

LA CREACIÓN DE DERECHOS EN EL FALLO HALABI. UNA EXPRESIÓN DE LA CORRIENTE NEOCONSTITUCIONALISTA EN LA ARGENTINA¹

María Agustina Puebla²

Universidad Nacional de San Luis

mariaagustinapuebla.5a@gmail.com

Resumen: El neoconstitucionalismo es un fenómeno jurídico que se encuentra en constante evolución desde su nacimiento en la década de 1990 aproximadamente. A su vez, este término no es inequívoco. Así el Diccionario Panhispánico del español jurídico, define al neoconstitucionalismo como la “teoría jurídica que transforma el Estado de derecho en Estado constitucional de derecho”. A los efectos del siguiente artículo, se escogió la definición de Alfonso (2008) según el cual el neoconstitucionalismo “(...) puede ser visto como la teoría jurídica que describe, explica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico (...)”. (Alfonso, 2008, p. 10). Incluso, Comanducci lo presenta desde tres dimensiones: una teórica, una ideológica y una metodológica, que también se encuentran presentes en nuestro ordenamiento jurídico. En el artículo, se analizó el fallo Halabi, en el que se prioriza la protección, ampliación y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ejerce una tarea creadora de normas, al reconocer la figura de las acciones de clase, determina cuál es el contenido de los derechos individuales y de incidencia colectiva reconocidos en el artículo 43 de la Constitución Nacional. Se vislumbra el defecto de la textura abierta del derecho que menciona Hart en su libro “El concepto del Derecho”; y los peligros que el autor menciona en su obra. Por último, y no por ello menos importante, se generaron ciertas preguntas reflexivas en torno al fenómeno del neoconstitucionalismo en Argentina.

Palabras claves: neoconstitucionalismo – derechos individuales – textura abierta

Abstract: Neo-constitutionalism is a legal phenomenon that has been in constant evolution since its birth in the 1990s. At the same time, this term is not unequivocal. Thus, the Pan-Hispanic Dictionary of Legal Spanish defines neoconstitutionalism as the "legal theory that transforms the rule of law into a constitutional rule of law". For the purposes of the following article, the definition of Alfonso (2008) was chosen, according to which neoconstitutionalism "(...) can be seen as the legal theory that describes, explains, understands the consequences and encourages the process of transformation of the legal system (...)". (Alfonso, 2008, p. 10). Comanducci even presents it from three dimensions: a

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PROICO 15-20 “Derecho y Lenguaje: Análisis y delimitación de criterios judiciales”. Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de San Luis.

² Abogada y Procuradora, egresada en diciembre de 2021 de la Universidad Nacional de San Luis. Pasante docente en la asignatura Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la carrera de Abogacía. Pasante en investigación en el Proyecto de Investigación PROICO 15-20 “Derecho y Lenguaje: Análisis y delimitación de criterios judiciales”.

theoretical, an ideological and a methodological one, which are also present in our legal system. In the article, the Halabi ruling was analyzed, which prioritizes the protection, expansion and defense of the fundamental rights of citizens. In this judgment, the Supreme Court of Justice of the Nation also exercises a norm-creating task, by recognizing the figure of class actions, it determines what is the content of the individual and collective rights recognized in Article 43 of the National Constitution. The defect of the open texture of the law mentioned by Hart in his book "The Concept of Law" is glimpsed; and the dangers mentioned by the author in his work. Last but not least, certain reflective questions were raised regarding the phenomenon of neoconstitutionalism in Argentina.

Keywords: neoconstitutionalism – individual right – open texture

Introducción

El presente artículo tiene como finalidad analizar las expresiones del neoconstitucionalismo como fenómeno jurídico en nuestro país. Para este fin, se analiza el emblemático fallo Halabi, dictado por la Corte Suprema de Justicia en el año 2009.

No se debe olvidar que el neoconstitucionalismo como fenómeno se encuentra en constante evolución, por lo que no es posible brindar una definición inequívoca. Celis Vela (2010) sostiene que esta corriente jurídica ha modificado la concepción que se tiene no sólo del Estado, sino también de la jurisprudencia, el ejercicio del derecho, la teoría y la dogmática. Sin embargo, la mayoría de los autores que se encuadran en esta corriente jurídica y filosófica coinciden en el importante rol que se le otorga al juez como salvaguarda de la constitución y, en consecuencia, de todo el ordenamiento jurídico. Incluso, tiene la facultad de resolver un caso "creando" nuevos derechos o recurriendo al derecho comparado cuando no hay legislación sobre la temática.

En el fallo Halabi, la Corte Suprema de Justicia (luego de numerosas apelaciones realizadas por el Estado Nacional) falla decretando la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley de Telecomunicaciones, así como también del decreto reglamentario de dicha ley. Además, incorpora novedosas figuras a nuestro ordenamiento jurídico en materia de derechos de incidencia colectiva. Finalmente, le encomienda al Poder Legislativo Nacional la tarea de sancionar una ley que regule las acciones de clase y los efectos que generan las mismas.

Una aproximación al concepto de neoconstitucionalismo

De acuerdo con el *Diccionario Panhispánico* del español jurídico, el neoconstitucionalismo es la "teoría jurídica que transforma el Estado de derecho en Estado constitucional de derecho". Sin embargo, no existe una definición clara de este concepto. En este sentido, Moreso (2019) afirma que existen grandes dificultades para caracterizar este fenómeno.

Doctrinariamente, el neoconstitucionalismo "(...) puede ser visto como la teoría jurídica que describe, explica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico (...)" (Alfonso, 2008, p. 10). Moreso (2019) sostiene que el término neoconstitucionalismo también evoca una determinada cultura jurídica. Así, se reflejan cambios institucionales (en Europa, el fin de la Segunda Guerra Mundial, la caída de los regímenes dictatoriales, el crecimiento de la democracia constitucional; y en Latinoamérica, la vuelta a la democracia) que nacen de la sanción de Constituciones escritas y rígidas que contienen declaraciones de derechos y que reconocen un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. En Europa, estos cambios se representan con el fin de la Segunda Guerra Mundial, la caída de los regímenes dictatoriales y regímenes comunistas, y el crecimiento de las democracias constitucionales. En América Latina, en la década de los

ochenta se observa la vuelta a la democracia en varios países, lo que acarrea una mayor notoriedad a la conformidad de la ley con la constitución.

Comanducci (s/f) presenta al neoconstitucionalismo considerado desde tres dimensiones. Una teórica, una ideológica y una metodológica.

Así desde una **perspectiva teórica** se describen los logros derivados del proceso de la constitucionalización; en donde hay un catálogo de derechos fundamentales, que es acompañado por la incorporación de principios en la constitución, junto con ciertas reglas de interpretación y aplicación de la ley. Dentro de esta corriente, “el neoconstitucionalismo tiene un carácter parcial respecto al constitucionalismo visto como totalidad: le interesa especialmente una parte de la problemática constitucional, la relacionada con la protección a los derechos humanos. En cambio, no presta mayor atención a la organización estatal, a la denominada “parte orgánica” (Alfonso, 2008, págs. 8 y 9). Por último, y no por eso menos importante, es necesario destacar el rol de los jueces (y del poder judicial). De acuerdo con Alfonso (2008), se promueve una nueva relación del poder judicial con los órganos gubernamentales y con la sociedad civil para conseguir la efectiva vigencia de los derechos humanos.

En segundo lugar, se encuentra el **neoconstitucionalismo ideológico**. De acuerdo con Comanducci (s/f) esta corriente prioriza la protección de los derechos fundamentales, así como también su defensa y ampliación. “El neoconstitucionalismo ideológico pone generalmente en evidencia una radical especificidad de la interpretación constitucional respecto de la ley, y también de la aplicación de la constitución respecto a la aplicación de la ley. Tales especificidades derivan de la diversidad del objeto constitución respecto a la ley, y manifiestan sobre todo en relación a las respectivas técnicas interpretativas” (Comanducci, s/f, p. 4).

Por último, está el **neoconstitucionalismo metodológico**. Según Comanducci, los partidarios de esta corriente afirman la existencia de un vínculo entre derecho y moral. Este vínculo puede ser necesario, identificativo y, en algunos casos, también justificativo. Sin embargo, desde el punto de vista del autor, no hay una conexión justificativa entre el derecho y la moral; a pesar de que “la tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral” (Comanducci, s/f, p. 9).

Breve recuento de los aspectos esenciales del fallo Halabi

Ernesto Halabi presentó una acción de amparo solicitando la inconstitucionalidad de la Ley de Telecomunicaciones y de su respectivo decreto reglamentario, ya que consideró que estas disposiciones normativas eran violatorias del derecho a la privacidad y a la intimidad, de acuerdo con los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

En primera instancia, se hizo lugar a la demanda y se declara la inconstitucionalidad de la Ley de Telecomunicaciones y de su respectivo decreto reglamentario. Uno de los argumentos esgrimidos por parte de la magistrada fue que “no existió un debate legislativo suficiente previo al dictado de la ley, la cual carece de motivación y fundamentación apropiada” (Halabi, Ernesto c/ P.E.N –ley 25.873– dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009). Además, “las normas exhiben gran vaguedad pues de sus previsiones no queda claro en qué medida pueden las prestatarias captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial” (Halabi, Ernesto c/ P.E.N –ley 25.873– dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se pronunció en el mismo sentido que el tribunal de primera instancia, ampliando los argumentos. “La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se pronunció en el mismo sentido que el tribunal de primera instancia, ampliando los argumentos. Así, la

sentencia también debe beneficiar a todos los usuarios de los bienes y servicios que se encuentran en la misma situación que el actor, pero que no iniciaron las acciones legales correspondientes. (Halabi, Ernesto c/ P.E.N – ley 25.873 – dto 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009)”

El Estado Nacional decide apelar la sentencia del tribunal de alzada mencionado *ut supra*. Es necesario recalcar que el Estado Nacional decidió atacar el efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad. La apelación fue aceptada, ya que “(...) el agravio del recurrente pone en cuestión la inteligencia que cabe atribuir a la cláusula del art. 43 de la Constitución Nacional y la decisión es contraria a la validez del derecho que se fundó en ella y es materia de litigio (...)” (Halabi, Ernesto c/ P.E.N –ley 25.873– dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronuncia, y falla decretando la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley de Telecomunicaciones, como así también del decreto reglamentario de dicha ley. Crea la figura de las acciones de clase en nuestro derecho, que puede ser definida doctrinariamente como “la acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada)” (Vergara, 2011, p.1). En el mismo fallo, reconoce a los derechos individuales y divide a los derechos de incidencia colectiva en dos grandes categorías: aquellos que tienen por objeto bienes colectivos (reconocidos típicamente en el artículo 43 de la Constitución Nacional); y aquellos referentes a intereses individuales homogéneos. Por último, le encomienda al Poder Legislativo Nacional la tarea de sancionar una ley que regule las acciones de clase y los efectos que generan las mismas. Sin embargo, al día de la fecha aún no hay una ley que trate esta temática.

a. La textura abierta en la legislación. La consecuente creación de derechos por parte de la Corte Suprema.

De acuerdo con Hart (1961) la textura abierta es una característica propia de la condición humana: todos los seres humanos (incluso los legisladores) tienen una cierta ignorancia de los hechos; además hay una relativa indeterminación de propósitos al momento de crear una norma. En consecuencia, cuando se intenta crear una regla general de conducta, el legislador establece cuáles son las condiciones que se deben cumplir para encuadrar en esta regla, y hay ejemplos claros de lo que ocurre en su ámbito, lo que constituyen los denominados “casos paradigmáticos”.

En el capítulo VII de su obra *El Concepto del Derecho*, Hart afirma que “la textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso (...). Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas (...)” (Hart, 1961, p.174-175).

Según Hart (1961) el lenguaje que se utiliza en la legislación posee un ámbito discrecional bastante amplio y en consecuencia la elección llevada a cabo por el intérprete no es arbitraria, o irracional.

En el fallo analizado, se puede observar cómo la Corte Suprema termina desarrollando una tarea creadora de normas jurídicas. Así, crea (y consecuentemente, delimita) tres categorías de derechos: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. A su vez, determina la legitimación activa para cada categoría. Esta creación legislativa tiene por finalidad crear un marco para que se puedan ejercer las acciones de clase

en nuestro país, no reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico hasta ese momento. En este sentido, la Corte Suprema sostiene que “ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados. (...) Basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente (...)” (Halabi, Ernesto c/ P.E.N –ley 25.873– dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009).

De manera sucinta, la CSJN define a los derechos individuales como aquellos que protegen derechos divisibles, no homogéneos, y cuya vulneración causa un daño particularmente propio. Se encuentran alcanzados por la clásica acción de amparo reconocida en la Constitución Nacional.

Más adelante, define a los derechos de incidencia colectiva (reconocidos en el artículo 43 de la Constitución) como aquellos que tienen por objeto bienes colectivos. Es decir, los mismos pertenecen a toda la comunidad, son indivisibles y no se admite ningún tipo de exclusión.

La novedad se encuentra en el apartado 12, cuando reconoce a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. La CSJN sostiene que se encuentran reconocidos en la segunda parte del artículo 43 de la Constitución, y comprende “todos aquellos derechos personales o patrimoniales que se derivan de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados” (Halabi, Ernesto c/ P.E.N –ley 25.873– dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009).

En realidad, el intérprete (en este caso, los jueces) toma la decisión de añadir un nuevo caso a un conjunto de casos ya previstos, por semejanzas relevantes y estrechas. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en el caso Halabi, reconociendo su rol de intérprete de la Constitución Nacional, al afirmar que “es pertinente recordar que, según lo ha sostenido invariablemente en sus pronunciamientos esta Corte, en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (...)” (Halabi, Ernesto c/ P.E.N –ley 25.873– dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, 2009).

En la Argentina no existe una ley que regule las acciones de clase. Esto se trata de una omisión del Poder Legislativo, cuyos legisladores no han podido (o no han querido) trasladar y perfeccionar todos estos conceptos mencionados *ut supra* a una ley. Según Hart (1961), uno de los peligros de la textura abierta es el poder de creación jurídica que se le otorga a los tribunales, mucho más amplio (en algunas circunstancias) que aquel que se les otorga a los legisladores. El autor advierte que este tipo de decisiones tomadas por los jueces (ya sea en casos en los que la norma es clara, o en aquellos en donde se da lugar a dudas y discusiones) permanecerán en el tiempo si no hay una actividad legislativa al respecto; ya que los magistrados son la última autoridad en materia de interpretación de la ley.

El rol del juez en el fallo Halabi

En su obra *El Derecho dúctil*, Zagrebelsky le otorga un rol fundamental al juez, bastante similar al protagonismo que el neoconstitucionalismo le otorga a esta figura de la vida democrática. Así, el magistrado tiene un amplio poder al momento de tomar decisiones. Ambas teorías conciben al caso judicial como un “problema” que debe tener una solución. A través de la comprensión del caso, de la adecuación e interpretación de las diversas reglas y principios, el juez toma una decisión que pone fin a la problemática mencionada anteriormente.

En el caso analizado, se ve como los ministros de la Corte actúan como “salvaguardas de la Constitución”, ya que no sólo se limitan a declarar la inconstitucionalidad de los artículos nombrados en la pretensión de la parte actora. Es decir, no sólo protegen el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia de Ernesto Halabi, sino que van un poco más allá y hacen extensivos los efectos de la inconstitucionalidad a todas aquellas personas que se encuentren en una situación similar a la del actor. Por este motivo, recurren a la legislación extranjera (particularmente la española y estadounidense) para brindar un concepto de acciones de clase. Incluso, reinterpretan el artículo 43 de la Constitución Nacional para reconocer las particularidades con las que cuentan los derechos de incidencia colectiva.

Si se tiene en cuenta el contexto sociohistórico en el cual fue dictado el fallo, vemos que los jueces suplen a los demás poderes estatales (el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, respectivamente) para poder garantizar los derechos reconocidos constitucionalmente, y también para hacer efectivas las promesas constitucionales (Alfonso, 2008).

Por último, algunos detractores de este poder de interpretación que el neoconstitucionalismo le otorga a los jueces podrían argumentar que la interpretación judicial puede ser más relevante que la propia voluntad del legislador, a tal punto que en algunos casos llega a invalidarla. Sin embargo, en el fallo Halabi la voluntad del legislador no ha sido invalidada, ya que es imposible conocerla en materia de acciones de clase. Por otro lado, y como fue mencionado *ut supra*, la ley de telecomunicaciones no tuvo un adecuado debate legislativo que permita conocer qué situaciones buscaba regular el legislador al momento de dictar la ley.

Conclusión

Nuestra legislación ha recibido influencias del neoconstitucionalismo teórico de acuerdo con Comanducci, ya que con la reforma de 1994 se incorporan nuevas declaraciones, derechos y garantías (como los derechos ambientales, los derechos de usuarios y consumidores, y recursos sumarísimos como el amparo). Merece especial importancia especialmente con el artículo 75 inc. 22, que les otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, y en consecuencia, el resto de la legislación debe adaptarse a lo establecido por la Carta Magna. Es decir, con el reconocimiento de estas prerrogativas, hay un reconocimiento normativo de los derechos fundamentales.

Sin embargo, también se pueden ver influencias del neoconstitucionalismo ideológico que propone Comanducci, ya que en el fallo Halabi se prioriza la protección, ampliación y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia reconocen que no se están vulnerando los derechos constitucionales de un solo individuo, sino de un grupo de personas que se encuentran en una situación similar. Por este motivo, valida la decisión de un tribunal inferior que había dispuesto la expansión de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a todas las personas que se encuentren en una situación similar a la de Ernesto Halabi. En consecuencia, se recurre a la figura de las acciones de clase, que aún no se encuentran reconocidas en nuestro derecho (aunque el fallo se haya dictado hace más de diez años).

Al determinar qué se entiende por acciones de clase, se vislumbra la tarea productora de normas del tribunal, actividad descrita por Hart en su libro *El Concepto del Derecho*, en 1961. A su vez, la Corte determina el contenido de los derechos individuales y de los derechos de incidencia colectiva; tarea fundamental para poder identificar en qué casos corresponde interponer una acción de clase y en qué casos no. En cierta manera, le está dando un marco al Poder Legislativo para que legisle sobre esta materia. También ayudaría a eliminar el problema de la textura abierta, de la que adolece la mayoría de las leyes de nuestro país.

Finalmente, luego de la lectura y el análisis de este fallo, se puede pensar en los siguientes interrogantes: si el Poder Legislativo no trata, no delibera, no sanciona una ley que puede generar un cambio en la vida de los ciudadanos para hacer valer sus derechos, ¿la creación judicial de un marco legal para actuar es válida? Si no es competencia de los jueces determinar y dar contenido a los derechos, sólo juzgar, ¿es activismo judicial injustificado?

Bibliografía

Alfonso, S. (2008). “Sistema Jurídico, Teoría del Derecho y Rol de los Jueces: Las Novedades del Neoconstitucionalismo”. DIKAION (ISSN 0120-8942, Año 22, Núm. 17, pp. 131-155). Chía, Colombia.

Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/720/72011607007.pdf>

Comanducci, P (s/f). *Constitucionalización y Neoconstitucionalismo*. Recuperado de https://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada11/3_COMANDUCCI.pdf

Cotrina Maccha, M. J. (2018). “El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo como teoría jurídica y el nuevo papel de los jueces”. *Ius Vocatio*, 1(1), pp. 47-53. Disponible en <https://doi.org/10.35292/iusVocatio.v1i1.431>

Diccionario Panhispánico del español jurídico. En: <https://dpej.rae.es/lema/neoconstitucionalismo>

Hart, H.L.A. (1961). *El Concepto de Derecho* (traducción de G.R. Carrió). Editorial Abeledo Perrot. (Obra publicada originalmente en 1963) Recuperado en https://www.academia.edu/6574051/28490884_El_Concepto_de_Derecho_Herbert_Hart

Moreso, J.J. (2019) “Diez tesis sobre el neconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico)”.

Rico Chavarro, D. (2015) “Los jueces en la democracia del Estado constitucional”. *Derecho y Realidad*. Recuperado de https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/download/7838/6202/20868