

En el arte de vivir, el hombre es al mismo tiempo el artista y el objeto de su arte es el escultor y el mármol, el médico y el paciente” (Erich Fromm, ética y psicoanálisis)

¿ Acciones de clase?

Pareciera que el año 2009 estuviera signado por el paradigma del caso Halabi”, ya que la sentencia de la Corte Suprema del 24 de febrero es el disparador de los encontrados argumentos doctrinarios en torno a las consecuencias que acarrear los derechos colectivos introducidos por la reforma del 94.

Considero que como en la mayoría de los debates que surgen en torno a los derechos constitucionales se analizan primero las consecuencias eventuales, y resulta desventajoso apresurarse en concluir para descartar o aprobar a priori la admisión de una institución de derecho como seguramente serán las acciones de clase.

Resulta muy complejo analizar cuales serán las consecuencias de defender a los apologistas de las “class actions”, o a quienes las reprueban, como en todo análisis de derecho existe el prisma fáctico, axiológico, el jurídico y el económico social. Y pretender concluir con un juicio de valor sobre las consecuencias de un instituto que no se encuentra legislado aún me parece muy soberbio.

La reforma de la Constitución del 94 incorporó el amparo colectivo como un proceso que admite diferentes legitimados para accionar. Ello fue en virtud de la admisión en las constituciones modernas de los derechos de tercera generación o derechos colectivos que en nuestra Constitución algunos de ellos se encuentran en el capítulo “Nuevos Derechos y Garantías”. En especial los contemplados en el texto del artículo 43 segunda parte como “ derechos que protegen al ambiente, a la competencia al usuario y al consumidor así como los derechos de incidencia colectiva en general” y continua nombrando a los legitimados el afectado, el Defensor del Pueblo, y las asociaciones que propendan a esos fines “quienes podrán interponer esta acción ...”

El reconocimiento de las acciones de clase por la Corte se realizó en la interpretación del texto constitucional pero los debates doctrinarios no parecen encontrar el punto de encuentro.

Pareciera encontrarse a primera vista una *acción popular*, pero la nota que distingue a ambas está dado por el “interés general” propio de las ultimas, y el interés “supra individual” o de un grupo, que pareciera surgir de la interpretación de la Corte en Halabi.

El fallo “Halabi Ernesto c/ PEN. Ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986:”

Un abogado, por sí, y alegando su calidad de tal, de usuario del servicio de telecomunicaciones, y de ciudadano, demandó al Estado Nacional por medio de una acción amparo la inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04, de regulación del servicio de telecomunicaciones, invocando las garantías de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, de inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles privados así como de la privacidad e intimidad de

todos los habitantes incluido el secreto profesional de los abogados. La controversia llegó a la Corte con dos sentencias anteriores de primera y segunda instancia, y en ambas se acogieron las pretensiones del actor, la señora jueza de primera instancia declaró la inconstitucionalidad de la ley y su decreto reglamentario. La Cámara de Apelaciones Sala II, en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia, y determinó en virtud de la incidencia colectiva de lo resuelto de conformidad con el artículo 43 de la CN que los efectos del fallo eran expansivos y alcanzaba a todos los usuarios incluidos los que no participaron del juicio. Y éste fue el único agravio planteado por el Estado Nacional al plantear el recurso extraordinario federal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la decisión de la Cámara de Apelaciones con tres votos en minoría (votos en disidencia parcial de los jueces Fayt, Petracchi ver considerandos 12 y 13, y Argibay) cuyos fundamentos fueron solo por aspectos formales: falencias en la fundamentación del recurso extraordinario por parte del Estado Nacional, ya que no precisó como podría prescindirse del efecto “erga omnes” de la sentencia de Cámara en consideración al carácter indivisible de lo resuelto.

Los cuatro votos de la mayoría suscriptos por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, con una interpretación constitucional “manipulativa aditiva”¹ en el lenguaje procesal constitucional, ya que introduce una nueva interrelación a través de un fallo judicial, reinterpretando el segundo párrafo del art. 43 de la C.N. y categorizando al amparo en cuestión como una acción de clase. Afirma la mayoría que el legislador está obligado a regularla, ya que existe según su criterio una omisión legislativa que por mandato constitucional es improrrogable por estar contenida en la Constitución Nacional que es ley de leyes. Dibuja a la acción de clase con sus características típicas, tomado como referencia al art. 54 de la ley 24.240 de usuarios y consumidores y la ley 25.675 del medio ambiente, ya que ambas imprimen efectos expansivos de sus decisiones, al habeas corpus del caso Verbitsky (Fallos 328:1146) y en la legislación comparada toman la regla 23 de Estados Unidos, en mayor medida así como Brasil y España a mayor abundamiento.

Cuestiones de fondo del fallo:

La ley 25.873 reformó los art. 45 bis, ter y Quater de la ley 19.798 de regulación del servicio de telecomunicaciones sosteniendo que los prestadores de servicios de telecomunicaciones deben realizar “la captación y derivación de las comunicaciones para su observación remota a requerimiento del Poder Ejecutivo o del Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente.”

Los prestadores deben registrar los datos de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones para su consulta sin cargo por el Poder Ejecutivo o el Ministerio Público, así como conservar la información durante diez años.

1 La interpretación Judicial de la Constitución “ 2da edición, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 37 y ss. Y efectos de las sentencias constitucionales en el Derecho Argentino “en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, n 12, p. 333 y ss.) Jurisprudencia anotada, Buenos Aires, abril 22 de 2009,-II, fascículo n. 4, La creación judicial del “amparo-acción de clase” como proceso constitucional.

Si bien la inconstitucionalidad no estaba a resolución por la Corte, ya que no hubo apelación al respecto por el Estado Nacional, el voto mayoritario no fundamenta por que de todos modos se avoca a la cuestión.

Entiendo que la Corte debería dar fundamento de su decisión pese a no existir punto sometido a su pronunciamiento. En otro orden de ideas, y entrando al fondo de la inconstitucionalidad de la ley de regulación del servicio de telecomunicaciones, considero una *omisión judicial* importante (que no fue suplida ni en primera ni en segunda instancia, ni siquiera por la Corte) el hecho que no hubo ningún pronunciamiento sobre la naturaleza jurídica de las comunicaciones por Internet, estamos transitando el año 2009, donde el tráfico de comunicaciones vía Internet representa un porcentaje muy grande de las interacción social, y el máximo tribunal solo se limitó a decir que todo lo referido a telecomunicaciones telefónicas y via Internet integran la intimidad personal y están alcanzadas por los arts. 18 y 19 de la CN, y por cláusulas convencionales con jerarquía constitucional, que el estado tiene límites muy concretos en el ejercicio de las atribuciones enderezadas a la seguridad y el orden público, que la intromisión en la vida privada solo se justifica con la existencia de una ley, y un interés superior en resguardo de la libertad de los otros. En síntesis, y con cita del precedente “Dessy” afirma que para que proceda la intervención de las comunicaciones cualquiera sea el medio -telefónico o por Internet- deben concurrir imperiosamente tres requisitos: a) una ley que determine los casos y justificativos de la intromisión, b) existencia de un objetivo del Estado *importante o sustancial que este desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia o la libertad de expresión* c) que la restricción resulte del empleo de medios compatibles con la finalidad legítima perseguida y d) que esos medios sean *proporcionales*.²

Efectos expansivos ¿necesidad de fundamentar con una acción de clase?:

Es acertada la consideración de Néstor P.Sagües en relación al planteo del actor, al decir que el *thema decidendum* recaía sobre consumidores y usuarios, siendo suficiente para resolver el fondo la aplicación de normas infraconstitucionales, sin necesidad de diseñar la acción de clase a través del imperativo de la Constitución. Esto es así ya que la ley 26.361, modificatoria de la ley 24.240, (art. 54, párrafo segundo) y artículo 33 in fine de la ley 25.675 de Medio Ambiente, son las que le imprimen efectos expansivos a los fallos dictados en acciones de usuarios y consumidores, (y aclara que la primera era una norma procesalmente aplicable al caso).

Estrictamente la jurisdicción apelada de la Corte quedó circunscripta al alcance de la sentencia de la Cámara Contencioso Administrativo Federal (Sala II), y sostuvo en un solo considerando que el sustento de la proyección de la regla inter partes, era inherente a la naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que se intentaba proteger.

2. Ver comentario del fallo en la Revista de Derecho Público, derecho Ambiental I, doctrina jurisprudencia y actualidad, ACTUALIDAD, La Corte creó la acción colectiva, Adrián Ventura y Marina Pisacco, año 2009 - 1, pagina 553 y SS

Sin embargo el tema de los efectos *erga omnes* de las sentencias dictadas en el marco de acciones que tienen por objeto bienes colectivos, no es menor, y en el caso concreto otorgarle el efecto mencionado sin recortes, a un bien al que se imprimió naturaleza especial, ya que la Corte habló de *intereses pluriindividuales homogéneos*, no de bienes colectivos puros, no parece tratado en toda su dimensión. No solo por consideraciones de fondo sino también procesales, lo primero porque sin entrar a analizar el mérito de la decisión de la Corte en cuanto al planteo del actor y expandir lo resuelto a todos los abogados como a todos los usuarios y consumidores de servicios de comunicaciones telefónicas y por Internet, sin pensar en la eventualidad de que en un futuro pudiera presentarse un abogado o un usuario y manifestara pretender no ser alcanzado por la sentencia del caso Halabi, sino porque existe una diferencia técnica entre los efectos de las sentencias dictadas en el marco de la *class actions* del Derecho Norteamericano (a las cuales hizo referencia la Corte en el voto de la mayoría) y las dictadas en el marco de una acción colectiva. En la primera la sentencia sea favorable o no afectará a todos los miembros que no hayan solicitado la exclusión. (lo que en se denomina ejercicio del *opt out*). Como ya sabemos la *res judicata* puede ser formal o material y en los litigios colectivos podrá recaer en uno u otro sentido. ³

¿Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos?

La mayoría en el caso, al momento de examinar la naturaleza del derecho cuya protección se reclamó a través del amparo interpuesto, diferenció a la tercera categoría elaborada por la Corte, de los otros dos tipos de derechos protegidos por el art. 43 de la CN y asignó los legitimados para interponer la acción para cada uno de los tres.

La segunda se relaciona con la tercera y es aquí donde surgen las dudas, no solo porque parecen figuras entrelazadas sino también porque pareciera surgir una nueva clasificación de derechos colectivos.

Retomando la clasificación hecha por la corte en el caso, la segunda es aquella que hace referencia a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos ejercidos por el Defensor del Pueblo, las asociaciones que concentran interés colectivo, y el afectado. Los cuales tiene dos características distinguibles:

- 1.- la pretensión se dirige a la tutela de un bien colectivo, que pertenece a toda la comunidad y es indivisible, siendo la consecuencia mas importante que la satisfacción de la pretensión de unos tiene el mismo resultado para otros.
- 2.- y la incidencia colectiva del derecho se focaliza en la pretensión.

La tercera clasificación es la de derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, son aquellos en los que no hay un bien colectivo porque afectan a derechos individuales perfectamente divisibles, hay un hecho UNICO O CONTINUADO,

³ Revista de Derecho Público, derecho Ambiental I, doctrina jurisprudencia y actualidad, ACTUALIDAD, La Corte creó la acción colectiva, Adrián Ventura y Marina Pisacco, año 2009 -1, pagina 578 y 579.

¿Pero que pasa con lo derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos como declaró la Corte a la tercera categoría de derechos contemplados en el art. 43 segundo párrafo.

que provoca la lesión y que es la causa fáctica homogénea y es la que hace que la decisión sea homogénea, al igual que el trato procesal transforma en colectivo algo que es particular. Es la *homogeneidad fáctica y normativa* de la que habla la Corte.

Pero como bien lo apunta Pedro Sagüés, en el voto mayoritario se enuncia a los tres subtipos de amparo del artículo 43, dando ejemplos de la segunda clasificación y de la tercera reinterpretada por la Corte, relativos al ambiente en ambos, no queda claro si el acto lesivo al ambiente se refiere aun bien colectivo o a uno de tipo individual homogéneo o los incluye a los dos.

La tesis correcta sería la que califica a los derechos individuales homogéneos solo accidentalmente colectivos.⁴

Diseño de la acción de clase por la Corte:

Al auspiciar una pronta, regulación legislativa de la acción, lo cual criticable o no, y sí opinable, la Corte sostiene que la Constitución contempla la acción como una especie dentro de la acción del amparo, con una clara inconstitucionalidad por omisión dirigida al Poder Legislativo, ha generado disentimientos con argumentos de peso mas convincentes que el voto mayoritario de Halabi.

No obstante ello, y a favor de la exigencia constitucional de la regulación de la acción de clase, por mandato del máximo tribunal constitucional e intérprete final, parece que esta acción en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva es *indispensable*, cuando se trata de derechos donde litigar individualmente resultara totalmente impracticable.

Lo que no queda claro es porque la corte diseña a la acción como subtipo del amparo, haciendo remisión a la acción de clase del derecho norteamericano, regulada procesalmente, como otro tipo de acción con un mecanismo totalmente cauteloso, no solo en el resguardo de los derechos individuales canalizados en una acción colectiva sino también en tutela de los intereses de los grandes grupos económicos.

Si bien no se trata de una acción popular el “*tipo híbrido interpretativo*” de la Corte, y si existiera hipótesis de un número considerable de sujetos comprendidos en un derecho homogéneo, y una sola persona bastara para representar al grupo como pasó en Halabi, estaríamos ante un acción cuasi-popular.

Diseñada con esas características la acción de clase tiene el perfil de la acción declarativa de inconstitucionalidad local, del artículo 13 inciso 2 de la CCBA, regulada legislativamente en la ley 402 de la ciudad Autónoma de Buenos Aires ante el tribunal Superior de Justicia local, con la particularidad del legitimado en las “*class actions*”, que aún no se encuentra legislado ni en el ordenamiento nacional ni local.

Ya que siguiendo como parámetro a Halabi, en dicha acción solo se analizan o consideran la compatibilidad del texto de naturaleza legislativa con el constitucional.

4 Ver suplemento La ley Constitucional, Lunes 30 de marzo de 2009, nota a fallo: La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso “Halabi” por María Angélica Gelli.

Mi opinión:

No encuentro motivo para descartar la incorporación de la acción de clase en la reforma constitucional en nuestro derecho, la Corte parece haber dado el puntazo inicial y eso es reconocible en el cambio del control de constitucionalidad dado a través de la reforma del 94, ya que hasta la reforma el control siempre se limitaba a las partes como regla, y solo cedía en ocasiones especiales, pero con la inclusión de los derechos de incidencia colectiva en la carta magna y para garantizar la efectiva protección de esos derechos y de las personas a quienes puede afectar la resolución judicial, los mecanismos parecen haber cedido paso a aquellos que incluyan a todos.

La interpretación *mutativa por adición*⁵ que realiza la Corte en el caso, deducida del artículo 43, rige para toda la República y debe por tanto aplicarse en todas las jurisdicciones. Su futuro es incierto por su falta de regulación legislativa, pero debatible, cuestionable, y con un imperativo ineludible dado por el tribunal que tiene la última palabra en la interpretación constitucional, la acción de clase está en nuestro derecho y me pregunto cual será la respuesta tanto en el orden nacional y en especial en el ordenamiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁵ Ver Jurisprudencia Argentina fascículo 4 2009-II, La creación judicial del “amparo-acción de clase” como proceso constitucional, Abeledo Perrot, Néstor Pedro Sagüés, página 31.