

LAS ACCIONES DE CLASE: DESDE LOS ESTADOS UNIDOS A LA ARGENTINA

WALTER F. CARNOTA*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS APORTACIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO, Y EN PARTICULAR DEL DE LOS ESTADOS UNIDOS.—
3. LA TRAMA DE *HALABI*.—4. EL DERRAME A JURISDICCIONES INFERIORES A LA CORTE SUPREMA ARGENTINA.—5. LOS INTENTOS LEGISLATIVOS.—
6. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN

Las acciones de clase se han desarrollado en Argentina fundamentalmente a través de dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia (como antecedente, *Ekmekdjian c. Sofovich*, y más recientemente y con centralidad, *Halabi*). A diferencia de los Estados Unidos, donde las acciones de clase se encuentran reguladas en detalle dentro del paraguas de la Regla de Procedimiento Civil Número 23, las acciones de clase argentinas han tenido una fuerte impronta jurisprudencial. Los jueces de la Corte Suprema argentina insisten en que existen tres tipos diferentes de derechos comprendidos en cualquier pleito: a) derechos individuales, donde los daños se resarcen sobre la base del caso por caso; b) derechos colectivos como los ambientales, donde los daños son generalizados; y c) una tercera categoría, de naturaleza híbrida, que involucra a los intereses individuales homogéneos. Cada miembro de la clase tiene un interés divisible en el resultado final del litigio; la causa fáctica y jurídica es homogénea y los efectos son generales, como en la protección de la relación de consumo.

Palabras claves: Acciones de clase. Derecho judicial. Intereses individuales homogéneos.

* Abogado y Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático Ordinario de las Facultades de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Miembro del Consejo Asesor de la Revista de Derecho Público del Ministerio de Justicia argentino y del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Prosecretario del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional y Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

ABSTRACT

Basically, class actions suits have been introduced in Argentina by two Supreme Court decisions, originally *Ekmekdjian v. Sofovich* and, centrally, *Halabi*. Unlike the U.S. experience, where class actions are thoroughly regulated in Federal Rule of Civil Procedure Number 23, Argentine class action law has been largely judge-made. Argentine Supreme Court Justices contend that basically there are three different types of rights involved in any judicial process: i) individual rights, where damages are awarded on a case-by-case basis; ii) collective or group rights, as in environmental matters, where harm is generalized; and iii) a rather hybrid third grouping, which involves individual homogeneous rights. Here, each member of the class has an individual stake on the final outcome, but the factual and legal causes of the inflicted harm and its effects are widespread (for instance, in consumer protection affairs).

Key words: Class actions suits. Judge-made Law. Individual homogenous rights.

1. INTRODUCCIÓN

A los doscientos seis años exactos de que la Suprema Corte de los Estados Unidos se pronunciara en el más célebre caso jurisprudencial de todos los tiempos (*Marbury v. Madison*)¹ por la invalidez constitucional de una ley federal², la Corte Suprema de Justicia argentina instauró —también por vía pretoriana— las llamadas acciones de clase o acciones colectivas.

En el caso ocurrente, se trató de una modulación del remedio del amparo, que no hallaba recepción explícita dentro de la economía del artículo 43 de la Constitución argentina reformada en el año 1994. En efecto, esta norma distingue con nitidez las hipótesis del amparo individual y del amparo colectivo, como dos polos de una protección expedita y rápida. Nada más que eso, salvo la novísima figura del *habeas data*. Sin embargo, el más Alto Tribunal federal argentino, en lo que Sagüés catalogó adecuadamente como una significativa interpretación mutativa³, delineó un nuevo remedio de justicia constitucional, con reminiscencias de lo que acontece en otras latitudes, tal como se verá más adelante. Irrumpe así en el horizonte jurisprudencial una suerte de «objeto jurídico no identificado», que requiere —sin dudas— de mayores explicaciones y puntualizaciones.

La construcción de la Corte argentina la lleva a formular una controvertible diferenciación tripartita: a) la vulneración de bienes individuales,

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Halabi*, sentencia del 24 de febrero de 2009, *Fallos*: 332: 111.

² Allí, como se sabe, se declaró inconstitucional la *Judiciary Act* de 1789, por considerar la Corte de Marshall que con sus previsiones se había incrementado la competencia originaria de la Corte Suprema de modo contrario a lo estipulado por la Ley Suprema en su Artículo III.

³ SAGUES (2009:449).

que desencadena un litigio clásico en donde entra en juego una contienda de derechos bien diferenciados; b) la afectación de bienes colectivos, de índole indivisible, como por ejemplo, cuando se contamina al medio ambiente; c) los llamados «bienes individuales homogéneos» de naturaleza divisible, que aparecen ahora protegidos por la acción inaugurada en *Halabi*.

Halabi intenta hacer ingresar esta novedosa herramienta al derecho judicial por medio de una sentencia en conjunción «operativa y exhortativa», al decir de la profesora María Angélica Gelli. En efecto, la sentencia configura el perfil de la acción colectiva, sin perjuicio de exhortar al Congreso a efectuar el pertinente desarrollo legislativo. Pese a existir una multiplicidad de proyectos legislativos al respecto, ninguno ha logrado aún fructificar en la sanción de una ley regulatoria, como se analizará *infra*.

2. LAS APORTACIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO, Y EN PARTICULAR DEL DE LOS ESTADOS UNIDOS

Cabe tener muy presente que la implantación de las acciones de clase no es, por cierto, original, ya que las mismas, con gran variedad de matices y pliegues, registran considerable presencia en el ámbito del Derecho Constitucional Comparado. Incluso en la primer década de este siglo, se las ha pretendido llevar a escala mundial, en un ejemplo más de la globalización jurídica.

Baste consignar que la mayoría cita ciertos hitos, como ser la Ley española de Enjuiciamiento Civil (1/2000), la legislación brasileña en materia de consumidores y axialmente, la Regla Federal de Procedimiento Civil Número 23 de los Estados Unidos.

Mucho se ha escrito acerca del notable influjo que clásicamente ejerció la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana sobre su par argentina, si se tiene en cuenta el impacto que supo tener la Constitución de Filadelfia sobre la argentina de 1853, con sus caracteres presidencialistas y federalistas. Algunos autores llegaron a considerar que el Tribunal de los Estados Unidos fue una suerte de «talisman» para la Corte argentina⁴. Se han dedicado tesis doctorales enteras para reseñar tales influencias, en especial a lo largo de las primeras décadas de actuación de la Corte Suprema luego de su instalación en 1863, diez años después de dictada la Constitución originaria, si bien de modo selectivo⁵. Más recientemente, se ha creído ver una suerte de retorno al derecho norteamericano, al haber aceptado la Corte argentina instituciones prototípicamente norteamericanas

⁴ MILLER (1997: 1483).

⁵ HUERTAS (2001:17).

como el *amicus curiae*⁶, un novedoso régimen de audiencias públicas⁷ y mayores requisitos para la presentación del recurso extraordinario federal y de la queja⁸. Así, algunos han aludido a una especie de «norteamericanización procesal» del Alto Tribunal⁹ a través de la importación de estos institutos jurídicos de neto origen estadounidense.

Empero, ya el juez Lorenzetti, actual Presidente de la Corte argentina, prevenía en su disidencia en el caso «Mujeres por la Vida» que los transplantes no debían ser mecánicos. Sostuvo en esta ocasión este magistrado que:

«[E]s insuficiente encontrar fundamento en la interpretación que otros tribunales han efectuado acerca de la Constitución de los Estados Unidos o sobre la Constitución española, ya que nuestra Carta Magna, si bien se nutre de las fuentes mencionadas, tiene una singularidad propia, derivada de la incorporación parcial de diferentes aspectos de cada una de ellas y de otras fuentes nacionales e internacionales. De tal modo, se hace necesario indagar la configuración típica dentro del derecho vigente»¹⁰.

Cabe destacar que en los Estados Unidos las *class actions* han tenido aquilatada tradición. Bien se ha remarcado que:

La *class action* es indiscutiblemente —después del jurado— la noción jurídica más conocida, por razón de su divulgación por el cine y la literatura popular americanos; es el instrumento principal del *public interest litigation*, el sueño de los abogados litigantes y la pesadilla de los jueces concienzudos¹¹.

La trayectoria que ofrece la institución de las *class actions* en los Estados Unidos la muestra como un remedio enraizado en la *equity*, como se vé a lo largo del s. XVIII con el llamado *Bill of Peace*. La acumulación en un solo proceso que congregase a múltiples actores se ubica en un contexto de neto pragmatismo, instrumentalismo¹² y de economía procesal, propios del empirismo anglonorteamericano.

Con el tiempo, la institución de las *class actions* va a recibir sanción legislativa en la Federal Rule 23, que data del año 1938 y que sufre modi-

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Acordada 28 del año 2004. Para un análisis exhaustivo, KÖHLER (2010).

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Acordada 30 del año 2007. Un estudio en CARNOTA (2009).

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Acordada 4 del año 2007.

⁹ BIANCHI (2011:15).

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Fallos*: 329: 4607, considerando octavo, segundo párrafo.

¹¹ GARAPON y PAPADOPOULOS (2006:239).

¹² Sobre esta corriente, en su faz pragmática, ver PÉREZ LLEDÓ (2008:99).

ficaciones en 1966 y en 2005, en esta última ocasión con la llamada «Class Action Fairness Act» (CAFA). Entre 1950 y 1970, eclosionaron los pedidos de acciones de clase, sobre todo en el campo de la discriminación racial a partir del célebre caso *Brown*¹³. Los últimos tramos de la Corte Warren vieron decrecer su ímpetu¹⁴, focalizándose en reclamos de accionistas, de deudores y acreedores, de asegurados y de trabajadores despedidos ilegalmente¹⁵. Con posterioridad, en el último tramo de su decurso histórico, se procuró disminuir el coste económico de las acciones de clase, como parte integral de un fenómeno más amplio de reforma de la responsabilidad civil («tort reform»). Una de las estrategias que desplegó el Congreso de los Estados Unidos a través de la ley del año 2005 para lograr ese objetivo limitacionista fue el traspaso a la jurisdicción federal de cierto tipo de reclamos, evitando de ese modo «jurisdicciones imanes» («magnet jurisdictions») o *forum shopping*, es decir, la opción por ciertos tribunales más lábiles a este tipo de reclamaciones.

No resulta extraño que, como sucede con muchos instrumentos de justicia constitucional de cara a estructuras estatales complejas como el Estado federal norteamericano o el argentino, existan regulaciones subnacionales más favorables para los accionantes, tal como sucede paradigmáticamente con el amparo o el hábeas corpus en Argentina. En otros federalismos como el canadiense, ha habido ordenamientos provinciales como el del Québec que fueron en su momento especialmente propensos a las acciones colectivas.

3. LA TRAMA DE *HALABI*

La plataforma fáctica del caso *Halabi* es relativamente fácil de relatar y constituye una narrativa que pone a un abogado de la matrícula luchando por sus derechos y los de sus clientes. En ese sentido, *Halabi* demuestra una vez más un fino criterio selectivo por parte de la Corte Suprema argentina (el famoso poder de «decide to decide» que ejercen todas las Altas Cortes, sean éstas Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales, según sea el control —centralizado o descentralizado— de constitucionalidad), encasillando a este reclamo amparista como acción de clase sobre los

¹³ El paradigmático fallo tenía, empero, dificultades de implementación justamente por ser una acción de clase, de las que la Corte americana era bien consciente: «Because these are class actions, because of the wide applicability of this decision, and because of the great variety of local conditions, the formulation of decrees in these cases presents problems of considerable complexity» (347 U.S. 495).

¹⁴ ABRAHAM (1993:350).

¹⁵ KAGAN (2009:113).

cimientos de una suerte de pelea de David contra Goliat¹⁶, aunque la historia sea tal vez menos dramática. En *Halabi*, no hay dudas de que se litigó en prosa, pero que el fallo se escribió en poesía constitucional, por parte de un Tribunal muy sensible de su necesidad de relegitimación social¹⁷ y que despliega constantemente una muy acusada tendencia a las relaciones públicas y a encarar una agresiva política comunicacional. Más allá de las intrínsecas bondades del caso del señor Halabi, lo cierto es que el «packaging» y el «marketing» del Alto Tribunal fueron también considerables, para enmarcar una doctrina que, dicho sea de paso, hasta el presente no ha reiterado, y que hundía sus raíces en la ya citada disidencia del juez Lorenzetti en «Mujeres por la Vida»¹⁸.

Concretamente, el abogado Halabi había impugnado por conducto de una acción de amparo en las dos instancias federales anteriores (juzgado y Cámara de Apelaciones) la validez constitucional de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario núm. 1563/04. Para ello, alegó que al permitir esas normas la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet de manera vaga, se lesionaba su derecho a la privacidad, a la par que consideraba que se violaban las reglas de confidencialidad que protegen las comunicaciones entre los letrados y sus clientes. Se trataba de un amparo contra normas, o de puro derecho, sin que fuese necesario iniciar actividad probatoria alguna.

En definitiva, *Halabi* es una prueba acabada más de cómo los abogados, al retratar en sus escritos las injusticias cometidas ya por el poder o por otros particular, contribuyen decisivamente a la creación del Derecho, en el contexto háberleano de la «sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución»¹⁹.

Ambas instancias federales de grado hicieron lugar al reclamo interpuesto por el abogado Halabi, en cuanto a la vulneración de su privacidad, pese a que el decreto núm. 357/05 suspendía los efectos de su homólogo anterior 1563/04. Esta hibernación no producía su derogación y, por tanto, no se hallaba expelido del ordenamiento jurídico. Cabe agregar que en su apelación extraordinaria ante el más Alto Tribunal, el Estado Nacional se limitó a impugnar el efecto *erga omnes* que la Cámara había conferido a su sentencia (considerando séptimo del voto mayoritario), consintiendo el resto del pronunciamiento de grado.

¹⁶ Casi míticamente, el juez de la Corte Suprema norteamericana William Douglas expresaba que sin las acciones de clase, el pequeño reclamante estaría desarmado frente a los grandes conglomerados económicos.

¹⁷ CARNOTA (2010:264)

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Fallos*: 329:4610, considerando undécimo.

¹⁹ HÄBERLE (2003:149).

Como fue dicho, el *holding* de la mayoría en *Halabi* se fundamenta en la triada de categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva —como el de marras— con centro en intereses individuales homogéneos (Considerando noveno del voto de mayoría).

A los fines de la configuración de la acción de clase instaurada por la Corte a partir de este caso, interesa sobremanera esta tercer categoría. Según sostiene la mayoría del Tribunal en su considerando duodécimo, la misma se haya conformada por

«[D]erechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. 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 como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño».

Claro que la Corte se hace cargo que estas acciones no se encuentran reguladas por ley, y que es el Congreso quien se encuentra en «una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible». Pero deriva directamente de la Constitución esta nueva garantía, tal como hizo la Corte al resolver en su momento *Siri*²⁰, *Kot*²¹ y *Ekmekdjian*²².

Debe convenirse, por lo demás, que ésta es una configuración *sui generis* de las acciones de clase, ya que faltaba la nota típica de la representación, orientándose algunos a pensar que en realidad se trata de un amparo «erga omnes» o de una *actio popularis*²³. Es que en la acción popular, encontramos:

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Fallos*: 239: 459.

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Fallos*: 241: 291.

²² Esta referencia no es para nada menor, si consideramos que ese caso pudo haber inaugurado las acciones de clase en el derecho judicial argentino.

²³ En la acción popular, la legitimación y el interés pertenece a *quisquis de populo* (CAPPELETTI, 2010:22).

«[U]na pretensión de objetivo colectivo que puede ser ejercida por cualquier individuo del pueblo, si se quiere, de la sociedad, o por una determinada clase de componentes del conjunto social (por ejemplo, los ciudadanos y no todos los habitantes). Se debe señalar que en la acción popular quien demanda lo hace por sí, por propio derecho subjetivo difuso, pero en beneficio común en el que se incluye si fuese damnificado material, razón por la que la cosa juzgada por naturaleza y principio general, tendrá que tener efecto *erga omnes*, por lo menos cuando la pretensión resulte procedente; también en caso contrario, pero ya no con valor absoluto sino relativo, de modo de no afectar las posibilidades individuales»²⁴.

4. EL DERRAME A JURISDICCIONES INFERIORES A LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

Debe recordarse que una sentencia de la Corte argentina, si bien se halla investida de una autoridad moral para la magistratura inferior, no constituye jurisprudencia vinculante tal como sucede en otros sistemas. No se produce un *stare decisis* vertical, lo cual se compadece con el modelo teóricamente difuso o descentralizado de contralor constitucional.

Cabe argumentar que *Halabi* no fue propiamente el primer antecedente de acciones de clase que se dio en Argentina. Puede pensarse que en realidad fue el célebre precedente «*Ekmekdjian c. Sofovich*»²⁵ el primer caso en donde al nivel de la Corte Suprema sobresale y emerge una pretensión de este tipo, si bien canónicamente la sentencia es estudiada desde el derecho de réplica y como precursor de la primacía de los tratados internacionales en el derecho interno, doctrina afinada al año siguiente en «*Fibraca*»²⁶ y con expresa recepción en el artículo 75.22 al producirse la revisión constitucional de 1994²⁷.

Tal como se recordará de ese célebre caso, el profesor Ekmekdjian solicitó derecho de réplica al conductor televisivo Gerardo Sofovich, en los términos del artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), a fin de contestar expresiones del novelista Dalmiro Sáenz que consideraba injuriosas a la Virgen. Más allá del dificultoso encuadre que el pedimento de Ekmekdjian hallaba en el perímetro de la «rectificación o respuesta» que menta el aludido dispositivo convencional²⁸, lo cierto es que este abogado fue legitimado por el más Alto Tribunal sin mayor

²⁴ RIVAS (2003:769).

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Fallos*: 315:1492.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Fallos*: 316:1669.

²⁷ CAFIERO y GRAHAM (1996:28).

²⁸ CARNOTA (2001:37).

hesitación o esfuerzo argumentativo, en un caso que podría llegar a visualizarse como de discriminación religiosa.

Es por ello que *Ekmekdjian* bien puede computarse como el primer precedente en esta materia de las acciones colectivas. Desde 1992 a 2009, la Corte Suprema argentina no volvería sobre este tema, al menos por mayoría, como aconteció finalmente en *Halabi*.

Claro que, aún sin una doctrina de *stare decisis*, las sentencias de la Corte Suprema argentina como ya fue expresado tienen su peso y autoridad institucional, aunque su vinculatoriedad no sea automática. Pero sin duda que la *autoritas* del más Alto Tribunal federal argentino se proyecta a las instancias anteriores. En lo que concierne a la materia bajo estudio, los tribunales inferiores comenzaron a adicionar a sus razonamientos las consideraciones vertidas por la Corte en *Halabi*.

De ese modo, tribunales que habían sido refractarios a la admisión de las acciones de clase, como parte de una tendencia negatoria general a los procesos de índole grupal, como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, o la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, ambas con asiento en la ciudad de Buenos Aires, empezaron a ser más receptivos a este tipo de reclamos, orientados fundamentalmente hacia la protección del usuario y del consumidor.

Varias jurisdicciones subnacionales hicieron lo propio, como la prestigiosa Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, el Superior tribunal correntino o la Cámara Civil y Comercial de la ciudad de Mar del Plata, sin dejar de contar innumerables pronunciamientos de primera instancia.

La Corte Suprema argentina hasta el momento en que se escriben estas líneas no ha reiterado la doctrina establecida en *Halabi*. Sin embargo, en la causa «Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional s/amparos y sumarísimos», en donde el funcionario parlamentario se arrogaba la representación del colectivo de jubilados y pensionados para obtener la movilidad prestacional del mismo, el Procurador General, cabeza del Ministerio Público federal, estimó que:

«La pretensión del Defensor del Pueblo en el *sub lite*, al estar dirigida a la protección de derechos enteramente individuales no homogéneos cuyo ejercicio y tutela corresponde, en exclusiva, a cada uno de los potenciales afectados queda fuera del ámbito de la ampliación que ha realizado el art. 43 de la Constitución Nacional e impide que se tramite bajo la acción de clase prevista en el caso *Halabi*²⁹.

Es que quedaba claro que cada reclamo de jubilados y pensionados por ajustes en sus prestaciones (es decir, en su movilidad, de acuerdo con lo

²⁹ Dictamen del 8 de marzo de 2010.

previsto por el artículo 14 bis, tercer párrafo, de la Constitución Argentina) era de naturaleza individual, puesto que la mala praxis administrativa en la liquidación de los mismos incidía en cada persona de manera desigual y diferenciada, de acuerdo a un cúmulo de variables: años de servicios y de aportes, presencia de regímenes diferenciales, prueba arrimada a la causa, etc. El daño, por consiguiente, se encontraba individualizado y cancelaba la posibilidad de interponer una acción en nombre de la totalidad del colectivo.

5. LOS INTENTOS LEGISLATIVOS

Varios han sido los proyectos de ley que se han presentado en ambas Cámaras del Congreso argentino (Cámara de Diputados y Senado), con el objetivo de regular las acciones de clase.

Entre las iniciativas que se han presentado, cabe reseñar el proyecto redactado por el Senador Horacio Lores. Esta propuesta se remonta a la Regla 23 norteamericana, con la necesaria adecuación al derecho argentino y a lo resuelto por el máximo Tribunal federal en *Halabi*.

Dentro del dispositivo propugnado, cabe mencionar al art.2 del proyecto, que define a las acciones de clase como procesos mediante los cuales «una persona o un pequeño grupo de personas, pueden representar a un gran número de individuos, todos poseedores de un derecho o interés común». A su vez, el art. 3 de esta propuesta contiene los requisitos previos a entablar una acción de clase. Dicha norma exige: 1) Que la acción de clase es tan numerosa que la actuación conjunta de todos los miembros sea impracticable: En puridad, la «numerosidad», como la nominan los norteamericanos, se predica de la clase en sí, y hace que sea inviable un litisconsorcio; 2) Que existan cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase: Ello es prototípico de estas acciones («commonality»); 3) Que las pretensiones o defensas de las partes representantes sean representativas de las prestaciones o defensas de la clase: El representante debe ser idóneo para la pretensión de que se trate; 4) Que las partes representativas vayan a proteger los intereses de la clase «en forma justa y adecuada»: Allí se advierte claramente la influencia de la *equity* norteamericana que tensiona, por cierto, con una férrea normación propia del derecho continental. El propuesto artículo 4 establece recaudos adicionales.

En la definición que de las acciones de clase trae el artículo 1 del proyecto de la Senadora Liliana Negre de Alonso, se sigue al pie de la letra el lexico utilizado por el Tribunal cimero en *Halabi*. Aquí se considera como tal a «la acción judicial que se entabla en protección de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos que

afectan derechos individuales enteramente divisibles». Los recaudos de admisibilidad contenidos en el art.2 de este proyecto aparecen con una redacción más aligerada: 1) Que los afectados sean tan numerosos que el litisconsorcio activo resulte imposible de ser llevado a cabo; 2) Que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes de la clase; 3) Que exista homogeneidad fáctica y normativa; 4) Que la pluralidad de demandas genere riesgos de sentencias contradictorias. Como puede advertirse de un sencillo cotejo entre ambos bocetos de ley, este último aparece más simplificado. La resolución que admita la acción de clase debe justificar que esta ruta sea «el medio más eficaz y justo» para resolver la controversia. También este proyecto se hace acreedor a la notable influencia de las fuentes de la Regla 23 en el derecho comparado, y de la causa *Halabi* en la jurisprudencia constitucional argentina.

Asimismo, ha habido algunas iniciativas en el derecho constitucional subnacional argentino, lo cual es congruente con la distribución de competencias entre el Estado federal y los entes federados, toda vez que éstos retienen su capacidad legisferante en materia procesal (artículo 75.12 de la Constitución argentina). En este orden de ideas y de experiencias, el artículo 38 del nuevo proyecto de Código Procesal Constitucional de la Provincia de Córdoba también específicamente contempla la división tripartita que la Corte Suprema argentina trae en *Halabi*.

Como podrá imaginarse, al estar esta tipología expresamente prevista en un diagrama de ley, se facilita la viabilización de este tipo de reclamos, minimizándose las discusiones acerca de la admisibilidad de la acción.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Las acciones de clase, tanto en Argentina cuanto en Estados Unidos, están destinadas al acceso a la justicia y a la gestión judicial de litigios de escala masiva que unitariamente no tendrían mayor significado económico. Claro que en los Estados Unidos cuentan con la ventaja de una prolija reglamentación, a lo que se aduna un fuerte componente asociativo ya detectado agudamente en el s. XIX por De Tocqueville, y de un gran ejercicio —no abusivo— de la discreción judicial³⁰. Por el contrario, el litigio en Argentina comparativamente es mucho menos oneroso, y se prefiere accionar individualmente antes que de modo grupal. Ello es reflejo de un

³⁰ Cabe considerar que la discreción judicial significa «el poder que la ley confiere al juez de elegir entre varias alternativas, cada una de ellas legítima. Esta definición asume, por supuesto, que el juez no actuará mecánicamente, pero va a sopesar, reflexionar, ganar impresiones, examinar y estudiar». BARAK (1989:7).

pleito relativamente barato, pero también de una sociedad (y de una comunidad forense) profundamente individualista y aislacionista.

Este tipo de remedios procesales se compadece con una Corte Suprema activista. Su máximo esplendor en los Estados Unidos se adquirió cuando el llamado *judicial activism* aparecía apetecible y atractivo. Por el contrario, un Tribunal más inclinado hacia el *self-restraint* o auto-restricción, como sucede hoy con la Corte Suprema norteamericana bajo la presidencia del *Chief Justice* John Roberts, sería menos proclive a este tipo de pedidos. Ello es precisamente lo que ocurrió en *Wall-Mart v. Dukes*³¹, donde la Corte revocó la sentencia del Noveno Circuito de Apelaciones³² por estimar que había «certificado» erróneamente al colectivo demandante.

La Corte argentina, bajo la presidencia de Ricardo Lorenzetti, no ha rehuido el mote de activista. Todo lo contrario; se ufana de ello, más allá que matice su discurso con exhortaciones al legislador para no dislocar por completo al principio de división de poderes. No es casual, entonces, que la Corte que lidera Lorenzetti sea la que puesto sobre el tapete esta temática. A nadie escapa que la «clave» en este tipo de acciones es la «certificación» de la clase, y ello es una faena típicamente jurisdiccional (y que implica bastante discreción judicial).

Por lo demás, ello se ve acompañado por la introducción de un lenguaje jurídico propio para este tipo de controversias. Se ha puntualizado que:

«Uno de los aspectos más salientes al analizar la cuestión relacionada con acciones colectivas es el lenguaje plagado de ergotismos, neologismos, aforismos y perífrasis que llevan necesariamente a la confusión. Derechos de ‘incidencia colectiva’, ‘difusos’, ‘colectivos’, ‘sectoriales’, ‘de pertenencia difusa’, ‘derechos de incidencia que tienen por objeto bienes colectivos’, ‘de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos’, ‘causas fácticas homogéneas’, ‘efectos expansivos de la cosa juzgada’, ‘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’, son algunos de los términos que forman el panteón de los ininteligibles»³³.

Sin lugar a dudas, la aceptación de las acciones de clase evoca la figura del «juez Hércules» de fama dworkiniana, en la medida en que es el tribunal el encargado de «certificar» la existencia o no de una clase, otor-

³¹ SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, Sentencia del 20 de junio de 2011, 564 U.S. (2011).

³² Tribunal de segunda instancia, que abarca el Estado de California entre otros del Oeste de los EE.UU., frecuentemente revocado por la Corte Suprema federal por sus posturas «activistas».

³³ SARAVIA FRÍAS (2011:5).

gando en definitiva luz verde para que la misma pueda avanzar a estadios ulteriores. La acreditación del recaudo de la *commonality* al que hace referencia la Regla 23 (a) norteamericana, que halla su equivalente en *Hala-bi* al requerirse una base fáctica o jurídica homogénea, no siempre resulta fácil de detectar o identificar, y en esa faena sobresale la figura del juez como director del proceso.

Con la potencia que puede adquirir esta figura, deben evitarse posturas exageradamente elásticas o disfuncionales. Al decir de Sagüés³⁴:

«La judicatura deberá asumir con esta acción una tarea harto compleja y seguramente polémica. Deberá cubrir con acierto los múltiples deberes de instrumentación que señala la Corte, velar para que este proceso no sea un campo propicio para las aventuras judiciales, y contener su uso desaprensivo, facilista e impropio».

En balance, se ha expresado que en materia de acciones de clase:

«Las consecuencias del paso que acaba de dar la Corte Suprema no sólo deben ser mensuradas desde la esfera de los justiciables, sino también desde sus beneficios en lo relativo al logro de una mayor economía procesal y la agilización de la justicia. Claro que más allá de los evidentes beneficios cabe observar con serenidad las consecuencias que sobre los diferentes ámbitos estas acciones pueden traer aparejadas, las que pueden resultar negativas, si para su ejercicio no se establece un marco adecuado que prevenga la garantía de aquellos individuos de la clase que estén representados por el o por los reclamantes que hayan iniciado el proceso»³⁵.

El desafío, entonces, para la relativamente joven disciplina del «derecho procesal constitucional» o justicia constitucional, como «Derecho Constitucional concretizado», consistirá en delinear adecuadamente los contornos de esta figura, para evitar litigios frívolos o desbordados que la terminen desnaturalizando.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAHAM, Henry J. (1993), *The Judicial Process*, New York, Oxford University Press.
- BARAK, Aharon (1989), *Judicial Discretion*, New Haven, Yale University Press.
- BIANCHI, Alberto B. (2001), *Las acciones de clase (Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala)*, Buenos Aires, Editorial Ábaco.

³⁴ (2009:453).

³⁵ SABSAY (2010:589).

- BIANCHI, Alberto B. (2011), «¿Hacia la ‘norteamericanización’ procesal de la Corte Suprema?», en GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Técnica jurídica del recurso extraordinario y del recurso de queja*, Buenos Aires, Ediar.
- CAFIERO, Juan Pablo, y GRAHAM, Marisa Adriana (1996), «Tratados sobre Derechos Humanos», en VEGA, Juan Carlos, y GRAHAM, Marisa Adriana, *Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales*, Buenos Aires, Astrea.
- CAPPELLETTI, Mauro (2010), *La jurisdicción constitucional de la libertad (Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austríaco)*, Lima, Palestra.
- CARNOTA, Walter F. (Director) (2001), *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley.
- CARNOTA, Walter F. (2008), «La audiencia pública en las causas ambientales», en *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, volumen 3.
- CARNOTA, Walter F. (2010), «Judicial Globalization (How the International Law of Human Rights Changed the Argentine Supreme Court)», en JACKSON, Donald W.; TOLLEY, Michael C., y VOLCANSEK, Mary L., *Globalizing Justice (Critical Perspectives on Transnational Law and the Cross-Border Migration of Legal Norms)*, Albany, State University of New York (SUNY) Press.
- GARAPON, Antoine, y PAPAPOPOULOS, Ioannis (2006), *Juzgar en Estados Unidos y en Francia (Cultura jurídica y common law)*, Bogotá, Legis.
- HÄBERLE, Peter (2003), *El Estado Constitucional*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- HUERTAS, Marta María Magdalena (2001), *El modelo constitucional norteamericano en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1853-1903)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- KAGAN, Robert A. (2009), *La giustizia americana (Come il contraddittorio fa il diritto)*, Bolonia, Il Mulino.
- KÖHLER, Ricardo Carlos (2010), *Amicus Curiae (Amigos del Tribunal)*, Buenos Aires, Astrea.
- MILLER, Jonathan (1997), «The Constitutional Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Practice as Authority in 19th. Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith», en *The American University Law Review*, volumen 46.
- PEREZ LLEDÓ, Juan Antonio (2008), *El instrumentalismo jurídico en los Estados Unidos*, Lima y Bogotá, Palestra y Temis.
- RIVAS, Adolfo Armando (2003), *El Amparo*, Buenos Aires, La Rocca.
- SABSAY, Daniel A. (2010), «Acciones de clase», en SABSAY, Daniel A., (Director), *Constitución de la Nación Argentina (y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, tomo II, Buenos Aires, Hammurabi.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2009), *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Astrea.
- SARAVIA FRIAS, Bernardo (2011), «Acciones de clase: Aspectos constitucionales y filosóficos», en *La Ley*, Buenos Aires, 21 de octubre.