

**Voces:** CONSTITUCIONALIDAD ~ EFECTOS DE LA SENTENCIA ~ ACCION DE AMPARO ~ LEY NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES ~ LEGITIMACION ~ ACCION DE CLASE ~ PROCESO COLECTIVO ~ INTERNET ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ DERECHO A LA JURISDICCION ~ DERECHOS CONSTITUCIONALES ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ NORMA REGLAMENTARIA ~ INTERESES DIFUSOS ~ TELECOMUNICACIONES ~ COMUNICACION ELECTRONICA DE DATOS ~ USUARIO ~ INTERVENCION DE LINEAS TELEFONICAS ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ DERECHO A LA INTIMIDAD

**Título:** Aristas del caso "Halabi"

**Autor:** Salgado, José María

**Publicado en:** DJ07/10/2009, 2809

**Fallo comentado:** [Corte Suprema de Justicia de la Nación \(CS\) CS ~ 2009/02/24 ~ Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04](#)

**Sumario:** SUMARIO: I. Introducción.- II. Aristas históricas. El ciclo se repite 50 años después.- III. Aristas expresadas en el caso.- IV. Aristas implícitas.

#### I. Introducción

Con el precedente "Halabi"<sup>(1)</sup> la Corte Suprema dio un nuevo paso, sustancial, en orden a reconocer la tutela jurisdiccional de los derechos de incidencia colectiva. Ese es un concepto generalizado entre la doctrina que se ha ocupado de comentarlo <sup>(2)</sup>.

El fallo, sin lugar a dudas, tiene reservado un lugar entre los precedentes más destacados de la historia del Tribunal y si bien nos sumamos a muchos de los conceptos laudatorios sobre el mismo, la propuesta de este trabajo es puntualizar algunas aristas de interés sin pretender agotar un debate sobre los procesos colectivos que recién está naciendo.

#### II. Aristas históricas. El ciclo se repite 50 años después

El reconocimiento cronológico en los tribunales de los derechos de incidencia colectiva, aún cuando existieron otros casos relevantes <sup>(3)</sup>, puede situarse en el antecedente a partir del cual se anunció el nacimiento del amparo colectivo. Nos referimos al caso "Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo"<sup>(4)</sup>, anterior a la reforma constitucional de 1994, con el que se otorgó operatividad al derecho de rectificación, respuesta o réplica a quien alegó haber sido lesionado en sus sentimientos religiosos <sup>(5)</sup>.

Si bien se trató de una acción de clase innominada, puesto Ekmekdjian representaba a las personas cuyas creencias habrían sido ofendidas, lo cierto es que lejos estábamos en ese entonces de vislumbrar la complejidad instrumental con que deberíamos rodear esa clase de conflictos.

En nuestra opinión el enlace más serio y sistemático con la instalación de la tutela colectiva apareció varios años más tarde en la jurisprudencia de la Corte. Fue cuando el Tribunal advirtió, aún cuando hubiera variado su conformación, que las insinuaciones efectuadas de manera tangencial desde la reforma constitucional de 1994 en diversos fallos resultaban insuficientes para conmovir la pasividad de los legisladores. Entonces decidió dar operatividad integral, mediante la instrumentación pretoriana de las herramientas procesales indispensables, a los derechos de incidencia colectiva.

Ello ocurrió, en un primer momento, cuando se ocupó de la contaminación del medio ambiente en el caso "Mendoza", referido a la Cuenca Matanza-Riachuelo <sup>(6)</sup>, precedente en el cual se erigen algunas pautas del proceso colectivo en general y especialmente el tratamiento de los derechos difusos o indivisibles.

Más tarde, luego de replicar la misma línea de análisis en otros procesos <sup>(7)</sup>, emerge otro leading case, "Halabi"<sup>(8)</sup>, en el cual la Corte comienza a delinear el perfil de los derechos colectivos divisibles o individuales homogéneos.

Ambos fallos son fundantes del proceso colectivo como una nueva forma de tutela. Y en este punto, 50 años después, es palmario el paralelismo con lo ocurrido con los casos "Siri"<sup>(9)</sup> y "Kot"<sup>(10)</sup>. No sólo por la evocación que la Corte efectúa de los mismos al citarlos, y —en ambos binomios— evocar el Manual de la Constitución Argentina de Joaquín V. González, sino porque el propio texto de las decisiones indica que, en forma pretoriana, viene a poner remedio a una situación de morosidad del legislador en lo que refiere a la ausencia de regulación normativa.

El Máximo Tribunal asumiendo el deber de darle eficacia al mandato constitucional y reiterando un ciclo histórico vuelve a defender la idea de que "... donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido...", y decide garantizar el acceso a la justicia y hacer operativas las garantías contenidas en el art. 43, párrafo segundo, respecto de las dos grandes categorías de derechos colectivos, los difusos o colectivos —indivisibles— y los individuales homogéneos —divisibles—.

Así como creó el amparo contra actos u omisiones del Estado —Siri— y entre particulares —Kot—, el nuevo tándem constitucional lo conforman los procesos colectivos para derechos indivisibles —"Mendoza"— y para

derechos individuales homogéneos —"Halabi"—.

### III. Aristas expresadas en el caso

El voto mayoritario conformado por Lorenzetti, Zaffaroni, Maqueda y Highton de Nolasco en el caso "Halabi"<sup>(11)</sup> ha dado consagración expresa y, como dijimos, con intenciones de sistematización, a la tutela de los derechos individuales homogéneos.

En el caso, un ciudadano, en su condición de usuario, peticionó la declaración de inconstitucionalidad de determinadas normas <sup>(12)</sup> en cuanto admiten la intervención de las comunicaciones telefónicas y de Internet sin determinar en que casos y bajo que justificativos, lo cual vulnera, según el actor, las garantías establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, sus derechos de privacidad y de intimidad <sup>(13)</sup>.

El Estado Nacional alegó que el amparo no resultaba la vía adecuada para debatir la cuestión y que el caso era abstracto en virtud del dictado de un decreto posterior que suspendió la aplicación de la norma cuestionada <sup>(14)</sup>. En primera instancia se hizo lugar a la inconstitucionalidad solicitada, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el pronunciamiento y, considerando que la legitimación del actor "...no excluía la incidencia colectiva de la afectación..." dispuso que la sentencia debía aprovechar a todos los usuarios que no participaron del proceso.

El Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal que fue concedido y luego considerado procedente en los términos del art. 14, inc. 3°, de la ley 48 y por la repercusión institucional del decisorio. En este punto el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Federación Argentina de Colegios de Abogados se presentaron adhiriendo al planteo del actor. También el Máximo Tribunal, conforme a lo establecido en la acordada 30/07, convocó a una audiencia pública de carácter informativo. El recurso que debía tratar la Corte se limitaba exclusivamente a descalificar el efecto erga omnes del decisorio de la instancia anterior.

La decisión de la mayoría receptó los derechos individuales homogéneos y declaró la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas con eficacia erga omnes. El fallo estructuró la decisión fijando los cimientos sobre los cuales debe erigirse este tipo de tutela jurisdiccional. Sus puntos salientes fueron:

#### 1. La determinación de las tres categorías de derechos existentes.

Siguiendo la línea de análisis iniciada en el caso "Mendoza" se postula la existencia de tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y los de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos.

Respecto de los derechos individuales homogéneos, sin perjuicio de que la Corte retoma líneas explicativas sobre los derechos colectivos indivisibles, explica que se trata de prerrogativas que no se dirigen a un bien colectivo común, sino que son enteramente divisibles. Todas ellas se encuentran aunadas por un hecho, único o continuado, que provoca una lesión y por tanto es posible identificar una causa fáctica homogénea.

Por ello debe demostrarse que los presupuestos de la pretensión son comunes a esos intereses, a excepción del daño individualmente sufrido. La homogeneidad fáctica y normativa lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada, salvo en lo referente a la prueba del daño.

#### 2. Elementos de la demanda individual homogénea.

La Corte, en el considerando 13° de la mayoría, anota que es procedente una pretensión colectiva de carácter individual homogénea cuando <sup>(15)</sup>: i) se verifique la existencia de una causa fáctica común; ii) la pretensión se encuentre enfocada en el aspecto colectivo de la misma y; iii) se constate que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado <sup>(16)</sup>.

Luego, en el considerando 14°, se advierte que el Tribunal toma en consideración que el peticionante ejerce "... una adecuada representación de todas las personas, usuarios de los servicios de telecomunicaciones —dentro de los que se encuentran los abogados— a los que se extenderán los efectos de la sentencia". De tal suerte se configura el recaudo de la representación adecuada.

Lo mismo ocurre con la necesidad de publicidad del proceso, respecto de la cual la Corte considera como suficiente la audiencia celebrada en su sede y las presentaciones efectuadas como Amigos del Tribunal por diversos organismos referidos a la actividad de los abogados.

El Tribunal también hace hincapié en la correcta identificación del grupo o colectivo afectado, en efectuar una adecuada notificación de todas las personas que pudieran tener interés en el pleito y en brindar la alternativa de quedar fuera del decisorio o de presentarse como parte o contraparte.

El considerando 20° del fallo contiene un buen resumen de todas las cuestiones:

(...) "Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda 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. 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".

Las variables de análisis reseñadas por la Corte tienen gran similitud con las exigencias —sea de admisibilidad general o particular— requeridas en la Regla 23 de las class actions norteamericanas.

### 3. El caso colectivo

En el considerando 9° la Corte reitera la doctrina mantenida en forma pacífica desde que el Tribunal comenzó a funcionar, la existencia de un caso o controversia en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional y el art. 2° de la ley 27. Seguidamente aclara que la configuración de dicho requisito tiene una tipicidad diferente en cada una de las categorías de derechos mencionadas, individuales, de incidencia colectiva indivisible o individual homogénea.

Efectuar esta mención resulta un acierto que, no sólo legitima el obrar del órgano, sino que además lo conduce a establecer las pautas de admisibilidad a las que nos hemos referido (17).

### 4. La legitimación.

En el caso concreto se ha reconocido la legitimación para deducir la demanda colectiva a un afectado que se encuentra comprendido dentro del grupo o clase de personas por las que se está enjuiciando en el proceso. Dicha pauta es asimilable a la prevista por la Regla 23 de las class actions.

Sin embargo resulta de suma importancia destacar que, en el considerando 19°, la Corte afirmó que es perfectamente viable que dentro de nuestro ordenamiento el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan una acción colectiva para la defensa de los derechos individuales homogéneos.

También debe tenerse en cuenta que Highton de Nolasco dejó a salvo su opinión en lo referente a la legitimación del Defensor del Pueblo.

El análisis de la legitimación en cada uno de los supuestos previstos en el art. 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional tiene una extensa historia en los pronunciamientos del Tribunal (18). En los tres supuestos previstos nosotros entendemos que se trata de legitimaciones extraordinarias (19) en las cuales los sujetos se encuentran habilitados a demandar ejerciendo una representación de la clase en base a una autorización legal, o constitucional en este caso.

### 5. El proceso.

En la necesidad de proveer una respuesta jurisdiccional a esta tipología de conflictos la Corte remite a las experiencias habidas en otros sistemas jurídicos. Indudablemente se trata de una señal que indica el recorrido que vislumbra tendrá el instituto y, a la vez, del que se ha nutrido para efectuar el presente decisorio.

En ese sentido se menciona: i) la experiencia norteamericana donde, sin dudas, se encuentra la mayor tradición histórica en la materia; ii) la española, circunscripta al ámbito de los consumidores y usuarios, de mucho más reciente formación (20) y; iii) la brasilera. En la lectura del fallo nosotros advertimos que de las tres opciones del derecho comparado a las que se hace mención se resalta la norteamericana sobre las otras.

Además, en forma expresa, la Corte puntualiza que los intereses colectivos exceden el proceso de amparo (21).

### 6. La eficacia de la decisión.

Como lo expusieramos precedentemente, aunque existen cuestiones que pueden ser relevadas en forma oficiosa por el Tribunal —v.gr. la legitimación—, el único objeto del recurso era la eficacia erga omnes del decisorio que había sido atribuida en la instancia previa, ya que sobre la declaración de inconstitucionalidad no existía agravio alguno. La Corte, como dijimos, confirmó el decisorio.

En este punto debemos hacer una salvedad. Existe una conexión entre el instituto de la cosa juzgada y el de la representación adecuada, que indica que la eficacia de la cosa juzgada se extiende a todos los miembros de la clase, ausentes en el proceso colectivo, siempre que sus derechos hubieran sido defendidos en una forma tal que ellos no podrían haberlo hecho mejor de haberse presentado.

Este rasgo tiene un especial énfasis en los derechos individuales homogéneos en los cuales, a diferencia de los derechos colectivos indivisibles, la decisión no necesariamente será impuesta a todos por igual; ello se debe a que existirán mecanismos de exclusión del proceso o de ataque posterior del decisorio, atento a la divisibilidad de su objeto.

De todo lo dicho se concluye que el fallo no supera la eficacia inter partes del proceso tradicional, como se menciona en el considerando 21° del voto mayoritario. Esto es así ya que una de las partes, la colectiva, ha sido descrita en el proceso y está compuesta por personas que no han sido identificadas desde un comienzo —miembros ausentes—, aunque sí han sido adecuadamente representadas. Entonces, si antes hemos medido la representación adecuada de quien promueve el litigio debemos concluir, en nuestro criterio, que la eficacia es hacia las partes, sean estas presentes o representadas adecuadamente.

Si bien en este caso la salvedad es sólo terminológica, podría no serlo en casos futuros. Principalmente porque los miembros ausentes de la clase sólo tomarán provecho de la decisión y no podrán verse perjudicados (22). Si otra hubiera sido la suerte del litigio, mayores consecuencias hubiera tenido este aspecto que estamos analizando, lo que demuestra la importancia del diseño de un sistema de procesos colectivos.

A ello debe agregarse que, en consideración a la magnitud de la clase, usuarios del servicio de comunicaciones, que reúne a la generalidad de las personas, no cabía otra forma de implementar el decisorio, dado que no hubiera sido posible conjeturar en forma previa —por vía de hipótesis— cuándo la llamada telefónica iba a ser contestada por Halabi. Este aspecto argumental es medular en el pronunciamiento del voto de Petracchi y Argibay (23).

#### 7. Proceso colectivo y declaración de inconstitucionalidad.

La Corte efectúa una declaración de inconstitucionalidad de una ley en el marco de un proceso colectivo. La incorporación de esta nueva herramienta, que también puede ser utilizada como medio de viabilizar una pretensión mere declarativa de inconstitucionalidad, proyecta las posibilidades de lograr la trascendencia del ejercicio del control a una generalidad de personas, los integrantes de la clase involucrada. Así ha funcionado, por otra parte, en los Estados Unidos cuando se decidieron casos de gran trascendencia (24).

Sin embargo, como lo puntualizamos en el apartado anterior, la extensión de la sentencia tendrá proyección a la clase que es parte del proceso. Por ello, cuando la Corte en el precedente "Halabi" efectúa esta modalidad de control, no debe perderse de vista que la eficacia del juzgamiento en un pleito colectivo se encuentra ligada al previo control de la representación adecuada, de allí que la decisión se proyecte a todos los miembros de la clase siempre que sus derechos hubieran sido defendidos idóneamente y no con eficacia erga omnes. También veremos en el punto siguiente que el proceso colectivo no parece ser la mejor opción para lograr un efecto generalizado del decisorio cuando la cuestión se ciñe al control de constitucionalidad de una norma.

#### IV. Aristas implícitas.

En nuestra opinión, a la par de las consideraciones mencionadas que emanan en mayor o en menor medida del texto del fallo, existen otras aristas implícitas que pueden ser analizadas. Veamos:

##### 1. La elección de conflicto.

En nuestro criterio que la instauración pretoriana de los derechos individuales homogéneos haya nacido en el conflicto descrito en el precedente "Halabi" no es casual. Decimos esto por cuanto al declarar la inconstitucionalidad de la Ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04, la Corte dio por concluido el conflicto y no tuvo la necesidad de implementar etapas posteriores para hacerlo efectivo.

Como lo hemos anotado en este trabajo, el Tribunal efectuó extensas consideraciones sobre la viabilidad de los derechos individuales homogéneos y sobre las estructuras procesales idóneas para hacerlos efectivos. Muchas de estas argumentaciones, miradas desde el caso concreto, no revisten más que fundamentos de obiter dictum.

La sencillez de la cuestión fáctica y su implementación, según nuestra visión del conflicto, alentaba a que la Corte pudiera hundir los cimientos de este tipo de tutela sin verse embarcada en la tarea de delinear una farragosa etapa posterior de ejecución de una sentencia colectiva.

Cuando debe cumplirse lo dispuesto por la sentencia referida a derechos individuales homogéneos, en aquellos casos en que no se concluye con la mera declaración, existen numerosas cuestiones que deben contemplarse. Por ejemplo, cuando la condena contiene una obligación de dar, cada uno de los miembros de la clase deberá acreditar sus circunstancias heterogéneas —en su caso, daño personal, nexo de causalidad y monto de la indemnización—, y luego podrá instar el cobro de la suma que le corresponda en forma individual. Puede darse, en otra hipótesis, que la ejecución sea promovida en forma conjunta por el legitimado y abarque a las víctimas cuyas indemnizaciones ya hubieran sido fijadas —en forma genérica— en el decisorio.

Cuando se trate de obligaciones de hacer o de no hacer, no fungibles, podrán establecerse sanciones pecuniarias como herramientas coercitivas. Estas podrán ser destinadas a beneficio de los miembros de la clase; o, cuando la solución importe una dificultad notoria en su implementación, por el desconocimiento de la identidad de los miembros de la clase o su imposible identificación, podrán destinarse a fondos especiales creados a ese efecto.

Si bien la cuestión del cumplimiento de la sentencia no termina en estas breves consideraciones, creemos que lo expuesto es suficiente para abonar nuestra hipótesis. Así tenemos por demostrado que la regulación de la conducta a desplegar con posterioridad a la sentencia es un imperativo práctico y vital para la concreción de la ejecución y en el proceso colectivo acarrea complejidades que no encuentran respuesta en la legislación vigente (25).

Por ello decimos, con una alta dosis especulativa, que el Tribunal tomando parámetros de practicidad "eligió" un caso acotado en su extensión posterior que le permitió postular sus ideas y darlas a conocer a los operadores, sin asumir —acertadamente dado que estaba sentando el precedente— el costo operativo de la ejecución de la sentencia colectiva.

##### 2. Otra respuesta posible al conflicto de "Halabi".

En los párrafos precedentes hemos dejado traslucir que si bien en términos de proyección de los derechos individuales homogéneos "Halabi", con algunas salvedades que hemos anotado, es un precedente valioso, existían otras respuestas jurisdiccionales para arribar a un resultado idéntico.

Si bien brevemente daremos cuenta de ello, también queremos anotar que lo que a primera vista podría ser interpretado como una crítica, en realidad no hace más que ratificar el convencimiento de los Magistrados del Alto Tribunal de guiar su jurisprudencia en la dirección que hemos referido.

La otra posibilidad, si se quiere más evidente que la adoptada por el voto mayoritario, fue seguida por Argibay y Petracchi. Esta era, sencillamente, declarar la inconstitucionalidad de la ley en cuestión con efectos derogatorios erga omnes, sin entrar en los complejos meandros del proceso colectivo.

Entendemos también que esta posibilidad, en una primera mirada, podría verse en contradicción con el sistema difuso y concreto, con efectos inter partes, al que en forma casi inveterada adhiere nuestra Corte Suprema (26).

Sin embargo, si observamos el sistema norteamericano comprobaremos que las leyes pueden ser declaradas inconstitucionales de dos maneras: i) on its face, expresión que significa que la norma analizada es contraria a la Constitución en su confornte internormativo. De tal suerte no podrá ser aplicada en ningún caso bajo ninguna circunstancia particular; es decir que, no obstante que el control se ejerza en forma incidental o en un caso, la norma no pasará el test sin importar el supuesto en que este se efectúe, independientemente de las circunstancias particulares del mismo (always, and under all circumstances, un constitutional). ii) as applied, en esta modalidad el juez declara la inconstitucionalidad del precepto dado que en su aplicación al caso concreto en análisis resulta contrario a la Constitución; se trata de una modalidad intersubjetiva, distintiva del sistema difuso, que no impone que la norma pueda resultar constitucional en circunstancias diversas.

La regla tradicional —tanto en Estados Unidos, como en el sistema argentino— es el efecto incidental del control de constitucionalidad, as applied, desaplicando la norma al caso concreto del peticionante.

Sin embargo cuando el control de constitucionalidad se basa, por ejemplo, en derechos contenidos en la Primera Enmienda —First Amendment—, que protege las libertades de culto, expresión, prensa, reunión y petición, se emplea la doctrina del overbreadth, donde el facial challenger (27) es un modo potente de proveer una decisión que trasciende los límites del caso (28).

El control internormativo de la ley, on its face, es mucho más habitual de lo que pudiera pensarse (29). En tanto que su ejercicio, comparativamente, es mucho más difícil y debe hacerse en forma más rigurosa para que resulte exitoso, dado que el tribunal debe establecer que en ninguna circunstancia imaginable la norma podrá resultar válida (30). Sin embargo, si la ley no pasa dicho examen, la Corte la invalidará total y completamente, dando una respuesta mucho más potente a su respecto.

Esta es una posibilidad que se encuentra al alcance de los operadores, dado que la Argentina es tributaria del mismo sistema (31), y que no violenta las condiciones del modelo de control. Tampoco contraría el art. 116 de la Constitución Nacional, ya que los jueces seguirán conociendo en el marco de un caso concreto; por el contrario, se incorporaría una modalidad útil a efectos de postular la supremacía de la misma.

Evidentemente esta era otra respuesta posible para el caso "Halabi" que nos deja, al menos, dos reflexiones:

i) El voto de la mayoría decididamente buscó fundar una nueva forma de tutela, la de los derechos individuales homogéneos, y para ello evitó otras soluciones, procesalmente más sencillas, que se encontraban a su alcance. Esta postura, sumada a la línea argumental del decisorio (32), reafirma —por si hacía falta—, aquella intención creadora.

ii) Debe tenerse en consideración, en el uso futuro de la herramienta colectiva, que cuando la cuestión se limita a ejercer el control de constitucionalidad de una norma en el marco de un caso concreto y se busca un efecto generalizado de la decisión, el proceso colectivo si bien constituye una modalidad útil, en muchos supuestos —confornte internormativo con una norma de jerarquía superior— no es la herramienta más idónea dada su compleja instrumentación.

(1) C.S.J.N., 24/2/09, "Halabi, Ernesto c/P.E.N.-ley 25.873 dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986"

(2) Alterini, Atilio Aníbal, Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (El armado de un sistema), LL, 17/6/09, 1; Azar, María José, Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN, LA LEY, 13/7/09; Badeni, Gregorio, El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos, LA LEY, 10/03/2009, 5; Boico, Roberto J., La nueva etapa del amparo colectivo. El caso Halabi y el actual escenario del art. 43 de la C.N., LA LEY, 04/03/2009, 11; Cassagne, Juan Carlos, Derechos de incidencia colectiva. Los efectos "erga omnes" de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva, LA LEY, 06/04/2009, 4; De la Rúa, Fernando y Saravia Frías, Bernardo, Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal, LA LEY, 06/05/2009, 6; Falcón, Enrique M., Algunas cuestiones sobre el proceso colectivo, LA LEY, 7/7/09; García Pulles, 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?, LA LEY, 04/03/2009, 4; Gelli, María Angélica, La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso "Halabi", LA LEY, Sup. Const. 2009 (marzo), 29; Gil Domínguez, Andrés, Derechos colectivos y acciones colectivas. LL. 20/05/2009, 1; Gómez, Claudio D., Salomón, Marcelo J., La Constitución Nacional y las acciones colectivas: Reflexiones en torno al caso "Halabi", LA LEY, Sup. Const. 2009 (mayo), 41; Maurino, Gustavo, Sigal, Martín, "Halabi": la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva, J.A. 22/04/2009; Catalano, Mariana y González Rodríguez, Lorena, Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema, LA LEY, 27/03/2009, 7; Rosales Cuello, Ramiro y Guiridlian Larosa, Javier D., Nuevas consideraciones sobre el caso "Halabi", LA LEY, 13/7/09; Sabsay, Daniel, El derecho a la intimidad y la "acción de clase", LA LEY, 19/03/2009, 4; Sagüés, Néstor P., La creación judicial del 'amparo-acción de clase' como proceso constitucional, J.A. 22/04/2009; Sola, Juan Vicente, El caso Halabi y la creación de las 'acciones colectivas', LA LEY, 02/03/2009, 6; Sprovieri, Luis E., Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del fallo "Halabi", J.A. 22/04/2009; Toricelli, Maximiliano, Un importante avance en materia de legitimación activa, LA LEY, 04/03/2009, 9.

(3) Juzg. 1º Inst. Cont. Adm. Fed., 10/5/83, "Kattan c/P.E.N.", ED, 105-245. También es destacada la señera labor del Profesor y Camarista platense Gualberto Lucas Sosa, quien vislumbró la problemática en un voto minoritario en el año 1978, "Celulosa Argentina S.A. c/Municipalidad de Quilmes" comentado por Morello, Augusto Mario, La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal, JA 1978-III-321; íd., Los intereses difusos y el derecho procesal (Del amparo individual al colectivo), JA, 10/10/90, comentando un fallo de la Corte de Justicia de Salta, 5/6/90, "Barrancos, Horacio y otros v./Hoyos, Simón A".; Berizonce, Roberto O., Procesos colectivos: un voto precursor de Gualberto Lucas Sosa, en Oteiza, Eduardo (coord.), Procesos colectivos, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 15.

(4) "... a diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva", del considerando 25 en Fallos 315:1492.

(5) Quiroga Lavié, Humberto, Ha nacido el amparo colectivo, con motivo del derecho de réplica, LA LEY, 1992-D, 879.

(6) C.S.J.N., 20/6/06, "Mendoza, Beatriz y otros c/Estado Nacional y otros", LA LEY, 2006-D, 88.

(7) Los fallos son C.S.J.N., 26/9/06, "Monner Sans, Ricardo c/Fuerza Aerea Argentina s/amparo", DJ, 2006-3-654; íd., 31/10/06, "Ministerio de Salud y/o Gobernación", LA LEY, 10/1/06, p. 6; íd., 31/10/06, "Mujeres por la Vida .Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Córdoba— c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación", LA LEY, 15/11/06, p. 8; íd., 31/10/06, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Secretaría de Comunicaciones resol. 2629/99 s/amparo ley 16.986"; íd., 26/6/07, "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional", LA LEY, 11/10/07, 11; íd., 4/9/07, "Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina c/Estado Nacional", LA LEY, 3/10/07.

(8) C.S.J.N., 24/2/09, "Halabi, Ernesto c/P.E.N.-ley 25.873 dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986"

(9) C.S.J.N., 27/12/57, "Siri, Angel s/interpone recurso de hábeas corpus", Fallos, 239:382.

(10) C.S.J.N., 5/9/58, "Kot, Samuel S.R.L. s/recurso de hábeas corpus", Fallos 241:291.

(11) C.S.J.N., 24/2/09, "Halabi, Ernesto c/P.E.N.-ley 25.873 dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986"

(12) Ley 25.873 y decreto reglamentario 1563/04.

(13) Principalmente la confidencialidad que, como abogado, el actor debía mantener con sus clientes.

(14) Decreto 357/05.

(15) También expresa el decisorio que al ser 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 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".

(16) En este punto es importante anotar que la Corte toma como pauta la imposibilidad de acceso a la justicia. En el considerando 13 expone, "... la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta". Esta noción argumentativa había sido enunciada por Maqueda en el considerando 10° de su voto en C.S.J.N., 26/6/07, "Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional", LA LEY, 11/10/07, 11.

(17) Salgado, José María, La Corte y la construcción del caso colectivo, LA LEY, Sup. Derecho Constitucional, 26/6/07, p. 1.

(18) Nos ocupamos de seguir ese recorrido en Salgado, José María, Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la C.S.J.N., Primer premio en el concurso Asociación Argentina de Derecho Procesal y Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2008, inédito.

(19) Definiendo el concepto se ha dicho que, "...es necesario que le sea presentado precisamente por aquella persona que la ley considera como particularmente idónea para estimular en aquel caso concreto la función jurisdiccional", "Sin embargo, también cuando la controversia se refiere a un derecho subjetivo privado, puede ocurrir que, excepcionalmente, se verifique aquella atribución a personas diversas del derecho y de la legitimación, que permite ver también prácticamente la distinción entre estos dos momentos de la acción (legitimación anómala)". Calamandrei, Piero, Instituciones de derecho procesal civil, Traducción de Santiago Sentís Melendo, t° I, Buenos Aires, El Foro, 1996, p. 262.

(20) Vigente desde el año 2000 con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

(21) Salgado, José María, El amparo como una verdadera tutela diferenciada: rápida y expedita. A propósito de los conflictos que deben discurrir por su vía, en Tutelas procesales diferenciadas I, Revista de Derecho Procesal, 2008-II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 191.

(22) García Pullés, Fernando R., Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad, ob. cit.

(23) Considerandos 8° y 9°.

(24) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). Sobre el tema ver: Einer R. Elhauge, Does interest group theory justify more intrusive judicial review?, 101 Yale L. J. 31.

(25) Una aproximación en nuestro medio es el art. 54, párrafo tercero, de la ley 24.240 —introducido por la reforma de la ley 26.361— referido a las acciones (pretensiones) de incidencia colectiva, ha establecido las siguientes pautas: "Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma en que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda".

(26) Esta ha sido construida sobre la base de los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y las previsiones

de una de las leyes más antiguas del país —art. 2º, ley 27—, "La justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce la jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte". Su nacimiento se remonta al caso "Eduardo Sojo" de 1887 (Fallos 32:120), en el cual reprodujo muchos párrafos del precedente norteamericano "Marbury v. Madison" (5 US (1 Cranch) 137 —año 1803—) y más decididamente al año siguiente en "Municipalidad de la Capital c/Isabel G. de Elortondo" (Fallos 33:194).

(27) Los casos de control on its face han quedado mayoritariamente circunscriptos a los supuestos de la primera enmienda. Fallon, Richard H. Jr., *As-applied and facial challenges and third-party standing*, 113 Harv. L. Rev. 1321. Aunque se piense que debe extenderse no sólo a los casos de derechos fundamentales. Dorf, Michael C., *Challenges to State and Federal Statutes*, 46 Stan. L. Rev. 235; Isserles, Marc E., *Overcoming overbreadth: facial challenges and the valid rule requirement*, 48 Am. U.L. Rev. 359.

(28) "Facial invalidation is, manifestly, strong medicine that has been employed by the Court sparingly and only as a last resort". *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601, 610 (1973); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 767 (1982).

(29) Al punto de sostenerse que en todo confronte intersubjetivo emerge incidentalmente una regla internormativa —on its face—. Dorf, Michael C., *Challenges to State*, ob. cit.; Fallon, Richard H. Jr., *As-applied and facial*, ob. cit.

(30) "A facial challenge to a legislative Act is, of course, the most difficult challenge to mount successfully, since the challenger must establish that no set of circumstances exists under which the Act would be valid". *States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 745 (1987); Si bien el caso citado importa la utilización de la modalidad on its face para derechos no comprendidos en la primera enmienda, Dorf se muestra en desacuerdo con la aplicación que la Corte norteamericana ha hecho de ese principio señalando que se sirve del mismo para justificar normas inconstitucionales mediante la búsqueda de una aplicación concreta constitucional que lo valide. Sin embargo, agrega recordando a Monaghan, todo ciudadano tiene el derecho a ser juzgado por una norma constitucional. Dorf, Michael C., *Challenges to State* ob. cit.

(31) Cassagne, Juan Carlos, *Derechos de incidencia colectiva. Los efectos "erga omnes" de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva*, LA LEY, 06/04/2009, 4.

(32) Las citas del caso "Siri" y del Manual de J. V. González a las que nos hemos referido.