-3-2009; Badeni, Gregorio, “El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos”, *LL*, 2009-B, 259; Gelli, María Angélica, “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso ‘Halabi’”, *LL*, Sup. Const. 2009 (marzo), 29; Gómez, Claudio D. - Salomón, Marcelo J., “La Constitución Nacional y las acciones colectivas: Reflexiones en torno al caso ‘Halabi’”, *LL*, Sup. Const. 2009 (mayo), 41; Maurino, Gustavo - Sigal, Martín, “‘Halabi’: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, *JA* del 22-4-2009; Sabsay, Daniel Alberto, “El derecho a la intimidad y la ‘acción de clase’”, *LL*, 2009-B, 404; Cassagne, Juan Carlos, “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos ‘erga omnes’ de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva”, *LL*, 2009-B, 649; García Pullés, Fernando R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, *LL*, 2009-B, 189; Boico, Roberto J., “La nueva etapa del amparo colectivo. El caso Halabi y el actual escenario del Artículo 43 de la CN”, *LL* del 4-3-2009.

iv. Es exigible que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Con todo, cabe tener presente que el alcance de la doctrina de “Halabi” ha de limitarse a las *acciones colectivas normativas*, y excluir a las acciones que busquen una reparación patrimonial hasta que se sancione la ley correspondiente, tal como lo reclama la Corte Suprema³¹.

Pues bien, sentados estos conceptos, iniciemos el análisis de cómo sería posible regular procesalmente estas acciones vinculadas a los derechos individuales homogéneos, sin generar retrocesos en perjuicio de los avances verificados en materia de legitimación procesal.

4. Los procesos colectivos.

4.A. La justificación del proceso colectivo.

Una “acción colectiva” es, fundamentalmente, la consolidación de diferentes pleitos relacionados en uno. Si existe un número importante de actores o, lo que es menos habitual, de demandados con cuestiones similares para resolver en un pleito, el juez puede permitirles integrarse dentro de una clase. Cuando es posible, la acción colectiva es una alternativa eficiente a muchos juicios individuales, se concentran cientos o aun miles de demandas en un solo juicio; de esta manera, los que integran la clase pueden afrontar los costos del proceso y el demandado tiene la posibilidad de saber la extensión de los costos de la decisión, ya que al estar concentrada permite saber los límites de una conciliación o de una sentencia³².

De tal modo, permite resolver casos en que las pretensiones individuales fueran tan reducidas que no justificaran los costos judiciales necesarios para su protección. Al mismo tiempo, es un procedimiento que elimina el incentivo de empresas a realizar conductas que pudieran causar daños graves en su conjunto pero que fueran mínimos desde el punto de vista de cada actor. Desde la óptica de la administración de justicia, la acción colectiva evita que se bloqueen los juzgados con demandas similares en otros diferentes y con la posibilidad de sentencias contradictorias³³.

4.B. La visión de la Corte Suprema.

Es posible leer entre líneas en “Halabi” que la Corte ha encontrado insuficiente la acción de amparo clásica –aun en su concepción colectiva, que irrumpió luego de la reforma de 1994– para dar satisfacción a estos nuevos derechos de incidencia colectiva que, en rigor, son individuales pero homogéneos, en el sentido de que responden a una causa común.

¿Por qué la Corte efectuaría semejante planteamiento? Pues creo que vislumbra inapropiado que regulaciones sectoriales –por caso, la Ley N° 24.240 de Defensa del

³¹ Sola, *op. cit.*

³² Sola, *op. cit.*

³³ Sola, *op. cit.* El autor recuerda que la Suprema Corte de los EE. UU. en el caso “*Amchem Products, Inc. v. Windsor*”, 521 U.S. 591 (1997), señaló que el objetivo central de la acción de clase “es superar el problema que los recuperos pequeños no proveen un incentivo a la acción individual de perseguir sus derechos. Una acción de clase resuelve este problema al hacer un agregado los recuperos potenciales relativamente escuálidos y transformándolo que valga trabajo de alguien (generalmente el abogado)”.

Consumidor (Artículo 54)³⁴ o la Ley N° 25.675 (Artículo 33) de Protección del Ambiente– se limiten a establecer los efectos expansivos de las sentencias, sin antes haberse cumplido con estándares mínimos del debido proceso.

Aun teniendo presente el acotamiento que cabe hacer en el alcance de “Halabi” a los supuestos de acciones colectivas normativas, la Corte lleva la razón en el planteo genérico de la cuestión pues, ciertamente, tal estado de cosas puede comprometer la legitimidad de la intervención de los órganos judiciales. La imposición de la obligatoriedad de una sentencia –de condena o declarativa– a quien no tuvo oportunidad de defenderse afecta el derecho de defensa y la garantía del debido proceso.

Mas la exigencia de la Corte a los tribunales inferiores –dirigida a evitar la concreción de tan disvaliosa situación–, en el sentido de tramitar los procesos colectivos como tales y tomando como modelo la legislación comparada, particularmente la acción de clases del derecho norteamericano, no parece fácil de satisfacer. Es imperativo contar con una regulación apropiada pues, de lo contrario, se multiplicarán tantos procedimientos judiciales como interpretaciones de “Halabi” haya, lo cual generará inseguridad jurídica, que redundará en el desprestigio de la magistratura.

En esta parcela, por medio de un amplísimo *obiter*, el Considerando 20° de “Halabi” apela a la creatividad de los jueces para cumplir con las siguientes bases, que se anticipan como requisitos de validez de la sentencia en los procesos colectivos:

- i. Identificación precisa del grupo o colectivo afectado.
 - ii. Verificación de la idoneidad de quien pretenda asumir su representación.
 - iii. Verificación de la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean homogéneas al colectivo.
 - iv. Arbitrar un procedimiento que garantice la adecuada notificación a todas aquellas personas que pudieran tener interés en el resultado del litigio.
 - v. Asegurar a los interesados tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer como parte o contraparte.
 - vi. Implementar adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto.
- Pasemos a analizar cada uno de estos componentes.

5. Requisitos del debido procesos en las acciones colectivas.

5.A. Precisa identificación del grupo o colectivo afectado.

Esta exigencia, en su etapa inicial, se encuentra dirigida a quien se postula como pretense representante de una clase.

El proceso colectivo –sea cual fuere el que se tome como parámetro de comparación– responde, entre otras cosas, a un criterio de economía, de modo que se justifica ante la existencia de una clase tan numerosa que el litisconsorcio entre todos sus miembros sea impracticable. Tal circunstancia hasta puede ser erigida como requisito de admisibilidad de la acción colectiva, como sucede en EE UU con la Regla Federal 23 (a) (1) del Procedimiento Civil que regula las *class actions* (requisito de la *numerosity or impracticable joinder*).

Lógicamente, ello no conlleva la necesidad de verificar una imposibilidad absoluta, sino más bien una razonable dificultad que torne antieconómico o disfuncional la estructura del proceso clásico en litisconsorcio³⁵.

³⁴ “La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”.

De otro lado, no parece apropiado que la regulación establezca un número mínimo de afectados, solución adoptada, por ejemplo, en la acción de grupo de Colombia³⁶. Tal definición depende, en realidad, de las circunstancias del caso, y no veo mayor inconveniente en que el punto quede al arbitrio del juez. Ahora bien, en tal determinación deberá meritarse expresamente:

- a. Las reales dificultades de la tramitación por litisconsorcio clásico.
- b. Efectiva concurrencia de cuestiones de hecho y de derecho comunes al colectivo.
- c. Real peligro del dictado de sentencias contradictorias que afecten la seguridad de las relaciones.

La propuesta del accionante debe, entonces, incluir los rasgos definitorios de la clase, de modo de permitir al juez, mediante un juicio deductivo, determinar quiénes serán considerados en la clase y, por ende, alcanzados por los efectos de la sentencia³⁷. Deben presentarse, pues, parámetros suficientes que permitan luego juzgar si un particular determinado entra efectivamente en la clase. La aceptación de tales parámetros por el juez –juicio por cierto no exento de discrecionalidad– resulta ineludible para la certificación de la clase; circunstancia que permitirá delinear oportunamente los confines de la acción en punto a la ejecución de la sentencia, la que, por ello, no pierde su efecto *erga omnes*.

De otro lado, es importante destacar que el proceso colectivo requiere que no exista conflicto de intereses entre los miembros de la clase, y entre ellos y su representante. Pero nada obsta que se esgriman intereses contrapuestos con los de otros grupos con los que se deberá integrar la litis, conformando clases pasivas del proceso.

Obviamente, la cuestión requerirá un tratamiento regulatorio singularizado, según se trate de acciones que portan pretensiones meramente declarativas (como el caso de “Halabi”), o bien se deduzcan en búsqueda de la reparación de daños colectivos o persiguiendo el cumplimiento de acciones positivas, supuesto en el cual, por la mayor complejidad connatural a la pretensión, cabe un análisis más estricto al momento de la certificación.

5.B. Adecuada representación.

La cuestión gira en torno a la idoneidad del representante. Se trata de un punto esencial porque en ello se pone en juego la legitimidad misma del proceso colectivo, en tanto por su conducto, se extenderán los efectos de la sentencia a miembros de la clase que no han tenido una participación activa (miembros ausentes).

Es un eje central del debido proceso, en tanto exterioriza la tensión existente entre el derecho de defensa y la eficacia y economía del sistema judicial.

El representante debe proteger “justa y adecuadamente los intereses de la clase”, conforme el estándar utilizado por la Regla Federal 23 (a) (4) de los Estados Unidos. Por tal motivo, en la legislación comparada se requiere, en general, que el representante sea miembro de la clase y mantenga tal calidad durante todo el trámite. Es decir, que se encuentre consustanciado con el interés que debe tutelar.

³⁵ Impracticabilidad no significa imposibilidad; basta la extrema dificultad o inconveniencia para reunir físicamente a los demandantes, conf. “*Harris v. Palm Springs Alpine Estates Inc.*”, 329 F.2d 909, 913-4, 9th Cir. (1964).

³⁶ Ampliar en Giannini, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, p. 127.

³⁷ Ampliar en Giannini, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, op. cit., p. 83.

Como pautas hermenéuticas a considerar en lo relativo al test que comprende el requisito, se puede mencionar³⁸:

- a. Determinación y compromiso con la causa.
- b. Disponibilidad de tiempo y recursos económicos para sostener el trámite complejo y oneroso que, en general, demanda un proceso colectivo.
- c. Ausencia de conflictos de intereses con los restantes miembros de la clase.
- d. Así como la calidad de las postulaciones iniciales y la diligencia procesal.

Es de advertir que esta cuestión debe ser susceptible de controlarse no solo por el juez sino también por los miembros de la clase que concurran al proceso a través de la citación. Deben poder objetar la idoneidad del representante, pues su actuación los comprometerá al momento de la sentencia. Llegado el caso, como veremos luego, deben poder ejercer el derecho de *opt out*, es decir, autoexcluirse de la clase propuesta.

En adición, en esta parcela debemos tener presente que una consideración cabal de las acciones colectivas conlleva establecer la obligatoriedad de la sentencia, sea esta beneficiosa o no a los intereses de la clase. En tal sentido, las soluciones parciales que han sido positivizadas, restando efectos a la desestimación de la demanda y manteniendo subsistente la posibilidad de enjuiciamiento individual (v. gr. Artículo 54 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor), no parecen una respuesta adecuada. Tal escenario, que permite la réplica de acciones colectivas e individuales, no solo produce un dispendio injustificado de recursos y actividad judicial, sino que, fundamentalmente, genera el peligro del dictado de sentencias contradictorias. Es decir, todas aquellas situaciones que se pretenden evitar al contemplar como herramienta procesal las acciones colectivas resurgen. En tales términos, carece de sentido todo ese montaje procesal complejo y oneroso.

Debe, pues, regularse el efecto expansivo en ambos sentidos. Mas ello requiere asegurar que los miembros ausentes puedan controlar el desempeño del representante y, en su caso, oponerse o solicitar su sustitución, cuestiones que resolverá el juez.

Ahora bien, aquí se presentan ciertos puntos que “Halabi” no resuelve. ¿Este requisito será aplicable únicamente cuando el proceso colectivo sea promovido por un afectado? ¿O rige también para el supuesto de las asociaciones y, más aún, para el Defensor del Pueblo?

Esto nos llevaría a preguntarnos si para la Corte, el proceso colectivo delineado sobre la base de las pautas que venimos analizando es alternativo del amparo regulado en el Artículo 43 de la CN o abarca otros supuestos.

Si el Defensor del Pueblo inicia un proceso con la pretensión de los efectos expansivos de la sentencia, ¿debemos realizar todo este escrutinio? ¿O presumimos su idoneidad y efectiva representación de una “clase” que puede ser tan amplia como todos los habitantes de la Nación?

En fin, esta problemática es compleja y deberá analizarse con detenimiento al diagramar el nuevo régimen procesal.

5.C. Planteamiento de cuestiones homogéneas al colectivo.

La cuestión vinculada a la inclusión de los derechos individuales homogéneos en los carriles de enjuiciamiento condesando ya ha sido suficientemente analizada por la doctrina en los comentarios a “Halabi”³⁹.

³⁸ Ampliar en Giannini, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, op. cit., pp. 92-95.

³⁹ Alterini, Atilio Aníbal, op. cit.; De La Rúa, Fernando - Saravia Frías, Bernardo, op. cit.; Toricelli, Maximiliano, op. cit.; Gelli, María Angélica, op. cit.; Gómez, Claudio D. - Salomón, Marcelo J., op. cit.;

Por tal motivo, en esta parcela solo precisaré que el requisito es excluyente, pues si no existen cuestiones comunes de hecho y de derecho, la adjudicación colectiva será simplemente imposible⁴⁰. Si cada miembro del grupo tuviese un derecho diferente, basado en hechos diferentes, con material probatorio disímil o esperando soluciones singularizadas, la tutela colectiva es impracticable⁴¹.

Por lógica consecuencia, el requisito aparecerá, en principio, abastecido cuando se trate de procesos que involucran objetos indivisibles, pero no por ello deja de ser una condición esencial en lo referido al alcance de las pretensiones y su necesaria identidad. De otro lado, aquí se reedita el análisis vinculado a la tipicidad que debe concurrir entre los intereses del representante y los de los miembros ausentes. Es decir, la cuestión debe ser homogénea no solo con referencia a los miembros de la clase, sino respecto de estos y su representación.

Es necesario prever en la regulación instancias procesales posteriores que permitan al juez disponer la redefinición de la clase. Ello puede conllevar la necesidad de excluir determinados puntos inicialmente incluidos en la controversia, dejando que los intereses individuales sean tramitados en juicios separados. El derecho comparado también recepta la posibilidad de establecer subclases⁴².

En definitiva, el estándar que se debe mantener en todo momento es el relativo a la superioridad del proceso colectivo, en el sentido de que sea más idóneo para una adecuada y justa solución de la controversia común que los carriles individuales.

5.D. Citación de los interesados.

Como pauta general, debe procurarse la mejor notificación practicable según las circunstancias. Este es el estándar que determina la validez de la *notice* en la *class action* norteamericana y creo que es plenamente trasladable a nuestro ámbito. Esto incluye la notificación individual de todos los miembros que pueden ser identificados con un razonable esfuerzo.

No obstante, la regulación del requisito al momento de delinear su intensidad deberá atender, principalmente, al tipo de pretensión que se deduce –v. gr. objeto indivisible o divisible– y a la eventualidad de poder ejercer la prerrogativa del *opt out*.

Como pautas generales, la notificación debe, sea cual fuere el medio empleado, expresar con un lenguaje llano el siguiente contenido:

- a. La naturaleza de la acción.
- b. La definición de la clase certificada.
- c. Identificación del representante y sus letrados.
- d. Las pretensiones articuladas y las defensas opuestas.
- e. La posibilidad de intervención directa en el litigio, con patrocinio.
- f. La posibilidad del miembro de solicitar su exclusión (*opt out*).
- g. Advertencia acerca de los efectos expansivos de la sentencia.

Maurino, Gustavo - Sigal, Martín, *op. cit.*; García Pullés, Fernando R., *op. cit.*; Boico, Roberto J., Boico, entre otros.

⁴⁰ “Without some common issue of law or fact between class members, no basis for class litigation exists”, Rowe, Thomas D. Jr., “State foreign class-actions rules and statutes: Differences from - and lessons for? Federal Rule 23”, 35 W.St.U.L.Rev. 147, 153.

⁴¹ Ampliar en Giannini, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, *op. cit.*, pp. 89-90.

⁴² Regla Federal 23 (c)(4)(B).

Todo ello debe mensurarse en aras de garantizar que el miembro de la clase pueda tomar una decisión suficientemente informada⁴³. Pero, a la vez, para la elección del medio de notificación incidirán factores tales como la extensión geográfica a cubrir, la entidad de los daños que se pretenden resarcir, etc.

Se trata de un componente esencial de debido proceso pero que no puede, por su onerosidad, convertirse en un valladar infranqueable. Aquí juegan en rigor las particularidades del caso, de modo que es dable reconocer al juez cierta flexibilidad para disponer, por ejemplo, sistemas combinados de notificación individual y por los medios de prensa. Obviamente, en esta materia y como en tantas otras, debemos considerar seriamente las posibilidades de difusión que brinda Internet a costo razonable.

Con todo ello, se advierte la trascendencia que tiene la elección del representante de la clase y la importancia de su solvencia económica.

La cuestión referida a si la responsabilidad por los gastos de la notificación puede ser distribuida con los demandados es sumamente discutible, y si bien ha existido alguna decisión aceptando tal posibilidad, la Suprema Corte de los EE UU falló en sentido contrario en la causa “*Oppenheimer Fund v. Sanders*” de 1978⁴⁴.

En otros casos, posiblemente no estemos muy lejos de articulaciones similares a las que se verifican en procesos universales ya conocidos en nuestro ordenamiento, como la publicidad prevista en la ley de concursos y quiebras (edictos en diarios de circulación masiva y el Boletín Oficial).

Para concluir el punto, cabe destacar que también durante la sustanciación del proceso colectivo se puede presentar la necesidad de efectuar notificaciones a los miembros de la clase. Por ejemplo, ante una pretensión de desistimiento por el representante o cuando se presenta una propuesta de transacción. Como aquí también los efectos alcanzarán a los miembros ausentes, debe cumplirse el procedimiento de comunicación en forma previa a la decisión del juez sobre la aceptación o rechazo de tales propuestas.

5.E. Alternativa de optar por quedar fuera del pleito.

Vinculado al punto anterior, aunque principalmente respondiendo a una cuestión sustancial del proceso colectivo, se encuentra la posibilidad de ejercer el *opt out* o derecho a autoexcluirse del proceso colectivo.

En tal hipótesis el miembro no será beneficiado ni perjudicado por la sentencia definitiva –o la transacción– a la que se arrije en el litigio colectivo. En consecuencia, permanece inalterada su posibilidad de enjuiciar individualmente su pretensión.

Esta cuestión requerirá una regulación singularizada según se trate de objetos divisibles o indivisibles, pretensiones declarativas o de resarcimiento, etc. En algunos casos tiene que ser previsto este derecho y, en otros, excluido expresamente.

Por caso, si “Halabi” hubiese sido tramitado realmente como un proceso colectivo, ¿qué sentido tiene hablar del derecho a ser excluido? Este es, claramente, un supuesto en el cual tal prerrogativa sería inviable. ¿O las empresas de comunicaciones deberían asumir las obligaciones que les imponían, por la sencilla razón de que 1, 20, 1.000 ó 100.000 personas se presentaron en el proceso, con la pretensión de no ser alcanzados por la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la “ley espía”?

De otro lado, ante supuestos de daños colectivos a resarcir con fondos limitados, la regulación del derecho a autoexcluirse debe ser abordada con prudencia cuando se trata de ejercer por separado pretensiones que incidan sobre la prorrata del proceso colectivo.

⁴³ Ampliar en Giannini, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, op. cit., pp. 108-111.

⁴⁴ 437 U.S. 340.

Se presentan, en estos casos, similares necesidades de universalidad que las que demandan los procesos falenciales.

Por cierto que la legislación actualmente vigente en Argentina no da adecuada respuesta a estas cuestiones. El Artículo 54 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor se limita a disponer que “La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, *excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga*” (la cursiva es añadida).

Reitero que la cabal consideración y utilidad de la adjudicación colectiva requiere establecer la obligatoriedad de la sentencia, sea esta beneficiosa o no a los intereses de la clase. Y, en tal contexto, en determinados supuestos regular el *opt out*.

5.F. Publicidad del proceso.

Se procura implementar adecuadas medidas de publicidad, orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto.

Surge, así, la responsabilidad del Congreso en la creación de un registro de acciones colectivas, y del Poder Ejecutivo en hacerlo idóneo y operativo. Aquí tampoco estamos muy alejados de la experiencia ya verificada en materia de procesos universales (concuriales y sucesorios), aunque sí debemos hacer hincapié en mejorar su eficacia, previendo, por ejemplo, el acceso directo e irrestricto desde Internet.

6. Algunas cuestiones colaterales del proceso colectivo.

Hemos analizado los puntos centrales del debido proceso en el marco de las acciones colectivas. Sin embargo, cabe advertir que quedan pendientes una cantidad de cuestiones colaterales que deberán abordarse en profundidad al encarar el dictado de la reglamentación, como ser:

- a. Un punto de trascendental importancia es decidir si estas acciones, al igual que el amparo del Artículo 43 de la CN, estarán exentas de la obligación de agotar la vía administrativa. Repárese que en momento alguno hemos hablado aquí de que la afectación a los derechos debe surgir de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, como condición para su procedencia.
- b. De igual modo, cuando impliquen la impugnación de actos administrativos, ¿estarán sujetas a un plazo de caducidad, tal como –conforme la jurisprudencia mayoritaria– aún lo está la acción de amparo?
- c. La viabilidad de las medidas cautelares en este marco y las modalidades de desarrollo de la etapa probatoria.
- d. La ejecución de la sentencia, sobre todo en aquellos casos en que el interés patrimonial de cada miembro de la clase es ínfimo (por ejemplo, cuando hay que devolver centavos cobrados en exceso a cada usuario). Sobre este punto ya existen algunas pautas legisladas en el Artículo 54 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor.
- e. Los parámetros para la homologación de transacciones o la aceptación de desistimientos.
- f. Los problemas vinculados a los honorarios de los letrados, su cobro a los miembros ausentes de la clase, y en general, el régimen de costas del proceso colectivo, y si se aceptará el beneficios de litigar sin gastos.

g. Acuerdos asociativos entre estudios profesionales para encarar esta clase de acciones, posibilitando su financiamiento.

7. Conclusiones.

Es beneficioso que la Corte Suprema reconozca, aunque sea por vía pretoriana, la inclusión de los derechos individuales homogéneos en el Artículo 43 de la CN, con la consecuente aplicación de la legitimación colectiva y los efectos *erga omnes* de la sentencia, aunque no debemos soslayar que tal doctrina está estrictamente vinculada a un supuesto de acción colectiva normativa⁴⁵.

Sin embargo, cabe advertir los serios inconvenientes que la instrumentación de estos procesos generará en la práctica si no se dicta en tiempo razonable una legislación uniforme. Cada juez interpretará “Halabi” del modo que mejor entienda y, en consecuencia, la tramitación de estos procesos puede resultar caótica.

De otro lado, la legislación en esta materia debe venir acompañada con una adecuada redefinición estructural de los tribunales inferiores. A su vez, debe dotárselos de la infraestructura y personal necesarios para encarar litigios de envergadura. De lo contrario, seguiremos en el mismo lugar por efecto de una organización judicial obsoleta.

Mientras estas cuestiones obtienen solución en el ámbito de los poderes políticos –sin prisa, por cierto–, la Corte Suprema exige a los tribunales inferiores tramitar las acciones colectivas como tales y respetando altos estándares del debido proceso. Para ello, otorga ciertas pautas vinculadas al derecho comparado, que deberán desplegar los magistrados aplicando su creatividad. Pues, también, debemos apelar a su prudencia, recordando sabias palabras de aquel magnífico juez que fue Benjamín Cardozo: “El juez, ni aun cuando es libre, es completamente libre. Él no puede innovar a gusto y placer. No es un caballero errante que va de un lado a otro a voluntad, en procura de su propio ideal de belleza o bondad. Él debe sacar su inspiración de principios consagrados. No puede ceder a sentimientos espasmódicos, a una benevolencia vaga y sin reglas. Debe ejercer una discreción informada por la tradición, metodizada por la analogía, disciplinada por un sistema y subordinada a la necesidad primordial del orden en la vida social”⁴⁶.

⁴⁵ Sola, *op. cit.*

⁴⁶ Cardozo, Benjamín N., *La naturaleza de la función judicial*, Granada, Editorial Comares, 2004, p. 71, traducción de Ponssa, Eduardo.