



**UNIVERSIDAD FASTA**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**  
**ABOGACÍA**

**TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS:  
LA NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO ADECUADO.**

**ALUMNO: JAIME, FACUNDO**  
**TUTOR: DR. GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER DARÍO**  
**DEPARTAMENTO DE METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN: DRA. RAMIREZ, AMELIA SARA**  
**MARZO DE 2012**

## ÍNDICE:

ABSTRACT .....	3
INTRODUCCIÓN .....	4
<b>PARTE I:</b>	
<b>CUESTIONES PRELIMINARES:</b>	
.LO GRUPAL Y LO INDIVIDUAL .....	7
.INTERESES GENERALES .....	9
<i>Interés colectivo e interés difuso</i> .....	10
.INTERESES INDIVIDUALES .....	11
<b>INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS</b> .....	12
<i>Concepción sustantiva</i> .....	13
<i>Concepción adjetiva</i> .....	14
<i>Nuestra Posición</i> .....	16
.MARCO NORMATIVO	
<i>Constitución Nacional.</i> .....	21
<i>Leyes Nacionales. Ley 24240. Ley 25675.</i> .....	27
<i>Leyes Provinciales. Ley 11723. Ley 13133. Ley 13928.</i> .....	30
.JURISPRUDENCIA .....	37
<i>Evolución previa al Caso “Halabi”</i> .....	37
- <i>Tribunales federales inferiores</i> .....	37
- <i>Corte Suprema de Justicia de la Nación</i> .....	42
- <i>Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires</i> .....	51
<i>Caso “Halabi”</i> .....	52
<i>Proyecciones del Caso “Halabi” en la jurisprudencial federal y local</i> .....	59
<b>PARTE II:</b>	
<b>CONVENIENCIA DE UN MARCO NORMATIVO ADECUADO</b>	
.JUSTIFICACIÓN. ....	68
<i>Acceso a la Justicia</i> .....	68
<i>Seguridad jurídica</i> .....	69
<i>Economía y celeridad procesal.</i> .....	70
<i>Control de la Administración Pública. Control del Mercado</i> .....	71
<b>EL PROCESO COLECTIVO</b>	
.BASES FUNDAMENTALES .....	72
<i>El caso</i> .....	72
<i>Legitimación. Representación adecuada. Publicidad</i> .....	74
<i>Sentencia</i> .....	77
<b>ASPECTOS CONSTITUCIONALES.</b>	
<i>División de poderes</i> .....	78
<i>Debido proceso</i> .....	79
<b>ESTADO ACTUAL DEL DEBATE SOBRE LOS INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS</b>	
.EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA .....	80
.EN EL CONGRESO DE LA NACIÓN. ....	81
<b>CONCLUSIONES</b> .....	83
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	86

**ABSTRACT:**

La irrupción en nuestro derecho de la categoría de los “intereses individuales homogéneos”, para el tratamiento judicial de los conflictos colectivos, impone el análisis de su compatibilidad con el ordenamiento jurídico vigente, y ciertas consideraciones respecto de su admisibilidad constitucional. Previo análisis crítico de la escasez normativa en la materia, se hace evidente la necesidad de una regulación de procesos especiales que resulte eficiente para dar respuesta jurisdiccional a casos de afectaciones masivas de derechos, y que cuente con principios generales que respondan a la problemática social subyacente. Ha de justificarse la consagración legislativa del proceso colectivo, no sólo en motivos pragmáticos y económicos, sino básicamente en los mandatos constitucionales de afianzar la justicia y de proveer a la población de una real tutela judicial efectiva.

*Derechos individuales homogéneos – Derechos de incidencia colectiva – Proceso colectivo – tutela judicial efectiva – debido proceso.*

*“La morosidad del legislador tiene su costado positivo, porque todavía contamos con la enorme ventaja de poder crear con libertad la estructura que mas se ajuste a nuestras necesidades al no tener los rígidos límites impuestos por las normas “ (SALGADO, José María)*

## **INTRODUCCIÓN:**

Resultaría ocioso detenernos en el análisis del grado de masividad y complejidad que caracteriza a la civilización contemporánea, y que tipifica a las relaciones sociales –y jurídicas- de nuestro tiempo. Pero aún cuando se nos presente en forma evidente que las técnicas de producción y comercialización en serie, el avance tecnológico en las comunicaciones y el transporte, y la vida en los grandes centros urbanos, hacen que la cotidianeidad de las personas se vea inmersa en un contexto de masividad ineludible; tal circunstancia resulta de referencia obligada. Porque consecuencia de tales condiciones, es que una cantidad considerable de relaciones –y conflictos- sociales ostenten como una de sus principales características, el elevado número de personas involucradas. Pero pese a la nota de masividad que tipifica a dichos conflictos, estos se presentan en forma heterogénea y requieren de diferentes fórmulas de solución. Es entonces cuando el derecho positivo<sup>1</sup> debe contar con las vías institucionales para la resolución de los conflictos, a los fines de efectivizar el valor justicia en la comunidad y hacer posible la vida social en un Estado de Derecho.

Esta última exigencia es la que nos motiva a desarrollar el presente trabajo, ya que si bien la realidad histórica mencionada no se ha dado en forma repentina, observamos que el inicio de su tratamiento por parte de los estudiosos del derecho -en nuestro país- es muy cercano en el tiempo. No obstante esto, ninguna persona ligada a las ciencias jurídicas ignora que la consagración de vías tutelares colectivas para la resolución de los conflictos de masa no es una cuestión novedosa en el derecho comparado<sup>2</sup>. Pero aún así, desde hace apenas poco más de tres décadas que en Argentina se comenzó a abordar académicamente la perspectiva jurídica de los conflictos masivos o colectivos; y es recién a partir de la última década del siglo pasado que dicho avance teórico se ha reflejado a nivel jurisprudencial y normativo. De ahí que el ordenamiento jurídico nacional, carece de un

---

<sup>1</sup> Entendido como el sistema normativo destinado a regular las conductas humanas en orden al bien común.

<sup>2</sup> El sistema más reconocido internacionalmente es el estadounidense de las *class actions* (de las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 con sus posteriores reformas –ley precedida por la *Equity Rule 48* de 1842, y de origen en la *Court of Chancery* inglesa del siglo XVII-). Canadá, Brasil, Colombia, entre otros países, también cuentan con normas en la materia (aunque de fechas mas recientes).

marco normativo adecuado y orgánico para una gestión eficiente de los conflictos grupales, desde la función jurisdiccional.

En este orden de cosas, y con el objetivo de aportar respuestas a las necesidades actuales en cuanto al tratamiento colectivo en la tutela jurisdiccional de los derechos, es que se muestra provechoso profundizar en el estudio de la cuestión procesal de los conflictos de grupo. Y entendiendo que los conflictos colectivos –a los fines del análisis jurídico que nos convoca<sup>3</sup>- exhiben elementos típicos que los diferencian unos de otros, podemos dividirlos en dos categorías principales, a saber: aquellos referentes a derechos sobre bienes jurídicos colectivos propiamente dichos (cuyo objeto es de naturaleza indivisible y no susceptible de apropiación o goce exclusivo por parte de un sujeto), y aquellos referentes a derechos sobre bienes jurídicos individuales pero que en razón de existir un interés homogéneo –por parte de todos aquellos sujetos que se ven afectados- (denominados derechos individuales homogéneos) y de ciertas circunstancias fácticas o jurídicas, pueden exigir un tratamiento jurisdiccional aglutinado en un solo proceso.

Esta segunda clase de conflictos colectivos es la que en la actualidad suscita mayor controversia, requiere un estudio profundizado y exige un marco normativo adecuado. Y sin perjuicio de que tampoco existe norma que regule sistematizadamente la protección de los bienes jurídicos colectivos propiamente dichos, estos últimos han recibido una aceptable tutela jurisdiccional, a través de la actividad pretoriana de los jueces. En virtud de ello, es la posibilidad de una tutela jurisdiccional colectiva de los intereses individuales homogéneos<sup>4</sup> lo que nos impulsa a indagar sobre la naturaleza jurídica de éstos, su encuadre en el sistema constitucional argentino y las causas que nos convencen de su idoneidad para afianzar la justicia y proveer de tutela judicial efectiva a todos los ciudadanos.

Con especial atención a dichas premisas es que se ha decidido disponer el desarrollo del presente trabajo dividido en dos secciones bien diferenciadas: la primera, de carácter predominantemente descriptivo, destinada a formular los presupuestos teóricos que fundamentan las conclusiones alcanzadas; y la segunda, en la cual exponemos nuestra posición, cuyo propósito es lograr un aporte para el esclarecimiento de la situación jurídica

---

<sup>3</sup> Es decir, cuando se repute menoscabado un derecho o un interés jurídicamente protegido.

<sup>4</sup> Aún cuando tratemos en forma particular la necesidad de un marco normativo para la tutela judicial de los derechos individuales homogéneos, no es en vano señalar que el proceso colectivo es la vía idóneo para encauzar jurisdiccionalmente a los conflictos de grupos en todas sus manifestaciones – intereses colectivos, intereses difusos e intereses individuales homogéneos-. Y reconociendo principios generales en la estructura de dicha clase de proceso, la consagración de normas adjetivas en un cuerpo único, que contemple conjuntamente a estas categorías, es la opción mas apropiada. Confirman tal proposición los sistemas del derecho comparado más comentados en nuestra doctrina (el sistema de las class actions norteamericanas, y la formulación del Código de Defensa al Consumidor brasileiro).

de los intereses individuales homogéneos y promocionar una pronta tutela jurisdiccional funcional y adecuada en un cuerpo normativo sistematizado.

Así lo dicho, en la primera parte del presente trabajo, y como una cuestión preliminar, apuntaremos brevemente acerca de las diferentes tipologías a través de las cuales el derecho canaliza los conflictos de grupo; identificándose concisamente las categorías jurídicas pertinentes –interés difuso, interés colectivo e interés individual homogéneo-. Cumplida tal premisa, nos encontraremos en condiciones de emprender el estudio particularizado sobre los derechos individuales homogéneos. En efecto, y con la intención de delinear conceptualmente la categoría jurídica aludida, repararemos en las opiniones de los distintos autores que han discurrido sobre la temática, valorando oportunamente las mismas y reproduciendo o contrariando sus argumentos. Posteriormente, analizaremos el marco normativo –federal y local-, su evolución y alcance, dentro del cual cabría situar cualquier pretensión de una tutela jurisdiccional colectiva. Y concluyendo con esta primera parte, referiremos al avance jurisprudencial en la conceptualización y protección judicial de los intereses individuales homogéneos, con especial preponderancia de los pronunciamientos de los tribunales superiores –de Nación y de la provincia-, sin perjuicio de la mención a resoluciones de tribunales inferiores que a nuestro juicio represente un aporte valioso a nuestro tópico.

En cuanto a la segunda parte, y mediante la reflexión de aquellas cuestiones que fundamentan nuestra tesitura, efectuaremos una serie de consideraciones en base a todo lo mencionado. Nos pronunciaremos sobre la conveniencia de una tutela colectiva adecuada y sistemática de los intereses individuales homogéneos, justificando tal aseveración. En tal sentido, enumeraremos las importantes ventajas que encontramos en la consagración legislativa de los procesos colectivos, y refutaremos aquellos reparos, que desde algunos sectores de la doctrina, se le han proferido. Del mismo modo, y en orden a los objetivos que se proponen en la consagración de los procesos colectivos, enunciaremos una serie de bases y reglas, que a nuestro juicio, deberían informar al marco normativo reclamado. Por último, y como reflexión final de la investigación expresaremos nuestra visión acerca de las condiciones en que se presenta actualmente, el debate sobre la protección de los derechos individuales homogéneos –con referencia, asimismo, al tratamiento que en el Congreso Nacional se le dispensa a nuestro objeto de estudio-.

## **PARTE I:**

### **CUESTIONES PRELIMINARES:**

#### **LO GRUPAL Y LO INDIVIDUAL**

En el derecho argentino, al igual que en el de muchos otros países de tradición jurídica romanista (sistema de derecho positivo codificado), la noción del interés individual – representado en la expresión *derecho subjetivo*-, ha sido el componente central en la configuración del ordenamiento jurídico. Tanto el derecho sustantivo como el derecho procesal han sido edificados, en el devenir histórico de nuestra Nación, en torno a dicha figura, y los avances legislativos y jurisprudenciales se fueron derivando en forma constante con los matices propios de la lógica iusfilosófica individualista propia de los tiempos de la codificación<sup>5</sup>.

Pero ante la continuación en el tiempo, de un ordenamiento jurídico cuyas bases teóricas responden a una realidad social totalmente diferente y cuya hipótesis de conflictos estaba limitada a la disputa de un bien individual entre dos partes<sup>6</sup>, se presentan graves dificultades para la salvaguarda de los derechos y el cumplimiento de la garantía constitucional de una tutela judicial efectiva. Es que en el contexto social actual, caracterizado por el avance tecnológico en las telecomunicaciones, la globalización y la masividad, la tipicidad de los conflictos ha variado drásticamente; y quizás el elemento subjetivo de los mismos, sea el aspecto más destacable. Es así que, en un mismo hecho –y principalmente en un mismo conflicto-, puede encontrarse involucrado a un número elevado de personas. Y es en ésta última situación en la que la dinámica social contemporánea exige una actualización del derecho –principalmente de la legislación adjetiva-, ya que las previsiones legales existentes no resultan aptas para dar una respuesta adecuada<sup>7</sup>. Justamente es la gran cantidad de personas afectadas, ante un conflicto colectivo típico, lo que motiva a los autores a proponer nuevas vías procesales para la protección de los afectados.

Es en estos casos, en los que resulta ineficiente la respuesta de los órganos jurisdiccionales, ya sea por la imposibilidad de encauzar unívocamente la solución del conflicto, ya sea por el colapso de los tribunales si eventualmente una proporción considerable de afectados acude a ellos. Es que tanto las normas de rito, como la estructura

---

<sup>5</sup> MORELLO, Augusto; *“Las nuevas exigencias de tutela (Experiencias y alternativas para repensar la política procesal y asegurar la eficacia del servicio)”*, 1983, ED 102-959.

<sup>6</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis; *Justicia Colectiva*, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 25.

<sup>7</sup> “En realidad cuando se pretende traer a nuestro sistema judicial un modelo de intervención para los grupos o derechos que padecen un daño masivo o una amenaza general, no se quiere mas que adecuar las instituciones procesales a la realidad de los tiempos que se viven”, GOZAINI, Osvaldo A.; *Introducción al derecho procesal constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 285.

orgánica del Poder Judicial –federal y provincial- han sido diseñadas en paralelo a una legislación de fondo tuitiva exclusivamente de los intereses individuales, desconociendo una porción importante de situaciones sociales que de un tiempo a esta parte han sido reivindicadas por la sociedad en su conjunto –y tuteladas expresamente por la Constitución Nacional-.

Y siendo el conflicto colectivo el factor que demanda de un reajuste en los medios institucionales de resolución de conflictos, la correcta identificación de sus tipos –y su significancia jurídica-, reconociendo los elementos comunes y aquellos que los diferencian, es una condición previa para el análisis de las posibles soluciones. Y aún resultando posible percibir notas que se repiten en todas las clases de conflictos colectivos, sería sumamente gravoso equipararlos, prescindiendo de las particularidades propias de cada tipo<sup>8</sup>. Así pues, la clasificación que a continuación efectuaremos, no se realiza con la finalidad de ensayar disquisiciones dogmáticas o abstractas, sino que por el contrario, tiende a poner de manifiesto la menester tarea de prever vías procesales que ofrezcan un tratamiento acorde con las distintas tipicidades de los conflictos mencionados.

En este sentido, muchos doctrinarios han adoptado como criterio determinante, el interés –o derecho- que se aduce lesionado<sup>9</sup>. Así las nociones de interés colectivo –o general- y de interés individual, han sido el criterio predominante en la doctrina al momento de diferenciar la situación jurídica del conflicto colectivo; y el que, creemos por nuestra parte, debe ser el rector ante tal propósito<sup>10</sup>. Y en virtud de las divergencias de los intereses en juego -y según lo hemos manifestado en el párrafo anterior- es que deberá habilitarse

---

<sup>8</sup> AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, “*Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*”, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 33 Nº1, 2006, p 88.

(disponible en la web:<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=177014514005>)

<sup>9</sup> Y no solo en la doctrina, sino que también con diferentes matices ha sido adoptada por distintos cuerpos normativos. El Código de Defensa al Consumidor de Brasil, Ley 8078 Art. 81 (“intereses o derechos difusos, intereses o derechos colectivos, intereses o derechos individuales homogéneos”); la Ley de 472 de Acciones populares y de grupo en Colombia, Art. 2 (las primeras para la protección de los “derechos o intereses colectivos” y las segundas para la protección de “perjuicios individuales”). También el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica –elaborado por el instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en Caracas en 2004- Art. 1 (“intereses o derechos difusos e intereses o derechos individuales homogéneos”).

<sup>10</sup> Conforme la posición que adoptamos, no consideramos que sea admisible actualmente – considerando el marco normativo, jurisprudencial y doctrinario- mantener la intrincada clasificación tripartita de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, AbeledoPerrot, 9ed., Buenos Aires, 2008, t. II, p 57.

Asimismo, la previsión del Art. 43 de la Constitución Nacional ha sido interpretada en este sentido. Conf. MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p 165.

En ésta tesitura, disentimos con quienes afirman que en la actualidad “se habla de cuatro clases de intereses: los derechos subjetivos, los intereses legítimos, los intereses simples, y los derechos de pertenencia difusos o de incidencia colectiva”, en TORICELLI, Maximiliano, “*Un importante avance en materia de legitimación activa*” en LL 2009-B-203.

normativamente nuevos cauces procesales que, compartiendo una serie de principios comunes<sup>11</sup>, habrán de instituirse en orden a la clase de interés que se defiende.

Pero previo a las consideraciones procesales correspondientes, es oportuno –e ineludible–, efectuar sucintamente una conceptualización de los intereses involucrados en nuestro objeto de estudio. Cabe advertir que el análisis de los intereses generales, y sus implicancias jurídicas, se realizará en pocas líneas discurriendo únicamente sobre aquellos atributos y conceptos que resulten conducentes a los fines propuestos en la presente investigación.

### INTERESES GENERALES

Cuando hablamos de intereses generales, nos estamos refiriendo a aquellos derechos que los constitucionalistas han denominado de *tercera generación*<sup>12</sup>. La noción del interés colectivo –o interés general– es fácilmente comprensible a través de sus dos componentes principales. El primero está dado por el elemento subjetivo, conformado por una pluralidad indeterminada o indeterminable de personas, comúnmente denominado “sujeto transindividual” o “sujeto pluriindividual”. El segundo de los componentes, el elemento objetivo, consta de un bien indivisible que en virtud de su naturaleza, impone un uso y goce concurrente por parte de todos y de nadie en particular<sup>13</sup>. Es la estructura sustancial descrita, la que nos proporciona los argumentos para afirmar que se trata de una categoría sustancial de derecho, que cuenta con una entidad lógica propia y diferenciada de la noción de derecho subjetivo. Los ejemplos a los que acuden reiteradamente los doctrinarios – siendo el “ambiente sano” el más reproducido– grafican claramente la diferenciación que propugnamos.

En la conjunción de los señalados atributos se explica la imposibilidad –material y lógica– de brindar una tutela individual o diferenciada a cada una de las personas en la protección del objeto material del derecho en cuestión. Atento la imposibilidad de abordar

---

<sup>11</sup> Los principios propios del proceso colectivo.

<sup>12</sup> SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, 2da Ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1997, t. II, p 242; “Hacia la década de 1960 y de 1970, hacen su aparición los derechos más nuevos e incipientes, frente a cambiantes realidades y necesidades humanas y sociales. Se trata de los llamados “derechos de tercera generación”: la protección al ambiente, al usuario y al consumidor [...] Son derechos que primeramente ven la luz en el seno de la cooperación internacional, y luego se filtran a los ordenamientos constitucionales, como sucedió entre nosotros a nivel federal con la reforma del año 1994 (arts. 41, 42 y 43)”, en CARNOTA, Walter F. – MARANIELLO, Patricio A., *Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p 93.

<sup>13</sup> CATALANO, Mariana – GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena, “*Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema*” en LL 2009-B-603. Quienes también advierten el carácter indisponible e irrenunciable de los derechos descriptos.

fragmentariamente el objeto inmediato de éstos intereses<sup>14</sup> –es decir, de brindar satisfacción a la pretensión del interesado en forma individual-, se impone la colectivización del proceso judicial, permitiendo una razonable participación de aquellos interesados en el resguardo del mentado objeto. Siendo así, es el carácter intrínsecamente comunitario de estos intereses el que requiere un tratamiento colectivo en su protección; y ante tales condiciones, es por demás evidente que pretender encausar su tratamiento por los carriles tradicionales del derecho subjetivo clásico sería un error, con magros resultados. De lo que se trata es de reconocer cabalmente la dimensión colectiva del interés general de la comunidad a gozar de determinados bienes; y de admitir la existencia de una nueva clase de derechos, tutelados por el derecho positivo<sup>15</sup>, esencialmente diferentes a los derechos subjetivos de antaño.

#### *Interés colectivo e interés difuso*

Sin pretender extendernos en la cuestión, no podemos dejar de mencionar la subclasificación –controvertida, por cierto- que parte de la doctrina realiza respecto de los intereses generales<sup>16</sup>. Quienes propician tal división, encuentran su argumento en el elemento subjetivo del interés<sup>17</sup>: pues interpretan la existencia de intereses colectivos cuando se erige a un grupo determinado en la titularidad de un derecho cuyo objeto presenta la nota de invisibilidad aludida<sup>18</sup>, o cuando existe un grupo de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica<sup>19</sup>; en tanto que, existirían derechos difusos cuando el componente subjetivo se encuentra integrado por un conjunto de personas vinculadas entre sí por cuestiones puramente fácticas, sin que preexista la mentada relación jurídica. Por nuestra parte, compartimos cuando se afirma que las eventuales diferencias entre estas subclases de derechos deben ser contempladas al momento de reglamentar el proceso colectivo, pero reparando en que “esta repercusión

---

<sup>14</sup> Siendo que la determinación tomada respecto del objeto incidirá forzosamente en todos los interesados; e inversamente, la lesión del bien en cuestión, resultará en menoscabo de todos los individuos vinculados a dicho bien.

<sup>15</sup> El ejemplo paradigmático en dicha dirección lo representa la legislación en materia ambiental, a saber: Ley General del Ambiente (L. 25.675) –a nivel federal-, y la Ley de Defensa del Medioambiente (L. 11.723) –a nivel provincial-. Ambas cuentan con reglas de fondo y de forma (se amplía *in infra*).

<sup>16</sup> Subclasificación consagrada legislativamente en el derecho brasileiro.

<sup>17</sup> “Los términos mas utilizados en la doctrina son los de intereses difusos e intereses colectivos, en algunos casos utilizados indistintamente, y en otros separado a partir de una serie de criterios heterogéneos, aún cuando finalmente parece que se ha ido decantando una diferenciación, atendiendo sobre todo a la mayor o menor organización o determinación del grupo.” BUJOSA VADELL, Lorenzo; “*Sobre el concepto de intereses de grupo difusos y colectivos*”, en LL 1997-F-1144.

<sup>18</sup> UCÍN, María Carlota.; *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011, p 99. Quien sostiene que al negarse esta clasificación se “olvida que existe una diferencia originaria entre ambas categorías de derechos y que para el caso particular de los colectivos, se erige al grupo, de lindes definidos, en titular de derechos”.

<sup>19</sup> BUFFARINI, Paula. “*Ámbito de la tutela colectiva*”, en OTEIZA, Eduardo (Coord.), *Procesos Colectivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p 69.

procedimental no afecta la definición del interés”<sup>20</sup>. En consecuencia, adoptaremos la expresión “derecho o interés” colectivo como comprensiva de los llamados intereses o derechos difusos.

### INTERESES INDIVIDUALES

La evolución jurídica normativa de todas aquellas naciones tributarias del sistema romanista de derecho, ha estado signada por la prevalecencia del interés individual; siendo la noción del derecho subjetivo la que ha delineado no sólo aquellos intereses y situaciones que habrían de ser protegidos por el ordenamiento jurídico, sino también los medios formales a través de los cuales habría de lograrse su reconocimiento y la eficacia para su restablecimiento, aún compulsivamente. Siendo por todos conocida, la radicalizada transformación –en las condiciones apuntadas *ut supra*- que las relaciones sociales han sufrido desde los albores de la civilización occidental hasta nuestros días, no se nos muestra conveniente el mantenimiento invariable a través de los años de las reglas que las rigen.

En dicho marco, la tutela jurisdiccional de los intereses individuales es la que plantea el mayor desafío; pues la entidad de los conflictos colectivos, en los casos en que se registran menoscabados derechos subjetivos, se encuentra dotada de una dimensión social que no se compadece con las vías procesales tradicionales que han sido establecidas en los códigos de rito. Y a diferencia de la protección de aquellos intereses generales a los cuales la doctrina y la legislación los ha dotado recientemente de entidad sustancial -derechos colectivos-; los intereses individuales se hallan amparados en su dimensión puramente individual, contando con un sustento conceptual anclado en una realidad social totalmente disímil a la contemporánea. Así las cosas, nos enfrentamos ante la dificultad de vislumbrar las vías que permitan la protección de tales intereses, pero con medios más compatibles con los tiempos que corren; atendiendo primordialmente a los contornos propios –principalmente a su componente masivo- del hecho lesivo correspondiente y que demanda de una resolución judicial.

Consecuentemente, partiendo de un análisis similar al realizado en el párrafo anterior, y a los fines de brindar un remedio a la problemática esbozada, es que el sector mayoritario de la doctrina y la Corte Suprema de Justicia de la Nación han acuñado la expresión de “*derechos (o intereses) individuales homogéneos*”. Y siendo el estudio de dicha categoría jurídica, uno de los objetivos del presente trabajo, es que lo abordaremos en el siguiente apartado.

---

<sup>20</sup> GIANNINI, Leandro J.; *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, p 58.

## INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS:

La misión de sugerir un concepto acabado de los “derechos (o intereses)<sup>21</sup> individuales homogéneos” -expresión propia del derecho brasileiro<sup>22</sup> que ha sido acogida por la doctrina nacional-, sea quizás una de las tareas más difíciles que la problemática de los procesos colectivos ha planteado en el derecho argentino. Y dicho cometido no ha de ser propuesto con fines puramente terminológicos o dogmáticos, sino que por el contrario, está orientado a determinar situaciones objetivas para posibilitar un apropiada tutela jurisdiccional. En el presente, no se trata ya de un concepto únicamente doctrinario, sino que por el contrario ha sido consagrado explícitamente por la legislación provincial<sup>23</sup>.

En virtud de las dificultades que plantea el presente punto, y la falta de norma positiva sobre la cual conjeturar, es que preferimos ensayar un “concepto” y no una “definición”. En miras a dicho fin, creemos que cuadra comenzar en el análisis de lo ya dicho por los juristas que han investigado la cuestión, y que se han embarcado en la labor de brindar claridad en torno a la naturaleza de los intereses individuales homogéneos.

En primer lugar, para un análisis ordenado y en virtud de las consecuencias prácticas que se derivan de la tesis que se proponga, es que estimamos posible dividir a la doctrina en base a dos concepciones cuya divergencia fundamental radica en la naturaleza jurídica de los derechos individuales homogéneos (no obstante existir consenso en cuanto a la

---

<sup>21</sup> Nos referiremos indistintamente a derechos o intereses, asimilando los términos. Así compartimos la idea de que el interés describe “una relación de utilidad que se establece entre un sujeto y un objeto para satisfacer una necesidad”, y que la expresión “derecho” –en los casos en que el contexto del discurso permite asimilarlo al término “interés”- no es más que la protección jurídica otorgada por el ordenamiento, en BUJOSA VADELL, Lorenzo; “Sobre el concepto de intereses de grupo difusos y colectivos” cit. p 1148. Sobre éste tema es oportuno citar la elogiada formulación del Art. 13 del Código en lo Contencioso Administrativo de la provincia (L. 12.008), que se hace eco de la evolución conceptual en la temática: “Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”. Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p 149.

<sup>22</sup> Conjuntamente con la clasificación tripartita antes aludida. Así el Art 81, inc. III, del Código de defensa al consumidor brasileiro establece: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. [...] A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: [...] III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” (“La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo [...] La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de: [...] III - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los resultantes de origen común”. Traducción elaborada por la Fundación de Defensa del Consumidor – PROCON – de San Pablo, disponible en la web, en: <http://www.professoramorim.com.br/dados/anexos/194.doc>)

<sup>23</sup> Pues en la provincia de Buenos Aires la Ley de Amparo (L. 13.928), luego de la reforma introducida por la ley 14.192 –sancionada con el propósito de adecuar la legislación provincial a lo expresado por la CSJN en el fallo “Halabi”-, refiere expresamente a los intereses individuales homogéneos (Art. 7). Se amplía *in infra*.

individualidad y divisibilidad de los intereses en cuestión). Así identificamos a un sector doctrinario que en base a una concepción sustantiva de la cuestión, los concibe esencialmente como una categoría sustancial de derechos, diferenciada de los derechos colectivos y -principalmente- de los derechos subjetivos clásicos. Y por otro lado, una concepción adjetiva, cuyo pensamiento los califica como una categoría procesal, juzgando que nos encontramos ante el reconocimiento de la dimensión colectiva de los derechos subjetivos, cuando se encuentran dadas ciertas condiciones y al solo efecto de proveer un cauce procesal diferenciado.

#### *Concepción sustantiva:*

Entre quienes consideran a los intereses individuales homogéneos como una categoría sustancial de derechos, Ricardo L. Lorenzetti se destaca como uno de sus principales expositores. Pero siendo que la enunciación conceptual que ha desarrollado, en su obra dedicada al tema que nos convoca, reproduce los argumentos y consideraciones elaboradas por la Corte Suprema en el fallo “Halabi”<sup>24</sup>, es que creemos conveniente diferir su análisis para la oportunidad de comentar dicho pronunciamiento.

En una misma sintonía, y en un basamento de carácter sustancial de la categoría jurídica que tenemos en estudio, el constitucionalista Andrés Gil Domínguez propone desde una teoría general la denominación de “derecho colectivo”;

*Derecho en cuanto estamos ante una situación jurídica que por su fundamentalidad ha sido incorporada expresa o implícitamente por una regla de reconocimiento constitucional argentina. Colectivo, en la medida en que existen bienes distintos a los subjetivos respecto de su estructura pero no de su jerarquía, y que dicho concepto abarca tanto a derechos indivisibles como a derechos subjetivos homogeneizados por idénticas situaciones fácticas y normativas.*<sup>25</sup>

En la última parte del párrafo transcrito hace patente su idea en cuanto a que la noción de derechos individuales homogéneos (a los que llama *derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos*) es esencialmente diferente a la de los clásicos derechos subjetivos. Reflexionando sobre los elementos teóricos que configuran a la categoría indicada, y marcando la presencia de situaciones subjetivas-individuales análogas y la idéntica vinculación (fáctica o jurídica) que une a los afectados con el mismo sujeto pasivo; el autor invoca que presentándose las ya referidas circunstancias -como condicionamiento fáctico- lo individual se consolida colectivamente en la búsqueda de un mismo objeto por

---

<sup>24</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis; *Justicia Colectiva*, cit., p. 22. CSJN *in re “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986”*, 24/02/2009 (Fallos 332:111)

<sup>25</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “*Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos*” en LL 2008-E-1021.

parte de los interesados, y que resulta ser dicha situación la que provoca que una relación jurídica en torno a un interés individual y divisible “se transforme en un bien colectivo desde el punto de vista subjetivo”<sup>26</sup>.

Con posterioridad a la sentencia dictada por la Corte Suprema en “Halabi”, el autor interpreta que tanto la Constitución Nacional (Art. 43) y el superior tribunal,

*...establecieron que la dimensión sustancial de la validez del Estado constitucional de derecho argentino está integrada por derechos subjetivos, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos de naturaleza indivisible y derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos de naturaleza divisible.*<sup>27</sup>

Resulta tan marcada la autonomía sustancial que propone el autor respecto de los intereses individuales homogéneos –primordialmente con el propósito de diferenciarlos de la noción del derecho subjetivo clásico (individual y divisible)- que por momentos los denomina “derechos colectivos subjetivos”.

#### *Concepción adjetiva:*

Quizás sea el brasilero Antonio Gidi, uno de los juristas más referenciados en Latinoamérica cuando de la problemática de conflictos colectivos se trata. En su estudio sobre la normativa brasilera referente a las acciones colectivas, profundiza en la naturaleza de los derechos individuales homogéneos y en la problemática que los conflictos colectivos han planteado en Brasil. Diferenciándolos en un primer momento de los derechos difusos y colectivos – a los cuales describe siguiendo fielmente la clasificación tripartita que dispone el Código de defensa al consumidor brasilero-, los enuncia como derechos individuales y de carácter puramente divisibles.

Luego, en el intento de proporcionar una explicación de la definición legal de éstos<sup>28</sup>, expresa que la ley se limita a identificarlos como aquellos derechos resultantes de “un origen común”; sin aportar ninguna clase de elementos que permitan determinar someramente el significado de la expresión “un origen común”. A los fines de brindar claridad a la cuestión, el citado autor expone que el origen común radica en una cuestión común de hecho o de derecho<sup>29</sup>, entablando expresa correspondencia con la norma de la Rule 23 estadounidense.

---

<sup>26</sup> Idem, p 1022.

<sup>27</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Afectado, derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos y acción colectiva” publicado en La Ley, diario del 16/06/2011, p 1. (disponible en la web en: <http://underconstitucional.blogspot.com/2011/06/afectado-derechos-de-incidencia.html>)

<sup>28</sup> No obstante mencionar que “la ley brasilera, no establece, y probablemente no podría establecer, una definición clara de derechos individuales homogéneos”, GIDI, Antonio; *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2004, p. 62.

<sup>29</sup> “El acontecimiento [...] puede estar disperso en el tiempo y espacio, en tanto que los hechos estén relacionados tan estrechamente, que puedan llegar a ser considerados legalmente uno mismo”. GIDI, Antonio; *Las acciones colectivas...* cit., p 62.

De sus palabras se desprende que ese origen común, junto a una “causa pedir” de igual naturaleza, es lo que dota de homogeneidad al interés afectado individualmente y en forma masiva; y que sólo ante dichas circunstancias es posible admitir un tratamiento y una sentencia uniforme respecto de todos aquellos derechos individuales. Pero, a nuestro parecer, el núcleo central de la tesis del autor, de contenido netamente procesalista, radica en que los derechos individuales homogéneos, según su convencimiento,

*...son los mismos derechos individuales que tradicionalmente han sido conocidos en el sistema de derecho como ‘derechos subjetivos’. El nuevo concepto de derechos individuales homogéneos sólo refleja la creación de un nuevo instrumento procesal par el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción...<sup>30</sup>*

En la doctrina nacional, Giannini ha sido uno de los autores que más en profundidad ha abordado la cuestión que aquí nos incumbe. Así ha definido al derecho individual homogéneo como “aquel interés de incidencia colectiva, de naturaleza divisible y de origen común”<sup>31</sup>. Definición ésta, cuya identificación con la fórmula contenida en el Art. 81 del Cod. de Defensa al Consumidor brasilero es por demás evidente, y que intenta armonizar con la normativa constitucional nacional (Art. 43 CN). En el desarrollo de su razonamiento, de corte claramente procesal, el autor destaca la noción del “origen común”, como el elemento determinante de la noción de los intereses individuales homogéneos. Aduce que dicha noción conlleva la necesidad de una causa-fuente única (como hecho lesivo respecto de los intereses individuales afectados), y complementariamente es menester la existencia de cierta uniformidad en los fundamentos jurídicos de la pretensión fondal que resulte procedente; configurándose la homogeneidad no sólo respecto de las circunstancias fácticas sino también en la pretensión sustancial pertinente. A modo de síntesis de su tesis, el autor enuncia que,

*...para la prosecución colectiva de un proceso en defensa de bienes esencialmente divisibles, es necesaria una cualidad extra que defina la conveniencia de este tipo de enjuiciamiento y que la distinga del tradicional proceso individual. Esta nota está dada por el recaudo del origen común. Por lo tanto no toda vulneración masiva de derechos divisibles es pasible de ser llevada a la Justicia en forma colectiva, sino solo aquellas que provienen de una fuente causal unívoca o que comparten los fundamentos jurídicos sustanciales y centrales que la hacen procedente.<sup>32</sup>*

Por otra parte, María C. Ucin ha dicho que la expresión de derechos individuales homogéneos reúne “a todos aquellos derechos individuales (de primera generación), que en

---

<sup>30</sup> Idem, p. 61.

<sup>31</sup> GIANNINI, Leandro J.; *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, cit. p 53, en la transcripción de la definición dada, se adelanta la posición del autor respecto de la interpretación del Art. 43 de la CN y la ubicación normativa de los derechos individuales homogéneos, sin perjuicio de la pertinente consideración sobre este aspecto que efectuamos *in infra*.

<sup>32</sup> Idem, p 52.

virtud de una vinculación causal pueden presentar rasgos de uniformidad tal que ameriten dar origen al reclamo por la vía colectiva y única<sup>33</sup>. Seguidamente a la definición dada, y con el propósito de aventar todo tipo de dudas, la autora advierte que se trata de los derechos individuales que fueron reconocidos en la primer etapa del constitucionalismo, apuntando expresamente al contenido filosófico que en aquellos años informara a los mismos.

Ya en el análisis propio de los elementos típicos de los derechos individuales homogéneos –a los que conceptúa como una “categoría procesal”-, señala que del origen común aludido (vinculación causal), se deriva el rasgo de uniformidad que tipifica a éstos intereses. A la conjunción de estos dos componentes, Ucin le agrega como requisito la existencia de una pluralidad de sujetos afectados en sus derechos, ya que ésta última circunstancia –elemento subjetivo- es la que justifica la tutela aglutinada de los derechos individuales homogéneos; que a diferencia de los derechos colectivos –cuyo elemento objetivo es indivisible-, se justifica por razones de oportunidad procesal.<sup>34</sup>

#### *Nuestra Posición:*

Por nuestra parte, apreciamos como más acertada la concepción que confiere a los derechos individuales homogéneos un contenido puramente adjetivo. Así pues, no creemos que en la noción de tales intereses se alberguen derechos esencialmente diferentes a los que han sido consagrados en la primera etapa de la historia del constitucionalismo moderno; sino por el contrario, estimamos que bajo la susodicha expresión se persigue proporcionar una nueva vía procesal para la tutela de estos derechos, con el objeto de brindar un eficiente tratamiento jurisdiccional de los mismos. Se trataría más precisamente de la recepción –en la normativa ritual- de la dimensión colectiva que, en determinadas circunstancias, envuelve a los derechos individuales<sup>35</sup>. En este sentido, es que consideramos que la consolidación de ésta técnica procesal se justifica –y en determinados casos se impone- en virtud de principios procesales tales como los de economía procesal, celeridad, efectivo acceso a la justicia y la necesidad de seguridad jurídica (aventando así los riesgos de sentencias contradictorias y el consiguiente escándalo jurídico)<sup>36</sup>.

Habiéndose presentado el basamento fundamental de nuestra posición, es oportuno encauzarnos en la consideración de la estructura conceptual de la categoría jurídica *sub examine*.

---

<sup>33</sup> UCÍN, María Carlota.; *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, cit., p 106.

<sup>34</sup> UCÍN, María Carlota, cit, p 108.

<sup>35</sup> MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, cit., p 191.

<sup>36</sup> UCÍN, María Carlota, cit, p 109.

En primer término, e introducidas casi como una cuestión preliminar en el tratado de los derechos individuales homogéneos, las notas de divisibilidad de los intereses involucrados<sup>37</sup> y la individualidad –exclusividad- en la titularidad de los mismos, son las que nos inclinan a pensar que estamos ante la tradicional figura del derecho subjetivo. Características estas que precisan la relación entre el sujeto titular y el objeto inmediato del derecho, determinando la naturaleza jurídica de los mismos.

Ya en el marco de la constitución propia de la categoría examinada, el componente típico y determinante, que invariablemente destacan los estudiosos, es el denominado “origen común”. Más allá del *nomen iuris* que determinados cuerpos normativos<sup>38</sup> y que una parte importante de los autores proponen; nosotros preferimos hablar de vinculación causal en la afectación. Ello en el entendimiento de que si bien existe un “origen común”, este refiere al de la afectación o lesión del derecho individual, y no al de éste último en forma directa<sup>39</sup>. No es en vano advertir que en la claridad conceptual de esa afectación común – fáctica o jurídica propiamente dicha- a una pluralidad de sujetos, se encuentra uno de los aspectos más intrincado relativos a la protección colectiva de derechos individuales, ya que no se trata de una complejidad meramente teórica, sino que su dilucidación práctica es por demás ardua<sup>40</sup>.

El segundo de los elementos que dotan de especialidad a los intereses individuales homogéneos no resulta sino más que una derivación lógica del primero. Más precisamente, es que producto de la vinculación causal que comprende a todos los interesados afectados en sus derechos individuales, ellos encuentran las mismas razones fácticas y fundamentos jurídicos al momento de incoar el correspondiente reclamo ante la judicatura. Ésta última consecuencia, a la que Ucín llama “*rasgo de uniformidad*”<sup>41</sup>, y que adquiere relevancia en casos de afectación a un número elevado de individuos, es la que complementa el cuadro de especialidad que enmarca a los intereses que aquí se pretenden tutelar.

---

<sup>37</sup> Que ha sido destacada unánimemente por la doctrina aún por aquellos autores que sostienen una tesis sustancial de los derechos individuales homogéneos. Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis; *Justicia Colectiva*, cit., p. 22.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “*Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos*” cit., p 1021.

<sup>38</sup> Cod. de Def. al Consumidor brasileiro Art. 81 ap. III; Código Modelo para Iberoamérica, Art. 1 ap. II.

<sup>39</sup> En el sentido aquí indicado, la ley de amparo provincial (conforme a la reforma establecida por la Ley 14.192) establece en el Art. 7 “Respecto de los procesos sobre intereses individuales homogéneos, la pretensión deberá [...] identificar un hecho único o complejo que cause la lesión...”

<sup>40</sup> Dificultad que también se presenta en el marco de las class actions norteamericanas. Rule 23 (a): One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: [...] 2. there are questions of law or fact common to the class (“Uno o más miembros de un grupo pueden demandar o ser demandados como representantes de todos sólo si: [...] 2. hay cuestiones de derecho o de hecho comunes al grupo”). Para un análisis de ésta problemática en la actualidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ver DE ESTRADA, Mariano, “*Class Actions. Análisis de los temas debatidos por la Corte norteamericana en el caso ‘Dukes vs. Wal-Mart’*” en Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho, 20/10/2011, Buenos Aires p 1.

<sup>41</sup> Ucín, María Carlota, cit, p 101.

Es la combinación de estos dos elementos –origen común y rasgo de uniformidad- lo que dota de la apuntada homogeneidad a las relaciones jurídicas que vinculan por un lado al conjunto de afectados, y por el otro al sujeto que provocare la afectación. Y en la base de tal calificación es que se afinca la conveniencia –y en determinadas ocasiones, la necesidad- de concentrar en un único proceso judicial la tutela jurisdiccional.

Es por lo hasta aquí dicho que insistimos en la naturaleza adjetiva de los intereses individuales homogéneos. Pues entre los elementos que los tipifican, no encontramos más que circunstancias externas a la composición sustancial de los derechos que se suponen afectados. Esto resulta patente, ya que las nociones del “origen común” y la de “uniformidad jurídica de la pretensión”, exceden a la naturaleza intrínseca de tales derechos, y notamos que su consideración solo es pertinente en momento de evaluar los presupuestos de hecho y derecho que deben hallarse cumplidos para tratarlos aglutinadamente en el marco de un proceso colectivo. Es que enfocando nuestra atención en el uso y goce ordinario de los derechos aquí mencionados, no podemos menos que concluir que éstos mantienen la estructura propia de los derechos subjetivos clásicos. Así, y en razón de cuestiones de oportunidad procesal, es que se admite “colectivizar” la tutela jurisdiccional de los mismos.

En la observancia de los argumentos que invocan quienes sostienen una concepción sustancial de la categoría de marras, sospechamos que la obscuridad que tiñe la cuestión, responde a dos circunstancias determinadas, pero que se encuentran estrechamente relacionadas entre sí.

La primera dada por la peculiaridad propia de los conflictos colectivos que, comprendiendo tanto a intereses generales como individuales, vinculan a grandes sectores de la sociedad, y han acaparado en la segunda mitad del siglo pasado la atención de las ciencias sociales –y jurídicas-. De tal forma, la creciente complejidad de las relaciones humanas –en el contexto social actual- ha llevado a que la tutela jurisdiccional sea demandada “no ya solo contra violaciones de carácter individual, sino [...] también por aquellas de carácter esencialmente colectivo, en cuarto abarcan grupos, clases, colectividades. Se trata en otras palabras de violaciones masivas”<sup>42</sup>. Y ante tal exigencia social es que notamos la insuficiencia del derecho procesal tradicional, siendo menester contar con nuevas vías de protección jurisdiccional, ya que las que han sido previstas tradicionalmente, se ven desbordadas por las problemáticas actuales. Pero en la configuración de nuevos cauces rituales –que contemplen las peculiaridades de los conflictos colectivos- es menester reconocer las diferentes clases de intereses que se

---

<sup>42</sup> CAPPELLETTI, Mauro. “*Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*”, en Boletín Mexicano de derecho comparado. UNAM, Nueva serie, año XI, N° 31-32, México D.F., 1978, p 5. (en internet en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/31/art/art1.pdf>)

pretenden resguardar, hallándose en ésta exigencia el disparador las dificultades conceptuales y terminológicas.

Y consecuentemente de lo sugerido *ut supra*, entendemos la segunda circunstancia está dada por la complejidad que plantea la asimilación del conflicto colectivo –y sus diversas manifestaciones- en un sistema de derecho tan rígido como el nuestro. Ya que el sistema de derecho codificado (sistema continental europeo) se basa en construcciones lógico-jurídicas abstractas<sup>43</sup>, muchas de las cuales han sido forjadas con un contenido iusfilosofico marcadamente individualista, y que en derredor de la noción de “derecho subjetivo”, solo se preveían cauces procesales que contemplen y salvaguarden esa clase de derechos.<sup>44</sup>

Pero el desarrollo que las soluciones procesales colectivas han tenido en nuestra región, nos muestra que otros países –también de sistema de derecho codificado- han logrado avance más que importante. Y en este sentido, cabe ocuparse del derecho brasilero que representa el punto de referencia en la materia, siendo el que mayor desarrollo ha alcanzado en Latinoamérica, habiendo consagrado un sistema normativo de acciones colectivas. Y si bien el legislador brasilero pudo sortear los escollos que el peso de la tradición significaba en la materia, ello no se ha dado con la claridad conceptual deseada. Ello así, en tanto se buscó justificar la existencia del proceso colectivo en la existencia de nuevas categorías sustanciales de derechos, buscando compatibilizar la dimensión colectiva de los conflictos con los principios y reglas de la tradición. Coincidiendo con lo manifestado, es pertinente citar las palabras de Gidi, quien afirma que “para desarrollar un sistema de litigio colectivo que fuera aceptable para los abogados del derecho civil fue importante ante todo crear derechos sustantivos en el derecho positivo y después atribuir los a mismos a grupos”<sup>45</sup>.

Sin embargo, reparando en la situación actual del derecho argentino, donde nos encontramos con un importante desarrollo teórico y con un avance jurisprudencial alentador respecto de la protección jurisdiccional aglutinada en caso de afectaciones masivas de derechos, debemos concluir que la situación no es similar a la que existía en Brasil al

---

<sup>43</sup> “En los países de nuestra tradición jurídica resulta engañoso considerar a un código o a una ley como parte del derecho en forma aislada de las construcciones teóricas que se han desarrollado alrededor de ellos. El que pretendiera guiarse, en materias relativamente complejas, por los textos legales, sin tener en cuenta las elaboraciones dogmáticas de tales textos, probablemente se vería algo desorientado frente a decisiones y justificaciones que no parecen estar determinadas por esos textos.” NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Astrea, 2da edición ampliada y revisada, 6ta impresión, Buenos Aires, 1993, p. 339.

<sup>44</sup> VERBIC, Francisco., “*Algunas ideas para intentar justificar la tutela procesal diferenciada en materia colectiva. Lejos de los concepto, cerca de los conflictos*”, Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Buenos Aires, 11-13 de Noviembre de 2009, p 3.

<sup>45</sup> GIDI, Antonio; *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, cit., p 49.

momento de sancionaron el Código de defensa al consumidor<sup>46</sup>. En el ámbito local, las condiciones son considerablemente más propicias para la consagración legislativa del proceso colectivo, sin que sea necesario tener que acudir a la creación de nuevas categorías de derechos, con todos los bemoles que ello implica.

Y si bien la adopción de la expresión de derechos individuales homogéneos<sup>47</sup>, no admite lugar a dudas de su correspondencia con el derecho brasileiro; no vemos en ello una imposibilidad para brindarle en nuestro ordenamiento la interpretación que propugnamos. Y si mantenemos la terminología empleada mayoritariamente por los autores, es porque la misma ya ha sido receptada en forma generalizada por la doctrina y consagrada legislativamente en nuestra provincia. Puesto que juzgamos que la expresión no implica una categoría sustancialmente diferente a los derechos subjetivos clásicos, sino que refiere primordialmente a su dimensión social ante casos de afectación masiva, y que ello mismo lo reconduce al ámbito del derecho procesal –siendo el proceso colectivo el medio institucional para la protección de estos intereses–.

En este aspecto, nos parece más funcional la legislación estadounidense, que respondiendo a características propias del *common law* -esencialmente pragmático- prevé situaciones que habiliten la vía procesal colectiva, sin establecer encasillamientos puramente dogmáticos que en la práctica puedan dificultar el acceso a la justicia<sup>48</sup>.

## MARCO NORMATIVO

Sabido es que en la República Argentina carecemos de una legislación armónica y sistemática de procesos colectivos, a través de los cuales encauzar el tratamiento de hechos lesivos, ya sea de intereses individuales afectados masivamente en condiciones de homogeneidad, como así también de bienes colectivos. No obstante, advertimos que en las últimas dos décadas –reforma constitucional mediante- se han dictado leyes que, en forma accesoria y parcializada, proveen de técnicas procesales típicas de las acciones colectivas.

---

<sup>46</sup> “...en ese tiempo la idea de proteger los derechos de grupo en los tribunales era nueva, casi revolucionaria, y los pocos académicos que escribían sobre el tema en Brasil e Italia habían empleado diversas definiciones sobre derechos difusos y colectivos. Sin una definición clara de los derechos de grupo en una ley escrita los tribunales podrían haberse acercado al sistema de las acciones colectivas con un excesivo conservadurismo. El Comité redactor correctamente arriesgó los efectos limitantes de la codificación a favor de la certeza y uniformidad en la aplicación de la nueva ley [...] En los primeros años de las leyes brasileñas sobre acciones colectivas, las definiciones facilitaban la aplicación judicial de las nuevas reglas y ayudaban a establecer el concepto y el objetivo del litigio colectivo. Fue entonces importante, aunque fuese solamente por propósitos pedagógicos, que el derecho escrito estableciera y consolidara los aspectos teóricos de los varios derechos de grupo”. GIDI, Antonio, op cit. p 64.

<sup>47</sup> Adopción que se da tanto a nivel doctrinario, jurisprudencial y legislativo (Ley de Amparo de la provincia de Buenos Aires, -L. 13.928, Art. 7-).

<sup>48</sup> VERBIC, Francisco., *Algunas ideas para intentar justificar la tutela procesal diferenciada en materia colectiva...*, cit., p 6.

Así, en normas relativas a materias de consumo o ambientales, prevén cuestiones de legitimación, procedimiento, efectos de la sentencia, con técnicas propias de un proceso colectivo; pero enmarcadas en un cuerpo normativo que se encuentra determinado por la temática que regulan (ya sea ambiental, ya sea de consumo).

Aún así, y con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 –de notable influencia en la materia de marras- es posible identificar algunas normas con elementos procesales de carácter colectivo, empero ninguna de ellas establecía reglas y vías procesales que puedan identificarse con una legislación contemplativa de los conflictos colectivos propios de contemporaneidad<sup>49</sup>. Por ejemplo, la Ley 23.551 de asociaciones sindicales –sancionada en el año 1988- que en su Art. 47 establece, según la denominación que le otorga la doctrina, la acción de amparo sindical: la cual puede ser ejercida tanto por un trabajador como así también por una asociación sindical, para la protección de aquellos y contra prácticas antisindicalistas<sup>50</sup>. Otra de las normas que contenía previsiones para la protección colectiva de derechos es la Ley 24.240 de Defensa al Consumir –sancionada en el año 1993-, cuyo examen efectuaremos *in infra*, considerando las modificaciones –sustanciales en lo que a nuestro objeto de estudio refiere- introducidas por la ley 26.361 del año 2008.

En lo que sigue, nos avocaremos en el análisis de las leyes –federales y provinciales- que contienen fórmulas referidas a técnicas procesales colectivas, y la valoración de las mismas para la salvaguarda de los intereses individuales homogéneos.

### *Constitución Nacional.*

Primeramente, y en virtud de la posición que hemos expuesto *ut supra*, creemos que no cabe profundizar en el reconocimiento constitucional de los intereses individuales homogéneos –los cuales no son otros que los derechos ya reconocidos en la Constitución Nacional de 1853/60-, sino que por el contrario, la cuestión a dilucidar está dada por el reconocimiento o mandato constitucional del proceso colectivo.

Encaminados en tal faena, percibimos que los fundamentos constitucionales que los autores invocan para la institución del proceso colectivo como vía tutelar de los derechos individuales homogéneos son los siguientes: por un lado, la consagración de los *derechos de incidencia colectiva*; y por el otro el derecho a la *tutela judicial efectiva*. Sea que se sostenga uno u otro fundamento –o ambos conjuntamente-, la reforma constitucional de 1994 es el hito trascendental a tener en cuenta. Pero antes de presentar los argumentos de

---

<sup>49</sup> Para graficar el estado normativo del asunto con anterioridad a la reforma constitucional: “Es bueno ya que la ley reglamente la habilitación para litigar en pro de los intereses difusos, tanto para concluir las discusiones existentes como para impedir exageraciones o ampliaciones desmesuradas que, a la postre, perjudicarán la tutela misma de esos intereses.”, en SAGÜÉS, Néstor P., “*Acción de amparo, intereses difusos y acción popular*”, en JA 1994-I-523.

<sup>50</sup> Ver mas en MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, cit., p 48.

los autores, respecto de las tesis que mantienen; apreciamos que ya sea por lo formulado en Art 43, ya sea por las derivaciones del principio de tutela judicial efectiva, la viabilidad –y en determinados supuestos la exigencia- constitucional del proceso colectivo, no admite lugar a dudas.

En este sentido, la consagración del Art. 75 inc. 22 de la CN luego de la reforma señalada, incorporó al plexo normativo nacional –y con jerarquía constitucional- a una serie de cuerpos normativos internacionales. En lo que aquí nos interesa, la garantía de tutela jurisdiccional de los derechos enumerados en tales cuerpos, es la piedra angular del principio constitucional de la tutela judicial efectiva<sup>51</sup>. Propositiones tales como el Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Arts. 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Arts. 2 y 3 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Arts. 2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político; son las llenan de contenido y las que dan las pautas para la interpretación de dicho principio. Así, cuando tales preceptos expresan la obligación de los Estados Partes de *adoptar medidas, disposiciones de derecho interno o legislativas*, comprenden la provisión de vías de tutela judicial efectivas, caracterizadas por la sencillez, celeridad y eficacia<sup>52</sup>. Y es en la eficacia e idoneidad del recurso o vía judicial donde resulta exigible la adopción del proceso colectivo para la clase de conflicto que se presentan en situaciones de masividad y homogeneidad, ya que las previsiones existentes para los procesos individuales son por demás insuficientes ante esta problemática<sup>53</sup>.

Pero quizás la cuestión más espinosa en la ubicación del proceso colectivo, y específicamente de la tutela jurisdiccional aglutinada de los intereses individuales homogéneos, sea la controversia suscitada alrededor del alcance del segundo párrafo del Art. 43 y más precisamente de la expresión “derechos de incidencia colectiva”. Y como bien se ha planteado, tres son los puntos abordados por dicha prescripción, a saber: el tipo de proceso, los derechos protegidos y los legitimados<sup>54</sup>. La cuestión de la legitimación creemos que es por demás clara, en tanto que el tipo de proceso<sup>55</sup> y el asunto de los derechos comprendidos plantean un intenso debate en la doctrina.

En este orden, es oportuno emprender la tarea de examinar a que clase de derechos se refiere el Art. 43 CN en su segundo párrafo y si dentro de éste es posible situar a los intereses individuales homogéneos. Entonces debemos apuntar la existencia de dos

---

<sup>51</sup> GOZAINI, Osvaldo A.; *El debido proceso*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p 35.

<sup>52</sup> UCÍN, María Carlota, cit, p 62.

<sup>53</sup> ROSALES CUELLO, Ramiro – GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “*Las acciones colectivas a la luz de la Constitución Nacional (Una alternativa de fundamento para la defensa de los intereses grupales)*”, en LL 2006-B-1238.

<sup>54</sup> OTEIZA, Eduardo. “*La constitucionalización de los derechos colectivos*”, en OTEIZA, Eduardo (Coord.), *Procesos Colectivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p 31.

<sup>55</sup> Cuestión a tratarse *in infra*, en la segunda parte del presente trabajo.

posturas antagónicas: por un lado, quienes manifiestan que la expresión constitucional bajo análisis, solo se corresponde con la noción de derechos colectivos propiamente dichos –de objeto indivisible y sujeto transindividual-; y por el otro, quienes asumen una interpretación más flexible, incluyendo a los derechos individuales homogéneos dentro de la categoría de derechos de incidencia colectiva.

Quienes sostienen la primera de las posturas enunciadas, descartan de plano que la formulación constitucional incluya a los derechos individuales homogéneos, y lo vinculan a aquellas situaciones que constan de un sujeto activo transindividual y un bien jurídico de naturaleza indivisible.

Es más, juristas como Bidart Campos excluyen rotundamente la posible comprensión de derechos individuales en el espectro del Art. 43, al comentar el alcance y significado del mismo. En efecto, el prestigio constitucionalista describe la configuración de los derechos de incidencia colectiva en la siguiente inteligencia:

*La circunstancia de que el interés, el bien, o la situación no se puedan adscribir a un sujeto concreto –como sí ocurre con el clásico derecho subjetivo- no es una excusa para negar la existencia o presencia de la ya referida nota de transindividualidad, que muchos ligan a la indivisibilidad del bien, y que proporciona buena explicación a favor de la cotitularidad pluralizada. El sujeto plural –trans, supra o pluriindividual-participa (coparticipa) en un bien colectivo, común e indivisible, disfrutable por varios, por muchos o por todos, según de cuál se trate en cada caso.<sup>56</sup>*

Y en la profundización que hace del vínculo entre el elemento subjetivo y el elemento objetivo que tipifica a los derechos de incidencia colectiva, el autor evidencia claramente su parecer, adoptando análogamente los términos de “intereses difuso”, “intereses colectivos” y “derechos de incidencia colectiva”<sup>57</sup>. En base a dichas expresiones, se desprende que el autor no admite la inclusión de los intereses individuales homogéneos en la norma aquí *sub examine*.

Otro destacado constitucionalista, Néstor P. Sagüés, comparte dicha postura. En oportunidad de comentar el fallo “Halabi”, el distinguido jurista parece no admitir la inclusión de los intereses individuales homogéneos en la formulación de Art 43 CN. Para exponer fielmente su pensamiento, citaremos lo expresado por el autor:

*La inclusión dentro del concepto de "derechos de incidencia colectiva" del art. 43 CN., de los "intereses individuales homogéneos", donde, según describe el fallo en el consid. 12, "no hay un bien colectivo" sino la "afectación de derechos individuales enteramente divisibles", [...] por cierto que es discutible, y no la compartimos, precisamente por la*

<sup>56</sup> BIDART CAMPOS, German J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, Tomo I-A, Buenos Aires, 2000, p 740.

<sup>57</sup> “Los intereses difusos o colectivos, o los derechos de incidencia colectiva muestran, seguramente a causa de su supra o pluriindividualidad, la pertenencia común a un grupo,...”, BIDART CAMPOS, German J., *Tratado...* cit., p 741.

*distinta naturaleza entre la primera gama de derechos y la segunda, confrontación que surge de la misma explicación que da el voto. No es sencillo, en efecto, compatibilizar la idea constitucional de "derecho de incidencia colectiva" con los supuestos donde, según el voto mayoritario, "no hay un bien colectivo" sino "derechos individuales enteramente divisibles". Adherimos, en cambio, a la tesis que califica a los derechos individuales homogéneos como sólo "accidentalmente" colectivos. [...] La decisión del voto mayoritario, al sumar dentro de los derechos de incidencia colectiva del art. 43, párr. 2º, CN. a los pluriindividuales homogéneos, significa entonces una operación mutativa por agregado o adición.<sup>58</sup>*

En sentido semejante, y según la interpretación de Rosales Cuello y Guiridlian Larosa, “cuando la Constitución refiere a los derechos de incidencia colectiva en general, lo hace en miras de aquellos que tienen como elementos tipificantes un bien indivisible y un sujeto transindividual, por ser este el contenido embrionario de dicha categoría”<sup>59</sup>. No obstante, los autores admiten la tutela en forma aglutinada de los intereses individuales homogéneos, cuando se presentan determinadas situaciones jurídicas que, de otro modo, se encontrarían desprotegidas. Explican que, ante tales casos tal tutela diferenciada no debe justificarse en Art. 43 CN, “sino que debe hacérselo con apoyo en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que campea e ilumina a todo nuestro sistema de garantías constitucionales”<sup>60</sup>. Ésta última recurso lo plantean como un recurso de *ultima ratio*, a los fines de suplir –creación pretoria mediante- la inacción del Poder Legislativo, que es aquel que deben establecer el marco normativo adecuado respecto de las vías procesales para la salvaguarda de los derechos ante casos de lesiones masivas o colectivas.

En cambio, con una interpretación amplia respecto de la significancia de la expresión derechos de incidencia colectiva, otro sector de la doctrina indica la inclusión de los derechos individuales homogéneos en el segundo párrafo del Art. 43 CN. Esta exégesis es la que, en posición mayoritaria, ha consagrado la Corte Suprema en el caso “Halabi”, cuyo análisis diferimos para su oportunidad *in infra*.

Entre aquellos que sostienen esta posición amplia, Giannini define a los derechos de incidencia colectiva como “aquellos que pertenecen divisible o indivisiblemente a una pluralidad de sujetos, desbordando, por sus cualidades, los tradicionales mecanismos de

---

<sup>58</sup> SAGÜÉS, Néstor P., “La creación judicial del ‘amparo-acción de clase’ como proceso constitucional”, en JA 2009-II-627.

<sup>59</sup> ROSALES CUELLO, Ramiro – GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “Las acciones colectivas a la luz de la Constitución Nacional...”, op. cit.; en igual sentido: “la nota característica de un derecho de incidencia colectiva es que tutela intereses colectivos de naturaleza indivisible...”, en RIVERA, Julio C. – RIVERA (h), Julio C., “La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional.”, en LL 2005-B-1060.

<sup>60</sup> ROSALES CUELLO – GUIRIDLIAN LAROSA, “Las acciones colectivas ...”, op. cit.

enjuiciamiento grupal”<sup>61</sup>, concibiéndolos como una expresión genérica “que satisface las necesidades descriptivas del objeto que nomina”. En consecuencia, tiene por objeto de los derechos de incidencia colectiva, a la totalidad de prerrogativas que se encuentren, ya sea en forma divisible o indivisible, en cabeza una pluralidad de sujetos –“colectividad”-<sup>62</sup>. Fundamenta su tesis en razón de que la Constitución no aporte elementos ni características para definirlos, y que de la misma expresión se deduce lo citado, sin que existan impedimentos para extender la tutela prevista a casos de intereses divisibles, masivos y homogéneos<sup>63</sup>. Continúa señalando que al realizarse una interpretación restrictiva de los derechos de incidencia colectiva –comprendiendo en ella solo casos de indivisibilidad y sujeto transindividual-, se estarían creando, equivocadamente, recaudos o categorías cuando la ley no lo prescribe; y máxime cuando con tal proceder se restringieren posibilidades de tutela jurisdiccional<sup>64</sup>.

Por otro lado, y compartiendo una tesis amplia del alcance la formulación constitucional *sub examine*, los autores Maurino, Nino y Sigal, destacan el hecho de la nueva terminología adoptada por el constituyente. De tal forma, es que comentan que nos encontramos frente “a una creación constitucional original, superadora de los distintos conceptos que habían articulado el debate previo, y que sobre esta base debe ser interpretado y desarrollado este fenómeno jurídico”<sup>65</sup>. Y extendiéndose en la referencia sobre la Convención Constituyente, manifiestan que ésta tuvo por finalidad establecer la protección de derechos en situaciones colectivas, “dejando abierto el debate institucional bajo esos parámetros superadores de las antiguas antinomias”<sup>66</sup>. Y en lo que en este punto intentamos esclarecer, los autores definen que la consagración de los derechos de incidencia colectiva no tuvo por objeto solo proteger a una nueva categoría de derechos, sino que también allí se quiso incluir “una nueva dimensión de protección de bienes o derechos ya tutelados por el sistema legal”, proponiendo que la categoría de marras se encuentran comprendidos dos supuestos: los bienes jurídicos colectivos; y aquellos que sin ser colectivos tienen condiciones de homogeneidad en relación con una pluralidad de titulares, y con dificultades en el acceso a la justicia<sup>67</sup>.

De lo expuesto hasta aquí, se desprende que el grado de amplitud para la interpretación del significado de la fórmula contenida en el Art. 43 resulta por demás extenso. A la dificultosa tarea de desentrañar el significado de un concepto constitucional, se le adiciona el carácter de originalidad que ostentan los derechos de incidencia colectiva, y el

---

<sup>61</sup> GIANNINI, Leandro J.; *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, cit. p 42.

<sup>62</sup> GIANNINI, op. cit., p 43.

<sup>63</sup> GIANNINI, op. cit., p 195.

<sup>64</sup> GIANNINI, op. cit., p 197.

<sup>65</sup> MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, cit., p 167.

<sup>66</sup> MAURINO – NINO – SIGAL, op. cit., p 189.

<sup>67</sup> MAURINO – NINO – SIGAL, op. cit., p 191-192.

escaso y poco claro espacio que a este asunto se le brindó en el marco de la Asamblea Constituyente. En lo a que a lo respecta, de los debates en el Plenario de la Convención Constituyente<sup>68</sup>, las conclusiones han sido variadas. Por un lado se dijo, respecto de la tutela de los derechos de incidencia colectiva, “que es un tema muy vivo y presente en la discusión doctrinaria de las ciencias del derecho, pero asumimos, quienes suscribimos el dictamen, que el desarrollo científico de estos nuevos temas no está aún terminado ni maduro”<sup>69</sup>, y hasta se propuso evitar su inclusión<sup>70</sup>. Pero si buscamos las palabras de algún convencional que haya procurado darle contenido a la expresión debatida, quizá las de Schröder sean las más pertinentes:

*...Con mucho esfuerzo comenzamos a hablar en nuestro país de los intereses colectivos. Hace instantes, una señora convencional preguntaba cuáles eran estos derechos [...] si no se conocen cuáles son los intereses colectivos o los intereses difusos, sugiero que vayan a la biblioteca y consulten algunas constituciones provinciales, por ejemplo, la de Salta, en su artículo 84; la de Tierra del Fuego, en su artículo 49; la de Río Negro, en su artículo 43; la de La Rioja, en su artículo 66; la de San Juan en sus artículos 40 y 58 referidos a la acción de amparo; y la de Córdoba en su artículo 53. Resultaría contradictorio, que si estos derechos están contemplados en las constituciones provinciales, no los incorporáramos a la Constitución Nacional [...] No podemos elaborar una Constitución para el pasado. Tenemos que defender los derechos colectivos, como lo hacen muchas provincias, los tratados internacionales y varios países latinoamericanos. Debemos redactar una Constitución para el futuro. Desearía saber cuál será la reacción de los 80 convencionales que se han propuesto defender este derecho cuando se vote el dictamen que contiene un texto tan confuso [...] estamos pensando en la protección de los intereses colectivos, dejándolos bien claros y específicos.<sup>71</sup>*

De lo transcrito, y de varias expresiones más, notamos que los convencionales se refirieron a los derechos de incidencia colectiva como “derechos colectivos” y “derechos difusos”<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> Disponible en la web en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

<sup>69</sup> Díaz, Rodolfo A., convencional por Mendoza, p. 4048.

<sup>70</sup> “Una mención especial corresponde realizar en relación con los derechos de incidencia colectiva consignado en el dictamen de mayoría. Pregunto, ¿qué son los derechos de incidencia colectiva? ¿Cuál es el alcance de los mismos? ¿Quién podrá calificarlos como tales? En su enumeración taxativa, si lo es, ¿cuál es la norma que los provee? Como no he encontrado respuesta a tales interrogantes, no dudo en afirmar que tal mención no es propia de un texto constitucional.”, Elordi, María de las Mercedes, convencional por Entre Ríos, p. 4113.

<sup>71</sup> Schröder, Juan, convencional por Buenos Aires, p. 4115, 4117 y 4118.

<sup>72</sup> “Tenemos una reserva en el segundo párrafo, cuando se hace mención a los derechos de incidencia colectiva en forma general. En este último aspecto nuestra reserva es por la interpretación que se puede dar en el futuro a esa terminología. En nuestro proyecto circunscribíamos la protección a los derechos de los intereses difusos”, Vega de Terrones, Ana María, Convencional por Santa Fe, p. 4145.

En sentido contrario, y como lo reseñáramos *ut supra*, un sector importante de la doctrina, y la Corte Suprema, han efectuado una interpretación amplia del Art 43, incluyendo allí a los derechos individuales homogéneos<sup>73</sup>.

*Leyes Nacionales: Ley 24.240. Ley 25.675.*

A nivel federal hallamos dos cuerpos legales que contienen técnicas procesales propias de los procesos colectivos, a saber: en primer término, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor que regula el marco jurídico de las relaciones de consumo en nuestro país; y en segundo término, la ley 25.675 – Ley General del Ambiente (LGA)- que establece los presupuestos mínimos, según la manda del Art. 41 de la Constitución Nacional.

Siendo el momento de considerar la Ley 24.240, corresponde efectuar la siguiente distinción: por un lado, el régimen establecido desde la sanción de la misma en el año 1993; y por el otro, el surgido de la sustancial modificación -en lo que aquí nos ocupa- en virtud de la Ley 26.361 de 2008.

En cuanto al primer régimen, si bien las técnicas procesales de defensa colectiva previstas eran claramente insuficientes para considerar la presencia de una vía procesal colectiva, la misma resultó innovadora en aquel tiempo anterior a la reforma constitucional, y significó un gran impulso al movimiento de protección de los consumidores y usuarios<sup>74</sup>. Así se dispuso la legitimación de las asociaciones de defensa al consumidor para representar a grupos de usuarios y consumidores afectados en intereses generales<sup>75</sup>. Y si bien el Decreto 2089/93 del P.E.N. observó el Art. 54, la expansión de los efectos de la sentencia, en los casos en que interviene un legitimado anómalo –asociaciones o Ministerio Público-, aquella es una consecuencia necesaria de la legitimación reconocida<sup>76</sup>. Para concluir, y en orden al objeto de nuestro estudio, debemos señalar que la norma carecía de previsiones para tutela colectiva de intereses individuales.

El segundo régimen, resulta mucho más avanzado en cuanto a la protección colectiva de los intereses –colectivos e individuales- de los usuarios y consumidores, aunque también nos merece ciertos reparos. Es que si bien, en el texto se incorporan mecanismos propios del proceso colectivo, los mismos han sido establecidos en forma insuficiente y asistemática<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> “... del análisis que hacemos de la norma constitucional, en su cabal amplitud entendemos que el género “derechos de incidencia colectiva” es lo suficientemente flexible como para comprender una opción legislativa de ésta índole...”, UCÍN, María Carlota, cit, p 110.

<sup>74</sup> MAURINO – NINO – SIGAL, op. cit., p 53.

<sup>75</sup> Art. 55 e interpretación a *contrario sensu* del Art. 53.

<sup>76</sup> GIANNINI, op. cit., p 209.

<sup>77</sup> “La ley establece la acción colectiva, pero lo hace de modo muy insuficiente, teniendo en cuenta el abundante material que presenta el Derecho Comparado y que el legislador omitió completamente.” en LORENZETTI, cit., p. 274; “el legislador ha desaprovechado una clara oportunidad para comenzar a

De la lectura de la ley –puntualmente de los Art. 52, 53 y 54-, autores como Lorenzetti identifican tres clases diferentes de acciones: la acción individual, la acción colectiva referida a intereses individuales homogéneos y la acción referida a bienes colectivos. Y si bien el magistrado del supremo tribunal federal manifiesta la posibilidad de que se dicten sentencias con efectos expansivos en las acciones individuales<sup>78</sup>, nosotros centraremos nuestra consideración en aquellas que refieren a intereses individuales homogéneos. En éste último supuesto, la ley legitima tanto al consumidor o usuario, como a las asociaciones de consumidores y usuarios autorizadas, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal (Art. 52). Y aún cuando la redacción resulta confusa, es admisible que cualquiera de los legitimados deduzca la acción en defensa de derechos individuales homogéneos<sup>79</sup>.

En relación a los modos de terminación del proceso, la norma regula aspectos sobre la posibilidad de un acuerdo –conciliación o transacción- y acerca de los efectos de la sentencia. En el primer supuesto, y en razón de las particularidades del caso –sujeto activo integrado por miembros ausentes en el proceso y en la negociación conciliatoria- la norma exige la participación forzosa del Ministerio Público y la homologación judicial<sup>80</sup>; y aún así, la ley prescribe la posibilidad de los usuarios de apartarse de la solución acordada. En cuanto a los efectos de la sentencia, la norma adopta una solución similar a la consagrada en el derecho brasileiro –efectos *secundum eventum litis*-; esto es que se le otorga efectos expansivos a la sentencia cuando en la misma se hace lugar a la pretensión, respecto de todos aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situaciones similares,

---

forjar la reglamentación precisa de este tipo de procesos en el ámbito nacional, ya sea para tutelar intereses generales o intereses individuales que merecen un tratamiento aglutinado...”, en ROSALES CUELLO, Ramiro – GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “*Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor*”, en LL 2009-B-1016; “Con relación a los aspectos procesales, la lectura de la ley 26.361 [...] deja al intérprete optimista con un incómodo sabor ‘a poco’ y al pesimista, con un campo fértil para la crítica despiadada [...] cuesta desprenderse de la sensación de ‘momento legislativo perdido’ para la regulación integral, sistemática y coherente de un sector de conflictividad social que, a catorce años vista, no encuentra una estabilización de las respuestas jurídicas.” en MEROI, Andrea A., “*La tutela de los ‘derechos de incidencia colectiva’ y la reforma de la ley de defensa al consumidor*”, en ARIZA, Ariel (Coord.), *La reforma del régimen de defensa al consumidor por la ley 26.361*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p 185.

<sup>78</sup> LORENZETTI, op. cit., p. 274

<sup>79</sup> Dicha admisión se desprende del tercer párrafo del Art. 52 que si bien refiere a “intereses de incidencia colectiva”, de su confronte con el Art. 54 se desprende que el legislador incluyó en ésta expresión a los intereses individuales homogéneos. Exégesis conforme, ROSALES CUELLO, Ramiro – GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, *Los intereses individuales homogéneos...*, cit. p 1021; MEROI, Andrea A, op. cit., p 189.

<sup>80</sup> Todo ello a los fines de salvaguardar los intereses de los ausentes que resulten vinculados por las condiciones del acuerdo alcanzado. “Art. 54: *Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado...*”

excepto de quienes hallan solicitado su exclusión con anterioridad y en los términos que el magistrado disponga (art. 54).

Por nuestra parte no creemos que estemos ante auténticas acciones de clase como ha sido manifestado<sup>81</sup>, ya que del texto de la norma y de las escasas cuestiones procesales previstas, no puede concluirse que se haya elaborado una vía procesal autónoma<sup>82</sup>. También pensamos que la regulación existente es por demás exigua, habiéndose desatendido cuestiones de primordial importancia en lo que hace a procesos colectivos<sup>83</sup>. Así se ha omitido regular cuestiones tales como certificación de la clase, representación adecuada, publicidad, competencia, litispendencia, entre tantas otras; y las que han sido previstas –legitimación, sentencia, acuerdo, vía procesal- lo son en forma poco clara e insuficiente, exigiendo dicha situación que la normativa adjetiva sea integrada pretorianamente por el juez interviniente.

Por otro lado, la ley 25.675 sancionada en el año 2002 –en cumplimiento de lo normado por el Art. 41 CN-, es la que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental. A más del contenido de fondo de la norma, la misma incluye ciertas reglas procesales de defensa colectiva, al tratar la cuestión del daño ambiental (Art. 27 a 33). En lo que respecta a las normas adjetivas, advertimos que estas se encuentran en los Art. 30 y 33 de la ley.

En el Art. 30 se regulan –según nos ilustran los autores<sup>84</sup>- tres clases de acciones diferentes, definidas por las tres variables de pretensión que estipula la ley. En primer lugar, la acción de recomposición del ambiente dañado, para la cual están legitimados el afectado, el Defensor del pueblo, las asociaciones de defensa ambiental y el Estado –nacional, provincial o municipal- (primera parte del 1er párrafo); la acción de “recomposición o de indemnización pertinente” (*sic*), en cabeza de la persona directamente afectada (primer párrafo *in fine*); y la acción de *amparo ambiental*, cuyo objeto radica en la cesación del

---

<sup>81</sup> BARBADO, María Laura, “Las acciones de clase como procedimiento de tutela diferenciada para derechos individuales homogéneos”, ponencia presentada en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 11 a 13 de Noviembre de 2009, Buenos Aires, p 19.; FALCO, Guillermo E., “El juez, la acción de clase y el daño, en la Ley de Defensa del Consumidor -LDC-”, Semanario Jurídico, Córdoba, Número 1747, del 11/03/2010, Cuadernillo 8; Tomo 101 Año 2010-A, p 309. (Disponible en la web en: <http://www.semanariojuridico.info/doctrina/ver/723/1/6>)

<sup>82</sup> “En lo relativo al trámite previsto para una acción colectiva en la LDC, comenzaremos indicando que no se ha regulado un trámite especial distinto del establecido en el art. 53 de la LDC, aplicable a quienes reclaman por la tutela de un derecho o interés individual”, en PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., “La tutela procesal diferenciada en los derechos de los consumidores y usuarios”, ponencia presentada en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 11 a 13 de Noviembre de 2009, p 6.

<sup>83</sup> ROSALES CUELLO – GUIRIDIAN LAROSA, *Los intereses individuales homogéneos...*, cit. p 1022.

<sup>84</sup> MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, cit., p 54; GIANNINI, Leandro J.; *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, cit. p 236; SBDAR, Claudia B., “La protección jurisdiccional del derecho de incidencia colectiva a gozar de un ambiente sano”, ponencia presentada en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 11 a 13 de Noviembre de 2009, p 10.

hecho dañoso, y para la que se encuentra legitimado cualquier persona -considerada una acción popular *sui generis*<sup>85</sup>- (tercer párrafo). De la simple lectura del artículo comentado, se desprende que la primer acción y la prevista en el tercer párrafo, tiene por objeto la tutela colectiva del ambiente –bien jurídico colectivo-, en tanto que la acción del primer párrafo *in fine* procura la reparación de intereses individuales del legitimado.

En cuanto al Art. 33, el mismo reglamenta los efectos de la sentencia cuando la pretensión versa sobre la defensa del ambiente como objeto colectivo<sup>86</sup>. Así, su segundo párrafo, dispone que “*la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias*”, estableciendo la regla *res judicata secundum eventum probationem*, en virtud de la cual los efectos de la cosa juzgada beneficiará o perjudicará al resto de los afectados en tanto no se desestime la demanda en razón de deficiencias probatorias.

De lo hasta aquí comentado, y en lo que respecta a nuestro objeto de estudio, juzgamos que no se justifica una mayor profundización en el análisis de la LGA, ya que la misma no ha previsto una vía procesal colectiva para la tutela de intereses individuales homogéneos. Empero, es oportuno resaltar que dicha falta de regulación puede ocasionar serios problemas en la efectividad y funcionalidad del proceso colectivo ambiental ante la afectación conjunta –en virtud de una vinculación causal común- del ambiente y de intereses individuales en forma homogénea<sup>87</sup>.

*Leyes Provinciales: Ley 11.723. Ley 13.133. Ley 13.928*

El marco normativo provincial, que cuenta con técnicas procesal colectivas en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, consta fundamentalmente de tres leyes: la ley 11.723 –de Protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general-, la ley 13.133 –Código provincial de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios- y la ley 13.928 –de acción de amparo-.

---

<sup>85</sup> “Se trata de una acción popular en cuanto a la legitimación, por la clara apertura a todo ciudadano. Sin embargo, el objeto es específico, pues no está diagramada para la defensa de la legalidad, que es el fin genérico de la acción popular típica. Por el contrario esta herramienta se agota en la cesación de las actividades que provocan un daño al entorno.”, en LORENZETTI, op. cit., p. 94.

<sup>86</sup> “Está en la naturaleza misma de esta categoría de derechos, la extensión de los efectos de la sentencia...” SBDAR, Claudia B., “*La protección jurisdiccional del derecho de incidencia colectiva a gozar de un ambiente sano*”, cit, p 15.

<sup>87</sup> “Como corolario de las anteriores reflexiones, puede advertirse la necesidad de regular con mejor técnica los intereses individuales homogéneos en la ley 25.675. Al día de hoy, la aludida norma no cuenta con mecanismos adjetivos idóneos que permitan la defensa armónica y funcional de esta clase de prerrogativas colectivas. Por consiguiente, si se desea concretar las metas a las que aspira la existencia de los procesos colectivos en general (acceso a la justicia, economía procesal, eficiencia, prestigio y funcionalidad del servicio de justicia), debe procurarse el perfeccionamiento de este cuerpo legal, para dar cabida a esta variante procedimental de modo sistemático”, en GIANNINI, Leandro J., “*Los procesos colectivos en la ley general del ambiente. Propuesta de reforma*”, ponencia presentada en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 11 a 13 de Noviembre de 2009, p 14.

La mención de la normativa ambiental –vigente desde el año 1995- ha de ser breve, en razón de que la misma solo contempla, en lo concerniente a nuestro interés, reglas referidas a la tutela colectiva de derechos colectivos. Es el capítulo IV –de la defensa jurisdiccional: Art. 34 a 38-<sup>88</sup> del citado cuerpo legal el que se ocupa de las cuestiones procesales de la protección ambiental y de los recursos naturales. La norma consagra, en su Art. 36, dos clases de acciones: la primera, denominada *acción de protección*, cuyo objeto radica en prevención de los efectos degradantes que pudieran producirse en consecuencia del daño o situación de peligro ambiental; y la segunda, denominada *acción de reparación*, cuyo objeto radica en la restauración o recomposición del ambiente o recursos naturales afectados.

Tanto el Art. 35 como el Art. 36, conceden legitimación activa para incoar las acciones indicadas al afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la protección del medio ambiente. Por último, el Art. 38, dispone que la sentencia dictada en procesos en los que se tramiten las acciones mencionadas, no harán cosa juzgada cuando la pretensión sea rechazada por insuficiencia probatoria. En este sentido sienta la regla *res judicata secundum eventum probationem*, en forma similar a lo que prescribe la norma de presupuestos mínimos federal.

Pero es en la materia del consumo donde la legislación provincial se muestra más avanzada en cuanto a la tutela jurisdiccional de los derechos individuales homogéneos. En este sentido, es que podemos asegurar, que la ley 13.133 (Código provincial de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios) sancionada en 2004, prevé acciones colectivas para la defensa aglutinada de derechos individuales en el marco de la relación de consumo. En la estructura de la norma, es el Título VII –Acceso a la justicia: Art. 23 a 30- el que concentra los artículos que aquí nos atañe. De más esta decir que discurriremos exclusivamente en los aspectos procesales relativos a la tutela de intereses individuales homogéneos.

En primer término, ha de destacarse la acertada terminología del Art. 23<sup>89</sup>, disponiendo que a los fines de la tutela del consumidor y el usuario, resultan *admisibles todas las acciones capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela*, evita que por vía interpretativa se limite injustificadamente las variantes de pretensiones esgrimibles.

---

<sup>88</sup> Dos cuestiones merecen valorarse respecto de la vigencia de los artículos 34 y 35. La primera, de orden constitucional, radica en que la ley establece requisitos no previstos –para el acceso a la jurisdicción- en la ley nacional de presupuestos mínimos – ley federal 25.675-; y la segunda, consiste en la incompatibilidad de la norma con los principios actuales del Derecho Público, presentandose incongruente con las previsiones del código procesal contencioso administrativo de la provincia –ley 12.008-. La posterior sanción de las leyes citadas pareciera dejar sin efectos las previsiones de los artículos mencionados, en razón de las limitaciones al acceso a la justicia que éstos imponen en su confornte con aquellas. Ver mas en, GIANNINI, Leandro J.; *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, cit. p 243.

<sup>89</sup> Vetado parcialmente por el P.E. –Decreto de promulgación N° 64/03-.

Comentario aparte merece el Art. 26, que en oportunidad de establecer los legitimados activos para interponer las acciones correspondientes, enuncia expresamente que los consumidores y usuarios podrán incoarlas tanto en forma individual o colectiva, y ya sea para la defensa de derechos subjetivos o derechos de incidencia colectiva, indistintamente<sup>90</sup>. Este enunciado es por demás claro no dejando lugar a controversia, a diferencia de lo que sucede con la normativa nacional en la materia –Art. 52, ley 24.240-, respecto de la aptitud del usuario o consumidor para accionar colectivamente en defensa de intereses individuales homogéneos. Y no obstante la enumeración legal –y la observación del decreto de promulgación- creemos extensible, por nuestra parte, la legitimación a todos los sujetos enumerados en la ley 24.240, en consonancia con lo establecido en el Art.1 de la norma provincial<sup>91</sup>.

En los modos de terminación del proceso, la ley regla las cuestiones relativas a la posibilidad de un acuerdo conciliatorio entre las partes (Art. 24), y también los efectos de la sentencia dictada (Art. 28).

Así, para la consecución de un acuerdo conciliatorio, se exige la homologación judicial<sup>92</sup> y la publicación del mismo a través de un medio de comunicación idóneo dispuesto por el juez. En cuanto a los usuarios y consumidores que no participaren del acuerdo, la ley prevé que éstos se verán beneficiados en las condiciones del mismo, pudiendo ejecutar –vía incidental en el mismo proceso- la sentencia homologatoria; o en su defecto, si no lo consideraren beneficioso, podrán apartarse del mismo. Por otro lado, no compartimos con algún sector de la doctrina, la aseveración de que en lo términos del marco legal previsto, *“nunca se celebraran –en materia de derechos difusos o colectivos (sic)- acuerdos conciliatorios”*<sup>93</sup>, pues creemos que en una cantidad considerable de casos, la conciliación

---

<sup>90</sup> “**ARTÍCULO 26.-** Cuando los consumidores y usuarios resulten amenazados o afectados en sus derechos subjetivos, de incidencia colectiva o intereses legítimos, se encuentran legitimados para interponer las acciones correspondientes:

a) Los consumidores y usuarios en forma individual o colectiva.

b) Las Asociaciones de Consumidores debidamente registradas en la Provincia de Buenos Aires.

c) El Ministerio Público. (Inc. observado, Decreto de promulgación N° 64/03)”

<sup>91</sup> En una inteligencia afín, “... la ausencia de la autoridad de aplicación dentro de los sujetos autorizados para accionar judicialmente en defensa de los consumidores [...] sin embargo, no impide que dicha estructura promueva las pretensiones previstas en la ley 24.240, ya que el art. 52 de ésta última contempla entre los sujetos legitimados a la ‘autoridad de aplicación nacional o local’. Es más, si el Código sancionado por ley 13.133 tiene como misión la ‘implementación’ en la Provincia de la normativa nacional, cabría entender que las posibilidades de actuación de este legitimado gozan de la amplitud consagrada en el ordenamiento nacional. Algo similar ocurre con la legitimación del Ministerio Público...”, en GIANNINI, Leandro J.; *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, cit. p 217.

<sup>92</sup> Aún cuando la ley no exige que éste lo sea por “auto fundado”, ni que se deba correr previa vista al Ministerio Público (tal como lo requiere la ley 24.240), estimamos que dichas exigencias se imponen –sobre todo la segunda, en razón de lo establecido por el Art. 27 del código-

<sup>93</sup> “Si la parte demandada no puede prever ni cuantificar cuál será el alcance de ese acuerdo -que no se limita a las partes participantes sino que puede comprender a cualquier otro afectado que se presente posteriormente- no se avendrá nunca a celebrarlo. Sería un acuerdo de consecuencias y

puede ser beneficiosa para el demandado; y por otro lado, el grado de imprevisibilidad que se suele alegar, en cuanto a los alcances del acuerdo, no se presenta en aquellas situaciones donde la significancia económica es deducible a partir de los registros contables del demandado (verbigracia, en las relaciones de consumo bancarias).

En relación a los efectos de la sentencia, creemos que la fórmula del código provincial es superior a la prevista en la ley nacional. Así, el Art. 28 inc. a) comienza por precisar los efectos de la sentencia en los supuestos en que se hace lugar a la demanda, estableciendo que aquella beneficiará a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio<sup>94</sup>. De manera que es factible una interpretación de la proposición mucho más tuitiva, de los usuarios y consumidores ausentes en el proceso, que la que se desprende de la ley 24.240, ya que en ésta última los efectos de la sentencia vinculan a todos los ausentes que *se encuentre en similares situaciones*, aún cuando el acogimiento de la pretensión no resulte beneficiosa a nivel personal para cada usuario. De aquí que juzguemos que el término “beneficiará” de la norma local, permite una exégesis más flexible y más acorde en lo que concierne a la garantía del debido respecto de los ausentes.

Tal vez sea la regulación de los efectos del rechazo de la sentencia<sup>95</sup>, uno de los aspectos más criticables de la ley en razón de su obscuridad. En primer lugar, consideramos que tanto en el inc. a) como en el inc. b) se hace referencia a supuestos de una acción de pretensión colectiva; pues en el caso contrario –es decir, si se tratase de la acción individual-, no cabría preguntarse acerca de los efectos, ya que el rechazo de la sentencia vincularía solamente al actor –único interesado y legitimado-, no admitiendo una acción

---

alcances prácticamente imprevisibles [...] Nadie suscribirá un acuerdo sin saber a cuántos eventuales actores abarcará y cuál será el monto de la indemnización que finalmente se ha obligado a satisfacer.”, GRILLO CIOCCHINI, Pablo A.; “*La ley 13.133 de la prov. de Buenos Aires (Código provincial de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios)*. Primeras impresiones procesales”, en JA 2004-II-917.

<sup>94</sup> A diferencia de la ley nacional, que en su Art. 54, 2do párrafo dispone 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”. (El subrayado nos pertenece). Aquí disintimos –tanto de lo que refiere a la exégesis de la norma, como de la conclusión abordada- de la interpretación elaborada por Arazi, según la cual “el efecto de la sentencia según el resultado del proceso, que consagra el art. 54, ley 24240 (texto según ley 26361), permitiendo a quien no intervino que se beneficie con la cosa juzgada, pero sin que en ningún caso pueda perjudicarlo, elimina la necesidad de que quien promueva el proceso colectivo acredite la “representación suficiente...”, ARAZI, Roland, “*Los derechos individuales homogéneos en la reforma a la ley 24.240 (ley 26.361): legitimación y cosa juzgada*”, en JA 2008-III-1193.

<sup>95</sup> “**ARTÍCULO 28:** Cuando se trate de acciones judiciales para la prevención o solución de conflictos, las sentencias tendrán los siguientes efectos: [...]

b) Si rechazan la demanda, no impedirán la acción de los consumidores y usuarios titulares de un interés individual, que no hayan intervenido en el proceso.

c) Si el rechazo de la demanda se fundó en la insuficiencia de pruebas, cualquier otro legitimado diferente al actor podrá intentar otra acción valiéndose de nuevas pruebas”.

posterior, en virtud de la cosa juzgada. Comprendiendo que estamos ante casos de defensas colectivas, pensamos que la diferencia radica en el objeto de la pretensión. Así, coincidimos con la interpretación de Giannini, quien dice que el primer supuesto refiere exclusivamente a intereses individuales homogéneos, y el segundo tanto a intereses colectivos como a individuales homogéneos<sup>96</sup>. Es en entonces que en el primer caso, ante el rechazo de la acción colectiva, aún queda expedita la acción individual de cada usuario o consumidor afectado –excepto para quienes hayan participado en el proceso- en procura de su interés subjetivo; en tanto que en el segundo parece desprenderse, del texto de la norma, que será procedente una nueva acción –aún de carácter colectivo- cuando la pretensión sea rechazada por insuficiencia probatoria, salvaguardando el interés colectivo –e individual- de la negligente gestión procesal de quien representare en autos a los afectados<sup>97</sup>.

Y por último, en el cotejo del marco normativo provincial, cabe analizar el contenido de la ley 13.928 de amparo. Dicha ley, fue promulgada en diciembre de 2008 mediante el decreto 3344/08<sup>98</sup>; y sufrió una reforma sustancial mediante la ley 14.192 – promulgada por el decreto 2517/2010 y publicada el 16/12/10 (BO N° 26498)-, que incorpora reglas procesales propias de los procesos colectivos, haciendo referencia expresa –en su articulado- a la protección de los intereses individuales homogéneos. En los Fundamentos del proyecto de ley, se hace referencia al pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación en el caso “Halabi”<sup>99</sup> y la necesidad de readecuar la normativa en congruencia con la doctrina emanada de aquella sentencia<sup>100</sup>. Y antes de comenzar en la enunciación de sus

---

<sup>96</sup> GIANNINI, Leandro J.; *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, cit. p 221.

<sup>97</sup> Es éste último supuesto el que nos parece manifiestamente inconveniente, pues lo más justo sería exigir idoneidad en el representante de los ausentes, ejerciendo dicho control a través del instituto de la *representatividad adecuada* y dotando proceso colectivo de un adecuado marco de publicidad – para permitir la participación de todos aquellos interesados; prescindiéndose así, exponer al demandado a la incertidumbre de sufrir reiteradas demandas colectivas por el mismo hecho.

<sup>98</sup> Que observaba, entre otras cosas, el contenido relativo a la protección colectiva de derechos de incidencia colectiva. “En ese contexto, la aparición en escena de la ley 13.128 (que es la que -ahora renovada- denomina al presente amparo provincial), se constituyó en 2009 como un régimen de amparo revolucionario -pues reemplazaba a la cuarentona y anacrónica ley 7166- y actualizador -en tanto incorporaba guiños claros a la celeridad y la colectividad de los procesos de amparo-, pero no llegó a ver la luz, y fue virtualmente abortada por un veto maxi parcial o casi total, que eliminó todos los progresos regulatorios y solo dejó con vida escasos e irrelevantes artículos inconexos, además de generar un caos interpretativo al revivir imprecisamente la derogada ley 7166”, PORTELA, Julián, “*La reinvencción del amparo bonaerense*”, en LLBA 2011 (mayo), 355.

<sup>99</sup> “la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en un caso que, sin tratarse específicamente de la regulación del Amparo, tiene evidentes puntos de contacto con la Ley n° 13.928, ya que regula pretorianamente los procesos de incidencia colectiva, toda vez que el Congreso nacional no se ha avocado aún a la regulación de tales procesos, de raigambre constitucional (conf. causa “Halabi”). [...] permite ahora proceder a completar el espíritu de la sanción de la Ley n° 13.928, en lo que hace a los procesos de incidencia colectiva, con el conocimiento de lo que el Superior Tribunal de la Nación considera sobre la materia...”

<sup>100</sup> Es en parte incongruente, que justificado en el fallo “Halabi” se contemplen reglas procesales colectivas en la ley de amparo (con las limitaciones que la misma impone) y que no se instituya una normativa autónoma de procesos colectivos; Cfr. CSJN *in re* ‘Halabi’ (Fallos 332:111), “*Al interpretar*

artículos, debe advertirse que la tramitación del proceso para la defensa aglutinada de intereses individuales homogéneos se encuentra marcadamente limitado por las características propias del proceso de amparo.

Ya adentrándonos en el articulado de la norma, el Art. 4 es el que establece –con un criterio amplio- los sujetos legitimados a iniciar la acción de amparo, a saber: *el Estado, y toda persona física o jurídica que se encuentre afectada en sus derechos o intereses individuales o de incidencia colectiva.*

Pero es el Art. 7 –que enumera ciertos requisitos de admisibilidad en la demanda de amparos de incidencia colectiva- el que más interés reviste a los fines del presente trabajo, y en virtud de la originalidad de su texto:

*ARTÍCULO 7º. (Texto según Ley 14192) En el caso de amparos de incidencia colectiva, la demanda tendrá que contener, además de lo establecido en el artículo anterior, la referencia específica de sus efectos comunes.*

*Respecto de los procesos sobre intereses individuales homogéneos, la pretensión deberá además de concentrarse en los efectos comunes, identificar un hecho único o complejo que cause la lesión; el interés individual no debe justificar la promoción de demandas individuales, y debe garantizarse una adecuada representación de todas las personas involucradas.*

*La representación adecuada del grupo resulta de la precisa identificación del mismo, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación, la debida notificación y publicidad del litigio y el planteo de cuestiones de hecho y de derecho comunes y homogéneas a todo el colectivo.*

Primeramente debe destacarse la terminología de la norma, que refiere expresamente a intereses individuales homogéneos, consagrando la expresión utilizada mayoritariamente por la doctrina –y adoptada por Corte Suprema-. Éste hecho no resulta un detalle menor, ya que junto con el Código Procesal Civil y Comercial de Río Negro<sup>101</sup>, son los únicos cuerpos legales del país que reglamentan expresamente esta vía colectiva de tutela procesal; solución elogiada, que sortea las controversias acerca de las pretensiones susceptibles de defensa colectiva entre los autores y en la práctica jurisdiccional, impidiendo asimismo interpretaciones restringidas que priven de protección adecuada y eficiente a ésta clase de intereses. Otro aspecto destacable, es la exigencia de *una adecuada representación*, novel

---

*el ya tantas veces mencionado art. 43 de la Constitución Nacional, el Tribunal admitió que la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo strictu sensu sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como -en esa ocasión- el hábeas corpus colectivo, pues es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla” (Consid. 19)*

<sup>101</sup> Ley 4.142, Libro IV, “Procesos Especiales”, Título VIII “Protección de los Derechos Individuales Homogéneos”, Arts. 688 bis a 688 quinquies. Ver más en MORAHAN, Mariano, “Aseguramiento del acceso a la Justicia y observancia de la economía procesal en el terreno específico de los Procesos Colectivos”, ponencia presentada en XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, 8, 9 y 10 de Junio de 2011, Santa Fe, p 15.

consagración legislativa reclamada fundamental por la doctrina, y la prescripción de una serie de criterios para orientar al juzgador en la acreditación del recaudo.

El Art. 8, reglamentando la declaración de admisibilidad del amparo colectivo, ordena la inscripción de la causa en el Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva. La creación de éste último –Art. 21 de la ley- es otro elemento positivo de la norma, que junto con las publicaciones en medios de comunicaciones, es fundamental a los fines de dar al proceso colectivo la nota de publicidad adecuada; como así también para dotar de eficacia las previsiones propias de litispendencia y cosa juzgada.

Para una correcta exégesis de lo dispuesto por la norma, en lo que refiere a los efectos de la sentencia, es conveniente la transcripción del artículo pertinente:

*ARTÍCULO 15: (Texto según Ley 14192) La sentencia firme que hace cosa juzgada respecto del amparo individual o colectivo, deja subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo.*

*En los procesos colectivos, la sentencia alcanza a todo el grupo de afectados, y será oponible al vencido en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción. En caso de rechazo de la acción, cualquier legitimado que no haya intervenido en el proceso podrá intentar la misma acción con idéntico objeto, si se valiera de nueva prueba y se encontrare dentro del plazo establecido para interponer la acción.*

El primer párrafo del precepto citado, reparando en la particularidad del proceso de amparo, deja a salvo a las partes la posibilidad de accionar en virtud de aquellos aspectos insusceptibles de encauzarse en la vía de marras.

Respecto del último párrafo, pareciera que la norma procura una solución similar a la prevista en la ley 13.133, más precisamente en el Art. 28 inc. c), principalmente en cuanto indica que *la misma acción con idéntico objeto* –aquí no cabe dudas que refiere a la acción colectiva- solo será procedente si el peticionante *se valiera de nueva prueba*. En tales términos, se desprende que es ante el rechazo de la acción por insuficiencias probatorias que aquella resulta nuevamente admisible. Y aún cuando la norma no contempla el supuesto, opinamos que si el rechazo de la acción colectiva se produce por cuestiones de fondo, aún resultará procedente –para quienes no hayan participado en el proceso- accionar en bases a los intereses individuales exclusivos que pudiere corresponder a cada afectado.

A modo de conclusión, en lo que respecta a ésta última norma, creemos menester efectuar ciertas consideraciones. Pues sabido por todos el carácter especial del proceso amparo –caracterizado por la celeridad y rapidez-, no podemos dejar de mencionar que la previsión tutelar de intereses individuales homogéneos por ésta vía tiene un alcance por demás limitado. Es que atendiendo a las particularidades del amparo –proceso expedito, ante arbitrariedades manifiestas, de sustanciación acotada, entre otras tantas-, es notoria la

inviabilidad de erigir a esta acción como la única vía de protección jurisdiccional aglutinada de derechos individuales homogéneos. Es más, serían excepcionales los casos en que el proceso de amparo pueda dar respuesta adecuada para la protección aglutinada de ésta clase de interés; todo ello en razón de que los procesos colectivos cuentan con ciertas clases de reglas que su inclusión en el proceso de amparo lo desvirtuarían por completo. No resulta posible pensar en una certificación de clase, control de idoneidad del representante, así como otros institutos procesales típicos del proceso colectivo; en los acotados plazos y contornos de un amparo.

## JURISPRUDENCIA

Examinados los aspectos dogmáticos y normativas de los intereses individuales homogéneos, nos resta repasar el tratamiento jurisprudencial que se le ha dispensado. Y teniendo presente las controversias doctrinarias y la carencia de un cuerpo legal sistematizado y autónomo, a partir del cual sea posible alcanzar una exégesis y aplicación funcional de la defensa colectiva de los derechos en estudio, la reflexión sobre la interpretación emanada de los órganos judiciales –federales y provinciales- es de suma trascendencia.

Reconociendo que la sentencia dictada por la CSJN en el caso “Halabi” representa el hito más trascendental sobre la cuestión, es que estructuraremos el análisis jurisprudencial en torno al mismo; discriminando asimismo entre el fuero federal y el fuero local. Así se enunciarán, en primer término los antecedentes a dicho pronunciamiento emanados de los tribunales inferiores federales para continuar luego con la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema, y finalizar con avance suscitado en el fuero provincial. Seguiremos en la reflexión sobre el contenido teórico del caso “Halabi”; y concluiremos en la proyección del mismo sobre aquellos asuntos que con posterioridad han sido sometidos a la judicatura.

### *Evolución previa al Caso “Halabi”*

#### *-Tribunales federales inferiores*

Si bien existen variados antecedentes jurisprudenciales, que de un modo u otro han abordado la cuestión procesal de los conflictos colectivos, aquí solo citaremos unos pocos – que a nuestro criterio- han marcado un rumbo en la cuestión.

El primer pronunciamiento judicial, que parece haber considerado las profundas dimensiones de un conflicto colectivo en los términos que venimos desarrollando ha sido la resolución dictada el caso “Kattán”<sup>102</sup> –de materia ambiental-; en el cual se hizo lugar a

---

<sup>102</sup> Juzg. Nac. de primera instancia en lo Contencioso-administrativo Federal N° 2 “Kattán, Alberto E. y otro c/ Gobierno Nacional – Poder Ejecutivo s/ Amparo”, 10/05/1983, en LL 1983-D-576.

parcialmente a la acción de amparo en cuanto a la anulación de una autorización administrativa a dos empresas para la captura de toninas. También se requirió por los actores '*la prohibición de cazar o pescar toninas overas en nuestro mar "hasta tanto existan estudios acabados acerca del impacto ambiental y faunístico que dicha caza pueda provocar*' (Consid. 1), medida no admitida por el juez de la causa<sup>103</sup>. Lo más destacable del caso, son las reflexiones que realiza el magistrado respecto del bien en cuestión –el ecosistema-<sup>104</sup>; y aún cuando el mismo se persuade de que los actores accionan en defensa de un *derecho subjetivo*, concluye resaltando la dimensión colectiva del bien jurídico tutelado en el *sub lite* que no es otro que el medio ambiente. Es éste último argumento, y los efectos prácticos del caso, el que nos convence de su mención en el presente trabajo, en virtud de la admisión que se efectúa, de una legitimación amplia, para la defensa jurisdiccional de intereses afectados en un manifiesto conflicto colectivo.

En fecha más reciente, una modificación del sistema tarifario del servicio básico telefónico nacional –a través del decreto presidencial 92/1997-, fue el disparador de varios casos judiciales que se suscitaron en diferentes puntos del país (Capital Federal, Córdoba, Rawson, Mendoza) sobre la misma cuestión. Como claramente Maurino, Nino y Sigal, lo exponen en su obra –y a quienes seguimos en el tratamiento de éstos casos-, las demandas interpuestas por diferentes sujetos –algunas con pretensiones antagónicas- sumado a los diferentes criterios de los magistrados intervinientes y la falta de vías procesales adecuadas para la canalización de dicho conflicto “provocó un estado de incertidumbre que la Corte calificó como ‘caos jurídico’”<sup>105</sup>. En este sentido, se dictaron medidas cautelares y sentencias que imponían conductas contradictorias a las empresas prestatarias del servicio público, a saber: por un lado se decreto cautelarmente la suspensión del decreto en cuestión y luego se dictó sentencia manifestando la ilegalidad de la medida –sentencias confirmadas en la alzada-<sup>106</sup>, y por otro lado se declaró judicialmente la legalidad del decreto 92/1997 y se

---

<sup>103</sup> Consid. 21, “Por lo dicho considero que cabe el amparo anulando las autorizaciones de caza y pesca dadas por considerar que la estricta medida pedida supone una sentencia de futuro que, por tal motivo no resulta viable.”

<sup>104</sup> Consid. 19, “...la parte demandada no impugnó la legitimación de los accionantes y, por el contrario, la aceptó expresamente; tal actitud (sus representantes así lo explican) se debió a que ‘el interés jurídico que en definitiva se pretende amparar no es sólo exclusividad de la parte actora, sino también el de la demandada’. La Subsecretaría de Pesca ha manifestado que (ella) ‘se encuentra mucho más interesada que los actores en proteger el ecosistema, a peces en general y en particular los delfines’. Tal postura me releva de insistir en el tema y decidir, a la luz de los elementos aportados y normas mencionadas, definitivamente, sobre el fondo del asunto.”

<sup>105</sup> MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, cit., p 108.

<sup>106</sup> Juzg. Fed. de Mendoza *in re* “PRODELCO v. Estado Nacional s/ amparo” 20/06/1997, sentencia confirmada por la Sala A de la Cám. Fed. de Apelaciones de Mendoza, 19/08/1997; Juzg. Cont. Adm. Fed. N° 9 de Capital Federal *in re* “Defensor del pueblo de la Nación v. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo” 07/02/1997, sentencia confirmada por la Sala III de la Cam. Fed. de Apelaciones, 23/02/1997; Juzg. Nac. en lo Cont. Adm. Fed. de Capital Federal N° 11 *in re* “Consumidores Libres Coop. y otro v. Estado Nacional –Presidencia de la Nación- y otro s/ sumarísimo” 12/02/1997, sentencia confirmada por Sala V de la Cámara.

ordenó a las empresas el efectivo cumplimiento del mismo bajo imposición de astreintes<sup>107</sup>. Por medio de recursos extraordinarios las causas iniciadas en el Juzgado de Mendoza y en el Juzgado Federal 11 de la Capital Federal, fueron tratados por la Corte –cuyo análisis confeccionamos *in infra*–.

El caso “Vicenconte”<sup>108</sup>, mas precisamente el pronunciamiento emanado de la Cámara de apelaciones- ha sido otro de los fallos mas citados por los autores que abordan ésta temática. En el caso, se pretendía que se condene al Estado Nacional a “ejecutar las totalidad de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la Vacuna Candid 1 contra la F.H.A. [Fiebre Hemorrágica Argentina] [...] asegurando su inmediato suministro a la totalidad de la población potencialmente afectada<sup>109</sup>”. La actora justifica su legitimación en razón de habitar en la localidad de Azul (zona de influencia del virus) aduciendo –en el texto de la demanda- que *‘reviste la calidad de afectada en relación a la salud pública entendida como derecho de incidencia colectiva conforme lo estipula el Art. 43 CN’*; y solicita la citación como tercero del Defensor del pueblo, en virtud de las facultades del mismo otorgadas por los Arts. 43 y 86 CN. En relación a esto último, y sin soslayar la decisión fondal del tribunal, debe destacarse lo dicho por los magistrado en cuanto marcan que *“al haber asumido el Estado nacional el compromiso de producir la aludida vacuna a efectos de combatir la fiebre hemorrágica argentina, los habitantes de las zonas afectadas y, obviamente, el Defensor del Pueblo de la Nación se encuentran legitimados para reclamarle el cumplimiento de dicho compromiso”* (Consid. 18). Así se “termina admitiendo a la postre la existencia de legitimación para la defensa de un derecho de ‘incidencia colectiva’ como lo es el derecho a la salud”<sup>110</sup> en las condiciones del *sub lite*.

Otro caso relevante, sobre todo en lo que a nuestro objeto de estudio respecta ya que se trata de intereses individuales homogéneos, es el caso “Defensoría del pueblo”<sup>111</sup>. En el caso el Defensor del Pueblo de la Ciudad inició acción de responsabilidad contra Edesur SA –empresa concesionaria del servicio de energía eléctrica en la Ciudad de Buenos Aires- por los perjuicios sufridos en la Defensoría, como así también por aquellos sufridos por los

---

<sup>107</sup> Juzg. Fed. N° 1 de Córdoba, *in re* “Unión industrial de Córdoba v. Estado Nacional s/ medida cautelar autónoma” 03/02/1997, y “Tognaerelli, Héctor Daniel v. Estado Nacional y Telecom SA s/ Amparo” 07/03/1997; Juzg. Fed. de Rawson *in re* “Cámara de industria, comercio y producción de Puerto Madryn v. Estado Nacional s/ medida cautelar” y “Arrechea, José Salvador v. Estado Nacional y Telefónica de Argentina SA s/ acción de amparo” 17/04/1997.

<sup>108</sup> Cám. Nac. de Apelaciones en lo Cont. Adm. Fed. Sala IV, *in re* “Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo”. 02/06/1998.

<sup>109</sup> Texto de la demanda, (disponible en la web: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/demanda\\_viceconte.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/demanda_viceconte.pdf))

<sup>110</sup> MERTEHIKIAN, Eduardo; “La ‘protección de la salud’ como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido”, en LL 1998-F-303.

<sup>111</sup> Juzg.Nac.Civ.Com. N° 6, Secretaría N° 12 *in re* “Defensoría del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires v. Edesur SA s/ resp. por daños” y Cám.Nac.Apel.Civ.Com.Fed., Sala I 16/03/2000.

usuarios afectados<sup>112</sup>; todo ello a causa del corte de energía producido el 15 de febrero de 1999 y que se extendió por once días. La pretensión consistía que mediante proceso sumarísimo se declarase la responsabilidad de la demandada respecto de los damnificados indeterminados, que posteriormente serían individualizados al momento de la ejecución de la sentencia. En primera instancia, el juez hizo parcialmente lugar a la demanda, condenando a Edesur a indemnizar los daños sufridos por la Defensoría, pero desestimó la petición con respecto a los usuarios, por entender que la misma carecía de legitimación para representar en juicios intereses los individuales de aquellos. La sentencia fue apelada tanto por la parte actora<sup>113</sup> como por la demanda –aunque los agravios de ésta última no interesan a lo que aquí tratamos-. En lo que hace a los agravios de la actora, la Cámara rechaza el argumento de que el Defensor del Pueblo de la Ciudad tiene legitimación procesal otorgada por el Art. 43 CN –pues este contemplaría situaciones de intereses colectivos-, pero se la reconoce en virtud de lo dispuesto por el Art. 137 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>114</sup>. A continuación (consid. 18), los magistrados reconocen que la estructura procesal del derecho argentino *sólo está preparada para albergar al clásico caso judicial y no para afrontar las dificultades que presenta el caso colectivo*, reconociendo que el impacto de la tutela procesal colectiva impacta no solo en la legitimación de las partes, sino también en los efectos de la sentencia a dictarse. Con citas a precedentes de la CSJN –“Siri” (Fallos 239:459) “Kot” (Fallos 241:291)-, y manifestando que no se puede desamparar a los ciudadanos obligándolos a *‘recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios, remarcando que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad’*, el tribunal señala que *‘es razonable que frente a una gran cantidad de situaciones análogas se dicte una sola sentencia que comprenda a todas [...] evitándose así un dispendio inútil de actividad jurisdiccional’* (Consid. 20). En base a dicho razonamiento,, hace lugar a la apelación de la Defensoría, declarando la responsabilidad de Edesur y disponiendo que los afectados que se consideren con derecho podrán iniciar las acciones correspondientes para probar y determinar los daños sufridos, sin que la demandada pueda plantear las cuestiones ya definidas en el *sub lite*, otorgándole efectos expansivos al alcance declarativo de la sentencia. Destacándose la importancia de este precedente, se ha dicho que “el caso

---

<sup>112</sup> GIANNINI, Leandro J.; *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, cit. p 256.

<sup>113</sup> En el memorial de apelación, la Defensoría *“aduce que, encontrándose comprometido el interés de un determinado grupo (usuarios del servicio de electricidad), también queda comprometido el propio interés de la comunidad, por lo que no aparece como razonable dejar librada exclusivamente a la iniciativa individual la gestión de ese interés, pues el daño que se ocasiona a las personas individualmente consideradas puede no ser significativo o resultar insuficiente como para afrontar los riesgos y erogaciones de una acción singular.”* (Consid. 12)

<sup>114</sup> *“ARTÍCULO 137: [...] Es su misión la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos. Tiene iniciativa legislativa y legitimación procesal...”* (el subrayado nos pertenece).

*Edesur es el primero en la historia jurídica argentina con que las acciones de responsabilidad civil se utilizan y son reconocidas como medio para hacer efectivo el control de la prestación de los servicios públicos*<sup>115</sup>”, además debe resaltarse la solución adoptada por la Cámara, aún en ausencia de reglas procesales colectivas<sup>116</sup>.

Otro litigio colectivo destacado en la jurisprudencia de los tribunales federales inferiores ha sido “Asociación Benghalensis”<sup>117</sup>. En este caso, un conjunto de organizaciones no gubernamentales, inician acción de amparo a los fines de que se obligue al Estado Nacional a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos de HIV/Sida, y, en especial, con el suministro de medicamentos, de acuerdo lo dispuesto Arts. 14, 20, 42 y 75 inc. 22 CN y la ley 23.798 (que declaró de interés nacional la lucha contra el sida y estableció que el Ministerio de Salud y Acción Social, está obligado a proveer de los medicamentos y reactivos necesarios)<sup>118</sup>. En primera instancia, inicialmente se concedió la medida cautelar peticionada –comunicándole al Ministerio que debía adquirir y entregar, a cada uno de los efectores sanitarios del país, los reactivos y medicamentos incluidos en el Vademécum Básico-; y posteriormente se hizo lugar al amparo condenado al Estado Nacional a dar asistencia, tratamiento y, en especial, al suministro de medicamentos -en forma regular, oportuna y continua- a los enfermos que se encuentren registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país. Se justificó la legitimación de los actores –aspecto controvertido por la demandada- en base al Art. 43 CN, en cuanto la reconoce en cabeza de las asociaciones en defensa de derechos de incidencia colectiva; apuntándose que en el *sub lite* resultaba es necesario –por disposición de la ley 23.798-, *preservar la privacidad de los afectados a fin de evitar cualquier marginación o humillación*. Apelada la sentencia la Cámara la confirma, reafirmando la legitimación de las asociaciones en el Art. 43 CN y en el Art. 5 de la ley de amparo<sup>119</sup>. Planteado el recurso extraordinario ante la CSJN, la misma

---

<sup>115</sup> MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, cit., p 135.

<sup>116</sup> “Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre la decisión, es innegable que tiene una importancia histórica, en el sentido de que mediante ella se crea un ordenamiento procesal específico para el caso [...]. La decisión es trascendente también en relación a la calificación de los daños colectivamente sufridos por un grupo indeterminado de sujetos”, en LORENZETTI, Ricardo L.; “*Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad*”, en JA 2000-II-235.; “Este fallo, en épocas de crisis de la magistratura, revitaliza el rol activo y dinámico que incumbe a la judicatura y revela -una vez más- no sólo el trayecto que resta transitar hasta la recepción legislativa del proceso colectivo (por daños colectivos y por daños pluriindividuales diferenciados) sino, y esencialmente, que soluciones justas e inteligentes, superadoras de la barrera del formalismo, también dependen de pretensiones deducidas con idéntica inteligencia y ponderación.”, en GALDÓS, Jorge M.; “*Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo*”, en JA 2000-II-242.

<sup>117</sup> “Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo”, tribunales intervinientes: Juzg.Nac.Cont.Adm.Fed. N°3; Cám.Nac.Apel.Cont.Adm.Fed. Sala I -05/03/1998- y CSJN -01/06/2000 (*Fallos* 323:1339)-.

<sup>118</sup> Según lo relatado por el Procurador General de la Nación en su dictamen.

<sup>119</sup> Ley 16986, “ARTÍCULO 5º: *La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica, por sí o por apoderados, que se considere afectada conforme los presupuestos establecidos en el artículo 1º. Podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por las asociaciones que*

resuelve confirmando el pronunciamiento del *a quo*, y remitiendo a los argumentos brindados por el Procurador en su dictamen.

#### *-Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Los precedentes del más Alto Tribunal federal, son un elemento de capital importancia al momento de indagar en el marco jurídico de determinado instituto, y sobre todo, a los fines de interpretar los alcances de las formulaciones contenidas en la Constitución Nacional. Por lo dicho, es que evaluar la evolución en el tratamiento de los intereses individuales homogéneos, operada en la doctrina de la Corte Suprema, es un pasaje ineludible del presente trabajo. Y si bien no realizamos una revisión total de todos los pronunciamientos en la materia, a continuación mencionaremos algunos fallos que, en ciertas ocasiones con criterios disímiles<sup>120</sup>, han ido marcando el camino recorrido por la Corte en el tratamiento jurisdiccional de los conflictos colectivos; y más puntualmente a aquellos relativos a derechos individuales homogéneos.

Posiblemente, sea el caso “Ekmekdjian v. Sofovich”<sup>121</sup> el primero en el tiempo, en el que la Corte haya abordado la cuestión de la representación colectiva, por parte del demandante, del conjunto de personas ausentes que hayan sufrido el mismo perjuicio que el peticionante en condiciones homogéneas<sup>122</sup>. En el caso, el actor promueve demanda contra el demandado con el objeto de que éste último lea –en su programa televisivo- una carta documento que aquel le remitiera, replicando una serie de dichos emitidos en el mencionado programa, y que resultaren profundamente agraviantes de los sentimientos religiosos del actor. Luego de las disquisiciones que el tribunal efectúa de la tensión provocada entre el derecho a réplica y el derecho a la libertad de pensamiento y de prensa, se adentra en el análisis de la legitimación. En este sentido, afirma (Consid. 25) que el actor efectivamente ha sufrido un *verdadero agravio a un derecho subjetivo tutelado por el legislador*<sup>123</sup>, pero se hace la salvedad de que *ejercido ese derecho de responder a los dichos del ofensor, su efecto reparador alcanza, sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio, en las condiciones que el legislador establezca –*

---

*sin revestir el carácter de personas jurídicas justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público.”*

<sup>120</sup> “la Corte Nacional no ha seguido una línea uniforme en cuanto al tratamiento de los conflictos que abarcan a una multiplicidad de personas aunque afectadas en sus derechos individuales...” ROSALES CUELLO, Ramiro - GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “Las acciones colectivas y el fenómeno de lo grupal. Su actualidad en la jurisprudencia de la CSJN”, JA 2007-III-1225.

<sup>121</sup> CSJN, 07/07/1992 (Fallos 315:1492)

<sup>122</sup> No es menos destacable el cambio de criterio de la Corte –con respecto al caso “Ekmekdjian v. Neustad”, 01/12/1988-, reconociendo así el carácter operativo, -de aplicación aún ante la inexistencia de norma reglamentaria nacional- de las formulaciones de los pactos internacionales incorporados a través del Art. 75 inc. 22 CN.

<sup>123</sup> En el mismo considerando continúa diciendo “... *la ofensa afecta a la honra personal, por tanto a uno de los derechos subjetivos que mayor protección debe recibir por parte del ordenamiento jurídico.”*

o el juez [...] a los efectos de evitar que el derecho que aquí se reconoce se convierta en un multiplicador de respuestas interminables. Consecuentemente a tal inteligencia, es que la Corte explica que el actor asume una suerte de representación colectiva –a nuestro criterio una real representación colectiva-. Es así que de los fundamentos explicitados, juzgamos que la Corte brindó en el *sub examine* una defensa colectiva de derechos individuales homogéneos, pero que en virtud de razones prácticas –evitar la multiplicación de respuestas-, lo hizo de forma tal que la respuesta jurisdiccional pareciera dar tutela a un derecho colectivo de objeto indivisible<sup>124</sup>.

Una cuestión interesante, respecto de la legitimación de las asociaciones para la protección de intereses individuales homogéneos se dio en el caso “AGUEERA”<sup>125</sup>. La asociación inicia demanda contra la Provincia de Buenos Aires y el Ente Provincial Regulador Energético, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los decretos-ley 7290/67 y 9038/78 y del decreto 1160/92 de la provincia, sosteniendo que tales normas imponían, a los usuarios industriales de la provincia, gravámenes que ascienden al 18,5% del importe facturado cuando son abastecidos por un prestador sujeto a la jurisdicción nacional, mientras que se encuentran eximidos de su pago en el caso de que el prestador esté sometido a la jurisdicción provincial, manifestando que este sistema impositivo distorsiona el mercado eléctrico nacional y afecta las normas de la ley 24.065 y del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, y que vulnera también el orden jerárquico nacional, las garantías de la igualdad y de la propiedad, y las normas constitucionales sobre comercio interprovincial. Al resolver la excepción de falta de legitimidad interpuesta por la Provincia de Buenos Aires respecto de la asociación<sup>126</sup>, la Corte –siguiendo lo dictaminado por el Procurador General- admite la legitimación de la actora conforme lo establecido por el Art. 43 CN y el decreto 1192/92 (a través del cual se crea la asociación, con el fin de representar a los Grandes Usuarios de Energía Eléctrica y contribuir al cumplimiento de los objetivos de la política energética nacional explicitados en el Marco Regulatorio estatuido por la ley 24.065.)

De los casos que hemos enunciado anteriormente, el del rebalanceo de las tarifas del servicio básico telefónico, ha sido uno en los que ha intervenido la Corte Suprema<sup>127</sup>. En el

---

<sup>124</sup> En sentido contrario, LORENZETTI, Ricardo Luis; *Justicia Colectiva*, cit., p. 43.

<sup>125</sup> CSJN (*Fallos* 320:690), “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUERRA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”, sentencia del 22/04/1997.

<sup>126</sup> Con el argumento de que la demandante no está obligada a efectuar ningún pago en virtud de la legislación impositiva que impugna, por lo cual no reviste el carácter de titular de los derechos que intenta proteger, ni invoca poder alguno que le acuerde la facultad de comparecer en representación de los sujetos legitimados.

<sup>127</sup> Mas precisamente, las causas “PRODELCO v. Estado Nacional s/ amparo” 07/05/1998, y “Defensor del pueblo de la Nación v. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo” fueron las que llegaron a ser sometidas a la decisión de la CSJN, 07/05/1998.

caso “PRODELCO” el primer aspecto que el cimero tribunal indagó fue en la existencia de “caso” (Consid. 4 y s.s.); entendiendo que la pretensión contenida en el amparo no representaba mas que “*una mera disconformidad con la decisión política que se refleja en un aumento sectorial de tarifas en el servicio telefónico, cuestión que desde antiguo este Tribunal consideró ajena a su poder jurisdiccional*” (consid. 22), negando que se trate realmente de un ‘caso’ o ‘controversia’ en los términos del Art. 116 de la CN, no siendo admisible por lo tanto el ejercicio de la jurisdicción por parte del Poder Judicial. Pero quizás, el considerando que merezca mayores reparos sea el siguiente:

*27) Que se ratifica la inexistencia de cuestión justiciable, si se advierte que la supuesta lesión a los derechos de los consumidores que invocan las amparistas no sólo no es de carácter general, sino que la misma norma ha dado lugar a numerosas acciones judiciales -algunas de las cuales actualmente se encuentran a conocimiento de este Tribunal- en las que se persigue el mantenimiento del nuevo régimen, por ser éste favorable a importantes sectores de habitantes del interior del país.*

*Es precisamente porque no existe cuestión justiciable, que se ha configurado una situación de escándalo jurídico, por la cual magistrados de diversas jurisdicciones territoriales han dictado medidas absolutamente contradictorias sobre el mismo objeto: la vigencia del nuevo régimen tarifario, aspecto que no se ve salvado en el sub lite por la limitación impuesta por los tribunales de la causa, ya que sus decisiones, de todos modos, colisionan o se superponen con las de otros tribunales que no han adoptado igual recaudo.<sup>128</sup>*

Compartimos aquí la crítica que se hace al voto, en razón de que atribuyeron la situación de “escándalo jurídico” en la intromisión del Poder Judicial en competencias propias de la Administración Pública, sin reparar en la insuficiencia del proceso individual tradicional para el tratamiento de conflictos colectivos<sup>129</sup>. Y respecto de la primera parte del considerando transcrito, creemos que si algunas de las acciones interpuestas no configuraban caso o controversia, ellas eran las que perseguían el mantenimiento del nuevo régimen; pues en esos casos, no era posible identificarse un hecho o acto impugnado, ni tampoco existía una situación de lesión o amenaza a un interés susceptible de tutela jurisdiccional. Cabe decir que en la resolución del caso “Defensor del Pueblo”, se hizo lugar al recurso extraordinario del Estado Nacional, remitiéndose *brevitatis causae* a los argumentos esgrimidos *in re* “PRODELCO”.

---

<sup>128</sup> Voto integrado por los magistrados Nazareno, Moline O'Connor, Vázquez y López.

<sup>129</sup> “... el fallo hizo alusión a la promoción de diversos juicios con objetos contrarios en diferentes jurisdicciones. Sin embargo, en lugar de marcar esa circunstancia como una deficiencia los procesos tradicionales para tratar cuestiones relativas a derechos de incidencia colectiva y encauzar su organización jurisprudencialmente, afirmo explícitamente que ello era resultado de un exceso en la actuación de los tribunales, una invasión de potestades administrativas.”, en MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, cit., p 113.

Otra cuestión sobre la legitimación de grupos intermedios, fue debatida en los casos “Cámara de Comercio”<sup>130</sup> y “Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos”<sup>131</sup> (en éste último se remitió por razones de brevedad a los argumentos allí expuestos). En ambos casos, la Corte revoca los fallos del *a quo*<sup>132</sup>, juzgando que los actores carecía de legitimación para defender judicialmente los derechos individuales de sus respectivos asociados. En el primero de los casos -siguiendo los lineamientos dado por el Procurador General en su dictamen- la Corte sostiene que la legitimación otorgada en el Art. 43 se ha instituido para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, y que en el *sub examine* la acción de amparo promovida ‘*no ha sido en defensa de algún derecho de la naturaleza de los aludidos precedentemente, sino respecto de derechos individuales de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados*’ (Consid. 11). Cabe concluir que ambos fallos fueron dictados en unanimidad con un solo voto<sup>133</sup>.

El caso “Verbitsky”<sup>134</sup>, es uno de los más trascendentes que ha dictado la Corte en los últimos tiempos, en cuanto aborda diversas cuestiones por demás complejas<sup>135</sup> –no obstante nos limitaremos al análisis de la cuestión colectiva-. El actor –en su carácter de representante legal del CELS- interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires acción de habeas corpus correctivo y colectivo, en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados; aduciendo que la situación planteada en los hechos resultaba violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional; como así también de las leyes nacionales y provinciales que aseguran y regulan los derechos básicos de las personas detenidas, estableciendo un tratamiento humano y digno tendiente a garantizar el fortalecimiento de la dignidad humana y la inserción social de los procesados y condenados.

---

<sup>130</sup> CSJN *in re* “Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Rcia. c/ AFIP s/ amparo”, 26/08/2003, (*Fallos* 326:3007)

<sup>131</sup> CSJN *in re* “Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional s/ amparo”, 26/08/2003, (*Fallos* 326:2998)

<sup>132</sup> Aunque las pretensiones diferían en uno y otro caso. En el primero, se peticionaba la inconstitucionalidad de los arts. 92, 95, 97 y 98 de la ley 11.683 -sustituidos por la ley 25.239- y se ordene a la AFIP que se abstuviese de aplicar a los socios de la entidad actora el procedimiento de ejecución fiscal establecido por la primera de tales normas; en tanto que en el segundo, el objeto era la declaración de inconstitucionalidad del art. 2º de la ley 24.977, del anexo de la mencionada ley, y del art. 27 del decreto 885/98, y la inaplicabilidad al caso de la res. gral. (AFIP) 211/98, y de cualquier otra disposición o reglamento que impida la opción de asumir la posición de responsables no inscriptos frente al IVA a quienes tengan ingresos brutos anuales que no superen la suma de \$ 36.000.

<sup>133</sup> Jueces Belluscio, Petracchi, Moline O’Connor, Boggiano, López, Vázquez, Maqueda.

<sup>134</sup> CSJN *in re* “Verbitsky s/ habeas corpus”, 03/05/2005 (*Fallos* 328:1146).

<sup>135</sup> Para profundizar en los aspectos aquí omitidos, remitimos a, PUGA, Mariela, “¿A dónde va la Corte en las causas Verbitsky y Riachuelo? Ni uñas, ni dientes’, *intervenciones experimentalistas*”, en Revista del colegio de abogados de la plata, Julio de 2008, Año L, Nº 69, p 151.

Asimismo requirió el establecimiento de una instancia de ejecución de la sentencia, en la que, a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pudiera determinarse el modo en que la administración pueda hacer efectivo el cese de esas condiciones oprobiosas de detención; modo éste que debía ser controlado por el Tribunal. El Tribunal de Casación se declaró incompetente, y la Suprema Corte provincial rechazó los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos, dándose lugar al recurso de queja que finalmente trata la Corte Suprema<sup>136</sup>. Dos cuestiones son centrales en el estudio de este caso; por un lado la vía procesal, y por el otro la legitimación<sup>137</sup>. Respecto de la vía, la Corte expresa:

*16) Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.*

*17) Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad.*

Y en cuanto a la cuestión de la legitimación activa de la actora, si bien ésta la justificó en el Art. 43 CN<sup>138</sup>, la Corte no trató explícitamente el asunto. Por nuestro lado creemos que la remisión a la fórmula constitucional mencionada, es válida a los efectos de fundamentar la vía procesal colectiva; pero en lo que respecta a la legitimación, no encontramos escollo alguno en la aplicación de la normativa prevista para la acción de habeas corpus –ley

---

<sup>136</sup> COURTIS, Christian, “El caso ‘Verbitsky’: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”,

(disponible en la web: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/courtis\\_christian.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/courtis_christian.pdf))

<sup>137</sup> Si bien ya se tenía un antecedente en la cuestión en: CSJN *in re* “Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo”, 09/04/2002, (Fallos 325:524). En el que se resolvió, previa readecuación de la petición a la figura del habeas corpus, *urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a voto de los detenidos no condenados*, en un plazo de seis meses (Consid. 9).

<sup>138</sup> En el memorial del recurso extraordinario, “...consideró que la decisión adoptada –en tanto estableció que se debía analizar cada caso concreto de manera individual por los jueces de la causa, lo que obligaba a interponer una acción de habeas corpus correctivo por cada persona detenida en las condiciones referidas, ante los distintos jueces que entendieran en su causa-, había desconocido la posibilidad de accionar en defensa de derechos e intereses colectivos, contemplada en el art. 43, párrafo segundo de la Constitución Nacional. En este sentido, sostuvo su legitimación procesal activa para accionar en forma colectiva, pues lo que se perseguía con la presentación incoada no era sólo la solución de la situación individual de cada detenido, sino, antes bien, una respuesta concreta al conflicto colectivo...” (Consid. 5 del voto mayoritario: Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti; reproducido en los votos de Fayt y Argibay)

23.098-<sup>139</sup>. En virtud de la extensión de la sentencia respecto de la cuestión de fondo, omitimos su consideración remitiendo a los autores antes citados.

Pero el caso “Mendoza”<sup>140</sup>, relativo a la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo puede ser considerado como uno de los precedentes más importante –al menos hasta el pronunciamiento en el caso “Halabi”-, en cuanto a las fórmulas procesales y de fondo, que resuelve la Corte respecto de la teoría del proceso colectivo; y en lo que respecta específicamente a nuestro objetivo de estudio, no puede dejar de señalarse que ha sido el primer precedente en dar algunas precisiones respecto de la categoría de derechos individuales homogéneos en nuestro ordenamiento jurídico<sup>141</sup>. Cabe transcribir aquí las palabras del actual Presidente del cimero tribunal, manifestando que el proceso “se inició como un daños y perjuicios pero su transcurso no siguió un trámite ordinario sino, por el contrario uno urgente y autónomo. Se configuró una suerte de proceso ambiental expedito atípico, cercano al amparo pero sin demasiada limitación anticipada en cuanto a lo que podía o debía ser el marco de debate y prueba”<sup>142</sup>. En el *sub lite*, diecisiete personas interponen –por derecho propio y, algunas, en representación de sus hijos también- acción de daños y perjuicios<sup>143</sup>, y de cesación y recomposición del daño ambiental infringido. En el considerando 6 de la sentencia que comentamos<sup>144</sup>, la Corte delimita las pretensiones de la parte actora, identificando por un lado aquellas respecto de la lesión a bienes individuales (resarcimiento de daños), y por el otro, aquellas respecto a la afectación del bien de incidencia colectiva (cesación y recomposición del daño ambiental); entendiendo que solo las segundas son admisibles en la jurisdicción originaria de la Corte Suprema –ello en virtud de la interjurisdiccionalidad del bien colectivo afectado-<sup>145</sup>. Asimismo el superior tribunal

---

<sup>139</sup> “ARTÍCULO 5º: Facultados a denunciar. La denuncia de hábeas corpus podrá ser interpuesta por la persona que afirme encontrarse en las condiciones previstas por los artículos 3º y 4º o por cualquier otra en su favor.”

<sup>140</sup> CSJN in re “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 20/06/2006 (*Fallos* 329:2316).

<sup>141</sup> “Debemos señalar que por primera vez en el fallo ‘Cuenca Matanza-Riachuelo’ la Corte utilizó la expresión ‘derechos individuales homogéneos’ al referirse a los reclamos por los perjuicios individuales efectuados por los vecinos ribereños.”, en SALGADO, José María, *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p 30.

<sup>142</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis; *Justicia Colectiva*, cit., p. 49.

<sup>143</sup> Contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y cuarenta y cuatro empresas.

<sup>144</sup> Como bien lo advierte Lorenzetti, “el análisis de este caso debe hacerse en etapas, pues conforme su desarrollo, se fueron dictando una serie de resoluciones (en su mayoría interlocutorias) [...] Sucede que en los procesos colectivos de estas dimensiones (megacausas) la sentencia no es una, sino varias. Se trata de resoluciones de aproximación a la solución del conflicto, que por tener distintas aristas y sujetos múltiples, ameritan resoluciones en estadios intermedios para llegar al objeto final”, LORENZETTI, op. cit., idem.

<sup>145</sup> “...pues, es que el art. 7º de la ley 25.675 prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica en el sub lite en la medida en que, por un lado, están involucradas más de una jurisdicción estatal; y en que, por el otro, dos de las pretensiones promovidas tienen en mira ese presupuesto atributivo de

sustenta la decisión de excluir a los daños sufridos individualmente, en razón de que en las circunstancias de la causa, no resulta admisible un tratamiento aglutinado de los mismos, diciendo en efecto que,

*...si bien, eventualmente, podrían ser calificados como intereses individuales homogéneos, en razón de que podría haber un solo hecho ilícito que cause lesiones diferenciadas a los sujetos peticionantes, ello no surge de la demanda, en la medida en que, por el contrario, menciona diferentes supuestos de causación.*

*Por otra parte, la demanda no contiene una descripción precisa que permita relacionar el nexo causal que existiría entre el daño sufrido por cada uno de los actores y cada una de las empresas demandadas y tampoco existe una adecuada descripción de los grados de incapacidad de cada uno de los demandantes, así como de la entidad de las lesiones sufridas en sus patrimonios como en sus personas; todo ello obsta a su acumulación en un solo proceso.<sup>146</sup>*

Y es ésta última inteligencia de la Corte la que nos genera el mayor interés, pues parece dar ciertos parámetros para la procedencia del tratamiento colectivo de intereses individuales homogéneos. Es así que interpretando a *contrario sensu* la parte del considerando transcrito, pareciera que la corte admitiría la tutela jurisdiccional colectiva cuando los intereses individuales de múltiples sujetos se vean lesionados por *un solo hecho* –o complejo de hechos, agregamos nosotros-, y que la demanda en que se peticiona su resarcimiento en forma colectiva, contenga una descripción precisa que permita relación el nexo causal entre el daño sufrido por los demandantes y el demandado. Cuestión por demás destacable, teniendo en cuenta que se trataban de derechos individuales divisibles de carácter patrimonial, y que no se encontraban enmarcados en una relación de consumo.

Y el desarrollo teórico de los derechos individuales homogéneos se vio profundizado en los casos “Defensoría”<sup>147</sup> –voto en disidencia de Lorenzetti y Zaffaroni- y “Ministerio de Salud”<sup>148</sup> –voto de Lorenzetti-, que son idéntico en la mayoría de sus considerandos<sup>149</sup>. Los

---

*competencia -la degradación o contaminación de recursos ambientales- al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial...” (Consid. 7)*

<sup>146</sup> Consid. 17.

<sup>147</sup> CSJN *in re* “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Secretaría de Comunicaciones - resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986”, 31/10/2006 (*Fallos* 329:4542)

<sup>148</sup> CSJN *in re* “Ministerio de Salud y/o Gobernación s/ acción de amparo”, 31/10/2006 (*Fallos* 329:4741)

<sup>149</sup> En el primer caso, el actor interpuso acción de amparo con el objeto de que se deje sin efecto la resolución de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación 2926 de 1999, en la cual se había autorizado el cobro del servicio de informaciones “110” a los usuarios del servicio telefónico (pretensión rechazada en la Corte por considerar que el actor carecía de legitimación para impugnar la decisión de la autoridad nacional).

En el segundo caso, los actores -médicos del Hospital Materno Infantil y dos asociaciones profesionales- deducieron amparo contra la Provincia de Salta con el objeto de que se diera solución a las “graves insuficiencias de infraestructura, equipamientos, insumos y recursos humanos que padece el Hospital Materno Infantil, hoy Hospital de Niños”, condenando al Ministerio de Salud a tomar una serie de medidas peticionadas. (la Corte revoca la sentencia del superior tribunal de Salta –que rechazó la pretensión de la amparista-, mandando a dictar un nuevo fallo).

magistrados citados distinguen, *en materia de legitimación procesal*, tres clases de pretensiones, según conciernen a: *derechos individuales, a derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*<sup>150</sup>. Con respecto de la tercera categoría enunciada, los magistrados la comprenden en el texto de la Constitución, *cuando hace alusión a los derechos de los consumidores y a la no discriminación en su Art 43*<sup>151</sup>; explicando que en estos casos no hay un bien colectivo, sino derechos individuales –divisibles–, lesionados por un hecho –único o continuado– identificable como causa fáctica [y normativa] homogénea de la afectación, *que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa que en él se dicte*. Y reconociendo que no existe norma en nuestro país reglamentando las “*acciones de clase*”, formulan tres requisitos para admitir pretorianamente este tipo de procesos: *la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que, en ausencia de un ejercicio colectivo, habría una afectación grave del acceso a la justicia*<sup>152</sup>. Debe remarcarse la construcción teórica de los magistrados en orden a superar la mora del legislador, y señalar *la obligación de los jueces* en hacer efectiva la norma constitucional<sup>153</sup>. Por último, en el caso “Ministerio” –y en sentido contrario a lo expuesto por Lorenzetti y Zaffaroni– la magistrada Argibay expone su tesis conforme a la cual, el Art. 43 CN solo admite la legitimación del afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones para la protección jurisdiccional de los intereses colectivos, entendiendo que dicho precepto en nada a variado el sistema de defensa de los intereses individuales –ya que los sujetos mencionados en dicho artículo no pueden sustituir a los titulares de derechos individuales en la defensa judicial de los mismos– (Consid. 4).

Por otra parte, y siendo un antecedente más mediato a la resolución de “Halabi”, en el caso “Defensor del pueblo”<sup>154</sup> la Corte se expidió en relación a la legitimación del Defensor del Pueblo, para accionar en tutela de intereses individuales homogéneos. El en *sub lite*, el actor solicita –vía amparo– la declaración de inconstitucionalidad de la legislación de emergencia en materia de depósitos bancarios. La alzada confirmando la sentencia de

---

<sup>150</sup> Consid. 6 en “Defensoría”, y Consid. 8 en “Ministerio”.

<sup>151</sup> Consid. 9 en “Defensoría”, y Consid. 11 en “Ministerio”.

<sup>152</sup> Consid. 10 en “Defensoría”, y Consid. 12 en “Ministerio”.

<sup>153</sup> “...entienden que, tratándose de una norma operativa y en base al principio de donde hay un derecho hay un remedio legal, son los jueces quienes deben suplir la falta de regulación legal cuando se aporte nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental así como las dificultades del acceso a la justicia de su titular...”, en ROSALES CUELLO, Ramiro - GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “*Las acciones colectivas y el fenómeno de lo grupal. Su actualidad en la jurisprudencia de la CSJN*”, JA 2007-III-1225

<sup>154</sup> CSJN *in re* “Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dto. 1316/02 c/E.N. P.E.N. dtos. 1570/01 y 1606/01 s/amparo ley 16.986”, 26/06/2007 (*Fallos* 330:2800)

primera instancia, hace lugar al amparo<sup>155</sup>. En el tratamiento de los recursos extraordinarios interpuestos por las demandadas –Estado Nacional y BCRA-, el superior tribunal federal revocó la sentencia del *a quo*. En lo que aquí nos interesa, la Corte niega la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación para la tutela de derechos individuales de naturaleza patrimonial<sup>156</sup>. Y es en el análisis del Art. 43, los magistrados consideran que la legitimación extraordinaria o anómala dispuesta –en el caso, respecto del actor- lo es al solo efecto de habilitarlo en la tutela de derechos de incidencia colectiva, entendiendo por éstos a los derechos *supraindividuales o colectivos*; estos, *caracterizados como aquellos que, teniendo por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal* (Consid. 10). Y continúan expresando que la legitimación del Defensor del Pueblo –surgida del Art. 43 CN- queda exceptuada para la protección de los derechos que son de carácter patrimonial, puramente individual, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados (Consid. 11). Pero mas allá de la doctrina esencial del fallo, debe advertirse la diferenciación hecha por Maqueda en su voto, pues el citado ministro no comparte la noción de derechos de incidencia colectiva como comprensivos solo de aquellos cuyo objeto conste de un bien de naturaleza indivisible<sup>157</sup>; ya que admite dentro de dicha categoría a los intereses individuales –y aún de carácter patrimonial- cuando en estos *cobren preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo, la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados o, en su caso, débilmente protegidos* (consid. 10 de su voto). Empero, y finalizando en la reflexión del caso, compartimos plenamente con lo dicho que, mas allá de esas diferencias, “la totalidad de los ministros votantes en caso, sostuvo que los intereses pecuniarios, esencialmente singulares, no ingresan (aún cuando sean homogéneos) en la categoría de derechos colectivos”<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Cam Apel. Cont. Adm. Fed. sala V, 13/09/2002. Admite la legitimación del Defensor del Pueblo, “por mas que se trataba de una situación de pluriindividualidad y no de derechos difusos propiamente dichos: ‘cuando, como en el presente caso, se ha denunciado la lesión de derechos individuales en forma generalizada, el Defensor del pueblo tiene legitimidad procesal para promover demandas fundada en las disposiciones de las normas pertinentes’”, en GIANNINI, Leandro J.; *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, cit. p 265.

<sup>156</sup> Debe destacarse que solo suscribieron el fallo cuatro magistrados: Highton de Nolasco, Argibay, Fayt (según su voto) y Maqueda (según su voto).

<sup>157</sup> GIANNINI, Leandro J., “Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de ‘derechos de incidencia colectiva’”, LL 2008-A-102.

<sup>158</sup> ROSALES CUELLO, Ramiro - GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “El caso ‘Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo – decretos nros. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986’: un avance en pos de la caracterización de las acciones colectivas”, JA 2007-IV-636.

- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Uno de los casos mas resonantes en el tratamiento de los conflictos que haya definido el supremo tribunal de la provincia fue el caso "Almada c/ copetro SA"<sup>159</sup>. Si bien el caso es de materia ambiental, los votos emitidos marcan un camino en la tutela jurisdiccional colectiva. En el caso, los actores –cuarenta y siete afectados- demandan por daños y perjuicios a Copetro SA –empresa productora de coque de petróleo- peticionando el cese de la contaminación ambiental y el resarcimiento de los daños sufridos individualmente por ellos; siendo tales pretensiones admitidas en primera instancia y en la alzada. Llegados los autos a la Suprema Corte, esta confirma el pronunciamiento del *a quo*. Para ello, luego de relatar entre los antecedentes del resolutorio impugnado, que la Cámara había adoptado medidas no previstas en la legislación vigente<sup>160</sup> *no podía negarse la tutela de los intereses difusos, afectados por la agresión al medio ambiente, ya que si bien se acudió al concepto clásico del derecho subjetivo para abrir la jurisdicción, no se pudo soslayar que para evitar el agravamiento del daño ambiental era menester ir más allá de la parcela del interés individual del pretensor o demandante individual; se justificó que ante el nuevo sustrato fáctico y jurídico actual, es inevitable la flexibilización de las disposiciones procesales, en tanto y en cuanto no se conculque la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso* (Voto de Hitters –al que adhirieron Pisano, Laborde y Negri-). Por otro lado, el Dr. Pettigiani (aún manifestando adherir al voto de Hitters), expresa que *nos encontramos frente a la necesidad de trocar esa aspiración inicialmente personal en una tutela compartida, de raigambre solidarista, ya que por una parte la protección singular sólo será efectiva si se extiende al conjunto [...] en tanto por otra parte la justicia no podría admitir un recorte al bien común basado en una economía procesal más emparentada con un excesivo rigorismo formal que con la vocación de satisfacer el derecho material dotándolo de un sentido finalista* (consid. 4); y refiriendo a la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 –Art. 43-, recuerda la ampliación en los sujetos legitimados para la clase de derechos controvertidos en el *sub lite*.

Pero es el caso "Cámara Argentina de Salas de Bingo"<sup>161</sup>, en el que la Suprema Corte trata precisamente la cuestión de los derechos individuales homogéneos. En el caso, la actora –asociación civil que representa a "terceros contratantes" en explotación de salas de bingo- promueve amparo agraviándose de la resolución de la dictada por el Instituto Provincial de Lotería y Casinos, mediante la cual se rechazaron las presentaciones

---

<sup>159</sup> SCJBA *in re* "Almada, Hugo Néstor contra Copetro S.A. y otro. Daños y perjuicios", 19/05/1998 (Ac. 60.094)

<sup>160</sup> Aunque de todos modos se *legitimaba individualmente a los actores el art. 2618 del Código Civil para el reclamo individual de cese de la contaminación y para volver las cosas a su anterior estado los arts. 1083 y 1113, 2º párr., 2da. parte del mismo cuerpo legal*; y se aludió explícitamente a los Arts. 41 y 43 CN (Voto de Hitters).

<sup>161</sup> SCJBA *in re* "Cámara Argentina de Salas de Bingo y Anexos contra Provincia de Buenos Aires (Instituto Provincial de Lotería y Casinos). Acción de amparo", 07/03/2007 (Causa B. 66.095).

efectuadas por el representante de la entidad, alegándose falta de legitimación activa de la misma para ser parte en el procedimiento administrativo<sup>162</sup>. En dicho marco, los magistrados realizan una serie de consideraciones respecto de la legitimación en la instancia administrativa, que luego la extienden para la instancia jurisdiccional. En este sentido, el Dr. Roncoroni en su voto (al que adhieren Hitters y de Lazzari), aborda la cuestión de la legitimación de la actora para la defensa de los intereses individuales homogéneos de sus afiliados; explayándose en primer término sobre las tres categorías, que estima, comprendidas en la noción de derechos de incidencia colectiva del Art. 43 CN –derechos difusos, derechos colectivos y derechos individuales homogéneos-. El citado magistrado, diferencia entre los derechos individuales *strictu sensu* –que representan el concepto tradicional de derecho subjetivo-, de aquellos *intereses pluriindividuales homogéneos*. A estos últimos los caracteriza como aquellos en los que el interés es individual, la legitimación es individual, pero los intereses son homogéneos o idénticos entre los distintos titulares; mencionando que siendo tan homogéneos o idénticos los elementos objetivos de las pretensiones de cada uno de los titulares, es que la doctrina enfatiza que *las acciones individuales que ejerce cada uno de ellos debieran tener tratamiento colectivo y que la sentencia a dictarse expanda sus efectos vinculantes hacia todos los que poseen elementos homogéneos*. Y del análisis del *sub lite*, el citado magistrado resaltando la vinculación grupal de los titulares de los pretensos derechos individuales homogéneos afectados –a través de la entidad actora, cuya finalidad reside en la defensa de sus derechos-, concluye que *no puede desconocerse que la Cámara actuante está efectivamente legitimada para demandar la tutela de intereses individuales homogéneos de todos su afiliados, que la constituyeron, precisamente y entre otras cosas para que los represente cuando todos ellos se encuentre en determinada situación*. Y concluye que, observando los avances experimentados en el plano jurisdiccional en orden a la legitimación activa –no correspondidos en el procedimiento administrativo local-, resulta exigible una interpretación armoniosa del Art. 10 del dec-ley 7647/1970 con las reformas constitucionales –local y federal- sobre la cuestión tratada.

#### Caso “Halabi”

Reservamos el presente apartado, para considerar exclusivamente las cuestiones tratadas por las Corte Suprema en la sentencia dictada en el caso “Halabi”<sup>163</sup>. Remarcando la importancia de este caso en el tema que aquí estudiamos, los autores han opinado que el

---

<sup>162</sup> Actuaciones administrativas que procuraban que la autoridad de aplicación, lleve adelante una hermenéutica adecuada del Art. 9 del decreto 1372/2002 –que regula cuestiones relativas al pago del canon a cargo de los empresarios nucleados en la asociación-, en orden a la consecuencias económicas que dicha norma implicaba para las empresas representadas.

<sup>163</sup> CSJN *in re “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986”*, 24/02/2009 (Fallos 332:111)

mismo representa un punto de inflexión en materia de sistemas procesales<sup>164</sup> o un caso fundacional estableciendo las acciones colectivas<sup>165</sup> –o acciones de clase<sup>166</sup>–; fundamentándose tales adjetivaciones en el conjunto de reglas acerca de cuestiones procesales en materia de legitimación, alcance de la sentencia y la configuración de caso judicial<sup>167</sup>, profundizando en el *sub examine* el perfil de los derechos individuales homogéneos<sup>168</sup>.

En cuanto a la tramitación de los autos, el actor promueve amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.837 y de su decreto reglamentario 1563/04, aduciendo que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 CN, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine "en qué casos y con qué justificativos", alegando que esa intromisión constituye una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes. En primera instancia<sup>169</sup>, la magistrada interviniente hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1° y 2° de la ley 25.873 y del decreto 1563/04, basándose en cuestiones de fondo –cuyo análisis exceden el marco del presente trabajo–. En segunda instancia<sup>170</sup>, se confirma lo sentenciado por el *a quo*, pero además se decide extender los efectos de la sentencia a todos los usuarios de servicios de telecomunicaciones. Nos parece provechoso, reproducir los argumentos dados por la alzada, en su considerando 8;

*La jueza fundó la legitimación del actor en su doble carácter de usuario de distintos servicios de telecomunicaciones (telefonía e internet) y abogado cuyo secreto profesional podría verse comprometido por las normas en crisis. Vale decir, accionó en defensa de un derecho personal - iure proprio -, lo que no excluye la incidencia colectiva de la afectación a la luz del 2do párrafo del art. 43 de la CN. En efecto, se desprende de la jurisprudencia de la Corte Suprema que los derechos de los usuarios configuran derechos de incidencia colectiva cuando se encuentren presentes en modo simultáneo: a) alguna relación de consumo definible, con carácter no individual, sino abierta, masiva o plural cuyo impacto respecto de los integrantes del grupo es homogéneo o uniforme, b) algún acontecimiento normativo que incida en los intereses tipificados y protegidos de los*

---

<sup>164</sup> 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?", en LL 2009-B-186

<sup>165</sup> SOLA, Juan V., "El caso Halabi y la creación de las 'acciones colectivas'", en LL 2009-B-155

<sup>166</sup> SABSAY, Daniel A., "El derecho a la intimidad y la 'acción de clase'", en LL 2009-B-401

<sup>167</sup> GELLI, María A., "La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso 'Halabi'", en LL 2009-B-567.

<sup>168</sup> SALGADO, José María, *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cit., p 83.

<sup>169</sup> Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contencioso administrativo Federal Nro. 10, sent. del 14/06/2005, en LL 2005-F-318.

<sup>170</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, sent. del 29/11/2005.

*usuarios en cuestión y que también se proyecte sobre el grupo en forma uniforme [...] Ello ocurre en este pleito en el cual la causa (causae petendi) y el objeto de la pretensión articulada por el Dr. Halabi tienen una indudable dimensión colectiva.*

*Consecuentemente, la sentencia aquí dictada - estimatoria de la acción intentada - debe aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio. Esta conclusión no implica consagrar una suerte de acción popular ni prescindir del concepto de "causa" o "caso" [...] pues si admitimos el carácter colectivo de esta controversia, la derivación lógica de tal razonamiento será que el control de constitucionalidad ejercido tendrá - también - alcance colectivo para todos los usuarios que se encuentren en la misma condición que el actor. La autorización para litigar los derechos de otros mediante la deducción de pretensiones colectivas es otorgada nada menos que por la Constitución Nacional y por la ley 24.240 - art. 52-*

Del considerando citado *ut supra*, se desprenden dos cuestiones; la primera, dada por la inclusión –a criterio del judicante, y en determinadas condiciones- de derechos individuales en la expresión constitucional de derechos de incidencia colectiva (Art. 43.); y la segunda, dada por la potestad del juez de brindar una protección colectiva, ante casos como el *sub examine* y aún cuando la pretensión del actor se hubiese planteado reducida a su ámbito individual<sup>171</sup>, justificándose tal decisión en la naturaleza colectiva del caso. Siendo esta última cuestión -la mencionada expansión de los efectos de la sentencia-, el agravio en el que se sustenta el recurso extraordinario interpuesto por la parte demandada.

Llegados los autos a decisión de la Corte Suprema, ésta se pronunció a través de un voto mayoritario (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni) y dos disidencias parciales (por un lado Argibay y Petracchi, y por el otro Fayt).

Los magistrados que suscribieron el voto mayoritario manifiestan que a los efectos de tratar la impugnación efectuada por el Estado Nacional al resolutorio de la alzada, previamente se requiere determinar la naturaleza jurídica de los derechos debatidos en el caso (Consid. 8). En tal cometido, afirman que en *materia de legitimación procesal corresponde delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*; y que en cada uno de ellos el “caso” tiene una *configuración típica diferente* (Consid. 9). Respecto de la primera categoría –a la que referiría el primer párrafo del Art 43 CN-, la encuentran configurada por *derechos divisibles, no homogéneos* y cuya protección radicaría en *la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados* (Consid. 10). En la segunda categoría,

---

<sup>171</sup> “La Cámara entendió que, dadas las particularidades del caso, y si bien la acción había sido ejercida por el afectado en salvaguarda de sus derechos individuales, la legitimación en la acción de amparo planteada abarcaba el ejercicio de un derecho de incidencia colectiva [...]. Como consecuencia, la sentencia se debía proyectar sobre todos los usuarios que no habían participado en el proceso”, en BADENI, Gregorio, “*El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos*”, en LL 2009-B-256.

encuentran *dos elementos de calificación que resultan prevalentes*: la existencia de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna; y, a los efectos de su tutela, *la pretensión [causae petendi] debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho* (Consid. 11).

En este pasaje del fallo se nos presenta la cuestión de dilucidar si las categorías a las que refiere la Corte, los son –a criterio de los magistrados mencionados- de naturaleza sustancial, o lo son de naturaleza procesal. *Prima facie*, y en razón de la terminología empleada –“*en materia de legitimación procesal*”- pareciera que la segunda posibilidad se impone; pero de la lectura de pronunciamientos posteriores del cimero tribunal<sup>172</sup>, se desprende que la primera solución es la que resulta acorde con el pensamiento de los magistrados<sup>173</sup>.

En relación a la caracterización de los intereses individuales homogéneos, la Corte –en posición mayoritaria- la subsume en el segundo párrafo del Art. 43 CN. Dichos magistrados continúan su razonamiento, expresando que esta última categoría se configura ante *la afectación de derechos individuales enteramente divisibles, por un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre*. Prosiguen destacando que, en estos términos, se presenta una *homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño*; todo ello en razón de que *la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre*. Luego de brindar los argumentos conceptuales referidos, y en el mismo considerando, se manifiesta la carencia –y la necesidad- en nuestro ordenamiento jurídico de una ley que reglamente el ejercicio de las “*acciones de clase*” que determine

---

<sup>172</sup> CSJN *in re* “Schröder, Juan c/ INVAP S.E. y E.N. s/ Amparo”, sent. del 04/05/2010 (*Fallos* 333:570); “La acción interpuesta [...] puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto un bien colectivo (la defensa del medio ambiente). Tanto en este supuesto como cuando se trata de la tutela de derechos individuales o de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible...” (Consid. 10)

<sup>173</sup> “... la Corte empieza distinguiendo conceptualmente las tres categorías de derechos que se desprenden del art. 43 de la CN: [...] No se trata de categorías contrarias, ni la Corte las contrapone; se trata de tipos de derechos diferenciados, pero que pueden concurrir simultáneamente en un caso dado”, en CATALANO, Mariana – GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena, “*Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema*” en LL 2009-B-603 (el subrayado nos pertenece); Así se ha entendido también que tanto la reforma constitucional, como la Corte Suprema en el caso “Halabi” han establecido que “la dimensión sustancial de la validez del Estado constitucional de derecho argentino está integrada por derechos subjetivos, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos de naturaleza indivisible y derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos de naturaleza divisible.”, en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “*Afectado, derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos y acción colectiva*”, cit., p 1.

*cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos. Aún así, y sin soslayar que dicha carencia constituye una mora del legislador, afirman que la norma constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle operatividad (Consid. 12).*

Del citado pasaje del fallo, compartimos lo apuntado respecto de las notas conceptuales de la categoría definida. Pero en lo que sigue, al destacar la necesidad de una norma que regule la estructura y dinámica del proceso colectivo –en orden a la complejidad que el mismo ostenta-, notamos que se incurre en una incongruencia interpretativa; pues si se entiende a los intereses individuales homogéneos comprendidos en la noción de derechos de incidencia colectiva, tal exégesis se deben extender a aquellos las previsiones contenidas en el segundo párrafo del Art. 43 CN.<sup>174-175</sup>

Consecuentemente con todo lo dicho, y con la finalidad de operativizar las previsiones del segundo párrafo del Art. 43, los magistrados elaboran una suerte de teoría general de la acción colectiva para la tutela de intereses individuales homogéneos, estableciendo tres requisitos para la procedencia de la acción (Consid. 13).

El primero, está dado por *la verificación de una causa fáctica común*, consistiendo ésta en *la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales*. El segundo, consiste en que *la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar*, como ocurre en los casos en que se deducen acciones de la primera categoría [derechos individuales no homogéneos]; ya que *la causa o controversia no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho*. Y el tercer requisito que impone la Corte, es *que el interés considerado aisladamente, no justifique la promoción*

---

<sup>174</sup> “...las disquisiciones formuladas [...], como dos subtipos de acciones colectivas, pareciera no responder a la simplicidad del art. 43 de la CN. El amparo colectivo puede merecer sub-clasificaciones conceptuales con propósitos explicativos, pero no sub-clasificaciones conceptuales para distinguir sujetos legitimados o extremos sustanciales para su procedencia.”, en BOICO, Roberto J., “La nueva etapa del amparo colectivo. El caso Halabi y el actual escenario del art. 43 de la CN”, en LL 2009-B-211.

<sup>175</sup> “...nos resulta particular la interpretación que se ha hecho del art. 43, en su segundo párrafo. En efecto, por un lado, la mayoría acepta que en él se alojan los derechos individuales homogéneos pero prescinden de la vía procesal prevista en la misma norma, sin señalar siquiera la razón por la que se lo hace. [...] no comprendemos porque al valerse del art. 43, en su parte pertinente, los jueces de la mayoría se interrogaron sobre los legitimados activos para promover la pretensión grupal, cuando el mismo artículo es el que brinda la solución y ya se había resuelto que esa legitimación se extendía a otros procesos colectivos”, en ROSALES CUELLO, Ramiro - GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “Nuevas consideraciones del fallo ‘Halabi’”, LL 2009-D-424.

de un demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia; igualmente admite la acción colectiva cuando, aún sin darse este último requisito, *cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afecten a grupos que tradicionalmente han sido postergados.*

En lo que refiere al primer requisito, creemos que debe realizarse una interpretación amplia de la expresión “causa fáctica común”, comprendiendo en la misma cuestiones jurídicas o normativas; pues de otro modo, el voto mayoritario no hubiese fallado en *el sub lite* en el sentido que lo ha hecho –dado que el elemento fáctico común se encuentra configurado por la normativa impugnada-. El segundo requisito no presenta mayores dificultades, ni demanda mayores precisiones. Pero ha sido el tercer requisito, en el que se han presentado disímiles interpretaciones entre los autores, en lo que respecta a su significancia. Pues así, por un lado, se ha dicho que “*la Corte parece dispuesta a considerar que la dificultad estructural de acceder a la justicia podría constituir una justificación independiente y suficiente para la colectivización de ciertos casos que involucren derechos individuales (no homogéneos)*”<sup>176</sup>. Por nuestra parte creemos, siguiendo a distinguida doctrina<sup>177</sup>, que la interpretación de lo enunciado en el voto mayoritario debe hacerse en sentido inverso; pues pareciera que lo que se admite pretorianamente es la tutela colectiva de derechos individuales homogéneos, aún cuando los afectados vean justificada la promoción de la demanda en forma individual, todo ello en virtud de un fuerte interés estatal, o en razón de la preeminencia de los aspectos enumerados. Consecuentemente, juzgamos que no resulta adecuada la exégesis en sentido contrario; pues de admitirse el aglutinamiento de derechos individuales sin la nota de homogeneidad, la tramitación colectiva del proceso se vería gravemente desnaturalizada, en razón de la heterogeneidad que rodearía a las circunstancias fácticas –y posiblemente normativas- de cada afectado.

Luego de instituidas, en forma genérica, las exigencias para la admisibilidad de la acción colectiva, afirman que la pretensión deducida en el *sub lite*, *puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos* y consideran cumplimentados los recaudos delineados en la sentencia (Consid. 14). Esta aseveración, no obstante la flexibilidad que manifiesta la Corte para la procedencia de la presente acción colectiva<sup>178</sup>, nos merece los siguientes reparos;

---

<sup>176</sup> MAURINO, Gustavo – SIGAL, Martín, “Halabi”: *La consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva*, J.A. 2009-II-641

<sup>177</sup> “Pero esto último [en referencia al tercer requisito] no es necesario si aparece un interés estatal relevante para la protección del derecho afectado, como es el ambiente, la salud o la afección a grupos tradicionalmente postergados, o, en su caso, “débilmente protegidos”. En estos supuestos existe un interés de la sociedad en su conjunto para la tutela del caso.”, en SAGÜÉS, Néstor P., “*La creación judicial del ‘amparo-acción de clase’ como proceso constitucional*”, en JA 2009-II-627.

<sup>178</sup> “...esta Corte estima que, dado que es la primera oportunidad en la que se delinear los caracteres de la acción colectiva que tiene por objeto la protección de derechos individuales homogéneos y que

en relación al primer requisito, y más allá de la representatividad que –respecto de los intereses del grupo de afectados- se puede pregonar de la pretensión del actor, la demanda no peticionaba expresamente un remedio colectivo<sup>179</sup>; y en relación al segundo requisito, pareciera que la protección requerida en el caso –evitar el menoscabo a un derecho personalísimo- justifica acabadamente la promoción de la demanda por cada uno de los afectados, pero lo que realmente no se justificaría sería el dispendio jurisdiccional –y de recursos- en exigir múltiples procesos judiciales para la protección individual de cada afectado.

Luego de un repaso por las soluciones que en el derecho comparado se ha adoptado para la sustanciación judicial de conflictos colectivos (Consid. 17 y 18), y de admitir la compatibilidad de las acciones colectivas con el derecho nacional<sup>180</sup> (Consid. 19); se formulan algunas precisiones, para que *ante la utilización que en los sucesivos se haga de la figura de la “acción colectiva” se resguarde el derecho a la defensa en juicio*. Así se entiende que para la procedencia formal de toda acción colectiva se requiere la verificación de ciertos recaudos elementales tales como *la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretende asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo*. También se exige una adecuada notificación a quienes pudieran tener un interés en el resultado del litigio para que puedan optar por quedar fuera del pleito o participar en él; y la implementación de medios adecuados de publicidad para evitar la multiplicación de procesos de idéntico objeto para evitar la multiplicación de procesos colectivos (Consid. 20). De más está decir que todas estas exigencias fueron sorteadas en el caso que aquí comentamos.

Al momento de justificar el alcance expansivo de la sentencia a todos los usuarios afectados –la Corte refiere a efectos *erga omnes*- encuentran que *el verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter pares, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger*, y refiere a normas federales que contienen previsiones en ese sentido – ley 24.240 Art. 54, y ley 25.675 Art. 33- (Consid. 21). Éste aspecto quizás sea el punto

---

*no existe una reglamentación al respecto, cabe ser menos riguroso a la hora de evaluar el resto de los recaudos que habrá que exigir en lo sucesivo en los procesos de esta naturaleza.”* (Consid. 14)

<sup>179</sup> “... consagró, según lo entiendo, una incipiente acción de clase a favor de un colectivo de personas, aunque la demanda fue promovida por el actor en defensa de sus propios derechos”, en GELLI, María A., “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos”, cit, p 572.

<sup>180</sup> “...el Tribunal habilitó las acciones de clase, bajo determinados requisitos [...]. La pertinencia de estas acciones en el sistema jurídico argentino abre cauces nuevos y promisorios para evitar el dispendio jurisdiccional y amparar los que la Corte denominó derechos individuales homogéneos, poniendo en acento en la necesidad de reglamentación legislativa.”, en Gelli, op cit, idem.

definitorio en el confornte con los votos en disidencia, y el que permite al voto mayoritario entrar en la consideraciones –*obiter dictum*- analizadas *ut supra*.

Por otro lado, los magistrados que suscribieron las disidencias parciales (Petracchi y Argibay por un lado, y Fayt por el otro), justificaron el alcance expansivo de la sentencia en cuestiones de practicidad y efectividad de la sentencia; sin adentrarse en la consideración de la necesidad de preverse vías procesales autónomas para el tratamiento de conflictos colectivos. En este sentido, luego de recordar que la regla general es el efecto *inter partes* de la sentencia, expresan que *cuando la naturaleza de la pretensión invocada impide, fáctica o jurídicamente, restringir el alcance de lo decidido a las partes intervinientes en el juicio, dicha regla debe ceder*, pues en tales casos, y como mencionan los magistrados disidentes, *la tutela de derechos reclamada no podría hacerse efectiva si se mantuviese invariable dicho principio* (Consid. 7). Es así que, en referencia a las circunstancias particulares del *sub lite*, se argumenta que *resulta incomprensible la pretensión de la recurrente dirigida a que los efectos de lo decidido en la presente causa se limiten al amparista*, pues al sostener que *"no existe imposibilidad de excluirlo a él de la aplicación de la normativa sin que ello implique que no se deba aplicar la normativa en general"*, se *prescinde del carácter indivisible de la materia en discusión*. Asimismo explican que *si bien la "privacidad", desde cierto punto de vista, puede ser vista como un bien propio de cada individuo en particular, no se trata en el caso de un reclamo de protección limitado a un cierto espacio físico o a algún aparato de comunicación en particular, sino que en el caso lo que entra en juego es el derecho a la privacidad en el ámbito de las telecomunicaciones, presuponiéndose entonces la interacción con otros interlocutores, cuya ausencia de protección -por ser ajenos al juicio- derivaría, necesariamente, en el fracaso de la protección al amparista mismo; ya que desde este punto de vista, la necesidad de protección invocada no podría ser restringida a la "propia" esfera de privacidad* (Consid. 8 del voto conjunto de Petracchi y Argibay; Consid. 10 del voto de Fayt). Es por tales motivos, que los mencionados magistrados identifican la naturaleza colectiva del bien jurídico a tutelar –la privacidad en las telecomunicaciones- y en virtud de ello entienden menester la extensión de la solución del caso a todos los usuarios del servicio.

#### *Proyecciones del Caso "Halabi" en la jurisprudencia federal y local.*

Con posterioridad a la sentencia dictada por la Corte Suprema en "Halabi" se dio tratamiento, en los distintos fueros e instancias, a acciones colectivas que fueron resueltas en los términos de dicho precedente.

La Corte Suprema, pudo extenderse en su definición de las acciones colectivas, tanto respecto de la legitimación del defensor del pueblo para la tutela de derechos individuales homogéneos de carácter patrimonial, como así del requisito del caso o controversia.

Así, el en caso "Defensor del Pueblo"<sup>181</sup>, la Corte reconoció, en posición mayoritaria – Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni<sup>182</sup>- y en virtud de la remisión hecha al dictamen de la Señora Procuradora de la Nación –Dra. Laura M. Monti-, la legitimación del Defensor del Pueblo para defender intereses individuales homogéneos puramente patrimoniales, estimándose que el pronunciamiento de la Alzada -Cám. Nac. Apel. Cont. Adm. Fed., Sala III- alcanzaba a todos los usuarios afectados por las normas cuya nulidad se declaró.

En el caso "Thomas"<sup>183</sup>, se planteó la exigencia del caso o controversia, como requisito ineludible para instar la jurisdicción. En el *sub lite*, y en lo que a nuestro estudio respecta, el *a quo* (Cám. Fed. Apel. de Mendoza, sala A) admitió la legitimación del actor como afectado con base en el art. 43 CN ya que estimó que se encontraban *comprometidos derechos de incidencia colectiva, relativos o generados por intereses individuales homogéneos, como es el de todo ciudadano a ser regido por leyes dictadas de conformidad con las normas constitucionales* (Consid. 3). Ante dicho resolutorio, la observación de la Corte Suprema, fue por demás contundente, resultando oportuno transcribir el considerando pertinente:

*Por otro lado, sólo una lectura deformada de lo expresado por esta Corte en la decisión mayoritaria tomada en la causa "Halabi" (Fallos: 332:111), puede tomarse como argumento para fundar la legitimación del demandante, pues basta con remitir a lo sostenido en el considerando 9º de dicho pronunciamiento para concluir que, con referencia a las tres categorías de derechos que se reconocen, la exigencia de caso en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional se mantiene incólume, "...ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición". La sentencia dictada por esta Corte en el mencionado caso "Halabi" como no podía ser de otro modo no ha mutado la esencia del control de constitucionalidad que la Ley Suprema*

---

<sup>181</sup> CSJN *in re* "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - P.E.N. - Mº de Eco. Obras y Serv. Pú. Y otros s/ amparo ley 16.986", sent. del 11/08/2009 (*Fallos* 332:1749). En el caso, el defensor del Pueblo y un usuario particular, iniciaron acción de amparo, a fin de obtener la declaración de nulidad de los arts. 51 y concordantes del capítulo I, anexo VII, del dec. 787/93, de las Res. 8/94 y 12/94 del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios –ETOSS-, así como de toda norma que autorice la facturación del componente medido en forma global, con cargo al consorcio de copropietarios respectivo, en los casos de edificios afectados al régimen de propiedad horizontal que no poseyeran conexiones independientes.

<sup>182</sup> La disidencia de Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay, se centró en el rechazo del recurso extraordinario en virtud de no haberse interpuesto ante una sentencia definitiva (siendo en el *sub lite* una resolución de un proceso de ejecución de sentencia); sin considerar la cuestión de fondo.

<sup>183</sup> CSJN *in re* "Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo", sent. del 15/06/2010 (*Fallos* 333:1023). En el que el Estado Nacional cuestiona en la instancia superior la validez de una medida cautelar que suspende en su totalidad el contenido de la ley 26.522 con fundamento en presuntas irregularidades en el trámite parlamentario. La Corte, de forma excepcional y fundamentándose en la gravedad institucional de la medida impugnada –aduciendo que trasciende el mero interés de las partes para comprometer el sistema de control de constitucionalidad y el principio de división de poderes- habilita su tratamiento revocando la misma.

*encomienda al Poder Judicial de la Nación en los términos señalados precedentemente, para convertirlo en un recurso abstracto orientado a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República. (Consid. 4)*

La claridad del citado considerando nos exime de profundizar en su comentario. Otro aspecto destacable, pero que escapa a los límites del presente trabajo, es el reparo efectuado por el Alto tribunal, respecto a la falta de facultades constitucionales del poder judicial para suspender o derogar –con efectos *erga omnes*- la vigencia de una norma legal, por su incompatibilidad, según los magistrados, con la previsión del Art. 116 CN.

Otro de los puntos que fue definido a la luz del caso “Halabi”, y sobre el cual citamos sentencias de tribunales federales inferiores, ha sido la cuestión de la legitimación de las asociaciones para la tutela de derechos individuales homogéneos. En el primer caso que comentamos<sup>184</sup>, la actora petitionó -fundando su legitimación y el carácter colectivo de la acción en los artículos 42 y 43 CN y en la ley 24.240- en beneficio de todos los usuarios de las empresas telefónicas, que se ordenare a las empresas –Telefónica Argentina SA y Telecom Argentina SA- que en caso de mora en el pago de las facturas limiten los intereses diarios según el tiempo real que dure la mora de cada usuario en particular y no por un plazo general de diez días como lo hacen habitualmente, solicitando que la tasa utilizada para el cálculo de los intereses, sea la tasa pasiva -en vez de la activa- a treinta días del Banco de la Nación Argentina, y por último, requirió que las demandadas procedan a devolver a los usuarios -que acrediten haber sido perjudicados- la suma cobrada en exceso. En primera instancia se rechazó *in limine* la demanda, argumentándose que la legitimación prevista en el art. 43 CN para interponer una acción colectiva no alcanza al supuesto bajo examen, ya que su objeto es extraño a la defensa de derechos de incidencia colectiva y se persigue la reparación de un daño esencialmente individual, propio de cada uno de los presuntos usuarios afectados, quienes podían reclamar su resarcimiento en función de un derecho subjetivo, y que debía descartarse la aplicación al caso del art. 54 de la ley 24.240 sosteniendo que había sido previsto para las acciones de incidencia colectiva, que a su criterio no se presentaba en el *sub lite*. Llegados los autos a la alzada, se decidió revocar el pronunciamiento del *a quo*, luego de haberse reparado que en el estatuto social de la actora, se establecía como fines de la asociación la representación y defensa –en particular en la justicia- de los usuarios y consumidores, admitiéndose el legítimo ejercicio de tales propósitos, en tanto se alega que una empresa que presta un servicio al usuario despliega una conducta susceptible de lesionar sus derechos constitucionales -en el caso, a la protección de sus intereses económicos, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de

---

<sup>184</sup> Cám. Nac. Apel. Civ.Com. Fed., sala I, in re “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Telefónica de Argentina SA y otro s/ Proceso de Conocimiento”, sent. del 19/08/2010.

consumidores de usuarios- y la afectación acusada se dirige, como en el caso, contra intereses individuales homogéneos de los usuarios.

En otra causa<sup>185</sup>, la sala II de la misma Cámara, dictó un pronunciamiento similar. En el caso, la asociación actora dedujo acción para reclamar, en representación de los usuarios, que Telefónica Móviles Argentina SA cese en la omisión de informar debidamente el cobro de las llamadas realizadas por usuarios del servicio al contestador automático o casilla de voz para escuchar los mensajes; cese asimismo en el cobro de las llamadas a partir de la presión de la tecla “send”, pese a la ausencia de comunicación efectiva; y peticona el reintegro de las sumas percibidas en tales conceptos por la demanda. El juez de grado, rechaza *in limine* la demanda respecto a la última cuestión, por entender que la legitimación del art. 43 CN para interponer una acción colectiva no prevé dicha posibilidad, toda vez que se trata de una petición que tiene por finalidad la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los presuntos usuarios afectados; no pudiendo la actora reivindicar y ejercer derechos exclusivos de los clientes de la sociedad demandada, pues son ellos quienes gozan de un derecho subjetivo e individual para hacer el reclamo que estimen pertinente por el daño que eventualmente pudieran haber experimentado. La Cámara revoca dicha resolución, aclarando que el cambio de criterio respecto a pronunciamientos posteriores se debe a los lineamientos dados en el caso “Halabi”. Así rememora lo dicho por la Corte en cuanto a la protección colectiva de los “derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”, afirmando que éstos pueden ser derechos “personales o patrimoniales”, provenientes de lesiones padecidas, entre otros colectivos, por la categoría de usuarios y consumidores. Se interpreta que tal es lo sucedido en autos, en el que la demanda de la actora refiere a una relación de consumo; agregando que parece difícil que los usuarios eventualmente afectados en su patrimonio en el *sub lite* tengan aliciente para promover una acción individual en procura de la restitución de sumas que, proyectadas como un daño individual, no parecen justificar la promoción de una acción personal. Los magistrados enuncian que la legitimación de la actora para reclamar por el desmedro patrimonial de los consumidores y usuarios surge del art. 52 de la ley 24.240, al reconocer aptitud procesal, de consuno con el art. 43 CN, tanto al consumidor o usuario por su propio derecho como a las asociaciones que los agrupan, autorizadas de conformidad a la ley, concluyendo que no se advierten razones para limitar el campo de actuación de la actora admitiéndole sólo legitimación para reclamar el cese de la práctica que denuncia.

Respecto a la proyección del caso “Halabi” en los tribunales de la provincia, debemos destacar la implementación que de la doctrina allí emanada han efectuado los órganos

---

<sup>185</sup> Cám. Nac. Apel. Civ.Com. Fed., sala II, *in re* “Asociación por la defensa de usuarios y consumidores c/ Telefónica móviles argentina SA s/ sumarísimo”, sent. del 19/10/2010.

jurisdiccionales de nuestro departamento judicial. Así pues, corresponde hacer mención a pronunciamientos de la Cámara de Apelaciones en lo civil y comercial departamental, y las sentencias que ciertos juzgados de primera instancia han dictado.

A nuestro juicio, la sentencia dictada por Sala Primera de la mencionada Cámara de Apelaciones en la causa "ACUBA c/ AMX"<sup>186</sup>, es la que allanó el camino para los posteriores procesos de tutela colectiva de derechos individuales homogéneos que luego se han llevado a cabo en algunos juzgados de primera instancia. Es éste caso -aún sin soslayar que algunas de las cuestiones enunciadas fueron adelantadas en otro pronunciamiento del mismo órgano<sup>187</sup>- el que delinee ciertos principios procesales para la admisión de acciones colectivas que tengan por fin la tutela de dichos intereses. Así, advirtiendo el Dr. Mendez que en el caso de marras la actora solo hizo referencia al caso "Halabi" para justificar la legitimación y la acción colectiva, solicitando que se aplique sin más las reglas del procedimiento sumarísimo, se persuade de la necesidad de establecer ciertos *principios generales que se presten como criterios firmes a futuro para la postulación de reglas en nuevos procesos colectivos como en sus consiguientes respuestas jurisdiccionales* por parte de los jueces de primera instancia (consid IV). En efecto expresa que corresponde, primeramente, *dilucidar la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procura* y la existencia de caso en los términos del Art. 116 CN; continúa con la exigencia de verificar: *la presencia de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de la afectación, y la constatación de que el ejercicio individual [de la acción] no aparece justificado*, o que exista un fuerte interés estatal en la protección. Efectuada en tales términos *la certificación de la clase*<sup>188</sup>, corresponde realizar un adecuado control de representatividad, mediante el examen de *la precisa identificación del grupo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre a todo el colectivo*. Asimismo, se exige una adecuada notificación a todos los interesados en el resultado del litigio, y la implementación de medidas adecuadas de publicidad para evitar la multiplicación de procesos con el mismo objeto (consid. V). A su

---

<sup>186</sup> Cám. de Apel. Civ y Com de Mar del Plata, Sala Primera, *in re* "ASOCIACION CIVIL DE USUARIOS BANCARIOS ARG. C/ AMX ARGENINA SA S/ MATERIA A CATEGORIZAR", sent. del 22/12/2009 Expte. 144752. Puede verse un comentario al fallo en LUCHINSKY, Matías F, "¿Class actions o acciones colectivas?: acciones de consumidores", LLBA, 2010 (julio), 645.

<sup>187</sup> Cám. de Apel. Civ y Com de Mar del Plata, Sala Primera, *in re* "ASOCIACION CIVIL DE USUARIOS BANCARIOS ARGENTINOS C/ CABLEVISION SA S/ MATERIA A CATEGORIZAR", sent. del 15/05/2009, EXPTE. N° 143453.; ver el voto del Dr. Rosales Cuello.

<sup>188</sup> "Postulo por último, que hasta tanto se sancione la legislación específica pertinente, los jueces competentes consideren las limitaciones y dificultades que genera la estricta aplicación de un proceso sumarísimo a pleitos de esta naturaleza, que antes de dar curso a una "acción de clase" deba superarse una suerte de etapa previa orientada a la "certificación de la clase"; etapa en la que - como mínimo - se verifiquen los extremos apuntados precedentemente; y encomendar a los magistrados que continúen realizando un esfuerzo adicional para encontrar una solución justa a las distintas vicisitudes que suelen presentarse durante el curso de estos procesos" (consid. 5 pto. 10)

continuación, el Dr. Rosales Cuello manifiesta compartir los argumentos, empero efectúa una serie de consideraciones<sup>189</sup>.

En cuanto a los pronunciamientos de primera instancia, una sentencia destacable, en lo que refiere a la tutela de intereses individuales homogéneos, es la dictada por el Juzgado en civil y comercial N° 14 de Mar del Plata, a cargo del Dr. Mendez Acosta, en la causa “ACUBA c/ citibank”<sup>190</sup>. En el caso, la actora interpuso *acción de consumo colectiva* [sic] a fin de que se declare la ilegalidad de la modificación contractual<sup>191</sup> efectuada por la entidad bancaria y se restituya lo cobrado a todos y cada uno de los usuarios afectados. Para comenzar, y en el tratamiento de la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por la demandada, el juez de grado sustenta la legitimación de la asociación actora en la normativa nacional –Art. 43 CN, Arts. 52 y 55 ley 24.240-, provincial –Art. 38 Const. Prov., Arts. 19 y 26 ley 13.133-y en la doctrina emanada del fallo “Halabi” (consid. I. 1). Prosigue en la consideración del recaudo constitucional del caso –Art. 116 CN-, estableciendo su cumplimiento, y en la observancia de los requisitos requeridas por la Corte en el precedente citado –causa fáctica homogénea, reclamo concentrado en los efectos comunes, y afectación al acceso a la justicia- (consid I. 2. b. y c.). El magistrado, entendiendo que *la certificación de clase es de suma importancia a los fines de que el procedimiento sea eficaz* y explicando que a través de ella *se permite que el representante litigue en defensa de los intereses del grupo*, concluye que el control de la misma es un deber del juez. Es así que el juez efectúa la certificación, en forma más que particular –dando las razones de su oportunidad<sup>192</sup>- declarando que *se logró acreditar la identificación del grupo afectado, como también la representación idónea de quien ejerce la misma, asimismo advirtiendo la*

---

<sup>189</sup> “Coincido con el relato de los antecedentes, así como en la utilidad de destacar algunas particulares circunstancias dadas en autos y no solo en la necesidad imperiosa de establecer algunos principios sino también con lo postulado al respecto en el voto de quien me antecede. Sin embargo, a propósito de las premisas dadas por mi distinguido colega en el Considerando V, quiero hacer expresas tan sólo tres reflexiones en tal sentido, a saber: a) también me parece que no brinda una respuesta adecuada a conflictos colectivos futuros, la utilización del proceso sumarísimo que nació para atender problemas de otras proporciones; b) además, tengo para mí que hay ciertas aristas del tema que merecen atención para evitar abusos, colusiones y negligencias, y que en definitiva pueden afectar la suerte del grupo que el oportuno legitimado representa ante los estrados judiciales; c) así, considero que se hace necesario controlar la seriedad y honestidad de las organizaciones o asociaciones de usuarios y consumidores, como su actuación en concreto en el marco de los procesos judiciales...”(consid. 1). Asimismo deja a salvo su opinión respecto de que el art. 43 CN solo refiere a *derechos esencialmente colectivos y no a los derechos individuales homogéneos*. (consid. III).

<sup>190</sup> Juzg. Civil y Comercial N°14 - Mar del Plata, *in re* "ASOC. CIVIL DE USUARIOS BANCARIOS ARGENTINOS -ACUBA- C/ CITIBANK N.A. S/ MATERIA A CATEGORIZAR", sent. del 11/04/2011, EXPTE. NRO. 7.040/2011.

<sup>191</sup> El aspecto impugnado consistía en el incumplimiento del deber de información –Art. 42 CN y Art. 4 ley 24.240- al que la empresa se encuentra obligada respecto de los usuarios, en las modalidades en que se comunica a los mismos cualquier modificación contractual.

<sup>192</sup> Citando el fallo de la Alzada –que comentáramos ut supra-, el juez se justifica diciendo que “dicho precedente fue dictado con posterioridad al inicio de las presentes actuaciones. Por lo que considero pertinente que la ‘certificación’ de clase sea efectuada en esta oportunidad”.

*verificación de una causa fáctica común y una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho (consid I. 2. e.). Y a los fines de cumplimentar la exigencia de la publicidad del proceso –prescripta en el precedente de la Alzada- el magistrado dispone la publicación de la sentencia en diarios de gran circulación de la ciudad y de la provincia<sup>193</sup>. Por último, el juez resuelve declarar ilegal la modificación contractual impugnada, ordenándose *la devolución de la totalidad de los aumentos ventilados en el sub lite*, disponiéndose que la misma deberá ser realizada mediante el mismo mecanismo utilizado por la accionada para obtenerlos, es decir, mediante acreditación bancaria a cada uno de los usuarios; estableciendo que *lo resuelto se hace extensivo a la totalidad de los consumidores que hubieren contratado con la accionada conforme a las condiciones analizadas en autos, en las distintas sucursales que la entidad bancaria Citibank SA posea o haya poseído en la Provincia de Buenos Aires (Consid. III).**

Y a los fines de presentar el seguimiento que la doctrina emanada de la Sala Primera de la Cámara de apelaciones en lo civil y comercial departamental, ha tenido en los juzgados de primera instancia, mencionaremos algunos casos.

Así, en el Juzgado Civil y Comercial N° 8 de Mar del Plata, a cargo del Dr. Krzyszycha, se han certificado acciones de clase. En el caso “ACUBA c/ AMX”<sup>194</sup>, se dictó la siguiente resolución:

*De consuno con los lineamientos establecidos por la doctrina judicial departamental( Excma. Cámara de Apelaciones, sala I, in re "Acuba c/ AMX S.A. s/ materia a categorizar" s. 22/12/2009) en la provisionalidad propia de esta instancia liminar del proceso y con el propósito de proveer a una adecuada tutela de los intereses comprometidos, visto los antecedentes y constancias que nutren la presentación de apertura de la instancia " prima facie " el tribunal certifica que la pretensión instaurada :*

*a) Persigue la protección de intereses individuales homogéneos (correspondientes a los usuarios del servicio de telefonía prestado por la demandada que al 1/1/2010 tengan contratado un seguro sobre sus teléfonos celulares); b) la causa fáctica que da origen a la reclamación es también homogénea ( estaría dada por el presunto incumplimiento en que habría incurrido la prestataria del servicio); c) estaría justificada la pretensión expansiva de los efectos de la cosa juzgada surgida del pronunciamiento que se dicte en el mérito del asunto traído; d) cumplir la asociación actora con la representatividad de la clase afectada; e) habría, en definitiva, un caso o controversia audible ante la jurisdicción.*

*2) En tal sentido, y conforme criterio ya adoptado por el tribunal siguiendo los dictados de la Alzada local (in re "Acuba c/Cablevisión S.A. s/ materia a*

<sup>193</sup> “Siendo que en la presente resolución se procedió a realizar ‘la certificación de clase’ correspondiente y resultando indispensable dar cabal cumplimiento con la publicidad analizada precedentemente, firme la presente, publíquese la parte resolutive del presente pronunciamiento en el diario ‘La Capital’ de esta ciudad y el diario ‘El Día’ de la ciudad de La Plata...” (Consid III).

<sup>194</sup> Juzg. Civil y Comercial N°8 – Mar del Plata, *in re* “ACUBA c/ AMX ARGENTINA S.A. s/ Materia a categorizar”, resolución del 20/04/2010, EXPTE. NRO. 5.277/2010.

*categorizar) previamente a cumplir con la sustanciación ordenada a fs. 82 se dispone publicar por 5 días en el B.O, sin cargo ( atento el beneficio de gratuidad establecido por las normas nacionales y provinciales ) edicto en el que debería hacerse constar : a) el inicio de la presentación colectiva y su objeto b) la invitación las Asociaciones de Consumidores y Usuarios a participar del procedimiento y en su caso denunciar ante el tribunal la existencia de procedimiento de igual entidad al presente con el objeto de adoptar las medidas ordenatorias correspondientes, para lo cual se fija un plazo de diez días computables a partir del último día de publicación ( arts. 34, 36 del C.P.C.C.).-*

Criterio que el mismo magistrado ha conservado en causas posteriores<sup>195</sup>, aunque se ha variado la cantidad de días en que habrá de publicarse los edictos previstos en el apartado 2, estableciéndose que se lo hará por tres días<sup>196</sup>.

Otra resolución, similar –en cuanto a la oportunidad de proceder a la certificación de la clase- ha sido proveída por el Juzgado Civil y Comercial N° 14<sup>197</sup>. De tal forma, haciendo remisión expresa a *la doctrina y jurisprudencia imperante a partir del dictado del fallo “Halabi” por el Superior Tribunal Federal*, el magistrado entiende *necesaria la certificación propuesta en dicho precedente, previo a la sustanciación de la acción* (ap. IV, a.). Avocado a tal menester -y luego de reproducir argumentos ya expuestos en el precedente “ACUBA c/ citibank”, citado *ut supra*-, el juez indica que se alcanzó acreditar la identificación del grupo afectado y la representación idónea del peticionante; advirtiendo asimismo la verificación de una causa fáctica común y una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho (ap. IV, c.). En cuanto al requisito de la publicidad enunciado por la Corte Suprema, y ratificado por la Cámara Departamental, el magistrado dispuso que *tanto en el Boletín Oficial como en el diario La Capital de esta ciudad, deberán publicarse edictos por tres días a fin que dentro del plazo de cinco días tome intervención en autos otras Asociaciones de Consumidores que estimen corresponder* (ap. IV, d.).

---

<sup>195</sup> Juzg. Civil y Comercial N°8 – Mar del Plata, *in re* "ASOC. CIVIL DE USUARIOS BANCARIOS ARGENTINOS -ACUBA- C/ DIRECTV ARGENTINA S.A. S/ MATERIA A CATEGORIZAR", resolución del 19/04/2011, EXPTE. NRO. 7.040/2011.

<sup>196</sup> Así –en la causa citada en la nota al pie n. 192- se dispuso: “...conforme criterio ya adoptado por el tribunal siguiendo los dictados de la Alzada local (in re "Acuba c. Cablevisión S.A. s. materia a categorizar. expte. 7094) se dispone publicar edictos por 3 días en el B.O. de la provincia, sin cargo (atento el beneficio de gratuidad establecido por las normas nacionales y provinciales), en el que deberá hacerse constar: a) el inicio de la presentación colectiva y su objeto; b) la invitación a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios a participar del procedimiento y en su caso denunciar ante el tribunal la existencia de otro procedimiento de igual entidad al presente con el objeto de adoptar las medidas ordenatorias correspondientes, para lo cual se fija un plazo de diez días computables a partir del último día de publicación (arg. arts. 34, 36 del C.P.C.)” (el subrayado nos pertenece).

<sup>197</sup> Juzg. Civil y Comercial N°14 - Mar del Plata, *in re* “ASOC. CIVIL DE USUARIOS BANCARIOS ARGENTINOS- ACUBA-C/ BBVA BANCO FRANCES SA S/MATERIA A CATEGORIZAR”, resolución del 05/05/2011, EXPTE. NRO. 15.635.

Las resoluciones dictadas por los jueces de primera instancia, que aquí hemos referido, nos merecen las siguientes reflexiones: por un lado, es elogiable la amplitud técnico-procesal que los mismos emplean en procura de una tutela adecuada y efectiva<sup>198</sup> de los intereses individuales homogéneos, en consonancia con lo dispuesto por el cimero tribunal federal y lo mandado por la Cámara Departamental; pero por otro lado, nos provoca ciertos reparos la unívoca solución de aplicar las reglas del proceso sumarísimo al trámite de éstas causas, sin fundamentar acabadamente tal decisión –máxime cuando se advierte la complejidad que reviste la tramitación de esta clase de procesos-.

---

<sup>198</sup> “La efectividad de las técnicas (acciones y remedios) y de los resultados es la meta que en estas horas finiseculares signa la eficiencia en concreto de la actividad jurisdiccional [...] la exigencia de la efectividad, según lo evidencia la evolución de la experiencia amparista [...], representa el común denominador de cualquier sistema de garantías. Es que la sola efectividad permite rendir y verificar el grado variable de la protección concreta que reviste la garantía, tanto desde el punto de vista formal (o extrínseco) cuanto de contenido (intrínseco) que es capaz de asegurar la situación subjetiva que abstractamente la norma procura proteger”, MORELLO, Augusto M.; *Constitución y Proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p 71.

## **PARTE II:**

### **CONVENIENCIA DE UN MARCO NORMATIVO ADECUADO:**

#### **JUSTIFICACIÓN**

Previo a aseverar la menesterosidad de un marco normativo adecuado y autónomo para la tutela de intereses individuales homogéneos, y en orden a una construcción lógica coherente, debemos exponer aquellas razones que de ello nos convencen. De consuno con todo lo dicho, podemos adelantarnos en decir que el sustento final de nuestra tesis, es la exigencia deontológica de superar el actual estado de ineficacia y disfuncionalidad que presenta la normativa procesal –federal y local- para el tratamiento jurisdiccional de los conflictos colectivos<sup>199</sup>.

Es así, que por derivación de todo lo expuesto en la parte primera del presente trabajo, y del análisis de los principios que informan a todo proceso colectivo –en especial a aquellos previstos para la tutela aglutinada de intereses individuales homogéneos- ensayamos las reflexiones que a continuación se procuran sistematizar;

#### *Acceso a la Justicia*

Quizás uno de los aspectos más notables de la acción colectiva para la defensa de los intereses que aquí estudiamos, sea la significancia de la misma en orden a facilitar y extender a grandes sectores de la población un real y efectivo acceso a la justicia. En este sentido, cobra suma importancia la institución de la representación –a través de la legitimación activa colectiva también llamada, por parte de la doctrina, anómala o extraordinaria-, para la protección de los derechos cuya titularidad se encuentran en cabeza de sectores desprotegidos de la población, y que en razón de la falta de recursos económicos o culturales, se ven impedidos de acudir a la protección judicial.

Asimismo, la acción colectiva posibilita el tratamiento jurisdiccional de ciertas situaciones jurídicas que, en el marco del proceso individual tradicional, no eran susceptibles de subsumirse en las rígidas fórmulas procesales clásicas; pues el reconocimiento de una nueva dimensión del “caso” o “controversia”, la aceptación de nuevos legitimados y los alcances de la sentencia posibilitan la sustanciación de pretensiones enfocadas en su significancia colectiva.

---

<sup>199</sup> “La tarea de regular un proceso colectivo supone reconocer que las respuestas que esta destinado a brindar difieren de aquellas buscadas por intermedio del proceso entre partes que actúan individualmente o, simplemente, forman litisconsorcios. El principal argumento que justifica una regulación específica para el proceso colectivo reside en la inutilidad de disociar conflictos que pueden ser debatidos en un único proceso judicial.”, OTEIZA, Eduardo, “*La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ‘ampare’*”, en OTEIZA, Eduardo (Coord.), *Procesos Colectivos*, cit, p 26.

Otra situación, en la cual sólo el proceso colectivo garantiza el acceso a la justicia, es en los casos en que la afectación –si bien masiva y dispersa– lo es de muy escasa incidencia individual por lo cual los afectados no tienen incentivos personales para accionar en su propio interés<sup>200</sup>. Pues en tales casos, solo a través de una acción colectiva que aglutine los intereses de todos los afectados resulta posible la tutela jurisdiccional, ya que la escasa cuantía de la lesión inferida, frustra toda posibilidad de reparación por la vía del proceso judicial tradicional. Precisamente esta situación, fue contemplada por la Corte al sentenciar en el caso “Halabi”, al establecer los requisitos para la procedencia de la acción colectiva en defensa de intereses individuales homogéneos<sup>201</sup>. Sin embargo, un sistema realmente tuitivo y eficaz, no puede prever solo aquellos casos en que el acceso a la justicia se encuentre coartado por razones económicas, ya que la finalidad práctica y social de la acción colectiva excede en mucho a esta cuestión particular<sup>202</sup>.

Es por lo dicho que, la cuestión del “acceso a la justicia” no se encuentra circunscripta a una problemática técnico-jurídica, sino que por el contrario, es un asunto de carácter primordialmente social, ligado a la efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>203</sup>, y se constituye en un valor trascendental para el sostenimiento de un verdadero Estado de Derecho.

### *Seguridad jurídica*

A través del tratamiento conjunto de las pretensiones orientadas a la protección de derechos individuales homogéneos, se intenta brindar una solución final a un conflicto social que reúne a un colectivo de personas. En este sentido, el evitar el dictado de sentencias contradictorias, es un camino justo y adecuado en miras a ese fin<sup>204</sup>; pues el escándalo

---

<sup>200</sup> MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, cit., p 247.

<sup>201</sup> “Como tercer elemento 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.” (consid. 13)

<sup>202</sup> “... carece de toda lógica sistémica atar la acción colectiva en defensa de intereses individuales homogéneos a la minusvalía del reclamo, puesto que tal concepción fomenta las grandes estafas, con fuerte impacto social, dado que las mismas darán marco a los reclamos individuales en donde el poderoso tiene mayores posibilidades de tallar, de desgastar, y en definitiva, de lucrar con el quebrantamiento de la ley. Por eso, entonces, es menester destacar una vez más que el Máximo Tribunal de la Nación ha sido a nuestro entender absolutamente claro al decir que en materia de consumidores, atento a estar el interés estatal en juego, no puede en modo alguno circunscribirse la procedencia de la acción colectiva al monto del reclamo”, en ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., *“Acciones colectivas: el premio a un largo camino recorrido”*, en LL 2010-B-728.

<sup>203</sup> GIDI, Antonio; *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, cit., prólogo, p X.

<sup>204</sup> “Si bien la posibilidad de sentencias contradictorias ante un mismo hecho lesivo es una realidad inherente al sistema federal y a la división del trabajo de los tribunales por territorio y función (entre otros factores), dicho fenómeno provoca serios cuestionamientos cuando es analizado a la luz del derecho de igualdad. La existencia de un conflicto colectivo, donde numerosas personas se encuentran en situación similar ante el demandado, refuerza esos cuestionamientos y opera ejerciendo mayor presión sobre el sistema para obtener una solución común del asunto.”, en VERBIC, Francisco., *“Algunas ideas para intentar justificar la tutela procesal diferenciada en materia colectiva.*

jurídico conspira contra el prestigio que el Poder Judicial debe inspirar en los ciudadanos. Pero la buena estima de la judicatura en la consideración de la población no es el único motivo que exige la evitación del escándalo jurídico; pues las derivaciones prácticas suelen ser más gravosas aún. Así, ante la afectación masiva de derechos individuales, el sujeto que la causa ha de beneficiarse, en caso de arribarse –en procesos individuales idénticos- a sentencias contradictorias, quedando impune la lesión respecto de los actores cuya pretensión fuere rechazada; como asimismo puede contar la posibilidad de incumplir las sentencias condenatorias en razón de contar con otras sentencias que lo obligan a actuar en contrario.

Es a través de la acción colectiva que se puede sortear –al menos parcialmente- tales circunstancias, identificándose la identidad de las pretensiones en razón de una triple coincidencia en cuanto a los sujetos, el objeto y la causa de la demanda<sup>205</sup>. Es dable aclarar que la configuración de tales presupuestos debe integrarse contemplando las particularidades del caso colectivo; en el cual, verbigracia, el sujeto estará compuesto con todos aquellos legitimados colectivamente. Pues en una adecuada regulación de la acción colectiva, ha de preverse supuestos de litispendencia<sup>206</sup>, conexidad, etc.

#### *Economía y celeridad procesal*

La concentración de pretensiones idénticas, siempre y cuando se encuentren cumplidos los aspectos fácticos y jurídicos que posibilitan el tratamiento aglutinado de este tipo de intereses, provee de beneficios importantes a la funcionalidad de la administración de justicia. Pues por un lado, reduce el consumo de recursos económicos y humanos destinados a la gestión ordinaria de todo procedimiento, evitándose así una multiplicación de trámites procesales idénticos, de los que se podría prescindir<sup>207</sup>, en el supuesto de encauzar las múltiples –e idénticas- pretensiones en un proceso colectivo. En una inteligencia similar se ha dicho *que la realización de miles de juicios individuales genera más demoras, mayores costos legales a cargo de los actores y demandadas, mayores gastos en infraestructura judicial y mayor consumo de tiempo para la terminación de todos los pleitos*<sup>208</sup>.

---

*Lejos de los conceptos, cerca de los conflictos*”, Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Buenos Aires, 11-13 de Noviembre de 2009, p 14.

<sup>205</sup> MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, cit., p 217.

<sup>206</sup> Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, “*ART. 30: El proceso colectivo produce litispendencia respecto de los posteriores en los que se hagan valer pretensiones sobre el mismo bien jurídico, aún cuando sea diferentes los legitimados activos o la causa pedir.*”

<sup>207</sup> “No debe olvidarse que el mantenimiento de las vías tradicionales de reclamos en estos casos es fuente directa de uno de los más notables colapsos de nuestro tiempo: el del Poder Judicial, desbordado de demandas idénticas para casos uniformes”, en GIANNINI, Leandro J.; *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, cit., p 77.

<sup>208</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis; *Justicia Colectiva*, cit., p. 29.

### *Control de la Administración Pública. Control del Mercado.*

La consagración de la acción colectiva incorpora un nuevo recurso, en mano de los ciudadanos, en aras a una mayor participación de éstos en el manejo de la *res publica*. Y si bien se da curso a una participación directa de éstos, la misma no desvirtúa el sistema político institucional nacional basado en una república democrática representativa –Arts. 1 y 22 CN-; ya que dicha participación se admite únicamente cuando se presenten situaciones lesivas a los derechos constitucionales de los ciudadanos –es decir, cuando se insta la jurisdicción ante la configuración de un caso o controversia en los términos del Art. 116. CN-, y principalmente cuando se incurre desde la Administración Pública en el incumplimiento de los deberes institucionales establecidos en la Carta Magna<sup>209</sup>. Se impone, en esta oportunidad, mencionar que de los contundentes datos estadísticos -que han aportado quienes han abordado en profundidad la cuestión de los conflictos colectivos- surge a las claras que el Estado, es el legitimado pasivo contra el que se deducen la gran mayoría de las acciones colectivas<sup>210</sup>.

Por otro lado, en el ámbito del derecho del consumidor fue donde más se desarrollaron –en nuestro país- los mecanismos para tutelar colectivamente intereses individuales homogéneos. Es a través de nuevos cauces procesales que se pretende dotar al consumidor y al usuario –parte débil en la relación comercial, y objeto de protección por la normativa en la materia- de una vía de control de la actividad comercial en la relación de consumo, bregando por que la misma se establezca en los términos que indica la ley de defensa al consumidor. Es así, que a través de dicha defensa colectiva, el afectado, las asociaciones de defensa al consumidor –en la mayoría de los casos-<sup>211</sup>, y el Defensor del Pueblo en algunos supuestos, representan al colectivo de consumidores y usuarios, litigando en interés de los mismos y exigiendo el cese y resarcimiento de los perjuicios sufridos. Es que solo con tales previsiones, y complementando la tarea de la autoridad de aplicación en la materia, podemos imaginar un verdadero control en la relación de consumo evitándose así maniobras comerciales que infrinjan reiteradamente la normativa del consumo; ya que cuestiones como la dispersión de los usuarios y consumidores<sup>212</sup>, la falta

---

<sup>209</sup> "Un proceso judicial como el colectivo, entonces, donde se ventile este tipo de cuestiones, aparece como espacio de debate representativo y de participación directa de los ciudadanos en el control de las políticas estatales y la defensa de sus derechos.", en UCÍN, María Carlota.; *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, cit., p 96.

<sup>210</sup> Del estudio estadístico sobre casos colectivos litigados en la argentina (de un total de 176 decisiones, publicadas en los diarios de jurisprudencia "La Ley", "Jurisprudencia Argentina" y el sitio Web de la CSJN, entre el 01/01/1987 al 30/10/2004) se concluyó que un 85% de las acciones colectivas deducidas lo fueron contra el Estado, en MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, cit., p 97.

<sup>211</sup> PRATTO, Osvaldo A., "*Acciones de clase vs. Asociaciones de consumidores*", LL 2008-A-867.

<sup>212</sup> WÜST, Romina, "*Influencia de las acciones colectivas en reforma de la ley 24.240*", en ARIZA, Ariel (Coord.), *La reforma del régimen de defensa al consumidor por la ley 26.361*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p 205.

de incentivos para accionar personalmente ante lesiones individualmente insignificantes – pero que a los agentes infractores les representan considerables beneficios económicos, en forma ilegítima e impune ante la carencia de cauces colectivos de tutela<sup>213</sup> y la disparidad de recursos existente entre los contratantes, tornan ilusoria una la relación de consumo acorde con el espíritu de la ley 24.240.

## **EL PROCESO COLECTIVO:**

### BASES FUNDAMENTALES

La consagración del proceso colectivo implica un apartamiento de un conjunto de reglas que han marcado profundamente, y por mucho tiempo, al derecho ritual. Pero no obstante que tal acogimiento demanda la superación de ciertos dogmatismos<sup>214</sup>, su estructuración normativa debe guardar congruencia con el principio del debido proceso, posibilitando al demandado una adecuada defensa, y resguardando los derechos de todos aquellos sujetos que no participen del proceso<sup>215</sup>.

Es que por nuestra parte, creemos que solo a través de un proceso colectivo se puede dar una adecuada protección jurisdiccional de los intereses individuales homogéneos<sup>216</sup>.

### *El Caso*

A través de todo procedimiento judicial, se da tratamiento a una acción que comprende una pretensión de fondo, requiriéndose para ello la existencia de un caso en los términos del

---

<sup>213</sup> “el instrumento procesal bajo análisis tiene características disuasivas, como una suerte de valla preventiva ante eventuales violaciones que encuentran justamente sustento en la pasividad, que por la falta de incentivos antes explicados, suele caracterizar a grupos numerosos afectados por la violación de un derecho. Es una forma de incentivar un control por los particulares del cumplimiento de las normas, que se torna aun más interesante si se piensa que los controlados suelen ser grandes empresas que prestan servicios masivos y tienen, en principio, una posición de fuerza respecto de los eventuales afectados, que se equilibra por medio de esta herramienta”, DE LA RÚA, Fernando – SARAVIA FRÍAS, Bernando, “*Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal*”, LL 2009-C-247.

<sup>214</sup> Pues, como lo había adelantado Morello hace casi treinta años, la configuración del proceso colectivo “resquebraja las nociones en uso de la legitimación de obrar y alcance de la cosa juzgada” MORELLO, Augusto M.; “*Las nuevas exigencias de tutela...*”, cit., p. 962.

<sup>215</sup> “Las garantías se sostienen en un vértice propio, de dibujo constitucional, que consagran las normas-marco principales y el armado de una potente y efectiva red garantista que, a partir del proceso justo (rea y útil ejercicio de la defensa en juicio, art. 18 Ley Fundamental) se despliega en instituciones de superior nivel de efectividad y contundencia...” MORELLO, Augusto M.; *Constitución y Proceso...*, cit., p. 402.

<sup>216</sup> Cabe recordar aquí la salvedad que hiciéramos, al comienzo del trabajo, en cuanto a la procedencia del proceso colectivo –como vía adjetiva autónoma y sistemática- para el tratamiento judicial de aquellas causas en que se controviertan cuestiones relativas tanto a derechos colectivos como a derechos individuales homogéneos. Ello en razón de que dicho proceso es el adecuado para la resolución de conflictos colectivos, los cuales se presentan ante la afectación a un número elevado de personas, independientemente del carácter del interés en juego –ya sea un interés general, ya sean intereses individuales-. Claro está que según sea el interés a tutelar, se requeriría de algunas cuestiones particulares; pero esto siempre dentro de los principios que informa a los procesos colectivos.

Art. 116 CN; pues solo cumpliéndose tal recaudo es posible instar la actividad jurisdiccional. Esta figura, delimita la actuación de los magistrados al ejercicio de la jurisdicción, en los casos en que se presente una colisión de derechos, y a instancia de parte; es decir, se inhibe el pronunciamiento de los mismos en forma abstracta u oficiosa. En cuanto a la delimitación de la noción del *caso judicial*, seguimos las enseñanzas de Alberto B. Bianchi, quien distingue un sentido amplio de dicha noción, y un sentido restringido<sup>217</sup>: el primero comprende tres elementos a considerar para la judicabilidad de una cuestión –el caso judicial propiamente dicho, la legitimación, y las materias excluidas del conocimiento de los tribunales, comúnmente denominadas “cuestiones políticas”<sup>218</sup>–; en tanto que el segundo, debe ser entendido como la controversia o el conflicto de intereses que se presenta ante el judicante para que éste dirima. Conforme a la segunda acepción, efectuaremos aquí algunas reflexiones sobre el *caso colectivo*.

El caso colectivo está estructurado ontológicamente para brindar técnicas procesales apropiadas a las particularidades de los conflictos colectivos. Así, una pretensión –colectiva– deducida en este marco adjetivo presenta ciertas notas especiales<sup>219</sup>; ya que tanto sus elementos subjetivos, como los objetivos se encuentran dotados de una dimensión colectiva, cuyo encarrilamiento por las vías procesales tradicionales resultaría insostenible<sup>220</sup>. De tal forma, el componente subjetivo estará constituido por un grupo de personas afectadas colectivamente, ya sea en sus derechos individuales en forma homogénea y por una circunstancia común, o ya sea por encontrarse todos afectados en el uso común que hacen de un bien colectivo; y en cuanto al elemento objetivo, notamos que la pretensión fonal comprendida en la demanda, es común a todos los sujetos afectados, en virtud de la vinculación causal en la afectación que comparten todos los individuos involucrados, y en razón de la exigencia –para admisión de la acción colectiva– que la misma este *concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar* –conforme “Halabi” consid. 13–.

---

<sup>217</sup> BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Editorial Ábaco, 2da edición actualizada, reestructurada y aumentada, Buenos Aires, 2002, t. I, p 269.

<sup>218</sup> Respecto de ésta última expresión (‘cuestiones políticas’), preferimos hablar de competencias exclusivas de otros poderes constitucionales, que se encuentran exentas de la valoración judicial, excepto cuando las mismas menoscaben derechos consagrado por la Ley Suprema.

<sup>219</sup> En este punto, seguimos en gran parte lo expuesto en MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, cit., p 200 y s.s.

<sup>220</sup> “La concepción de lo que se entendía por ‘caso o controversia’ formaba parte de esta concepción de lo jurídico, dado que reducía la misión del tribunal a la solución del caso sometido a su jurisdicción dejando de lado en principio la posibilidad de extender su doctrina a casos similares o a clases de personas o de situaciones que se encontraran bajo la regla sentada por el tribunal para el caso”, BÖHMER, Martín F., “La globalización y el nuevo espacio público en la Argentina”, en GORDILLO, Agustín (Dir.), *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p 517.

La dinámica de estos elementos del caso colectivo, determinan la elaboración de ciertos institutos, que por antonomasia, son la base de todo proceso colectivo, y los cuales reseñamos a continuación.

#### *Legitimación. Representación adecuada. Publicidad.*

La cuestión de la legitimación activa en los procesos colectivos, es uno de los aspectos mas desarrollados por la doctrina<sup>221</sup>. Es que entendiendo que la misma radica en la aptitud que tiene la parte para obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión<sup>222</sup>, se evidencia que aquella presenta contornos singulares en el marco de un proceso colectivo. En tal sintonía, coincidimos cuando se dice que debe darse un *salto teórico desde una concepción tradicional de la legitimación hacia la especial legitimación sui generis de los procesos colectivos*<sup>223</sup>; en la inteligencia de que no cabe bajo ningún aspecto hacer referencia a la legitimación ordinaria –en los términos del procedimiento judicial clásico- en esta clase de procesos pues el argumento para diferenciarla de la legitimación extraordinaria (la vinculación existente entre el actor y el interés sustancial litigado), se encuentra desvirtuado si se lo pretende analizar bajo las fórmulas dogmáticas tradicionales. Sea quien fuere quien deduzca la acción colectiva, el mismo nunca podrá aducir la titularidad de la situación jurídica reclamada, ya que esta luce una dimensión colectiva –la misma que justifica el tratamiento aglutinado- que excede a la esfera individual del peticionante, que se traduce en la *causae petendi*; que determina el trámite del proceso y, especialmente, los alcances de la sentencia<sup>224</sup>. En dicho contexto, es que no creemos conveniente mantener la clasificación antes apuntada<sup>225</sup>. Y hasta la terminología empleada por la doctrina –y las normas-, parece seguir una lógica similar, en el hecho del cambio de la expresión “titular” por la de “afectado” en la nómina de los sujetos legitimados. Tal variación nominal, ostenta un cambio sustancial en la consideración del sujeto mencionado, virando desde una dimensión de exclusividad (partiendo de una expectativa subjetiva del individuo titular de un

---

<sup>221</sup> Pero en el presente trabajo, y en virtud de los fines que nos hemos propuesto, no profundizaremos en todas las aristas de esta cuestión, sino que solo realizaremos una reflexión teleológica de la misma.

<sup>222</sup> ARAZI, Roland, *Derecho procesal civil y comercial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, p 114.

<sup>223</sup> VARGAS, Abraham L., “*La legitimación activa en los procesos colectivos*”, en OTEIZA, Eduardo (Coord.), *Procesos Colectivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p 217.

<sup>224</sup> “La protección del interés se concreta y trasciende la esfera propia del derecho subjetivo, porque está presente en pretensión y en la sentencia el destino de resolver la situación ‘de todos’, de modo tal que el efecto y alcance de sentencia es muy distinto al se consigue en un litigio individual”, GOZAINI, Osvaldo A.; *Introducción al derecho procesal constitucional*, cit., p. 276.

<sup>225</sup> En este aspecto nos separamos del sector mayoritario de la doctrina, que utiliza la expresión de “legitimación extraordinaria” para los legitimados de acciones colectivas. Y más alejada aún de nuestra posición, es la interpretación del “afectado” como legitimado ordinario para incoar la acción colectiva; ver en JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, “*Legitimación de las ONG para la defensa de los derechos de incidencia colectiva. Sus lineamientos en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”, publicado en La Ley, 22/12/2010, p 1.

derecho o interés) hacia una colectiva o grupal (en tanto individuo apreciado a partir de una situación objetiva que lo afecta conjuntamente a otros individuos)<sup>226</sup>.

Superada esta instancia, se amplía considerablemente el espectro de sujetos que pueden ostentar legitimación para accionar en el marco de un proceso colectivo; y ante tal circunstancia, es el legislador el que debe determinarlos prudentemente a los fines de dotar de seguridad y eficacia al proceso colectivo. Luego de la determinación legislativa, corresponde al juez de la causa, establecer si la misma se reconoce en los casos concretos<sup>227</sup>. A tales fines, la noción de la representación adecuada es el instrumento por antonomasia que debe sustentar las decisiones del Poder Legislativo y del Poder Judicial; en el primero de forma apriorística y abstracta, para prever en la norma a aquellos sujetos en los cuales se confía para defender eficientemente los derechos de los interesados ausentes en la tramitación del proceso colectivo; y en el segundo, para admitir en el caso concreto, la aptitud del actor para ejercer la representación que pretende<sup>228</sup>.

La representación adecuada es una garantía propia del proceso colectivo, la cual se concibe para mitigar la imposibilidad de participar en el proceso de todos los interesados en el asunto litigado –y quienes eventualmente se verán vinculados por la sentencia dictada- y asegurar respecto de éstos un adecuado derecho de defensa<sup>229</sup>. El cumplimiento de dicho examen es el que impide que la legitimación sea articulada en abuso de los miembros ausentes<sup>230</sup>, ya sea precluyendo totalmente la judicabilidad de una situación jurídica, ya sea precluyendo la judicabilidad colectiva de una afectación grupal –sobremana en los casos en que no se encuentre justificada la acción individual-. Y más allá de la modalidad con que

---

<sup>226</sup> En una interpretación similar, aún cuando habla de legitimación extraordinaria (inclusive en el caso del afectado), SALGADO, José María, *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, cit., p 39.

<sup>227</sup> CUETO RÚA, Julio C., “*La acción por clase de personas (class actions)*”, LL 1988-C-959.

<sup>228</sup> En contra, y al interpretar el Art. 43 CN se ha dicho, “la idoneidad del Defensor del Pueblo y de las asociaciones para representar el grupo o colectivo se presume ficcionalmente *iuris et de iure* [...] Si a los representantes no titulares del derecho solamente se les requiere una idoneidad formal, no sería razonable que a los titulares del derecho colectivo se les exigiese una idoneidad sustancial para promover la misma clase de acciones colectivas. Con lo cual, la comprobación fehaciente de la pertenencia al grupo o colectivo (en términos de titularidad compartida) y la denuncia de un daño concreto sería suficiente para acreditar la idoneidad formal requerida”, en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “*Afectado, derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos y acción colectiva*” publicado en La Ley, diario del 16/06/2011, p 1.

<sup>229</sup> “la única forma de compatibilizar la existencia de un sistema procesal colectivo con la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo es el ejercicio de un estricto control de parte del juez respecto de la calidad de quien asumen su representación”, en OTEIZA, Eduardo - VERBIC, Francisco, “*La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo Halabi?*”, en Lexis Nexis 0003/014882, 10/03/2010.

(Disponible en la web: <http://portalanterior.abeledoperrot.com/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=6891&tipo=2>)

<sup>230</sup> Así se ha dicho, al tratarse la cuestión de la publicidad, que “el propósito de la notificación no es el de construir una vinculación consensual entre el representante y los miembros de la clase, sino mas bien el de asegurar que los poderes de la autodesignación no sean abusados”, en FISS, Owen, “*La teoría política de las acciones de clase*”, (Traducción de Roberto Gargarella), en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 1, número 1, Buenos Aires, 2006, p 9.

se puedan establecer la extensión de los efectos de la sentencia –es decir, si solo vincula a los ausentes cuando los beneficia, o si también les resulta oponible cuando les resulta perjudicial-, el control de representatividad es elemental a los fines de dotar de eficacia al proceso colectivo<sup>231</sup>.

Conferir publicidad a la sustanciación de todo proceso colectivo es una regla esencial, pues a través de ella, por un lado se viabiliza el control de la representación adecuada del actor por parte de todos aquellos sujetos cuyos intereses se vean involucrados en el objeto de la litis, y por el otro se procura evitar la proliferación de procesos colectivos de idéntico objeto. Necesidades estas que han sido manifestadas por la Corte Suprema en el caso “Halabi”<sup>232</sup>. Con referencia a la primera función de la publicidad, la cuestión central es la modalidad que debe revestir la notificación de la existencia del proceso a todos aquellos cuyos derechos se encuentren controvertidos, como asimismo a todos los sujetos que han sido legitimados legislativamente para instar la defensa colectiva de los derechos; brindándose así la posibilidad de los mismos de acudir al proceso. En este sentido, es de toda lógica que la rigurosidad de la notificación se encuentra determinada por los efectos que de la sentencia se han establecido. Y respecto de la segunda función, que hace a la efectividad del proceso, se ha mencionado como recursos viables –y de uso tradicional en nuestro ordenamiento jurídico- la publicación de edictos, la creación de un registro de acciones colectivas<sup>233</sup> y publicaciones en el Boletín Oficial. A estos medio de publicidad, creemos conveniente adicionar la institución de una publicidad electrónica, a través de la web que permita un contenido mucho más amplio –a través de una suerte de “expediente digitalizado”<sup>234</sup>- y estableciéndose en la normativa la obligatoriedad de previa consulta antes de admitir la demanda o la certificación de la clase.

---

<sup>231</sup> Aquí nos diferenciamos de Giannini cuando dice que “podría afirmarse inicialmente que si la actuación del legitimado o ‘representante’ fuere incapaz de perjudicar a los miembros del grupo ausentes en el juicio, ninguna razón existiría para exigir que aquel sea un defensor apropiado de los derechos colectivos”, en GIANNINI, Leandro J., “*La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas*”, en OTEIZA, Eduardo (Coord.), *Procesos Colectivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p 186.

<sup>232</sup> “Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos” (consid. 20 del voto mayoritario)

<sup>233</sup> En el derecho provincial, la ley 13.928 de amparo (modificada por ley 14.192) instituye la creación, en el ámbito de la Suprema Corte, del Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva.

<sup>234</sup> “Por su parte, los registros de acciones colectivas cuya creación se propone no deberían necesariamente contar la complejidad que tienen los actuales registros de juicios universales; el volumen actual de casos colectivos y su tendencia de crecimiento es muchísimo menor que los concursos y sucesiones anualmente abiertos. Dado este hecho, el acceso público podría ser mucho mas sencillo –a través de consultas telefónicas, correo electrónico e incluso internet-”, en MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, cit., p 271.

## Sentencia

Los alcances de la cosa juzgada de la sentencia, junto con el análisis de la legitimación activa, son quizás los aspectos más determinantes de un proceso colectivo. Es esencial que en éstos, la sentencia dictada exceda a los individuos que han intervenido en el proceso judicial, pronunciándose sobre cuestiones que afectan a un conjunto de personas ausente en dicha tramitación. Pero no obstante esto, no compartimos cuando se asegura que la sentencia colectiva ostenta carácter *erga omnes*<sup>235</sup>, ya que la misma solo se proyecta jurídicamente al caso concreto –de carácter colectivo- y sobre los sujetos involucrados en el mismo, más allá que en ciertos casos los efectos de la misma son asimilables –solo materialmente- a las sentencias emanadas de un tribunal constitucional –propios de sistemas de control de constitucionalidad concentrado-. Y la necesidad de una sentencia con tales alcances, está contenida en el conflicto colectivo que justifica esta clase de tutela procesal diferenciada, y más precisamente, en cada uno de los elementos de la pretensión colectiva. Pero el punto más polemizado en la doctrina, que se reproduce en el debate parlamentario, es sí la vinculatoriedad de la cosa juzgada extendida a todos los individuos involucrados en el conflicto –esto es, a quienes intervinieron en el proceso, y a los ausentes representados en el mismo- debe efectivizarse en todos los casos, o solo cuando la sentencia sea favorable a los mismos.

Considerando, primeramente, el complejo de garantías y principios constitucionales, y en segundo término, la práctica habitual de los operadores jurídicos y la cultura jurídica nacional; debemos concluir que actualmente –conforme a todos los recaudos que hemos señalado- la regla *secundum eventum litis in utilibus*, es la que mejor compatibiliza con la normativa constitucional y con el grado de avance, doctrinario y jurisprudencial, alcanzado en nuestro derecho<sup>236</sup>. En este sentido, debe precisarse que la sentencia no debe vincular

---

<sup>235</sup> “El aspecto más relevante de la sentencia colectiva es que, al tener efectos normativos ‘*erga omnes*’, obligan al juez a pensar como un legislador o un administrador gubernamental”, en LORENZETTI, Ricardo Luis; *Justicia Colectiva*, cit., p. 170.

<sup>236</sup> En contrario se ha dicho que “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 [...] 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”, en CARRILLO, Santiago R., “*Los procesos colectivos ante una futura regulación procesal*”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro.394, Buenos Aires, 19/07/2011 p. 189; “Una acción colectiva se caracteriza por extender los alcances de su sentencia a los miembros ausentes. Sin cosa juzgada expansiva a los ausentes no existe justicia colectiva. Por ello, el único mecanismo que concuerda con la finalidad de las acciones colectivas es el opt out. Este sistema implica que todos los consumidores son alcanzados por la cosa juzgada [...] salvo los que voluntaria y expresamente se autoexcluyen del proceso”. en MARTINEZ MEDRANO, Gabriel, “*Procedimiento de acciones colectivas*”, publicado en La Ley, 02/11/2011, p 6.

en desmedro del ausente representado en el juicio, sino que la misma lo beneficiará –y podrá ser ejecutada, cuando no exista ejecución colectiva-, pudiendo esta ser opuesta al demandado por el aquel.

Creemos que una solución contraria, conforme rige en la Rule 23 estadounidense, no resulta aplicable –al menos en la actualidad- a nuestro derecho; pues no solo merecería ciertos reparos en cuanto a su constitucionalidad, sino que no lo estimamos prudente al considerar la práctica y tradición jurídica argentina de nuestros días. Adoptar una fórmula semejante implica generar un cambio estructural en el sistema de tutela jurisdiccional de los derechos, que requiere de instancias previas, no agotadas aún.

## ASPECTOS CONSTITUCIONALES

La novedad del proceso colectivo en nuestro derecho, nos obliga a ensayar ciertas consideraciones sobre su articulación constitucional. En este sentido, cabe analizar su admisibilidad dentro de la distribución institucional del poder establecido en la Constitución Nacional, y su compatibilidad con el principio del debido proceso.

### *División de poderes*

Uno de los reparos que con mayor asidua se le ha efectuado a la recepción de los procesos colectivos en nuestro derecho, es el relativo a que éstos son incompatibles con el principio de división de poderes, atribuyéndole al Poder Judicial facultades legislativas. Para refutar tal tesis, la noción de *caso colectivo* –presentada *ut supra*, y a la cual remitimos- es la que nos brinda los mayores argumentos. Posiblemente, el elemento que lleva a algún sector a sostener tal parecer, sea el hecho de la extensión de la sentencia la cual afecta a una pluralidad elevada de personas y pareciera estar dotada de cierta nota de generalidad. Pero los presupuestos que se imponen para la procedencia de un proceso colectivo –asimismo como los límites de la vinculatoriedad de la sentencia-, lo diferencian sustancialmente, de la actividad legisferante<sup>237</sup>; pues en primer término se requiere de un sujeto legitimado e idóneo para instar la jurisdicción en los términos del Art. 116 CN, y posteriormente, el acto institucional a dictarse –la sentencia- se ve delimitado por el caso y el principio de congruencia<sup>238</sup>. En cuanto a lo que refiere estrictamente al proceso colectivo

---

<sup>237</sup> “... estamos en presencia de lo que se ha denominado la interpretación relativa del principio de la separación de poderes. En estos casos, el juez no se convierte en un legislador sino en el poder controlante de la constitucionalidad de las leyes y si puede hacerlo para un caso, no se entiende porque razón no podría declarar que la sentencia se proyecte ‘erga omnes’ cuando se trata de las llamadas acciones colectivas”, en CASSAGNE, Juan Carlos, “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos ‘erga omnes’ de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva”, en LL 2009-B-651.

<sup>238</sup> VERBIC, Francisco., “La ambigua portada de la congruencia: ¿regla o principio procesal?(a propósito de su flexibilización en los procesos colectivos)”, en VV.AA. *Libro de ponencias generales*,

como vía procesal adecuada para la tutela jurisdiccional de intereses individuales homogéneos, creemos útil citar lo expresado por Giannini:

*El proceso colectivo no es mas que una técnica de organización para la resolución concentrada de conflictos colectivos que individualmente nadie dudaría en llamar “casos”. Reiteramos: no es de la esencia de la función jurisdiccional la resolución de causas o controversias de manera aislada (y antifuncional); puede perfectamente abordarse concentrada y funcionalmente por el Poder Judicial un conflicto de alcances subjetivos múltiples, sin lesión al principio de separación de poderes.*<sup>239</sup>

#### *Debido proceso*

El meollo del debido proceso en el tratamiento judicial de los derechos individuales homogéneos se encuentra en el derecho de defensa, tanto de los ausentes como de los demandados.

En el primero de los casos, se intenta mitigar ciertas vicisitudes a través de la institución de la representación adecuada; pero la cuestión de la vinculatoriedad de la sentencia se encuentra estrechamente ligada a lo que aquí tratamos. Es que la vinculatoriedad de la cosa juzgada es la que, en ciertos casos, puede llegar a menoscabar garantías constitucionales. Es así que juzgamos, que el ordenamiento jurídico actual –si bien deficiente por su insuficiencia y su parcialidad- es el que mas se condice con la protección de la defensa en juicio de los ausentes, en tanto las normas que prevén la defensa colectiva de intereses individuales homogéneos extienden la cosa juzgada –si bien con ciertas diferencias terminológicas- de la sentencia en el supuesto que esta resulte beneficiosa para los ausentes; negando la posibilidad de que un pronunciamiento adverso fuere oponible por el demandado a alguno de los miembros de la clase representada. Y aún cuando aparenta ser una solución novedosa –y que se corresponde claramente con el derecho brasileño de acciones colectivas-, encontramos antecedentes en nuestro ordenamiento que adoptan una solución similar<sup>240</sup>.

Quizás el tratamiento del debido proceso –y más precisamente la defensa en juicio- referente al demandado, sea uno de los aspectos de esta materia que menor tratamiento ha tenido en la doctrina. Y si bien la consagración del proceso colectivo –con extensión de la cosa juzgada solo en los casos en que se beneficie a la clase demandante- no desvirtúa tal

---

*relatos generales y trabajos seleccionados - XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Ley, 2007, p.176.*

<sup>239</sup> GIANNINI, Leandro J.; *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, cit., p 76.

<sup>240</sup> “Esta diferencia de la cosa juzgada está consagrada, en alguna medida, en nuestra legislación en el artículo 715 del Código Civil (última parte agregada por ley 17.711) cuando, refiriéndose a las obligaciones solidarias, dispone que la cosa juzgada recaída en juicio es invocable por los coacreedores, pero no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio. Los codeudores pueden invocar la cosa juzgada solo contra el coacreedor que fue parte en el juicio”, en ARAZI, Roland, *Derecho procesal civil y comercial*, cit., p 245.

garantía<sup>241</sup>, deben tomarse ciertos recaudos en su reglamentación. En este sentido, es fundamental establecer reglas adecuadas de preclusión y litispendencia –tanto respecto de acciones colectivas, como individuales-, evitando que el demandado se vea expuesto a ser demandado reiteradamente y en forma colectiva por el mismo hecho; pues si bien es admisible que la sentencia que desestime la demanda colectiva no menoscabe la tutela individual de los ausentes, no resulta tan acertado mantener incólume la acción colectiva<sup>242</sup>. También en relación a la defensa en juicio del demandado en un proceso colectivo, nos cabe expresar nuestra negativa –conforme al plexo normativo de garantías constitucionales- a instituir la representación de una clase en el polo de los legitimados pasivos, tal como lo establece la normativa de las *class actions* del derecho estadounidense<sup>243</sup>.

## **ESTADO ACTUAL DEL DEBATE SOBRE LOS INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS**

### **EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA**

Como hemos expuesto *ut supra*, encontramos en la doctrina posiciones muy contrapuestas, tanto en lo que hace a la naturaleza de ésta categoría jurídica, como asimismo en la interpretación que se realiza de la incipiente normativa de técnicas procesales colectivas. Y si bien las reglas emanadas por la Corte Suprema en el caso “Halabi”, consolidaron algunas cuestiones que anteriormente se encontraban controvertidas –principalmente la viabilidad de tramitar aglutinadamente, en un proceso colectivo, derechos individuales-, el mismo ha dejado unos cuantos puntos oscuros que han generado nuevos debates. No obstante esto, creemos que una gran cantidad obras y estudios en la materia muestran un importante grado de profundidad y desarrollo, que conjuntamente con el precedente citado, aportan elementos de gran valor para lograr un adecuado marco normativo.

---

<sup>241</sup> “Existen también dos argumentos prácticos que conducen a rechazar el esgrimido en defensa de los intereses de los demandados: (a) el valor de fuente jurisprudencial que tendrá frente a un eventual proceso posterior la existencia de un precedente judicial firme a favor del demandado, dictado en un proceso colectivo, es innegable y aumenta notablemente las chances de éste frente al eventual nuevo juicio; (b) y por otro lado, considerando los tiempos que insumen los procesos hasta llegar a un estado de sentencia firme, es poco probable que después de 4 ó 5 años que lleva la obtención de cosa juzgada [...] y suponiéndose que fuere adversa a la protección colectiva, algún otro legitimado colectivo tuviera razones e incentivos para iniciar un nuevo proceso, en caso de que la acción no hubiere prescripto”, en MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas*, cit., p 287.

<sup>242</sup> Y aún cuando pueda argüirse que precluyendo la instancia colectiva se puede precluir indirectamente la defensa individual –en aquellos casos en que la insignificancia individual de la afectación no justifique la acción individual-; es mediante la certificación de la clase, a través del control de la representación adecuada, que se procurará salvar aquellas circunstancias.

<sup>243</sup> “**RULE 23 (A):** *One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if...*” (“Uno o más miembros de un grupo pueden demandar o ser demandados como representantes de todos sólo si...”). Punto importante a considerar, en virtud de los proyectos de ley de acciones colectivas que se encuentran en tratamiento en el Congreso Nacional, y que reproducen textualmente dicho precepto.

Por otro lado, aunque siguiendo una evolución similar a la doctrinaria, advertimos que cada vez más magistrados aceptan la tutela de intereses individuales homogéneos aún ante la carencia de un texto legal suficiente para la tramitación de un proceso colectivo. Pero en este caso, naturalmente, las reglas emanadas por el cimero tribunal federal, han sido aceptadas y reproducidas, elaborándose pretorianamente técnicas procesales –hasta hace poco tiempo- desconocidas en nuestros fueros –federal y provincial- en consuno con los principios emanados del fallo “Halabi”. Fiel ejemplo de lo que estamos afirmando, han sido las certificaciones de clase exigidas por los órganos judiciales –de primera instancia y la alzada- de nuestra ciudad.

### EN EL CONGRESO DE LA NACIÓN

Como en muchas otras cuestiones jurídicas, la configuración conceptual de un instituto ha sido elaborada conjuntamente por la doctrina y el Poder Judicial, hasta obtener su consagración legislativa. Éste es el caso de la tutela jurisdiccional colectiva de intereses individuales homogéneos, que contando con un enorme respaldo dogmático y jurisprudencial, aguarda su consagración legislativa. En este sentido ha sido claro el pronunciamiento de la Corte en “Halabi” en cuanto a la mora en que ha incurrido en legislador.<sup>244</sup>

En lo que aquí respecta, debemos mencionar que existen diversos proyectos de ley para regular las acciones colectivas (tanto en la Cámara de Senadores<sup>245</sup>, como en la Cámara de Diputados<sup>246</sup>). Escapa al objeto del presente trabajo el análisis y cotejo de cada uno de los proyectos, por lo que nos limitaremos a un comentario general. De una vista rápida de éstos advertimos que varios reproducen textualmente las prescripciones de la Rule 23 del derecho norteamericano (aquellos propuestos por el senador Lores, y los propuestos por los diputados Camaño y Vilariño-Salum-Diez), en tanto otros adoptan una formulación más original (aquellos cuyos firmantes son los senadores Bortolozzi y Negre de Alonso, y los diputados Yarade-Torfe y Gil Lavedra-Alfonsín-Tunesi). Y en esto, si bien debemos considerar la experiencia lograda en el derecho comparado (principalmente en Estados Unidos –que cuenta con el mayor desarrollo de este tipo de procesos- y Brasil –que aún cuando su normativa es relativamente reciente, comparte nuestra tradición continental-

---

<sup>244</sup> “Frente a esa falta de regulación -la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido-, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.” (consid. 12 del voto mayoritario)

<sup>245</sup> A saber: Expte. S-10-3396 (Bortolozzi, Adriana R.), Expte S-11-18 (Lores Horacio), Expte. S 11-10-45 (Negre de Alonso, Liliana T.).

<sup>246</sup> A saber: Expte. 2199-D-2009 (Vilariño José A., Salum Osvaldo R. y Diez María I.), Expte. 5996-D-2010 (Yarade Fernando y Torfe, Mónica), Expte. (Gil Lavedra Ricardo, Alfonsín Ricardo, Tunesi Juan P. y otros), Expte. 4055-D-2011 (Camaño Graciela).

europea), no debe perderse de vista las técnicas procesales locales, propias de los procesos en los que se litiguen intereses de una pluralidad de personas (principalmente los juicios universales –concursos y sucesiones-) que cuentan con la aceptación y práctica de nuestros operadores jurídicos. Asimismo, debe compatibilizarse las cuestiones técnicas procesales de los procesos con el grado de desarrollo alcanzado en nuestro país; pues en este sentido, y a los efectos de dar un ejemplo, encontramos una dificultad al comparar la evolución jurisprudencial y normativa –principalmente Art. 43 CN- sobre los sujetos legitimados para promover acciones colectivas en la defensa de intereses individuales homogéneos con las previsiones del derecho estadounidense o el derecho brasilero<sup>247</sup>. Y para no reproducir lo dicho *ut supra*, creemos conveniente extremar las previsiones para la certificación de la clase, el control de la representatividad adecuada, la publicidad del proceso, la cuestión de la litispendencia y el alcance de la cosa juzgada.

En ese camino, es que esperamos que el trabajo en comisiones de ambas cámaras cuente con el aporte doctrinario de los autores especializados en la materia, repitiéndose reuniones como la celebrada en agosto del año pasado en la Cámara de Senadores<sup>248</sup>.

Por último, y aunque aún no ha ingresado a la esfera del Congreso Nacional, también debe destacarse el anteproyecto que se está realizando para la reforma y unificación de los códigos civil y comercial de la Nación<sup>249</sup>. En este caso, cabe meditar sobre lo que se ha ensayado en el pasaje relativo a la responsabilidad civil, en el cual se prevé la incorporación de una sección referente a derechos de incidencia colectiva; pero sin soslayar el carácter provisorio que tienen las formulaciones que lo integran<sup>250</sup>, cuestión que nos persuade de limitar, en lo fundamental, nuestro análisis. En ese orden, conviene reparar en dos puntos: por una lado, la materia del proceso colectivo excede en mucho a la temática de la responsabilidad civil, en razón de que la conflictividad que justifica los cauces tutelares diferenciados (colectivos) desborda el marco propio del derecho privado; y por el otro, que la configuración de una herramienta, ya sea para la reparación de daños, ya sea para la

---

<sup>247</sup> Mientras que en el primero solo se admite la legitimación de quien integre la clase –Rule 23 (a)-, en el segundo no se prevé la legitimación del individuo afectado para promover acciones colectivas - Art 82 del Cod. de defensa al Consumidor-.

<sup>248</sup> Reunión de la Comisión de Legislación General del Senado, del día 30 de agosto de 2011, en la que fueron invitados a disertar sobre la temática –entre otros- Dalla Vía, Andreucci, Sabsay y Mertehikian.

<sup>249</sup> A tales efectos se dictó el Decreto Presidencial 191/2011 (rubricado el 23 de febrero de dicho año), el cual crea la “Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la Nación” –Art. 1-, integrada por Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci –Art. 3-; que deberá elevar el proyecto en el plazo de trescientos sesenta y cinco días corridos a partir de la fecha de su constitución –Art. 4-.

<sup>250</sup> Si bien aún no existen publicaciones completas que permitan profundizar en el estudio del anteproyecto, varias secciones del mismo han trascendido en jornadas y congresos. En nuestro caso contamos con el material –referente a la cuestión de la responsabilidad civil- que gentilmente nos ha facilitado el Dr. Carlos A. Brun (Coordinador de Abogacía en la sede de Mar del Plata de la Universidad FASTA).

salvaguarda de derechos comprometidos, en el contexto de un conflicto colectivo, solo resulta factible –en cuanto a la protección jurisdiccional- a través de una norma procesal autónoma y precisa, siendo insuficiente e inadecuado el establecimiento de precepto parciales en la normativa de fondo –verbigracia, respecto de los efectos de la cosa juzgada en cuanto a su ejecución y sus secuelas preclusivas-. Son éstos los fundamentos que nos desaconsejan regulaciones parciales como las ya existentes, y que sugieren la necesidad de una reglamentación procesal integral, que cuente con un conjunto de pautas y principios generales.

## CONCLUSIONES

Podemos afirmar que contamos en nuestro país con valiosos elementos, conceptuales y jurisprudenciales, posibilitando la existencia de un marco normativo adecuado para la protección intereses individuales homogéneos; y que sólo resta lograr un profundo debate y trabajo parlamentario para su consagración normativa en las condiciones que propugnamos. Para ello, deben meritarse las técnicas que mejor respondan a la efectividad del proceso colectivo, atendiendo a las particulares de la ciudadanía nacional y respetando los principios y garantías procesales establecidos en la Carta Magna; lo cual hemos apuntado a lo largo de este trabajo.

Pues como lo hemos sugerido *ut supra*, la ausencia de una norma integral, sistemática y funcional, que contemple al proceso colectivo –y más precisamente en lo que refiere a la tutela de intereses individuales homogéneos-, sume en el desamparo y en la inseguridad jurídica, a un número cada vez mayor de afectaciones masivas de derechos. De la consideración efectuada respecto de las leyes que han proveído ciertas técnicas procesales colectivas, existe una palmaria insuficiencia; ya que por un lado, se hace patente la escasez de reglas que nos permitan identificar la configuración de un procedimiento especial como lo es el proceso colectivo; y por el otro, la limitación de concebir tales mecanismos en normas de contenido sustancialmente de fondo –en materia ambiental y de consumo- que determinan y limitan a las vías procesales en cuestión.

Es que es un lugar común, en el estudio del proceso colectivo, reparar en el carácter de especialidad y complejidad que el mismo ostenta; notas que no se condicen con el exiguo articulado en los que se pretende encauzarlo desde ciertos sectores de la doctrina, según la interpretación que elaboran de la normativa vigente. Centramos nuestra postura en la singularidad de los principios procesales que informan a todo proceso colectivo; en tanto que las reglas de rito que deben demarcar tales procedimientos conllevan sustanciales diferencias respecto de la tramitación de cualquier proceso judicial tradicional. A más de que en el análisis de los elementos básicos de todo procedimiento judicial –partes, legitimación,

función jurisdiccional, sentencia- encontramos una dinámica profundamente disímil al de un proceso clásico; advertimos el surgimiento de nuevos institutos –legitimación colectiva, representación adecuada, certificación de clase, efectos expansivos de la cosa juzgada, etc- que aún no han alcanzado una regulación legislativa, quedando librado al criterio de cada magistrado desde la configuración hasta la existencia misma de aquellos.

Asimismo, es por demás evidente que la conflictividad colectiva no se encuentra reducida a cuestiones ambientales o de consumo, sino que la misma se hace extensiva hacia todas las ramas del derecho. Con solo referir a los antecedentes jurisprudenciales aquí analizados, advertimos que a través del proceso colectivo se canalizan problemáticas relativas a derechos políticos y civiles, a los denominados DESC (derechos económicos, sociales y culturales), a cuestiones patrimoniales, previsionales, tributarias, entre tantas otras. Es por ello que resulta manifiestamente inviable constreñir la defensa colectiva de derechos a las limitadas vías de tutela colectiva reconocidas en la leyes citadas. Consecuentemente, reputamos que no cabe otra posibilidad que consagrar una norma especial y autónoma –de carácter puramente adjetivo-, funcional a toda clase de conflicto colectivo, independientemente de la cuestión sustancial controvertida. Es que tal estructura procesal demanda una rigurosa reglamentación del trámite procedimental; en tanto emergen nuevos principios procesales que inciden sobre las facultades de las partes, el rol del juez, y la sustanciación del proceso.

Tal consagración legislativa deviene imprescindible, pues aún cuando desde el Poder Judicial –en forma acentuada desde el pronunciamiento de CSJN en el fallo “Halabi”- se intente sortear la carencia legislativa en la materia, procurando así diversas técnicas y soluciones para dar respuesta a estos conflictos, tales creaciones pretorianas no brindan un aceptable grado de seguridad y certeza a los justiciables<sup>251</sup>. En este sentido, solo reconocemos algunas directrices esenciales que posibilitan la tramitación jurisdiccional aglutina de derechos en aquellos casos en los que se encuentre comprometido el acceso a la justicia o cuando alguna norma especial así lo establece (en materia de consumo). En efecto, estas vías procesales colectivas –es claro que no cabe hablar de proceso colectivo-, quedan relegadas a ser herramientas procesales de *ultima ratio*.

Es claro que la consigna de una ley autónoma responde a una necesidad trascendental, de cuestiones meramente técnicas y de la superación de una situación de creaciones pretorianas permanentes, y revela una exigencia constitucional básica; ésta es la de asegurar un verdadero proceso justo, compatible con las necesidades sociales contemporáneas y que salvaguarde la inviolabilidad de la personas y los derechos en juicio.

---

<sup>251</sup> “Anomia, es la palabra que mejor describe el contexto de las pseudo acciones de clase que hoy proliferan nuestros estrados judiciales”, en SARAVIA FRÍAS, Bernardo, “*Acciones de clase: aspectos constitucionales y filosóficos*”, publicado en La Ley, diario del 21/10/2011, p 1.

Lo hasta aquí dicho, y con la modesta finalidad de ensayar algunas directrices básicas, tiene como objetivo final la consecución de un marco normativo autónomo y suficiente que contemple la realidad político-social en que se vienen desarrollando las relaciones jurídicas desde hace ya bastante tiempo, y brinde soluciones eficaces y justas. Todo ello en orden a cumplir, de la mejor manera posible, con el mandato constitucional –contenido en el preámbulo- de afianzar la justicia. Es con tal espíritu que traemos a la memoria –principalmente de quienes habrán de participar en la encomiable tarea enunciada- las enseñanzas del maestro Augusto Morello que manifestaba que *“no hay empresa intelectual más fascinante para el jurista en las modernas sociedades linderas al nuevo milenio, que imaginar las correcciones y las medidas –las políticas- adecuadas y colaborar a materializar las más beneficiosas”*<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> MORELLO, Augusto M.; *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p 617.

## BIBLIOGRAFÍA:

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, “*Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 33 N°1, 2006, p 69-91.

ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “*Acciones colectivas: el premio a un largo camino recorrido*”, en LL 2010-B-728.

ARAZI, Roland, *Derecho procesal civil y comercial*, 2 tomos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

ARAZI, Roland, “*Los derechos individuales homogéneos en la reforma a la ley 24.240 (ley 26.361): legitimación y cosa juzgada*”, en JA 2008-III-1193.

BADENI, Gregorio; “*El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos*”, LL 2009-B-255.

BARBADO, Maria Laura, “*Las acciones de clase como procedimiento de tutela diferenciada para derechos individuales homogéneos*”, ponencia presentada en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 11 a 13 de Noviembre de 2009, Buenos Aires.

BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Editorial Ábaco, 2da edición actualizada, reestructurada y aumentada, 2 tomos, Buenos Aires, 2002.

BIDART CAMPOS, German J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, Tomo I-A, Buenos Aires, 2000.

BÖHMER, Martín F., “*La globalización y el nuevo espacio público en la Argentina*”, en GORDILLO, Agustín (Dir.), *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p 515-533.

BOICO, Roberto; “*La nueva etapa del amparo colectivo. El caso Halabi y el actual escenario del Art. 43 de la CN*”, LL 2009-B-255.

BUFFARINI, Paula. “*Ámbito de la tutela colectiva*”, en OTEIZA, Eduardo (Coord.), *Procesos Colectivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p 57.

BUJOSA VADELL, Lorenzo; “*Sobre el concepto de intereses de grupo difusos y colectivos*”, LL 1997-F-1142.

CAPPELLETTI, Mauro. “*Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*”, en *Boletín Mexicano de derecho comparado*. UNAM, Nueva serie, año XI, N° 31-32, México D.F., 1978

CARNOTA, Walter F. – MARANIELLO, Patricio A., *Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

CARRILLO, Santiago R., “*Los procesos colectivos ante una futura regulación procesal*”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Nro.394, Buenos Aires, 19/07/2011 p. 189.

CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, AbeledoPerrot, 9ed., 2 tomos, Buenos Aires, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos, “*Derechos de incidencia colectiva. Los efectos ‘erga omnes’ de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva*”, en LL 2009-B-651.

CATALANO, Mariana – GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena, “*Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema*”, LL 2009-B-603.

COURTIS, Christian, “*El caso ‘Verbitsky’: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?*”,  
(disponible en la web: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/courtis\\_christian.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/courtis_christian.pdf))

CUETO RÚA, Julio C., “*La acción por clase de personas (class actions)*”, LL 1988-C-952.

DE ESTRADA, Mariano, “*Class Actions. Análisis de los temas debatidos por la Corte norteamericana en el caso ‘Dukes vs. Wal-Mart’*”, en Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho, 20/10/2011, Buenos Aires.

DE LA RÚA, Fernando – SARAVIA FRÍAS, Bernardo, “*Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal*”, LL 2009-C-247.

FALCO, Guillermo E., “*El juez, la acción de clase y el daño, en la Ley de Defensa del Consumidor -LDC-*”, Semanario Jurídico, Córdoba, Número 1747, del 11/03/2010, Cuadernillo 8; Tomo 101 Año 2010-A-309.

FISS, Owen, “*La teoría política de las acciones de clase*”, (Traducción de Roberto Gargarella), en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 1, número 1, Buenos Aires, 2006, p 5.

GALDÓS, Jorge M.; “*Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo*”, en JA 2000-II-242.

GARCÍA PULLÉS, Fernando; “*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-186.

GELLI, María A., “*El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos*”, LL 2009-B-255.

GIANNINI, Leandro J., “*La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas*”, en OTEIZA, Eduardo (Coord.), *Procesos Colectivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p 179.

GIANNINI, Leandro J.; *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2007.

GIANNINI, Leandro J., “*Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de ‘derechos de incidencia colectiva’*”, LL 2008-A-97.

GIANNINI, Leandro J., “*Los procesos colectivos en la ley general del ambiente. Propuesta de reforma*”, ponencia presentada en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 11 a 13 de Noviembre de 2009.

GIDI, Antonio; *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2004.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “*Afectado, derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos y acción colectiva*”, publicado en La Ley, 16/06/2011, p 1.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos”, en LL 2008-E-1021.

GOZAINI, Osvaldo A.; *El debido proceso*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

GOZAINI, Osvaldo A.; *Introducción al derecho procesal constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

GRILLO CIOCCHINI, Pablo A.; “La ley 13.133 de la prov. de Buenos Aires (Código provincial de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios). Primeras impresiones procesales”, en JA 2004-II-917.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, “Legitimación de las ONG para la defensa de los derechos de incidencia colectiva. Sus lineamientos en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, publicado en La Ley, 22/12/2010, p 1.

LORENZETTI, Ricardo L.; “Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad”, en JA 2000-II-235.

LORENZETTI, Ricardo Luis; *Justicia Colectiva*, Rubinzal-Culzoni, 2010.

LUCHINSKY, Matías F, “¿Class actions o acciones colectivas?: acciones de consumidores”, LLBA, 2010 (julio), 645.

MARTINEZ MEDRANO, Gabriel, “Procedimiento de acciones colectivas”, publicado en La Ley, 02/11/2011, p 6.

MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

MAURINO, Gustavo – SIGAL, Martín, “‘Halabi’: La consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, J.A. 2009-II-641

MEROI, Andrea A., “La tutela de los ‘derechos de incidencia colectiva’ y la reforma de la ley de defensa al consumidor”, en ARIZA, Ariel (Coord.), *La reforma del régimen de defensa al consumidor por la ley 26.361*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

MERTEHIKIAN, Eduardo; “La ‘protección de la salud’ como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido”, en LL 1998-F-303.

MORAHAN, Mariano, “Aseguramiento del acceso a la Justicia y observancia de la economía procesal en el terreno específico de los Procesos Colectivos”, ponencia presentada en XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, 8, 9 y 10 de Junio de 2011, Santa Fe.

MORELLO, Augusto M.; “Las nuevas exigencias de tutela (Experiencias y alternativas para repensar la política procesal y asegurar la eficacia del servicio)”, 1983, ED 102-957.

MORELLO, Augusto M.; “El proceso civil colectivo”, JA 1993-I-881.

MORELLO, Augusto M.; *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

MORELLO, Augusto M.; *Constitución y Proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998

NINO Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Astrea, 2da edición ampliada y revisada, 6ta impresión, Buenos Aires, 1993.

OTEIZA, Eduardo, “*La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ‘ampare’*”, en OTEIZA, Eduardo (Coord.), *Procesos Colectivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

OTEIZA, Eduardo - VERBIC, Francisco, “*La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo ‘Halabi’?*”, en Lexis Nexis 0003/014882, 10/03/2010.

PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., “*La tutela procesal diferenciada en los derechos de los consumidores y usuarios*”, ponencia presentada en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 11 a 13 de Noviembre de 2009

PORTELA, Julián, “*La reinención del amparo bonaerense*”, en LLBA 2011 (mayo), 355.

PRATTO, Osvaldo A., “*Acciones de clase vs. Asociaciones de consumidores*”, LL 2008-A-867.

PUGA, Mariela, “*¿A dónde va la Corte en las causas Verbitsky y Riachuelo? Ni uñas, ni dientes, intervenciones experimentalistas*”, en Revista del colegio de abogados de la plata, Julio de 2008, Año L, Nº 69, p 151.

RIVERA, Julio C. – RIVERA (h), Julio C., “*La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional.*”, en LL 2005-B-1053.

ROSALES CUELLO, Ramiro – GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “*Las acciones colectivas a la luz de la Constitución Nacional (Una alternativa de fundamento para la defensa de los intereses grupales)*”, en LL 2006-B-1238.

ROSALES CUELLO, Ramiro - GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “*Las acciones colectivas y el fenómeno de lo grupal. Su actualidad en la jurisprudencia de la CSJN*”, JA 2007-III-1225

ROSALES CUELLO, Ramiro - GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “*El caso ‘Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo – decretos nros. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986’: un avance en pos de la caracterización de las acciones colectivas*”, JA 2007-IV-636.

ROSALES CUELLO, Ramiro – GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “*Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor*”, en LL 2009-B-1016

ROSALES CUELLO, Ramiro - GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “*Nuevas consideraciones del fallo ‘Halabi’*”, LL 2009-D-424.

SABSAY, Daniel, “*El derecho a la intimidad y la ‘acción de clase’*”, LL 2009-B-401.

SAGÜÉS, Néstor P., “*Acción de amparo, intereses difusos y acción popular*”, en JA 1994-I-523.

SAGÜÉS, Néstor P.; *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, 2da Ed. actualizada y ampliada, 2 tomos, Buenos Aires, 1997.

SAGÜÉS, Néstor P., “*La creación judicial del ‘amparo-acción de clase’ como proceso constitucional*”, en JA 2009-II-627.

SALGADO, José María, *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

SARAVIA FRÍAS, Bernardo, “*Acciones de clase: aspectos constitucionales y filosóficos*”, publicado en La Ley, diario del 21/10/2011, p 1.

SBDAR, Claudia B., “*La protección jurisdiccional del derecho de incidencia colectiva a gozar de un ambiente sano*” ponencia presentada en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 11 a 13 de Noviembre de 2009.

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

TORICELLI, Maximiliano, “*Un importante avance en materia de legitimación activa*” en LL 2009-B-202.

UCÍN, María Carlota.; *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011.

VARGAS, Abraham L., “*La legitimación activa en los procesos colectivos*”, en OTEIZA, Eduardo (Coord.), *Procesos Colectivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p 215.

VERBIC, Francisco., “*La ambigua portada de la congruencia: ¿regla o principio procesal?(a propósito de su flexibilización en los procesos colectivos)*”, en VV.AA. *Libro de ponencias generales, relatos generales y trabajos seleccionados - XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Ley, 2007, p.169.

VERBIC, Francisco. “*Algunas ideas para intentar justificar la tutela procesal diferenciada en materia colectiva. Lejos de los conceptos, cerca de los conflictos*”, Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Buenos Aires, 11-13 de Noviembre de 2009.

WÜST, Romina, “*Influencia de las acciones colectivas en reforma de la ley 24.240*”, en ARIZA, Ariel (Coord.), *La reforma del régimen de defensa al consumidor por la ley 26.361*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.