

LOS DERECHOS INDIVIDUALES AFECTADOS HOMOGÉNEAMENTE Y LOS PROCESOS COLECTIVOS COMO INSTRUMENTO PARA SUPERAR OBSTÁCULOS AL ACCESO A LA JUSTICIA. (A DIEZ AÑOS DEL CASO HALABI)

INDIVIDUAL RIGHTS AFFECTED HOMOGENALLY AND COLLECTIVE PROCESSES AS AN INSTRUMENT TO OVERCOME OBSTACLES TO ACCESS TO JUSTICE. (TEN YEARS OF THE HALABI CASE)

RAMIRO ROSALES CUELLO¹

RESUMEN:

Con la incorporación de los procesos colectivos en el artículo 43 de la Constitución Nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue evolucionando hasta el caso Halabi, que define la categoría colectiva de los intereses individuales homogéneos. Este cambio jurisprudencial, tiene actualmente influencia en el acceso a la justicia del artículo 18 de la Constitución Nacional, siendo necesario una regulación legislativa.

ABSTRACT

With the incorporation of collective processes in article 43 of the National Constitution, the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation was evolving until the Halabi case, which defines the collective category of homogeneous individual interests. This jurisprudential change currently has an influence on the access to justice of article 18 of the National Constitution, being necessary a legislative regulation

PALABRAS CLAVE: Procesos colectivos - Constitución Nacional - Acceso a la Justicia - Halabi.

KEY WORDS: Collective processes - National Constitution - Access to Justice - Halabi.

¹ Abogado, Especialista en Derecho Procesal Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad del Salvador (Buenos Aires); Profesor de Garantías Jurisdiccionales en la Maestría de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Juez de la Cámara Civil y Comercial Dpto. Judicial de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires..

I. Los derechos colectivos comprendidos en el artículo 43 de la Constitución Nacional (C.N.) y las vías procesales para su defensa.

El artículo 43 de la C.N. contempló, en su segundo párrafo, el amparo como un instrumento procesal adecuado para la defensa contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, al usuario y al consumidor, así como a los demás derechos de incidencia colectiva en general.

La enumeración precisa de algunos derechos que el constituyente calificó como “colectivos” y la categoría genérica de “los demás derechos de incidencia colectiva en general” suscitaron inmediatamente en la doctrina², al igual que en la jurisprudencia, el interrogante acerca del significado y alcance de esa última categoría. La división de aguas pasó fundamentalmente por determinar si se comprendían en su ámbito, además de los derechos esencialmente colectivos, los intereses individuales “homogéneos”³, que son aquellos que se presentan como “accidentalmente colectivos”⁴ frente a una hipótesis de conflicto y en tanto se den a su respecto ciertos elementos caracterizadores⁵. Ese debate no fue ajeno a nuestro más alto Tribunal⁶.

2 Ver, entre otros, Sagüés, Néstor P., La creación judicial del “amparo-acción de clase” como proceso constitucional, J.A. 2009-II, Fascículo 4, 22/4/09; Gelli, María Angélica, La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso “Halabi”, Sup. La Ley, Constitucional, 30/3/2009; Maurino, Gustavo y Sigal, Martín, “Halabi”: La consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva, J.A. 2009-II, Fascículo 4, 22/4/09; García Pulles, Fernando R., Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva, La Ley, 2009-B, 186; Gómez, Claudio D. y Salomon, Marcelo J., La Constitución Nacional y las acciones colectivas: reflexiones en torno al caso “Halabi”, La Ley, 2009-C, 338; Gil Domínguez, Andrés, “Derechos colectivos y acciones colectivas”, La Ley, 2009-C, 1128; Alterini, Atilio Anibal, “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (El armado de un sistema)”, La Ley, 17/06/2009, p. 1.

3 Preferimos calificarlos como derechos individuales afectados homogéneamente por una causa fáctica o jurídica común. Presentan dos características esenciales para su tratamiento colectivo: su homogeneidad, que les viene dada por su origen común, y su divisibilidad, puesto que nos encontramos ante derechos que pueden ejercerse individualmente, pero respecto de los cuales resulta más conveniente su defensa colectiva. En tal sentido, se ha dicho que estos derechos individuales no se confunden con la idea de un derecho perteneciente a un grupo, diferente de aquel titularizado por sus integrantes, y se ha hecho hincapié en que la expresión “individuales homogéneos” representa simplemente una etiqueta utilizada para clasificar ciertos derechos que derivan de un mismo fundamento o que tienen entre sí una relación de afinidad por un punto en común (ver Torres, Artur, “Proceso colectivo comparado: ‘class action for damages’ y acción colectiva para la tutela de los derechos individuales homogéneos”, Revista de derecho procesal, 2013-1, p. 520, Rubinzal - Culzoni). Desde otro punto de vista, se ha precisado que el concepto “derechos individuales homogéneos” sólo refleja la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción (Gidi, Antonio, Las acciones colectivas y tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, Unam, 2004, p. 61). La denominación “derechos individuales homogéneos” tuvo su origen en el derecho de Brasil. En dicho país se adopta, en el ámbito del derecho de consumo, la clasificación tripartita de: derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos (artículo 81 del Código del Consumidor de Brasil). Cabe aclarar, a este respecto, que el Código Modelo para Iberoamérica ha quedado definitivamente formulado de modo tal de concentrar en un mismo inciso los derechos difusos y colectivos (art. 1º: Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base).

4 Se los distingue así de los supraindividuales, que son esencialmente colectivos (véase Barbosa Moreira, “A tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, Temas de direito procesual, 1984, p. 193). Nos hemos manifestado en contra de que en el artículo 43 de la C.N. tenga cabida la tutela colectiva de los intereses individuales homogéneos. En nuestro parecer, el artículo hace referencia a los bienes de naturaleza colectiva y en tanto su afectación genere un conflicto colectivo. Ello no implica que no justifiquemos el proceso colectivo como vía de solución de conflicto que involucre a un grupo relevante de personas afectadas en común en sus derechos individuales, sólo que encontramos su fundamento en el artículo 18 de la C.N. y los artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Para ampliar al respecto, remitimos a los distintos trabajos que hemos elaborado en coautoría con Javier Guiridlian. Entre ellos, pueden verse “Las acciones colectivas a la luz de la Constitución Nacional (una alternativa de fundamento para la defensa de los intereses grupales)”, La Ley, 18/04/2006; “Las acciones colectivas y el fenómeno de lo grupal: su actualidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, Ed. LexisNexis, J.A., Supl. Jurisprudencia Corte Suprema, 2007-III, p. 3; “El caso ‘Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - Decs. 1570/2001 y 1606/2001 s/ amparo Ley 16.986’: un avance en pos de la caracterización de las acciones colectivas”, Ed. LexisNexis, J.A., Supl. Jurisprudencia Corte Suprema, 2007-IV, p. 48 y ss.; “La defensa de los intereses individuales homogéneos en la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor”, Revista Jurídica La Ley, diario del 23/03/2009; “Algunas consideraciones sobre el caso ‘Halabi’”, Revista Jurídica La Ley, diario del 13/07/2009; “Caso ‘Fibertel’: acciones colectivas y derechos del consumidor (Nota a los autos ‘Asociación de consumidores s/ amparo (exp. 50000)’, Juzgado Federal N.º 3 de Mar del Plata, del 27/08/2010)”, La Ley, periódico del 16/02/2011; “Las acciones colectivas en la Provincia de Buenos Aires”, Revista de Derecho Procesal, 2012-Número Extraordinario, “Procesos colectivos”, Ed. Rubinzal - Culzoni; “Acciones colectivas: La escuela de ‘Halabi’ en la jurisprudencia de la Corte Suprema (Nota al fallo ‘Padec c. Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales’)”, La Ley, diario del 05/12/2013; “Las finalidades del proceso colectivo (Análisis actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema)”, La Ley, diario del 16/06/2015; “Asimetrías de la Corte en torno del interés individual homogéneo y su protección”, La Ley, diario del 15/09/2016.

5 En lo esencial y sin perjuicio del racconto que sigue, enfatizamos, como presupuestos esenciales de dicha noción –que es adjetiva y no sustantiva–, la presencia de un derecho individual aunque idéntico en su faz cualitativa, y la existencia de una causa fuente del perjuicio común, en su faz fáctica y/o jurídica. (Puede ampliarse en los trabajos citados en la nota anterior.).

6 Respecto de la evolución acaecida en su jurisprudencia, ver el tratamiento contenido en nuestro trabajo “Las acciones colectivas y el fenómeno de lo grupal. Su actualidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, J.A., 2007-III-1225.

La respuesta por parte de este último a esa cuestión fue dada en el caso “Halabi”⁷, en el cual, a través de voto mayoritario de quienes suscribieron el fallo, se concluyó que, sobre la base de los derechos reconocidos en la C.N., era posible clasificarlos en tres categorías: a) derechos individuales; b) derechos colectivos y c) derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos⁸. Además de efectuar tal clasificación, el Tribunal entendió que, de configurarse determinados recaudos, esos derechos eran factibles de ser protegidos a través de procesos colectivos que no estaban diseñados por el legislador, por caso, para la defensa de los intereses individuales homogéneos. Para la Corte federal, tanto esos derechos como la vía procesal para hacerlos valer encontraban su reconocimiento en el artículo 43 de la C.N.⁹. Frente a la ausencia de regulación de una vía específica, y acudiendo al precedente “Siri”, así como a la fuerza normativa de la Constitución, interpretó que esa omisión no era óbice para la defensa de aquellos derechos y que, por ende, ante la mora del legislador, estaba en el deber de diseñar la vía procesal adecuada para hacerlo¹⁰.

II. La vía procesal para la defensa colectiva de los intereses individuales homogéneos. Los presupuestos para que sea admisible la vía colectiva.

El máximo Tribunal, a la hora de diseñar el instrumento procesal para la defensa de esos intereses individuales pero homogéneos en su afectación, partió de la base de que debía ser de naturaleza grupal o colectiva tal como lo dispone el artículo 43 de la C.N.¹¹. No obstante, se enfrentó a la realidad de que tal particularidad podía afectar el ejercicio de derechos individuales, tales como el de la propiedad, el de contratar, y el de la autonomía personal a ejercer o no la pretensión individual ante la justicia. En ese sentido,

7 CSJN, Fallos 332:111.

8 Considerandos 10, 11 y 12 del voto mayoritario en relación con los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos; el Tribunal señaló que tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, así como de los derechos de sujetos discriminados. Nos hemos manifestado en forma crítica respecto a la calificación de tres clases de derechos que ha hecho el máximo Tribunal (ver supra nota al pie nro.3). En nuestra opinión, y como reconoce la doctrina, no existe una categoría de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos. Lo relevante, a los fines del proceso colectivo, es la necesidad de resolver un conflicto colectivo –que afecte a una pluralidad de individuos– ya sea que éste recaiga sobre bienes propiamente colectivos o sobre bienes de titularidad individual (remitimos para ampliar a los trabajos que hemos citado en la nota 3). Igualmente y en definitiva, el Tribunal, pese a la clasificación tripartita de derechos, puso énfasis en la necesidad de que, cuando estuvieran afectados o amenazados bienes colectivos o bienes individuales, para habilitar el proceso colectivo se requiera necesariamente un conflicto de esa índole, ya que en ambos casos exigió que la pretensión estuviese enfocada en la incidencia colectiva del derecho o en los efectos comunes (lo cual, a su vez, es un recaudo cuya individualización es exigida también por el Reglamento aprobado por la Acordada 12/2016 de la CSJN). No obstante lo dicho, es posible que la clasificación realizada por la CSJN estuviera inevitablemente influenciada por nuestra cultura jurídica y su necesidad de crear derechos sustantivos en el derecho positivo y después atribuirlos a los grupos (ver al respecto lo que dice Gidi en cuanto a la tradición de los países del “civil law” y la categorización de derechos elaborada en el Código de Derechos del Consumidor en Brasil: Gidi, Antonio, obra citada, p. 49 y siguientes).

9 Ver consid. 15, 1er párrafo. Somos de la idea de que, cuando la mayoría de los integrantes de la CSJN consideran que la vía procesal para la tutela grupal de intereses individuales estaba reconocida dentro del propio artículo 43 de la C.N. es porque le asignan al término “amparo” el sentido amplio de tutela judicial colectiva y no el sentido propio del amparo como tutela urgente y preferentemente limitada a la existencia de los presupuestos descriptos en el primer párrafo del artículo 43 de la C.N. El propio Tribunal, en fallos posteriores a “Halabi”, ha dejado en claro que la acción de clase reconocida en ese precedente no necesariamente deberá tramitar por la vía del proceso de amparo (ver CSJN, “Padec c. Swiss Medical” (voto de la mayoría), Fallos 336: 1226), sino que este sólo constituirá una de las especies del género de los procesos colectivos. Es más aún, en el caso de que el proceso colectivo tramitara por la vía procesal del amparo, dicha vía deberá adaptarse a las exigencias especificadas en el caso “Halabi” (ver CSJN, Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo, Fallos 337: 1361). Igualmente, ver Sagüés, Néstor, El trámite del amparo, cit. La necesidad de adaptaciones en el trámite del proceso de amparo, así como en el proceso sumarísimo o cualquier otro proceso especial, surge también del Reglamento aprobado por la Acordada 12/2016 (artículo XII).

10 Recurriendo a los fundamentos centrales del nacimiento del amparo individual, en los casos Siri y Kot (La Ley, 89-531; 92-632 respectivamente), recordaron que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido (ver consid. 12). A su vez, en el considerando 16, sostuvieron que el presunto vacío legal no resultaba óbice para que los jueces arbitraran las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se decían vulnerados. Sagüés ha considerado que la Corte, con la respuesta que dio en Halabi, así como con las posteriores regulaciones que hizo del proceso colectivo a través de los reglamentos aprobados por las Acordadas 32/2014 y 12/2016, pudo haber sobreinterpretado el texto del artículo 43 de la C.N. (Ver Sagüés, Néstor, El trámite del amparo colectivo nacional y los roles nomogénéticos de la Corte Suprema, J.A. 12/09/2018). Ver, igualmente, lo que decimos infra en la nota 46.

11 Según nuestro parecer, la necesidad de una tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos cuando pueda verse afectado el acceso a la justicia no encuentra su fundamento en el artículo 43 de la C.N., sino en su artículo 18. (Remitimos a los trabajos enumerados en la nota 3).

hizo hincapié en que “la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural”¹².

Por tal razón, el máximo Tribunal, con el objetivo de armonizar el ejercicio de esos derechos individuales y evitar que alguien fuera perjudicado, ya sea por ser representado por quien se autodesigne representante del grupo¹³ o por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado¹⁴, y con la necesidad de dar efectividad a la tutela colectiva de los intereses individuales homogéneos, sostuvo que no debía recurrirse a criterios excesivamente indeterminados, alejados de la prudencia que dicho balance exige¹⁵. En aras de tal objetivo, definió que esos intereses individuales afectados principalmente del mismo modo o forma sólo podrían ser tutelados en un proceso colectivo en tanto a) estuvieran afectados intereses o bienes individuales de un grupo relevante de personas; b) la afectación proviniera de una causa fáctica o jurídica común; c) la pretensión procesal estuviera enfocada en el aspecto colectivo de ese hecho, y d) se constatará que el ejercicio del proceso individual no apareciese plenamente justificado, por lo que, de no tramitarse el proceso colectivo, se estaría vulnerando el acceso a la justicia. Igualmente, el máximo Tribunal abrió una “válvula de escape” en relación con este último recaudo y sostuvo que el proceso colectivo igualmente sería viable, pese a tratarse de derechos individuales, cuando exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados¹⁶.

12 Ver considerando 10. Este criterio ya había sido anticipado en el voto del Dr. Lorenzetti en la causa “Mujeres por la vida Asociación Civil c. Estado Nacional”, CSJN, Fallos 329:4593.

13 Se ha definido la acción colectiva como aquella que es promovida por un representante para proteger el derecho de un grupo de personas y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (Gidi, Antonio, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, Unam, México, 2004, p. 32). Característica propia del proceso colectivo, por la naturaleza del conflicto pluriindividual, es que sea promovido por un legitimado extraordinario como representante del grupo o colectivo afectado y sin necesidad de contar con el consentimiento individual de cada uno de los afectados.

14 El Tribunal cita la doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357 (considerando 12). A su vez, y en aras de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que efectivamente no pudiera participar, la Corte dispuso que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos mínimos que hacen a su viabilidad, entre los cuales mencionó a la necesaria o precisa identificación del grupo o colectivo afectado; la idoneidad de quien pretende asumir la representación; la necesidad de arbitrar, en cada caso, un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la posibilidad de quedar excluidos del pleito como de comparecer; la implementación de medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos (ver considerando 20, voto mayoritario).

15 En tal sentido, se ha señalado que “a sabiendas de la importancia que este tipo de procesos tiene en la vida de muchos para lograr ‘reivindicaciones colectivas’ de derechos, la Corte Suprema supo brindar operatividad a la tutela a pesar de la falta de toda normativa. Empero, teniendo en cuenta la ‘potencialidad invasiva’ que también puede tener esta herramienta, en especial respecto de la división de poderes y otros derechos constitucionales, la Corte Suprema fijó sus límites para evitar su utilización desmedida” (Safi, Leandro, Umbral de acceso a la tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos, J.A., 7/2/2018).

16 Ver Consid. 13 del voto mayoritario. Maurino y Sigal interpretan que esta última se trataría de una categoría residual, a través de la cual 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– (art. cit., pp. 43 y 44). Por su parte, Gil Domínguez sostiene que, de acuerdo con lo resuelto por la mayoría, la categoría de los derechos individuales homogéneos alojará también aquellas situaciones que abarquen derechos subjetivos no homogéneos (art. cit.). García Pulles, en su ya citado artículo, considera que en realidad esos requisitos fueron evaluados para justificar la extensión de la sentencia. En tal sentido, expresa puntualmente que “no quiere plantearse que estos procesos no deban tramitar como de clase, sino advertir que, aunque no hubiera sido así, la naturaleza especial del ‘caso’ obligará, como en el que motiva este comentario, a permitir que los efectos de un fallo estimatorio puedan ser ‘aprovechados’ por terceros, en la medida en que no se pretenda irrogarles un perjuicio jurídico”. Nos resulta claro que esta salvaguarda fue establecida por la Corte a fin de no enconsertar el proceso colectivo únicamente para la agregación de pretensiones que no justifiquen la promoción de una demanda individual y comprender la posibilidad de que, aun cuando tales pretensiones fueran viables de proponerse en forma individual, cobren primacía otras cuestiones como el interés estatal en la protección de los derechos necesarios de tutela (a modo de ejemplo, el máximo Tribunal señaló como comprendidas en esta categoría materias tales como el ambiente, el consumo o la salud) o se trate de pretensiones que comprenden a sujetos en condiciones o situación de vulnerabilidad (lo que permite inferir que, por esa situación o condición, estarían impedidos de ejercer plenamente el derecho de acceso a la justicia). Maqueda Fourcade, y en lo que respecta al punto en tratamiento, señala que al dejarse abierta la posibilidad del proceso colectivo cuando concurra un fuerte interés estatal –o haya trascendencia social– en la defensa de los derechos individuales, ello también permitiría que por vía colectiva se tutelara a estos últimos aun cuando la posibilidad de promover el proceso individual apareciese plenamente justificado, ya que el interés estatal radicaría en evitar un alto nivel de litigiosidad que resultaría no socialmente óptimo (ver Maqueda Fourcade, Economía de los procesos colectivos, La Ley, 26/4/2018). Es del caso

De todo ello resulta que, para compatibilizar los derechos en cuestión –tutela individual frente a la tutela colectiva de derechos individuales– y no afectar el derecho a la autonomía personal y el derecho a la propiedad de los respectivos titulares, el balance prudente del máximo Tribunal llevó a que el proceso colectivo que extrajo del artículo 43 de la C.N. quedara limitado a los supuestos en que, de no brindarse ese instrumento procesal, se vulnerara el acceso a la justicia –y con ello la tutela judicial efectiva que lo comprende– porque se trataría de pretensiones que difícilmente podrían promoverse dado el escaso interés individual en hacerlo. Igualmente, el Tribunal habilitó el proceso colectivo para aquellas pretensiones en las que existiera suficiente interés en promoverlas en forma individual, pero en las que, no obstante, concurriera un fuerte interés estatal en la protección, ya sea por el derecho de que se trata o por referirse a sectores tradicionalmente postergados o débilmente protegidos.

III. Precisiones en fallos posteriores a “Halabi”.

Luego del caso “Halabi”, el máximo Tribunal de la Nación fue dando pautas más precisas acerca de la configuración del recaudo de que el “interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda” o del recaudo de “que exista un fuerte interés estatal en la protección del derecho de que se trate, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”. En lo que respecta al recaudo referido a la falta de interés en la promoción del proceso individual, los sucesivos fallos dictados por la Corte federal indican que se hace referencia, principalmente, a las pretensiones cuyo importe es de escasa entidad en relación con los costos que puede insumir el proceso respectivo. Así, en “Padec c. Swiss Medical”, luego de verificarse la presencia en la pretensión colectiva de los dos primeros presupuestos diseñados en Halabi, a la hora de interrogarse por el tercero, el Tribunal señaló que “finalmente, de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia. En efecto, en el caso se impugna una cláusula con sustento en la cual, según señala la actora, se habrían dispuesto, entre los años 2002 y 2004, tres aumentos de la cuota mensual en el orden del 11% y del 12%, por lo que no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda. Ello es así puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable”¹⁷. En “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. - Ley 24.240 y otro s/ amparo proc. Sumarísimo”¹⁸, señaló específicamente que “de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración al acceso a la justicia, pues no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda. Ello es así puesto que la escasa significación económica de las sumas en cuestión, individualmente consideradas, permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable. Así lo demuestran las constancias

recordar que, a los pocos días de dictarse el fallo en el caso “Halabi”, la Corte federal dictó la Acordada 5/2099 por la que adhirió a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad –aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana– y por la que dispuso que tales reglas deberían ser seguidas –en cuanto resulte procedente– como guía en los asuntos a que se refieren. Las Reglas de Brasilia han sido actualizadas y modificadas parcialmente en el año 2018 por la asamblea plenaria de la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Quito, Ecuador.

¹⁷ CSJN, Fallos: 336:1236 (considerando 11 del voto de la mayoría). Corresponde resaltar que, a diferencia de Halabi, la pretensión colectiva, en este caso, no fue únicamente de naturaleza declaratoria, sino también indemnizatoria.

¹⁸ CSJN, U. 2 XLV, 6/3/2014.

de fs. 44/45, de las que surge que, en el caso del usuario allí individualizado, las sumas abonadas en concepto de “tasa” fueron de \$ 0,96 y \$ 1,48, para los meses de enero y marzo de 2001”¹⁹.

Igual criterio sostuvo en “Unión de Usuarios y Consumidores c. Estado Nacional y Secretaría de Comunicaciones”²⁰, donde expresó que “de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, pues no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda reclamando el acceso gratuito al servicio de ‘información detallada’. Ello es así puesto que la escasa significación económica de las sumas disputadas individualmente consideradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable. Así lo demuestran las constancias de fs. 1/1vta de las que surge que las sumas requeridas por las empresas licenciatarias oscilaban entre los \$ 2,90 y \$ 3,00 mensuales”²¹.

Siguiendo esa línea, en “Consumidores Financieros Asociación Civil s. su defensa c. La Meridional Cía. Argentina de Seguros”²², la Corte sostuvo en su voto mayoritario que “a los fines de valorar adecuadamente este aspecto [el compromiso del acceso a la justicia], corresponde atender, en el caso concreto, a las dificultades de acceso consideradas globalmente”²³. En ese orden de ideas, dadas las características que presenta la materia objeto del pleito, es dable presumir que los costos (económicos y no económicos) que se derivarían de la iniciación de una demanda individual resultarían muy superiores a los beneficios que produciría un eventual pronunciamiento favorable. En consecuencia, frente al riesgo cierto de que la promoción de acciones individuales resulte inviable o de muy difícil concreción, la acción colectiva aparece como el medio idóneo para garantizar a los consumidores involucrados el derecho a la tutela judicial efectiva”²⁴.

Relevante a los fines de la precisión del supuesto en análisis resulta asimismo lo decidido en “Consumidores Financieros Asociación Civil c. Prudentia Cía. Argentina de Seguros Civiles s. ordinario”²⁵. En este caso, la asociación perseguía la nulidad de las cláusulas de los contratos de seguros de automotor por las cuales la aseguradora excluía la cobertura en los supuestos en que existía vínculo entre el damnificado directo y el asegurado, conductor o titular registral al momento de ocurrido el accidente. Asimismo, pretendía el pago de una indemnización a todos los sujetos (miembros del colectivo) que hubiesen sido perjudicados por la exclusión de cobertura y, además, se fijase daño punitivo²⁶. La Corte admitió el recurso extraordinario (por estar en juego la inteligencia del art. 43 de la C.N.) y reiteró que ha reconocido legitimación a las asociaciones de usuarios para iniciar procesos judiciales colectivos en defensa de derechos de incidencia colec-

19 Consid. 5, párr. 4° del voto mayoritario. Cabe aclarar que igual temperamento sigue el alto Tribunal en el fallo de idéntico día dictado en los autos “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ sumarísimo”, U. 56 XLIV.

20 CSJN, 6/3/2014, U. 53 XLVI. Vale remarcar también que, tanto en este caso como en el citado en la nota anterior, la Corte exigió –agregando otro recaudo a Halabi– que se supervise que la idoneidad de quien asumió la representación se mantenga a lo largo del proceso.

21 Consid. 5 del voto de la mayoría.

22 CSJN, C. 519, XLXIII, 24/6/14, considerando 5.

23 En ese análisis global, deberían considerarse las dificultades para acordar y coordinar un litisconsorcio, la dispersión geográfica del grupo, los costos para acceder a un abogado, las dificultades para coordinar decisiones colectivas, etc.

24 El encomillado no pertenece al original y pretende hacer énfasis en la circunstancia de que había en el caso consumidores y, por tanto, un grupo vulnerable o débilmente protegido, a lo cual se suma la cuestión del costo beneficio. Por otra parte, es interesante advertir que la Corte ya no dice –como en los otros dos fallos dictados en el mes de marzo de 2014– que aparece justificada la inviabilidad de la pretensión individual, sino que recurre a conceptos más genéricos como “se presume” o “hay peligro cierto”. Dicha doctrina la reitera también en “Consumidores Financieros Asociación Civil c. Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A.” (CSJN, Fallos: 337:753).

25 CSJN, 27/11/2014, C. 1137. XLIX. RHE

26 La demanda fue rechazada in limine tanto en primera instancia como en la Cámara, porque interpretaron que la pretensión perseguía la reparación de un daño esencialmente personal y propio de cada afectado.

tiva patrimoniales referentes a intereses individuales homogéneos, pero recordó que, desde Halabi, para que ello sea posible requiere, entre otros recaudos, la constatación de que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo que el ejercicio individual no aparezca plenamente justificado. También puntualizó que un proceso de esa naturaleza sería posible cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección o en virtud de las particulares circunstancias de los sectores afectados²⁷.

En el caso, entendió que no se daba este supuesto, ya que no surgía de las constancias del expediente ni de los términos de la pretensión incoada que pudiera verse comprometido el acceso a la justicia de los integrantes del grupo. Más aún, la Corte consideró que los integrantes del grupo contaban con incentivos suficientes para cuestionar de manera individual las cláusulas contractuales impugnadas y además precisó que tal conducta había sido asumida en forma individual en muchos juicios que tramitaban ante el propio Tribunal. Finalmente, puntualizó que tampoco el derecho involucrado revestía trascendencia social que excediera el de las partes a quienes se referían las cláusulas o que éstas afectasen a grupos tradicionalmente postergados o débilmente protegidos²⁸.

Debe destacarse asimismo el fallo dictado en los autos “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”²⁹. En este fallo, y en lo que aquí interesa, el Tribunal hizo hincapié en que “habiendo ya transcurrido más de cinco años desde el dictado del precedente “Halabi” (Fallos: 332:111), cabe exigir que se expongan en forma circunstanciada, y con suficiente respaldo probatorio, los motivos que llevan a sostener que la tutela judicial efectiva del colectivo representado se vería comprometida si no se admitiera la procedencia de la acción”³⁰.

En lo relativo a comprender cuáles son los 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, es fundamental lo resuelto en “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c. Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s. amparo”³¹. La Corte, revocando el rechazo in limine dispuesto por las dos instancias de grado y con cita de Halabi, consideró que, en el caso, el amparo promovido se refería a intereses individuales homogéneos afectados por el obrar de la demandada, que obstaculizaría el acceso igualitario a prestaciones integrales de salud de una pluralidad indeterminada de niños, jóvenes y adultos con discapacidad, titulares de pensiones no contributivas³². A lo cual adicionó que “aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que, por mandato constitucional, deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional)”³³.

27 Considerando 4.

28 Considerando 4.

29 CSJN, Fallos: 338:40. La ONG actora perseguía la determinación del derecho debatido entre partes adversas, que se traducía en la contraposición de intereses entre las sociedades demandadas –que podrían haber cobrado un sobreprecio en el valor de venta de las mercancías producidas por ellas– y los consumidores de cemento, que habrían sufrido un menoscabo patrimonial como consecuencia de esa conducta.

30 Considerando 10.

31 CSJN, Fallos: 338:29. Mediante demanda de amparo, perseguía la actora del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo con lo establecido en las leyes 22.431 y 24.901.

32 Considerando 5.

33 Considerando 9.

IV. Los propósitos o fines de los procesos colectivos y sus ventajas. Los fines adoptados por la CSJN

Los procesos colectivos pueden perseguir distintas finalidades y lograr distintas ventajas³⁴. Así, pueden reconocerse como una técnica adecuada para superar obstáculos de acceso a la justicia y, de ese modo, garantizar eficazmente el derecho a la tutela judicial. En este supuesto, el proceso colectivo sería un instrumento para salvar algún impedimento de acceso y aparejaría, como ventaja inmediata, el resguardo efectivo de la tutela judicial de sectores que, por razones económicas o por la situación o condición en la que se encuentran en la sociedad, no la podrían obtener satisfactoriamente en forma individual³⁵.

En cuanto a los factores económicos que se constituyen en obstáculo del acceso a la justicia, deben tenerse en consideración los elevados costos que implica tramitar un proceso judicial para sectores sociales desaventajados económicamente³⁶ y, al mismo tiempo, la realidad de que esos altos costos disuaden en numerosos casos de ocurrir a la justicia por el escaso beneficio que se puede perseguir³⁷. En tal sentido, se ha señalado que el objetivo que se encuentra en el corazón del mecanismo de acciones de clase es sobrellevar el problema de las faltas de incentivos para promover una acción individual cuando las pretensiones son de escasa cuantía³⁸.

A la desventaja económica en numerosos casos puede adicionarse la desventaja cultural y social. En cuanto a lo cultural, vastos sectores de la sociedad se encuentran en una situación de significativa disparidad –generalmente los sectores estructural o económicamente desaventajados– por el poco o nulo conocimiento de los derechos que los asisten, tanto en lo sustancial como en lo procesal. De ello resulta que, más allá de que se vean impedidos de acudir a la justicia por razones económicas, tampoco lo hacen por razones de desconocimiento, por lo que se hace inviable que acudan individualmente en procura de tutela cuando sus derechos son vulnerados o amenazados. A estos grupos desfavorecidos pueden sumarse todos aquellos que, en razón de su condición o situación de vulnerabilidad estructural, se ven impedidos de acceder plenamente a la tutela judicial³⁹.

34 Taruffo explicita que los fines o propósitos de los procesos colectivos pueden ser distinguidos de una manera muy general, ya que en la práctica esos propósitos pueden combinarse por grados y de varias maneras, aunque teóricamente se pueden mantener separados por el bien de la simplicidad (ver Taruffo, Michelle, "Algunas observaciones sobre la litigación de grupos en perspectiva comparada (Some remark son group litigation in comparative perspective)", 11 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 405-422, 2001). En relación con los fines de los procesos colectivos, puede ampliarse en Gidi, Antonio, "A class action como instrumento de tutela colectiva", *Los derechos*, Editora RT, Revista Dos Tribunales, San Pablo, 2007, p. 25 y ss; del mismo autor, *Las acciones colectivas en EE.UU.*, Estudios iberoamericanos de derecho procesal, (Sarmiento Sosa, compilador, Bogotá, Colombia, 2005, páginas 239 y 240).

35 Lo que conllevaría que, de no brindarse una herramienta colectiva, se vulneren las disposiciones constitucionales previstas en el art. 18 de la C.N. y en los arts. 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

36 En este supuesto, y frente a la desigualdad económica, el proceso colectivo puede ser un instrumento que asegure la igualdad de armas propia del debido proceso legal.

37 Ello puede significar que sectores desaventajados económicamente en la sociedad queden al margen de la obtención de tutela judicial e, igualmente, puede acarrear que ciertas conductas ilícitas o inconvenientes queden sin la posibilidad de ser sancionadas o, por lo menos, disuadidas. Así, se ha señalado que, en el sistema estadounidense, la *small claims class action* tiene por objeto castigar o disuadir al infractor y no la indemnización de las víctimas (ver Torres, Artur, art. cit.). Asimismo, dicha acción colectiva actuaría como un complemento del obrar estatal en la punición de conductas ilícitas (Issacharoff, Samuel, "Acciones de clase y autoridad estatal", *Revista de Derecho Procesal*, 2013-1, p. 557). En relación con las pretensiones de valor no recuperable no sólo pueden presentarse en la etapa del acceso a la justicia, sino también en la eventual ejecución de la sentencia favorable al colectivo (al respecto puede verse Verbic, Francisco, "Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo del fluid recovery", *RIDB*, 2012 (número 6), p. 3791 y ss.).

38 Ver Issacharoff, Samuel, "Acciones de clase y autoridad estatal", cit., *Revista de Derecho Procesal*, 2013-1.

39 Es muy interesante el análisis de Issacharoff en cuanto a la relación que guarda el proceso colectivo con el poder estatal (ver Issacharoff, art. cit.).

Todos esos sectores difícilmente puedan valerse de una pretensión individual; por ende, estarían privados de la tutela judicial y quedarían al margen del sistema de la justicia estatal. En otras palabras, para ellos no habría justicia, lo cual implicaría el incumplimiento de una obligación estatal primaria e ineludible y, asimismo, se quebrantaría la paz social –fin último de la actividad jurisdiccional–⁴⁰ y, en consecuencia, se habilitarían libremente las actuaciones u omisiones al margen del derecho.

Igualmente, el proceso colectivo puede ser una herramienta adecuada para favorecer la eficacia del sistema judicial y también la economía de recursos del erario público⁴¹. En relación con lo primero, la factibilidad de resolver, principalmente, en único proceso una multiplicidad de pretensiones individuales que comparten su objeto y causa permite una descongestión en la tramitación y resolución de causas que incide positivamente en la calidad y eficacia del servicio de justicia. Tal calidad puede verse reflejada no sólo en una menor cantidad de casos por resolver, sino también en la mayor seguridad que se puede alcanzar al resolver aglutinadamente una multiplicidad de pretensiones, que de tramitarse en forma individual podrían obtener decisiones distintas. Respecto de lo segundo, al tramitar en único proceso una multiplicidad de pretensiones, se favorece el ahorro de recursos humanos y materiales en la administración de justicia y se permite destinar los respectivos fondos a otras áreas también prioritarias.

En consecuencia, los procesos colectivos pueden perseguir, prevalentemente, el objetivo de eliminar obstáculos que impidan el acceso a la justicia y el de lograr mayor eficiencia en el sistema judicial, favoreciendo la economía procesal, evitando su sobrecarga y promoviendo el ahorro de recursos, todo lo cual también incide en la tutela judicial efectiva⁴². De dichos fines, la Corte Suprema, de acuerdo con lo que surge de Halabi y fallos posteriores, ha priorizado el proceso colectivo como una herramienta para favorecer el acceso a la justicia y, por ende, la tutela judicial efectiva⁴³. Ello, además de manifestarse en forma expresa en los fallos reseñados, surge con más claridad aún de lo expuesto por el máximo Tribunal en el caso “Cepis”, en el cual el voto mayoritario destacó que el proceso colectivo es una forma de garantizar el acceso a la justicia y que una interpretación que pudiese restringir la posibilidad de demandar de manera colectiva –cuando el costo que significa demandar individualmente supera el beneficio que se puede obtener– equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente al acto lesivo⁴⁴.

40 En lo relativo a los fines de la jurisdicción, puede verse, entre otros, Di Iorio, Alfredo, Lineamientos de la teoría general del derecho procesal, Depalma, 1994, capítulo 2.

41 En relación con el proceso colectivo como instrumento que equilibraría los niveles óptimos de litigiosidad, remitimos a Fourcade Maqueda, Santiago, “Economía de los procesos colectivos. El sistema de procesos colectivos como solución estatal a las ‘fallas’ del mercado de procesos individuales”, La Ley, 26/4/2018, cita on line AR/DOC/.

42 La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la causa C. 91.576, “López, Rodolfo Osvaldo contra Cooperativa Eléctrica de Pehuajó. Sumarísimo”, refirió a estas dos finalidades principales de los procesos colectivos. Así, en el voto del Dr. Hitters, puede leerse lo siguiente: “Debe tenerse presente que desconocer las posibilidades de enjuiciamiento colectivo de esta clase de asuntos podría ocasionar dos resultados igualmente indeseables: o bien i) se acentúa el colapso del sistema de justicia fomentando la multiplicidad de reclamos por una misma cuestión (situación que se presentaría especialmente cuando la ecuación costo beneficio del accionar individual resultase favorable para el afectado); o ii) se genera la indefensión y se fomenta la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas debido a las conocidas dificultades materiales que el acceso individual al servicio de justicia plantea en diversas hipótesis (v.g., ausencia de relación costo beneficio del litigio individual, dificultad en la coordinación de las acciones respectivas, desigualdad de recursos materiales entre los protagonistas de la controversia, dispersión de los múltiples afectados, etc.). Por otra parte, aunque se trate de un riesgo no siempre disuadido por el ordenamiento, no debe olvidarse que la concentración de la contienda, además de beneficiar funcionalmente al sistema y evitar a veces situaciones de indefensión material, aleja el peligro de sentencias contradictorias respecto de una misma serie de causas”. Véase también lo resuelto el 13/6/2016, en la causa I. 2129, “Asociación de Diseñadores Gráficos Nicoléños (A.DI.GRA.N.) contra Municipalidad de San Nicolás. Inconstitucionalidad arts. 65 y 70 Ord. fiscal y tarif. n.º 4340/97”.

43 El hecho de que se reconozca el proceso colectivo como una herramienta para alcanzar determinados fines no implica que estos deban ser considerados como un presupuesto para configurarlo. Sobre este particular, ya nos hemos expedido en el sentido de que, si bien hay supuestos en el marco de conflictos grupales referidos a intereses individuales homogéneos, donde, de no admitirse ese cauce tutelar (el proceso colectivo), se podría llegar a afectar el derecho a la tutela, la recta inteligencia marca que no pueden erigirse en un presupuesto de admisibilidad de la vía, sino como hipótesis ante la cual la vía no puede ser negada, tesis esta que parecería haber receptado la Corte Suprema en “Cepis” (para ampliar, remitimos a Rosales Cuello-Guiridlian, Los procesos colectivos en el Anteproyecto de Ley de Justicia 2020, La Ley, 6/11/2018).

44 Fallos: 339:1077, consid. 12, voto de la mayoría.

También dicha tesitura quedó reflejada en la Acordada 12/2016, por medio de la cual la Corte aprobó el Reglamento de actuación en los procesos colectivos. En dicho cuerpo, se estableció, entre los requisitos que debe reunir la demanda que materializa la pretensión colectiva, que en ella se debe precisar la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado⁴⁵.

V. Valoración crítica de las finalidades asignadas por la CSJN al proceso colectivo cuando están involucrados derechos individuales.

La valoración a efectuar parte de tomar en cuenta que la Corte federal, al reconocer las acciones colectivas y regular provisoriamente aspectos que hacen a su admisibilidad y al proceso por el que deben transitar⁴⁶ cuando están afectados intereses individuales homogéneos, debió hacerlo ante la ausencia de una legislación integral al respecto⁴⁷, lo cual, tal como lo dejó plasmado en “Halabi”, la llevó a obrar con la prudencia que exigía reconocer la vía colectiva, pero sin avanzar sobre otros derechos, como el de propiedad, el de autonomía personal, etc., que parten de la premisa de que los derechos individuales, por regla, se protegen o tutelan en forma individual (arts. 17, 18, 19 C.N.) –y, por tanto, el ejercicio de la pretensión es de igual naturaleza–. Esas dos circunstancias, a nuestro modo de ver, son las que han llevado a que el Tribunal ciñera el proceso colectivo como una vía adecuada para resolver sólo determinados y específicos conflictos colectivos: aquellos en los que las pretensiones individuales resultan de escaso valor económico y no justifican la promoción del proceso individual o sus titulares son sujetos en condiciones o situaciones de vulnerabilidad y, por ello, estarían en serias dificultades de promover su propia tutela.⁴⁸

Al resolver de ese modo, no desconocemos que ha dejado de lado otras alternativas de conflictos colectivos que también serían viables de ser resueltos eficazmente por procesos grupales⁴⁹. Sin embargo, en nuestra opinión, tales alternativas son una libre elección del legislador y no una necesidad constitucional⁵⁰. En efecto, hemos insistido en que, desde la óptica constitucional, el proceso colectivo se convierte en una herramienta de ineludible presencia sólo cuando está en juego el acceso a la justicia. En esta hipótesis, la

45 Artículo II, 2 c) del Reglamento. En esa disposición, se omite expresamente toda consideración a la excepción o “válvula de escape” que se reconoció en “Halabi”.

46 Sagüés, en criterio que compartimos, señala que la normatividad expedida por la Corte, en algunos aspectos, incluye directrices que obligan al legislador, como cuando identifica los intereses individuales homogéneos con los derechos de incidencia colectiva “en general”, a los que alude el artículo 43 de la C.N., y que en otros, como en el caso de la Acordada 12/2016, legisla pero precariamente, hasta tanto el legislador no haga lo contrario (Sagüés, Néstor, El trámite del amparo colectivo nacional, cit.).

47 Al respecto Gonzalez Campaña expresa que resulta incorrecto lo afirmado por la Corte en Halabi, el sentido de que existía una injustificada mora por parte del legislador en la regulación de las acciones de clase, entendidas como un imperativo que surge del artículo 43 de la C.N.. El autor justifica su afirmación con dos argumentos: 1) que nunca en la Convención Constituyente se discutió la posibilidad de incorporar a la Constitución la “acción de clase” y 2) el Congreso había reglamentado los artículos 41 y 42 de la Constitución al sancionar la ley General del Ambiente (2002) y al modificar la ley de Defensa al consumidor (2008), a traves de las cuales dio tutela a los derechos de incidencia colectiva o difusos (ver Gonzalez Campaña, Germán, Las acciones de clase en EE.UU., y los procesos colectivos Argentina: dos modelos antagónicos, J.A. 7/2/2018.). En nuestro modo de ver, conforme a la posición que venimos sustentado, más allá de la regulación parcial que existía a momento de Halabi, era necesario y lo sigue siendo –con apoyo principal en el artículo 18 de la C.N.– una regulación integral del proceso colectivo en defensa de intereses individuales afectados homogéneamente cuando, su ausencia, provoque una vulneración del acceso a la justicia.

48 Ver, no obstante, lo expuesto por Maqueda Fourcade –supra cita 15–. Según la interpretación de este autor, a través de la “válvula de escape” elaborada por la Corte Federal en el caso Halabi, también se podría alcanzar otra de las finalidades del proceso colectivo, como es la de evitar el dispendio de recursos estatales (remitimos a la cita numero 15).

49 Véase, por ejemplo, la opinión crítica, en torno a lo resuelto por la Corte federal, en Cazaux, Diego H., Análisis económico de los procesos colectivos en la Argentina, J.A., 22/5/2019.

50 Sabemos que existen opiniones en sentido opuesto de lo que sostenemos, que consideran, incluso, que la solución adoptada por la Corte federal es contraria al texto del artículo 43 de la C.N., ya sea porque establece exigencias que en él no se especifican; porque hace una interpretación que lo distorsiona, que es contra legem, o porque, entre otros argumentos más, limita la funcionalidad del proceso colectivo (al respecto, remitimos para ampliar nuestra postura a los trabajos citados en la nota 3 y, en particular, a Rosales Cuello-Guiridlian, Los procesos colectivos en el Anteproyecto..., cit.; también puede verse un análisis completo de la cuestión en Safi, Leandro, Umbral de acceso a la tutela, cit.).

vía no puede ser desconocida⁵¹. No obstante, en otros supuestos y aun cuando indirectamente pudieran incidir en la efectividad de la tutela, la elección de un proceso grupal en defensa de derechos individuales es libre del legislador y en tanto esa posible regulación prevea mecanismos de respeto al derecho de acceder a la justicia en forma individual⁵². Se trata, en esos casos, de una herramienta de gestión del conflicto, pero que no es la única posible frente a litigios en masa, ya que existen varias otras, dependiendo del fin buscado. Pueden mencionarse, por fuera de los procesos colectivos, desde las acciones repetitivas (v.gr. procesos testigo o causas piloto) que existen en el derecho europeo hasta las previsiones elaboradas en el derecho brasileño –siempre de avanzada a nivel latinoamericano en la materia–, que involucran tanto los procedimientos de uniformización de jurisprudencia en cuestiones comunes como los de juzgamiento colectivo de recursos que abordan cuestiones comunes, y los inhibidores de litis repetitivas⁵³.

VI. Cierre

Los procesos colectivos, así como tienen ventajas también tienen sus desventajas⁵⁴, por lo que no nos resulta cuestionable que el máximo Tribunal, con un sentido de prudente balance –cuando se trata de resguardar intereses individuales afectados homogéneamente–, los haya limitado a determinados conflictos grupales y haya dejado librado al criterio del legislador, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, la posibilidad de extender su radio de acción a otros supuestos. En tal sentido, no perdemos de vista que el Tribunal se ha limitado a efectuar una lectura constitucional del artículo 43 y que no le era sencillo, por la parquedad de dicha norma, extraer otro alcance que el que le ha dado. Hacerlo de otro modo hubiese significado avanzar en demasía en el rol que le corresponde a la judicatura.

Sin perjuicio que a nuestro modo de entender esa lectura constitucional surge del ar-

51 Aun a riesgo de redundancia, de lo que se trata al fin de cuentas es de garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional, que, si bien es de neto corte individual, hace necesarias, en determinadas hipótesis de conflicto, herramientas tutelares especiales (v.gr. proceso colectivo, entre otras), de modo de garantizar su indemnidad, pero que deben mantener el indispensable equilibrio para que precisamente ese derecho quede incólume (v.gr. necesidad de prever el opt-out, en los supuestos en que ello sea factible, para quien quiere ejercer de manera singular la defensa de su derecho sustantivo vulnerado). Véase, asimismo, lo que expusieramos en relación con el proyecto de procesos colectivos diseñado dentro del programa de justicia 2020 (Rosales Cuello-Guiridlian, Los procesos colectivos en el Anteproyecto..., cit.). En lo que atañe a proyectos que amplían el campo de acción de los procesos colectivos en tutela de los intereses individuales, pueden verse, por ejemplo, el de Giannini, Verbic y Salgado, o el recientemente ingresado al Congreso de la Nación bajo el número 6234-D-2018. Este último, particularmente, establece que "el monto económico de las pretensiones individuales homogéneas no constituirá un recaudo de admisibilidad del proceso colectivo" (art. 7, último párrafo).

52 Se ha señalado que los términos de la tipología "salida, voz y lealtad" a menudo son utilizados para describir el conjunto de formas en las cuales los individuos pueden avanzar sus intereses dentro de una variedad de acuerdos que son colectivos o agregativos en su naturaleza y que son derivaciones de la garantía del debido proceso legal (ver Principios del derecho de los procesos colectivos, Unam, 2014, p. 192). La debida notificación a los miembros del grupo, así como su posibilidad de exclusión de la acción colectiva, por ejemplo, son mecanismos para resguardar tales derechos de voz y salida. No obstante, el ejercicio de mecanismos como el derecho de salirse del grupo representado en la acción colectiva (opt-out), claro está, no siempre será factible de ser ejercido, como puede ocurrir si se trata de situaciones estructuralmente indivisibles (véase al respecto Gidi, Antonio, op. cit., p. 56; Verbic, Francisco, Manual..., cit., pp. 344 y 345). La Corte Federal, en el voto mayoritario del caso Halabi, dispuso de las medidas necesarias para que se resguarde en los procesos colectivos sucesivos ese derecho a la "salida, voz y lealtad" (ver supra lo dicho en la nota 13).

53 Puede ampliarse en Pellegrini Grinover, Ada, "O tratamento dos processos repetitivos", en Jayme Fernando, G. - Faria, Juliana C. - Lauar, Maria T., Processo Civil: Novas Tendências. Estudos em homenagem a Humberto Teodoro Junior, Ed. del Rey, 2008; y a nivel local en Silva, Juan Agustín, "El tratamiento de las acciones repetitivas como manifestación del principio de economía procesal", XXCI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, junio 2011.

54 En relación con las posibles desventajas que pueden derivarse de un proceso colectivo, remitimos a Fourcade Maqueda, Economía de los procesos colectivos..., cit. Igualmente, puede verse Gonzalez Campaña, Germán, Las acciones de clase...cit. También, y pese a tratarse de una obra escrita con mucha anterioridad, puede verse la opinión de Bianchi, Alberto, Las acciones de clase, Ábaco, 2001, p. 105 y siguientes. De todas maneras, es necesario tener presente que no todas las desventajas propias del sistema de class action del derecho norteamericano se replicarán en su adaptación a la cultura jurídica de los países del derecho civil. En tal sentido, Gidi explica que los abogados del sistema de derecho civil se quejan de las class action norteamericanas, argumentando que son caras, que generan grandes honorarios de abogados, que producen sentencias monstruosas con beneficios tremendos y crean la necesidad de políticas públicas y reglas sociales, etc. Sin embargo, este jurista destaca que lo que los abogados del derecho civil no comprenden es que estos aspectos no están necesariamente relacionados al litigio de las class actions, sino a las características de la cultura norteamericana y a su estructura judicial del procedimiento civil y constitucional (ver al respecto, GIDI, Antonio, ob. Cit., páginas 12 y ss; también del mismo autor, Acciones de grupo y amparo colectivo en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, en Ferrer Mc Gregor, (coordinador), Derecho Procesal Constitucional, 2da. Edición, Porrúa, México, 2001, páginas 976/977).

título 18 de la Constitución Nacional- y no del 43- en pos de hacer efectiva la tutela judicial a quienes se ven obstruidos de acceder a la justicia, consideramos que a diez años del caso “Halabi” resulta imprescindible que el legislador regule integralmente lo relacionado con los procesos colectivos y releve a la justicia de cumplir una función que prioritariamente a él le compete.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio Aníbal, “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (El armado de un sistema)”, *La Ley*, 17/06/2009,.
- BARBOSA MOREIRA, “A tutela jurisdiccional dos intereses colectivos ou difusos”, *Temas de direito procesual*, 1984.
- BIANCHI, Alberto, *Las acciones de clase*, Ábaco, 2001
- CAZAUX, Diego H., *Análisis económico de los procesos colectivos en la Argentina*, J.A., 22/5/2019.
- GARCÍA PULLES, Fernando R., *Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva*, *La Ley*, 2009-B, 186.
- GELLI, María Angélica, *La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso “Halabi”*, *Sup. La Ley, Constitucional*, 30/3/2009.
- GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, Unam, México, 2004.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Derechos colectivos y acciones colectivas”, *La Ley*, 2009-C, 1128.
- GÓMEZ, Claudio D. y Salomon, Marcelo J., *La Constitución Nacional y las acciones colectivas: reflexiones en torno al caso “Halabi”*, *La Ley*, 2009-C, 338.
- ISSACHAROFF, Samuel, “Acciones de clase y autoridad estatal”, *Revista de Derecho Procesal*, 2013-1,ç.
- FOURCADE MAQUEDA, Santiago, “Economía de los procesos colectivos. El sistema de procesos colectivos como solución estatal a las ‘fallas’ del mercado de procesos individuales”, *La Ley*, 26/4/2018, cita on line AR/DOC/.
- MAURINO, Gustavo - SIGAL, Martín, “Halabi”: La consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva, *J.A. 2009-II, Fascículo 4*, 22/4/09.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “O tratamento dos procesos repetitivos”, en Jayme Fernando, G. - Faria, Juliana C. - Lauer, María T., *Processo Civil: Novas Tendencias. Estudos em homenagem a Humberto Teodoro Junior*, Ed. del Rey, 2008.
- SAGÜÉS, Néstor, La creación judicial del “amparo-acción de clase” como proceso constitucional, *J.A. 2009-II, Fascículo 4*, 22/4/09.
- SAGÜÉS, Néstor, *El trámite del amparo colectivo nacional y los roles nomogenéticos de la Corte Suprema*, *J.A. 12/09/2018*
- TARUFFO, Michelle, “Algunas observaciones sobre la litigación de grupos en perspectiva comparada (Some remark son group litigation in comparative perspective)”, *11 Duke Journal of Comparative & International Law*, 405-422, 2001.
- TORRES, Artur, “Proceso colectivo comparado: class action for damages’ y acción colectiva para la tutela de los derechos individuales homogéneos”, *Revista de derecho*

procesal, 2013-1. Rubinzal - Culzon

- VERBIC, Francisco, "Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo del fluid recovery", RIDB, 2012 (número 6),
- VERBIC, Francisco, "Manual de introducción a los procesos colectivos y acciones de clase", en Diálogo multidisciplinario sobre la nueva justicia en Latinoamérica, CEJA, Santiago de Chile, 2017.