

El caso “Verbitsky”:  
¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?

Christian Courtis

El 3 de mayo de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió una sentencia sorprendente, *Verbitsky, Horacio s/habeas corpus*, en la que decide sobre la situación de alrededor de 6.000 personas detenidas en comisarías de la Provincia de Buenos Aires en espera de ser juzgadas penalmente. Mi intención no es la de efectuar un análisis completo de la sentencia, sino el de abordar tres temas resueltos en ella que los que aparecen novedades o bien importantes puntos de ruptura con respecto a la tradición hermenéutica previa de la Corte –y que, por ende, pueden explicar en alguna medida la sorpresa causada por el fallo<sup>1</sup>. Esbozaré también algunas consecuencias posibles que podrían desprenderse de la decisión –aunque será el desarrollo futuro de la jurisprudencia del tribunal, y su seguimiento por parte de otros tribunales federales y locales, el que permita verificar si se trata realmente de un punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte, o sólo de una fugaz *rara avis*, vistosa pero infértil.

1) Síntesis del caso

Ante todo, y dado lo extenso del fallo –115 fojas, incluidos el dictamen del procurador, las disidencias parciales de los jueces Argibay Molina y Fayt, y la disidencia total del juez Boggiano–, presentaré brevemente los hechos del caso, su tramitación y la decisión de la Corte<sup>2</sup>.

El 15 de noviembre de 2001, una organización no gubernamental (el Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS) interpuso ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires acción de *habeas corpus*, en defensa de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

---

<sup>1</sup> Para ampliar, véase las diferentes posiciones de Marcela I. Basterra, “Procesos Colectivos: La Consagración Jurisprudencial del Habeas Corpus colectivo en un valioso precedente de la CSJN. El fallo *Verbitsky*”, en Revista La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional, 27/7/2005; Walter F. Carnota, “Un problemático supuesto de *habeas corpus* colectivo (nota al fallo *Verbitsky*)”, en El Dial, www.eldial.com, Suplemento de Derecho Público. Año VIII-Nº 1811, 21/VI/2005; Jorge Alejandro Pratto, “La crisis del sistema penitenciario argentino: a propósito del fallo *Verbitsky* de la C.S.J.N.”, en El Dial, www.eldial.com, Suplemento de derecho penal. Año VIII-Nº 1818, 30/VI/2005; Daniel Alberto Sabsay, “Una decisión que amplía el acceso a la justicia para garantizar la igualdad y el cumplimiento de compromisos internacionales”, en Revista La Ley, 25/08/2005.

<sup>2</sup> El fallo pueden consultarse en la página web de la Corte Suprema de Justicia: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar), a través del sistema de búsqueda de jurisprudencia.

De acuerdo con la presentante, la nota distintiva de las 340 comisarías que funcionan en la provincia de Buenos Aires es la superpoblación y el consecuente hacinamiento que deben padecer las personas privadas de su libertad. Pese a tener una capacidad para 3178 detenidos, alojan 6364, según información del mes de octubre de 2001 –según la posterior actualización, la situación empeoró. En el conurbano bonaerense, 5080 detenidos ocupaban 2068 plazas. Los calabozos se encuentran en un estado deplorable de conservación e higiene; carecen de ventilación y luz natural. La humedad y, en verano, el calor son agobiantes. No cuentan con ningún tipo de mobiliario, por lo que toda la actividad (comer, dormir) que desarrollan los internos debe llevarse a cabo en el piso. Los sanitarios no son suficientes para todos y no se garantiza la alimentación adecuada de los reclusos. Existe un gran riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas y la incidencia de casos de violencia física y sexual entre los propios internos es alta.

La acción de *habeas corpus* requería al Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires que se pronunciara expresamente acerca de la ilegitimidad, constitucional y legal, del encierro de esas personas en las condiciones descritas, y que ordenara el cese de esa situación. Para ello, solicitó al Tribunal el establecimiento de una instancia de ejecución de la sentencia, en la que, a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados, pudiera determinarse –y someterse al control del Tribunal- el modo en que la administración haga efectivo el cese de esas condiciones de detención.

La actora fundó la competencia del Tribunal de Casación a partir de dos argumentos: a) la gravedad institucional del asunto, de acuerdo a la jurisprudencia del propio tribunal; b) la necesidad de tratamiento conjunto y unitario del problema: en los casos en los que se plantearon *habeas corpus* individuales ante los jueces a cargo de las detenciones, el efecto obtenido fue el del traslado de internos de un lugar a otro: así, se alivió la situación de algunos, pero se agravó la de otros, mientras el problema de fondo se mantuvo.

El Tribunal de Casación se declaró incompetente para tratar la acción, por considerar que su competencia es limitada y no prorrogable, y que no está autorizada a suplir a los jueces propios de las causas individuales. Agregó también que no correspondía tomar una única decisión que englobase las situaciones plurales indeterminadas con otros posibles objetivos perseguidos aun cuando estén, de manera significativa, referidos a un problema común.

La presentante impugnó la decisión a través de los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad previstos por la Constitución de la provincia de Buenos Aires y el Código Procesal Penal local. Sostuvo que el Tribunal de Casación omitió el tratamiento de una cuestión esencial, relativa a la gravedad o interés institucional de la situación. Argumentó además que el Tribunal de Casación había desconocido la posibilidad de accionar en defensa de derechos e intereses colectivos, contemplada en el artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional, al decir que con la acción intentada sólo se apuntaba “a cuestionar el sistema carcelario [...] en forma genérica, y no a obtener una decisión concreta en casos individuales [...] respecto a lesiones de derechos esenciales”, y resolver que debía ocurrirse individualmente ante los respectivos jueces. La actora alegó que la legitimación para interponer la acción colectiva derivaba de que su objeto no era la solución de la situación individual de una persona –caso en el que sería ubicua la acción

individual–, sino la situación de alcance colectivo de violación por parte del Estado provincial de los estándares jurídicos fijados en materia penitenciaria por la Constitución Nacional y diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Reiteró que el intento de resolución individual se veía frustrado porque la resolución individual de un caso afectaba necesariamente la situación de las demás personas que padecían la misma situación, generando además evidentes problemas de igualdad. Y agregó que también militaban a favor de una acción colectiva razones de economía procesal que la hacían preferible por sobre una multiplicidad de acciones individuales.

También argumentó que al ser la vía colectiva propuesta la única apta para reparar el agravamiento de las condiciones bajo las cuales se encuentran las personas detenidas en el ámbito de la provincia, la negativa del Tribunal de Casación de abordar la problemática de todos los detenidos en comisarías superpobladas de esa jurisdicción había importado privar de justicia a ese colectivo de personas cuyos derechos se pretendía tutelar, en violación a los artículos 18, 43 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, así como diversos instrumentos internacionales en relación con el derecho de acceder a la jurisdicción y obtener una efectiva protección por parte del Poder Judicial.

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, por voto de la mayoría de sus miembros, declaró inadmisibles los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos. Ese tribunal sostuvo que la acción no encuadraba en los supuestos de competencia del Tribunal de Casación, y que la decisión no cancelaba definitivamente los respectivos procesos principales, ni la posibilidad de que los magistrados de las respectivas causas respondieran a la pretensión de la actora. Recalcó además que resultaba inadmisibile que la competencia de los tribunales se abriera como consecuencia de una conjetura del recurrente relativa a un supuesto impedimento de solución por parte de los magistrados legalmente habilitados.

Contra la decisión de la Suprema Corte provincial, la actora interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la queja tratada por la Corte Suprema.

Con respecto al carácter definitivo de la sentencia impugnada, el apelante afirmó que aquella impide la prosecución del procedimiento tal como se lo había planteado, esto es, como acción colectiva: sostuvo que no es posible sostener que la misma cuestión objeto de la presentación puede ser aún debatida -en forma dispersa- ante cada uno de los magistrados a cuya disposición se hallan los detenidos por quienes se iniciara el *habeas corpus*, pues ello implicaría decir que una acción colectiva es igual a la suma de muchas acciones individuales que tramiten separadas. Señaló que el artículo 43 del texto constitucional reconoce legitimación a entidades no gubernamentales como el CELS para accionar en forma colectiva en representación de un grupo o clase de personas que necesitan especial tutela, y que la sentencia impugnada la desconoció y cerró definitivamente la discusión sobre el tema. Agregó que una prueba de la conveniencia de encauzar la pretensión en el marco de una acción colectiva era, pese a que se le dio intervención en el procedimiento a todos los jueces supuestamente competentes, el gravamen que se intentaba subsanar no sólo subsiste, sino que aumentó en su magnitud, a pesar de haberse clausurado los calabozos de algunas comisarías y haberse trasladado a

algunos reclusos de un lugar hacia otro. Para respaldar tales dichos, invocó una serie de acontecimientos ocurridos con posterioridad al dictado del resolutorio de casación en los calabozos de las comisarías del conurbano bonaerense (motines, muertes, incendios, etc.) que darían cuenta de la situación denunciada no sólo perduraba sino empeoraba.

Como argumento subsidiario, señaló que la resolución de la Suprema Corte provincial debía considerarse equiparable a una sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario federal, dado que causaba un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior, en tanto las garantías constitucionales afectadas requerían tutela jurisdiccional inmediata: una ulterior decisión favorable no podría suprimir los perjuicios ocasionados por las denigrantes condiciones de detención de los afectados, cuya integridad física y vida peligraba. Planteó también la arbitrariedad de la decisión impugnada.

El 9 de febrero de 2004, el Procurador General de la Nación consideró que el recurso era formalmente admisible, y que debía hacerse lugar al recurso y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado.

En la causa, ocho organizaciones nacionales e internacionales presentaron memoriales *amici curiae*. Antes de resolver, la Corte Suprema convocó a las partes a dos audiencias públicas, realizadas el 1ro. de diciembre de 2004 y el 14 de abril de 2005. El Ministerio de Justicia de la Provincia presentó un informe del que surgió la existencia de un incremento importante en el número de detenidos en espera de juicio en la jurisdicción, agravado –a juicio de la autoridad provincial– por el abuso en la utilización de la prisión preventiva. Reconoció la superpoblación del sistema carcelario, la existencia de personas detenidas en comisarías bonaerenses, que la mayoría de los detenidos son procesados y que los juicios son lentos, y los inconvenientes para solucionar de manera definitiva la situación en el corto plazo en virtud de la profundidad y los alcances de la crisis económica que afectó al Estado Nacional y provincial.

A su vez, la parte actora actualizó los datos referidos a la situación denunciada: en los tres años transcurridos desde la interposición de la acción, el cuadro no sólo no se había solucionado, sino que se agravó. La cantidad de personas privadas de su libertad por la justicia provincial aumentó de 23.264 en noviembre del año 2001, a 30.414 para el mismo mes del año 2004, lo que implicó un incremento del 31% en el término de tres años. Según datos suministrados por el propio servicio penitenciario de la provincia, pese a haberse construido en ese lapso 6810 plazas carcelarias, continuaban detenidas en comisarías 5441 personas a julio del 2004. Con respecto a las condiciones de detención en las cárceles de la provincia, se indicó que, a septiembre de 2004, la distorsión de plazas oscilaba entre las 7700 y las 10.114 de acuerdo con los diversos mecanismos utilizados para medirla. Este dato ponía de relieve que la cantidad de personas alojadas en las dependencias penitenciarias provinciales excedía en más del 30% la capacidad máxima prevista, llegando incluso –según otras mediciones– al 50% de superpoblación.

La presentante señaló que las medidas llevadas a cabo por la provincia no habían tenido como resultado una variación sustancial de la situación. Sostuvo también que, pese a que la autoridad provincial considera que el hacinamiento padecido por los presos obedece a la escasez de espacio –motivo por el cual la solución al problema se reduciría a la

construcción de nuevos lugares de detención— era necesario tomar en cuenta el aumento de la tasa de prisionización provocado por las medidas legislativas, ejecutivas y judiciales provinciales, dispuestas en los últimos seis años: estas medidas constituirían las variables fundamentales del incremento de los niveles de privación de la libertad y de las condiciones en que ésta se cumplen en dependencias policiales y penitenciarias. Entre ellas se encuentran: a) la restricción al máximo los supuestos de libertad durante la sustanciación del proceso, con la consecuente inversión del principio de excepcionalidad de la privación de libertad cautelar, y b) la limitación del acceso a regímenes de ejecución de penas alternativos al encierro carcelario a cada vez más supuestos específicos. “Las decisiones de política criminal en la provincia de Buenos Aires (estuvieron) orientadas a promover, sin que la ilegalidad de las privaciones de la libertad actuara como límite, más privación de libertad tanto en su aspecto cuantitativo como cualitativo, es decir, más presos detenidos por lapsos cada vez más prolongados”. Entre las medidas que dieron lugar a este cuadro se mencionaron las reformas legislativas introducidas en el ordenamiento procesal local por las leyes provinciales 12.405 y 13.183 —que modificaron la regulación en materia de excarcelación—, como también las modificaciones a la legislación bonaerense de ejecución penal mediante la sanción de la ley 13.177. Estas reformas legislativas tuvieron también el efecto de incrementar el número de condenas de prisión o reclusión por más de 3 años: del 20% del total de condenas pronunciadas en 1998, al 31,4% en el año 2003. De todos modos, se recalcó que la situación más grave de aumento de detenidos se vincula con detenciones durante el curso de los respectivos procesos, puesto que la gran mayoría de las personas privadas de la libertad aún no tienen condena firme.

Un año y tres meses después de la emisión del dictamen del Procurador, el 3 de mayo de 2005, la Corte dictó sentencia haciendo lugar a la acción de *habeas corpus* interpuesta por el CELS. El voto mayoritario —conformado por los jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti, Maqueda, Petracchi y Zaffaroni— consideró admisible el recurso y decidió sobre el fondo de la cuestión. La jueza Argibay Molina coincidió en lo fundamental con la mayoría, aunque formuló algunas salvedades en su disidencia parcial. También el juez Fayt disintió parcialmente: hizo lugar al recurso, pero decidió devolver la causa a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires para que ésta resolviera. La disidencia total del juez Boggiano rechazó la queja, por entender que la petición excedía las facultades jurisdiccionales de la Corte. Su voto, no demasiado claro, parece alegar cuestiones de división de poderes (la petición supondría revisar o rediseñar la política carcelaria de la Provincia, y esto le estaría vedado a los jueces<sup>3</sup>), la ausencia de una causa (se trataría de la solicitud de una declaración general y abstracta<sup>4</sup>) y razones de federalismo (se trataría de una materia de índole provincial<sup>5</sup>). Los tres órdenes de razones invocados son distintos, y el voto no logra articular cuál es el determinante.

Sustancialmente, la mayoría de la Corte da por probados los hechos alegados, y considera que la situación presentada constituye una violación a las normas constitucionales y a las normas de instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables. La mayoría hace hincapié en los estándares aplicables al caso, y señala que parte

---

<sup>3</sup> Ver CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, disidencia del Juez Boggiano, consid. 4.

<sup>4</sup> Ver CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, disidencia del Juez Boggiano, consid. 3.

<sup>5</sup> Ver CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, disidencia del Juez Boggiano, consid. 5.

de la situación de superpoblación carcelaria, a su vez causante de la situación de alojamiento de detenidos en espera de ser juzgados en comisarías, se debe a la modificación de las normas relativas a la prisión preventiva y excarcelación y de las normas que disciplinan el régimen penitenciario –por lo que, presumiblemente, esas normas incumplirían con los estándares constitucionales e internacionales relevantes. Afirma además que es especialmente intolerable que menores y enfermos estén detenidos en comisarías. Dado que la situación es fruto de la actividad simultánea de los tres poderes del Estado provincial, la parte resolutive de la sentencia es particularmente compleja:

1) declara que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.

2) dispone que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos.

3) instruye a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

4) ordena al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Ordena también que se informe en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada.

5) dispone que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a la Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia.

6) exhorta a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.

7) encomienda al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo de la que deberán participar la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curie*, sin perjuicio de su integración con otros sectores de la sociedad civil. Se debe informar a la Corte cada sesenta días de los avances logrados.

Hasta aquí mi intento de síntesis. Como dije, no pretendo agotar el contenido de la sentencia, sino centrarme en algunas cuestiones que me parecen particularmente relevantes. Dejo de lado –quizás para otra ocasión– la discusión de algunos otros puntos importantes, que también requerirían un análisis pormenorizado: entre ellos, la consideración por parte de la Corte de un piso legislativo marcado por la legislación dictada por el Congreso Federal para evaluar la legislación local, y la avocación de la Corte sobre el fondo de la cuestión (asunto que provocó la disidencia parcial del juez Fayt)<sup>6</sup>. Paso a presentar los temas que quiero debatir.

2) La legitimación de la organización presentante y el carácter colectivo del remedio: ¿consolidación definitiva de la temática de las acciones colectivas ante la Corte?

La *efectividad* de un recurso judicial está vinculada, entre otros factores, a la adecuación del remedio en tanto instrumento de tutela del derecho afectado –es decir, como herramienta para prevenir, detener, privar de efectos y reparar la afectación al derecho de que se trate. Sin embargo, nuestra herencia procesal carga con ciertos problemas relativos a esa adecuación.

Las acciones judiciales de la tradición procesal civil, penal y de la tradición procesal constitucional vinculada al sistema de control judicial difuso se han desarrollado históricamente a partir de un modelo-tipo de afectaciones o violaciones: las afectaciones de alcance individual, que permiten una reparación individual. Este tipo de acciones responde en gran medida a un modelo de relaciones bilaterales (acreedor/deudor, damnificado/responsable del daño, Estado/imputado, etcétera), en cuya construcción es evidente la influencia del paradigma individualista del derecho decimonónico<sup>7</sup>. Los presupuestos que subyacen a estas acciones son la individualidad del sujeto reclamante, y la divisibilidad del daño, de modo que la legitimación está pautada por el carácter individual de la afectación –o, dicho de otro modo, por la individualidad del interés protegido.

Sin embargo, este modelo de relaciones no agota las posibilidades de afectación de derechos o de bienes jurídicamente relevantes: si la protección de derechos o bienes se limita exclusivamente a las acciones judiciales inspiradas en él, aparecen fallas que es necesario afrontar<sup>8</sup>. Aunque puede encontrarse antecedentes de un tratamiento procesal que

---

<sup>6</sup> Ver, para algunos de estos temas, los trabajos citados en nota 1.

<sup>7</sup> José Reinaldo de Lima Lopes, “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de direito”, en José Eduardo Faria (editor), Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, Malheiros, San Pablo, 1994, pp. 114-138.

<sup>8</sup> Ver, en general, Antônio Vasconcelos Hermann e Benjamin, “A insurreição da aldeia global contra o processo clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”, en Édís Milaré (coordinador), Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 –reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1995, pp. 79-98; Márcio Flávio Mafra Leal, Ações coletivas: história, teoria e prática, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998. He analizado algunas formas de violación de derechos humanos bajo esta óptica en Christian Courtis, “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”, en Víctor Abramovich,

se hace cargo de alguna de estas fallas en ramas del derecho tales como el derecho del trabajo, sectores relativamente novedosas del derecho, como el derecho ambiental y el derecho del consumo, han venido a identificarlas con mayor claridad. Otros fenómenos exteriorizados en las sociedades industriales contemporáneas, como la contratación masiva y la producción masiva de daños por accidentes o defectos provocados por productos elaborados han hecho visibles las limitaciones de un modelo que tiene como eje las relaciones bilaterales entre sujetos. Lo mismo sucede con las medidas que afectan a colectivos de personas situados en la misma condición de vulnerabilidad frente a un servicio o sistema único: es el caso que nos ocupa –es decir, el del sistema penitenciario– y el de las personas internadas en hospitales psiquiátricos y otras instituciones de encierro. El modelo de tutela individual falla, por ejemplo, cuando los bienes a tutelar no son individuales, sino colectivos; también cuando el titular del derecho afectado o su ejercicio involucre necesariamente aspectos colectivos; de igual modo, la exigencia de que el perjuicio o el interés tutelado sea individual limita las posibilidades de tutela frente a actos u omisiones lesivos que tengan alcance colectivo, o que requieran necesariamente un remedio colectivo. En todos estos casos, la tutela efectiva requiere el diseño de acciones judiciales acordes con el titular, el carácter de la afectación o el alcance apropiado del remedio<sup>9</sup>.

Una vez identificados estos problemas, se hace visible su pertinencia para reevaluar la noción de tutela efectiva de derechos fundamentales. En efecto, las situaciones típicas en las que el tradicional modelo de acción judicial –que supone que el carácter individual del titular, del bien y del remedio– es insuficiente, también se verifican en casos de violación a los derechos humanos o, como dice el art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención. Es interesante remarcar que los derechos potencialmente afectados no son reducibles a un ninguna tipología tradicional o de “generaciones” de derechos humanos: todo derecho –llámese civil, político, económico, social o cultural– es susceptible de afectaciones colectivas de diverso tipo.

Una de las hipótesis que plantean la necesidad de tutela judicial colectiva son los casos de *afectaciones colectivas a derechos individuales que requieren un remedio colectivo*. Este supuesto se caracteriza por dos rasgos: primero, un mismo hecho, acto u omisión ilícitos afecta a una pluralidad de individuos; segundo, los remedios individuales resultarían insuficientes y, por ende, la afectación requiere un remedio necesariamente colectivo –o, en términos empleados por la doctrina procesal contemporánea, la *intercomunicabilidad de resultados* de la decisión judicial adoptada. Es decir, los miembros del grupo o clase de los afectados ven menoscabado un derecho individual, pero el remedio para evitar, hacer cesar o reparar esa afectación supone una medida de alcance colectivo y

---

Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005), Ed. del Puerto, Buenos Aires, en prensa

<sup>9</sup> En términos de la doctrina procesal contemporánea, los “elementos indispensables para la caracterización de una acción colectiva [son] la legitimidad para obrar, el objeto del proceso y la cosa juzgada”. V. Antonio Gidi, “El concepto de acción colectiva”, en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003, p. 15.

no individual –de modo que nadie puede exigir un remedio individual sin que trascienda o afecte a otros en la misma situación<sup>10</sup>.

El modelo procesal clásico falla aquí porque, de habilitarse a individuos a reclamar por la afectación del derecho que les corresponde, el remedio solicitado tendrá efectos –beneficiosos o perjudiciales– *ultra vires*. Dada la particular relación entre los miembros de la clase o grupo afectado –aunque cada uno tiene derechos individuales afectados, el remedio involucra al colectivo entero–, a efectos procesales es posible conceptualizar la situación como de afectación de los derechos del colectivo o grupo, dado que la acción que proponga cualquiera de sus miembros o aquel a quien se invista de la representación del grupo –como una organización de la sociedad civil, el defensor del pueblo o el ministerio público– tendrá, de ser considerada procedente, efectos grupales. Esto significa que, de no establecerse un mecanismo que permita articular, a partir de algún reclamo, un remedio colectivo, el recurso no será adecuado para confrontar la violación, y por ende no será efectivo. El supuesto cobra especial importancia cuando se requiera un remedio para impedir la continuación o la repetición de la violación.

¿Qué tipo de situaciones requieren remedios necesariamente colectivos? A guisa de ejemplo, mencionaré dos criterios útiles para identificarlas: la *indivisibilidad del remedio*, y las *razones de escala*.

Por *indivisibilidad del remedio* me refiero a aquellas medidas que, por no permitir su distribución en partes, beneficia colectivamente a un grupo. Por ejemplo, la clausura de un pabellón carcelario, la habilitación de un servicio médico, la construcción de rampas de acceso para personas con discapacidad motora a un edificio, el retiro de un producto del mercado, la interrupción de la realización de una obra, etcétera.

Por *razones de escala* entiendo la conveniencia, por motivos de planificación y costo, de adoptar una medida de alcance colectivo para remediar la afectación denunciada. En otras palabras, puede decirse que existen razones de escala cuando la solución individual de la afectación resulta inviable por su alto costo o por generar excepciones *ad hoc* a un régimen que requiere una disciplina o planificación colectiva. Son ejemplos de este supuesto la necesidad de puesta en marcha o de modificación de un servicio público, sistema, plan, programa o proceso destinado a un colectivo o grupo de destinatarios:

---

<sup>10</sup> El supuesto coincide en gran medida con el descrito en el apartado b) (2) de la Regla Federal 23 de los Estados Unidos de América, reglamentaria de las acciones de clase o de grupo (*class actions*): “Una acción puede ejercitarse como acción colectiva si (...): (2) la parte que se oponga al grupo ha actuado o se ha rehusado a actuar de una manera uniforme con respecto al grupo, resultando apropiada una sentencia inhibitoria o declarativa respecto al grupo entendido como una unidad”. Ver comentario de Antonio Gidi, “Las acciones colectivas en Estados Unidos”, en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada, Porrúa, México, 2003, p. 14; Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell, “El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América”, en Justicia 94, N° 1 (1994), Barcelona, pp. 88-90. Sobre las acciones de clase en el derecho estadounidense, puede verse Stephen C. Yeazell, “Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action”, 77 Columbia Law Review 866 (1977); “From Group Litigation to Class Action. Part I: the Industrialization of Group Litigation” 27 UCLA Law Review 514 (1980) y “From Group Litigation to Class Action. Part II: Interest, Class and Representation”, 27 UCLA Law Review 1067 (1980).

servicios médicos, servicios educativos, servicios de transporte, servicios de transporte, servicios policiales, servicio penitenciario, procesos electorales, etcétera.

Hasta aquí he señalado criterios que pueden justificar la *procedencia* de una acción colectiva. Es necesario, sin embargo, distinguir ese problema de uno distinto, que es el de la *legitimación* para plantear una acción colectiva. Una cosa es justificar la viabilidad de una acción colectiva; cosa distinta es justificar quién puede o debe plantearla. Mientras en el primer caso, la justificación versa sobre la relación entre el tipo de bien o interés tutelado, el carácter de su afectación y el remedio necesario para repararla, en el segundo caso, se trata de la relación entre la afectación y quien la articule ante los tribunales. Dado que –por definición– el planteo de una acción colectiva supone un reclamo por una afectación que excede lo individual, la relación entre afectación y legitimado es una relación de *representación* –sea del bien colectivo, que no tiene titular individual, sea del derecho o interés del grupo, sea del derecho o interés individual de los otros miembros del colectivo afectado. El problema ha recibido en distintos ordenamientos jurídicos respuestas distintas: en algunos ordenamientos, quien representa al bien o al grupo es un funcionario público – como el Defensor del Pueblo (es el caso de varios países centroamericanos) o el Ministerio Público (es el caso brasileño)–; en otros es una asociación con alguna calificación especial (es el caso de muchas leyes de defensa del consumidor); en otros, es un miembro del grupo que se auto-instituye como representante (es el caso de las *class actions* estadounidenses); en otros, es cualquier habitante o ciudadano (es el caso de la acción popular colombiana).

En la Argentina, la temática de las acciones y remedios colectivos se instaló con la incorporación del amparo colectivo al art. 43 de la Constitución nacional, en la reforma de 1994. Lo particular de la evolución jurisprudencial en esta materia es que se ha producido a partir de la interpretación directa de la cláusula constitucional, sin que medie reglamentación legal. Esto ha traído ventajas –entre, ellas, la relativa flexibilidad con la que los tribunales han tratado los reclamos colectivos– y desventajas –entre ellas, la falta de criterios uniformes para decidir los casos planteados. Las desventajas se deben en gran medida al hecho de que la cláusula constitucional define únicamente la materia susceptible de tutela colectiva –discriminación, derecho al medio ambiente, derechos de usuarios y consumidores, defensa de la competencia y “derechos de incidencia colectiva en general”– y los legitimados para interponer acciones colectivas –el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa del derecho bajo tutela. Dado lo escueto de la cláusula y la relativa novedad de la temática de las acciones colectivas, han surgido dificultades interpretativas relacionadas con el sentido del término “afectado”, y con la extensión de la expresión “derechos de incidencia colectiva en general” –que es el que abre a otros casos no explicitados la procedencia de acciones colectivas. Otros inconvenientes se relacionan con la falta de determinación de criterios para resolver la prevalencia de acciones individuales o colectivas cuando haya en juego tanto intereses individuales como colectivos, y la falta de determinación de los efectos de la sentencia de amparo colectivo – en especial, la posible excepción al principio de relatividad de la sentencia.

Pese a estas dificultades, la jurisprudencia nacional ha avanzado en la cuestión. Varios casos importantes se refieren a afectaciones al derecho a la salud. En el *caso*

*Viceconte*<sup>11</sup>, la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contenciosoadministrativo Federal hizo lugar a una acción de amparo colectivo interpuesta por una vecina de la localidad de Azul. El tribunal consideró que la interrupción de la fabricación de una vacuna contra una enfermedad endémica y epidémica, para cuya producción el Estado había dedicado recursos y fijado un cronograma, violaba el derecho a la salud del grupo potencialmente afectado por la enfermedad –la fiebre hemorrágica argentina, que tiene incidencia sobre un área donde viven unas tres millones y medio de personas. No era inconcebible que la actora reclamara la vacuna para ella misma –el caso hubiera involucrado la discusión sobre el alcance del derecho individual a la salud. Pero no fue ese el planteo efectuado: la discusión se dirigió no a la entrega individual de dosis de la vacuna, sino al prerequisite para esa entrega individual, que es el aseguramiento de la producción de la vacuna para la población en riesgo. La razón para el tratamiento colectivo de la cuestión la constituyen las necesidades de escala en la producción de la vacuna, que necesariamente se elabora para una población destinataria plural, y no en forma individual. La orden judicial que emana de la acción de amparo es la de asegurar la producción de la vacuna para todo el grupo afectado, y no sólo para la actora –se produce intercomunicabilidad de resultados a todo el resto del grupo a clase.

La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de resolver varios casos con algunas similitudes. En el *caso Asociación Benghalensis*<sup>12</sup>, la Corte rechazó el recurso extraordinario presentado por el Estado y confirmó la sentencia de Cámara que hacía lugar a una acción de amparo colectivo llevada a cabo por una serie de organizaciones no gubernamentales para obligar al Estado a cumplir con la provisión de medicamentos destinados a tratar el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida mandada por la ley 23.798. A diferencia de muchos otros casos en los que un actor individual reclama la provisión de medicamentos para satisfacer su derecho a la atención médica, en *Asociación Benghalensis* un grupo de organizaciones no gubernamentales denunciaron el incumplimiento del Estado de la ley que pone a su cargo la responsabilidad de proveer medicamentos relativos al tratamiento del VIH/SIDA en los centros de salud de todo el país. El amparo reclamaba el cumplimiento de lo establecido por la ley por parte de la Administración. La mayoría de la Corte adhirió a los fundamentos del Procurador General de la Nación que, ante el planteo de falta de legitimación de los actores que hace el Estado, afirma que el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución concede legitimación para interponer acciones de amparo a personas diferentes del afectado individual, entre ellas a asociaciones, señalando:

*“Así lo pienso, toda vez que fundan su legitimación para accionar, no sólo en el interés difuso en que se cumplan la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud, cuyo contenido es la prevención, asistencia y rehabilitación de los enfermos que padecen el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y sus patologías derivadas, además*

---

<sup>11</sup> CNac. en lo Contenciosoadministrativo Fed., Sala IV, *Viceconte, Mariela c/Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986*, de 2 de junio de 1998.

<sup>12</sup> CSJN, *Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social –Estado Nacional s/amparo ley 16.986*, dictamen del Procurador General de la Nación de la Nación del 22 de febrero de 1999, decisión de la Corte del 1 de junio de 2000.

*del derecho que les asiste para accionar para el cumplimiento de una de las finalidades de su creación que, en el caso, es la de luchar contra el SIDA”<sup>13</sup>.*

Como se ve, el Procurador confunde las cuestiones de la procedencia de la acción colectiva y la de la legitimación. Más allá de los términos empleados, está claro que el sentido del fallo es asignarle a la asociación calidad de representante de la clase o grupo de personas afectadas de VIH/SIDA, para reclamar por la totalidad del incumplimiento de la obligación estatal –y no por el efecto de ese incumplimiento sobre algunos individuos. Las razones de escala son similares a las del caso *Viceconte*: el cumplimiento de la entrega en casos individuales está supeditado al cumplimiento total de la obligación –de lo contrario, no habrá dosis individuales de medicación que puedan ser entregadas para satisfacer el derecho individual a recibir tratamiento. Los beneficiarios del remedio judicial son *todos los miembros de la clase* que requieran tratamiento, es decir, el resultado de la orden judicial se intercomunica al grupo entero. La Corte confirmó esta línea de interpretación en un segundo caso, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta*<sup>14</sup>, en el que una asociación pedía la anulación de una Resolución del Ministerio de Salud que modificaba el Programa Médico Obligatorio aplicable a las entidades participantes en el sistema del seguro de salud, reduciendo la cobertura correspondiente a esa enfermedad. El remedio se extendió a todos los beneficiarios del Programa Médico Obligatorio que padeciesen de esclerosis múltiple.

El primer caso colectivo vinculado con cuestiones penitenciarias resuelto por la Corte fue *Mignone*<sup>15</sup>. El caso involucraba la discusión de los derechos electorales de los detenidos sin condena. A través de una acción de amparo colectivo, una organización no gubernamental demandó la declaración de inconstitucionalidad de una norma del código electoral que prohibía votar a las personas detenidas sin condena (es decir, una población de varios miles de personas). El argumento central empleado fue que las razones por las cuales el Estado puede excluir el derecho de voto están limitadas a las taxativamente establecidas en el art. 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, que no incluyen la detención preventiva.

Sintéticamente, la Corte acogió el amparo, declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada y dispuso que el Estado tenía la obligación de implementar medidas para garantizar el derecho a votar de las personas detenidas en el servicio penitenciario federal, emplazando al Estado nacional a adoptar en un término de seis meses “las medidas conducentes a que los detenidos sin condena puedan votar”.

En lo que interesa al argumento que venimos desarrollando aquí, el remedio requerido –la declaración de inconstitucionalidad de la norma, y la correlativa adopción de medidas para garantizar el voto de los detenidos sin condena– supone la reorganización del proceso electoral a efectos de incluir una clase o grupo entero anteriormente excluido. Si bien no serían impensables acciones individuales que exigieran el reestablecimiento del

---

<sup>13</sup> CSJN, *Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social –Estado Nacional s/amparo ley 16.986*, Dictamen del Procurador General de la Nación, consid. VIII.

<sup>14</sup> CSJN, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud –Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar*, del 18 de diciembre de 2003.

<sup>15</sup> CSJN, *Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo*, del 9 de abril de 2002.

derecho de voto sólo para quien reclame, parece evidente que razones de escala hacen conveniente un tratamiento conjunto y uniforme que involucre a la clase entera, y no respuestas aisladas y potencialmente contradictorias. El remedio adecuado es, por ende, necesariamente colectivo<sup>16</sup>.

*Verbitsky* se sitúa en esta misma línea. Veamos cómo juegan en los dos problemas que he planteado. En cuanto a la *procedencia* de la acción colectiva –calificado por la presentante como “*habeas corpus* correctivo de alcance colectivo”, la actora aborda explícitamente su justificación desde su primera presentación –entre otras cuestiones, para fundar la competencia de la Cámara de Casación Penal ante la cual se efectuó originariamente el planteo.

La justificación de la elección de una acción colectiva se fundó en la naturaleza general y sistémica del problema –esto es, en la necesidad de un remedio colectivo integral, que tomara en consideración la situación de la clase o grupo entero<sup>17</sup>. La preferencia de una acción colectiva por sobre las acciones individuales se sustenta en la insuficiencia de los remedios individuales: al interponer *habeas corpus* individuales, las personas detenidas eran trasladadas de una comisaría a otra, sin solucionarse el problema de superpoblación. Lo mismo ocurría con los *habeas corpus* colectivos de alcance limitado a un determinado departamento judicial o administrativo. La justificación de la actora parece involucrar tanto razones de *indivisibilidad del remedio* –el único remedio viable es el colectivo: los individuales no solucionan el problema– como razones de *escala* –la solución requiere una planificación colectiva y unitaria. El argumento de invocación del artículo 43, segundo párrafo es, entonces: *se trata de un derecho de incidencia colectiva en el sentido de tratarse de una situación colectiva de derechos individuales afectados cuya tutela requiere necesariamente un remedio colectivo.*

En cuanto a la legitimación, la actora invoca simplemente el párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución, y señala que es una asociación cuyo objeto es la protección de los derechos humanos. Al tratarse de una violación colectiva de derechos humanos, la norma del art. 43 párrafo segundo –aplicada por analogía al *habeas corpus*– le otorgaría legitimación para la presentación de acciones de tutela inmediata.

El planteo fue rechazado –ignorado, para ser más preciso– tanto por la Cámara de Casación Penal como por la Suprema Corte provinciales.

Lo interesante del caso es que, para fundar la procedencia del recurso extraordinario y de la posterior queja –particularmente en relación con el carácter definitivo de la decisión impugnada– la cuestión del tratamiento unitario y colectivo de la violación planteada cobra un peso determinante. En efecto, ante la afirmación de la Suprema Corte provincial de que

---

<sup>16</sup> El voto concurrente del juez Bossert efectúa algunas consideraciones suplementarias sobre los aspectos colectivos del derecho al voto, justificando el carácter colectivo de la acción en el alcance de la afectación que produce la norma, “que tiene repercusiones sobre un grupo de ciudadanos que se hallan en idéntica situación y que habrían sido excluidos del efectivo ejercicio de la soberanía popular sobre el que se asienta el sufragio”. Cfr. CSJN, *Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo*, voto concurrente del juez Bossert, consid. 18. Ver también sus consid. 16, 19, 20 y 21.

<sup>17</sup> Ver, al respecto, el apartado 4 de este trabajo.

la cuestión no cierra la posibilidad de tratamiento individual de los alegadas afectaciones ante los jueces de cada una de las causas involucradas, el CELS alega que ese rechazo constituye sentencia definitiva en el sentido de impedir el tratamiento colectivo de la violación. Además, alega que ese rechazo causa un agravio constitucional, ya que afecta el derecho de la presentante a accionar en defensa de derechos e intereses colectivos, contemplada en el artículo 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional. El Procurador General dictaminó a favor de la procedencia de la queja por considerar que la imposibilidad de discutir el conflicto colectivo importaba una vulneración del derecho de accionar colectivamente<sup>18</sup>.

La mayoría de la Corte –y, sobre este punto, también las disidencias parciales de los jueces Argibay y Fayt– concedió la razón a la actora. La Corte afirmó:

*“Que es menester introducimos en la cuestión mediante el estudio de la cláusula constitucional en crisis, a fin de especificar el alcance de lo allí dispuesto, esto es, si sólo se le reconoce al amparo strictu sensu la aptitud procesal suficiente para obtener una protección judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva, o si, por el contrario, se admite la posibilidad de hacerlo mediante la acción promovida en el sub judice”.*

*“Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla”.*

*“Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros)”<sup>19</sup>.*

Como puede verse, la mayoría de la Corte no aborda realmente el problema, y de hecho argumenta sobre una cuestión distinta –sí, por analogía, puede extenderse la legitimación y la afectación de derechos de incidencia colectiva como requisito para interponer el amparo

---

<sup>18</sup> Ver CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, Dictamen del Procurador General de la Nación, del 9 de febrero de 2004, considerando IV. El Procurador afirma que “reconocer a la actora legitimación para representar a los individuos de un colectivo, pero ordenar que el ejercicio de esa representación tenga lugar de manera individual y separada ante cada uno de los jueces a cuya disposición se hallan detenidos, equivale a desvirtuar la previsión constitucional de una acción grupal o colectiva como medio más idóneo para la solución de la controversia en el caso de los derechos de incidencia colectiva”.

<sup>19</sup> Ver CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, voto de la mayoría de la Corte, considerandos 15, 16 y 17. En el mismo sentido, disidencia parcial del juez Fayt, considerandos 14, 15 y 16, y disidencia parcial de la jueza Argibay, primer párrafo, que adhiere –entre otros– a los considerandos 15, 16 y 17 de la mayoría.

colectivo al *habeas corpus*. Para responder esto, había que responder antes que se trataba de una cuestión de afectación de derechos de incidencia colectiva –por requerirse necesariamente un remedio colectivo para dar solución a la violación– y que la actora estaba legitimada para presentar un amparo colectivo en el caso<sup>20</sup>. La Corte elide las premisas: evita dar razones que justifiquen la necesidad de tramitar colectivamente la acción, y contesta otra cuestión –sobre la que en realidad, no existía agravio... En todo caso, parece que la Corte aceptara implícitamente los argumentos de la presentante. Lo mismo sucede con la legitimación de la actora –hubiera sido fácil citar, en este caso, los precedentes de *Asociación Benghalensis*, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta* y el propio *Mignone*<sup>21</sup>. La importancia del tema hubiera requerido un tratamiento más prolijo. En el considerando siguiente el tribunal cita un precedente que no tiene ninguna relación ni con la cuestión.

En fin, la importancia del caso en relación con la cuestión de la legitimación y del carácter colectivo de la acción yace más bien en el hecho de su aceptación, más que en las (muy escasas) razones dadas para justificarla. Más allá del importante paso dado, la Corte ha quedado en deuda en materia argumentativa: aún falta una teoría jurisprudencial consistente que permita evaluar la procedencia de acciones colectivas. En cuanto a la legitimación, la aplicación de la cláusula del art. 43 segundo párrafo ha sido relativamente mecánica: parecería que basta con ser una asociación con fines relacionados con la protección de los derechos en juego para ser aceptada como legitimada en casos en los que se alegue afectación de derechos de incidencia colectiva. Cabe preguntarse, sin embargo, si las cosas son tan sencillas. ¿Qué pasaría en caso de múltiples presentantes? ¿Se legitimará al primero en el tiempo, o existen otros criterios para determinar un mejor derecho de representación del grupo? ¿O debería acumularse todas las presentaciones que traten sobre la misma situación y consolidarse un litisconsorcio activo? ¿Qué pasaría en caso de reclamos contradictorios? ¿Qué pasaría en caso de concurrencia de casos individuales y casos colectivos? Todavía existen pocas certezas sobre estas preguntas.

---

<sup>20</sup> Cabría decir que el problema de la analogía entre amparo colectivo y *habeas corpus* en materia de legitimación es menor, porque la legitimación para interponer el *habeas corpus* en el régimen legal vigente es más amplia que la legitimación para el amparo colectivo: cualquiera puede interponer un *habeas corpus* a favor de un detenido. Cfr. Ley 23.098, art. 5: “La denuncia de hábeas corpus podrá ser interpuesta por la persona que afirme encontrarse en las condiciones previstas por los artículos 3 y 4 o por cualquier otra en su favor” (el énfasis es mío).

<sup>21</sup> El juez Fayt, en su disidencia parcial, remite en relación a la legitimación al precedente de Fallos 352:524, es decir, a *Mignone*. Fayt afirma que “(...) de acuerdo a lo decidido por la mayoría de esta Corte en Fallos: 325:524, corresponde dar curso a la acción de *habeas corpus* colectivo, solución para la que este Tribunal no encontró obstáculo en aquella oportunidad no obstante que, si se quiere, el derecho allí lesionado no comprometía –como ocurre en el caso– la vida misma de los afectados”. Aunque, a diferencia del voto de la mayoría, la disidencia parcial atina a relacionar *Mignone* y *Verbitsky*, de todos modos no logra articular la razón que justifique un tratamiento colectivo, en lugar de múltiples tratamientos individuales. La razón dada – que se trata en este caso del derecho a la vida y en el otro no– es irrelevante: casos de afectación del derecho a la vida pueden requerir perfectamente un tratamiento individual, y casos que no afecten el derecho a la vida – como *Mignone*, donde lo afectado era el derecho al voto– pueden requerir un tratamiento colectivo. Ver disidencia parcial del juez Fayt, cit., consid 15.

3) La invocación de estándares internacionales de derechos humanos como criterio decisorio: ¿criterio vinculante o mera cita ornamental?

Un segundo tema que me interesa tratar es el de la profusión de citas de estándares del derecho internacional de los derechos humanos –y aún de precedentes extranjeros– que efectúa el fallo. Trataré primero de desentrañar y ordenar algunas de estas citas, para después analizar sus (posibles) sentidos.

Uno de los rasgos que más llama la atención en la estructura del fallo es que una gran parte de los considerandos abunda en menciones al derecho internacional de los derechos humanos. El carácter de las citas no es homogéneo: la larga lista está compuesta por instrumentos, documentos y decisiones de muy variado origen. Veamos algunos de ellos:

-Referencias directas al texto de tratados y declaraciones internacionales con jerarquía constitucional: así, la sentencia cita, en relación con el derecho al tratamiento humano y al respeto a la dignidad de las personas privadas de libertad, los arts. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.2 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 28, 39 y 48); presumiblemente, los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establecen la función resocializadora de la pena –cita del art. 75 inc 22 (consid. 34); la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes (consid. 50).

-Referencias a un tratado internacional ratificado por la Argentina pero que no cuenta con jerarquía constitucional, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Cruelles Inhumanos y Degradantes (consid. 50).

-Referencias a normas de *soft law* (derecho-modelo o derecho interpretativo no obligatorio): entre ellas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de 1955 (consids. 39 y 48 y punto resolutivo 2); los Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos de 1990 (consid. 48); el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión de 1988 (consid. 48); las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad de 1990 (consid. 49) y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) de 1985 (consid. 49); la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1975 (consid. 50).

-Referencias a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el caso *Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay*, conocido como “Panchito López”, de 2 de septiembre de 2004, en relación con los arts. 5 (tratamiento de las personas privadas de libertad) y 7.5 (prisión preventiva) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consids. 43, 44, 45 y 47).

-Referencias a una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Opinión Consultiva OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de 28 de agosto de 2002), que a su vez se refiere al art. 19 de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, y a la Convención sobre los Derechos del Niño y al Protocolo de San Salvador (consid. 46).

-Referencias a Observaciones Generales de un órganos de supervisión de un pacto internacional con jerarquía constitucional: las Observaciones Nros. 7, 9, 20 y 21 del Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (consid. 50)

-Referencias a Observaciones Finales a los informes estatales del gobierno argentino formuladas por órganos de supervisión de pacto internacional con jerarquía constitucional: las observaciones finales del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes al cuarto informe argentino (presentado en 2002) (consid. 50) y las del Comité de los Derechos del Niño al segundo informe argentino (presentado en 1999) (consid. 51).

La Corte cita además:

-Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos: los fallos *Peers c. Grecia*, de 19 de abril de 2001; *Price v. Reino Unido*, de 10 de julio de 2001; y *Kalashnikov c. Rusia*, de 15 de julio de 2002) (consid. 52).

-Sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos: fallos *Wolff c. McDonnell*, *Bell c. Wolfish*, *Rhodes c. Chapman*, *Hutto c. Finney*, *Wilson c. Seiter*, que interpretan la VIII enmienda de la Constitución estadounidense (prohibición de penas crueles y desacostumbradas) (consid. 53).

Creo que la pregunta fundamental frente a la extensión de las menciones a instrumentos y documentos internacionales es: ¿cuál es el carácter en el que la Corte trae a colación todo este material? ¿Se trata de otorgarles algún valor normativo, o constituyen simplemente una cita ornamental, que agrega una pátina de ilustración a la sentencia, como lo haría la referencia a un fragmento de Borges, de Shakespeare o de Kant?

Tengo la sospecha de que la respuesta correcta es la primera, aunque el voto de la mayoría no explique demasiado los eslabones de su argumentación. Mirada bajo su mejor luz, semejante catarata de menciones parecería significar que la Corte se está tomando en serio la jerarquía constitucional y supralegal de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y que cuando deba enfrentar una situación de hecho en la que son aplicables simultáneamente normas constitucionales, normas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y normas de otros tratados internacionales, el tribunal tendrá en vista todos los estándares en juego e intentará armonizarlos. Me parece posible interpretar el esfuerzo de identificar y citar instrumentos y opiniones de todo tipo aplicables al caso en cuestión, como una búsqueda de sustento más sólido del fuerte activismo manifestado en la decisión. Si esto es así, tal vez signifique que, para la Corte, la interpretación de cláusulas constitucionales de conformidad con los estándares que surgen de instrumentos internacionales y de otros documentos derivados de ellos constituye un factor de justificación suplementario de su proceder.

Obviaré aquí el detalle de algunas inexactitudes y desprolijidades en las citas de instrumentos y documentos internacionales que hace la Corte. Bastaría con decir que el conjunto citado padece de cierto desorden, y que la yuxtaposición piezas de origen tan variado no ayuda demasiado a entender qué valor concede el tribunal a unas y a otras. En todo caso, tal vez sea posible reconducir las profusión de citas a algunos principios básicos. Una clave para dar cierta unidad a las menciones podría darla el empleo que hace la Corte de la expresión “estándares internacionales”, en los considerandos 57 y 58 –en materia de prisión preventiva– y 60 y 61 –en materia de regulaciones penitenciarias. Después de volcar sin demasiada elaboración el aluvión de citas a instrumentos y documentos de origen internacional, la Corte parece sintetizar lo dicho antes, y hace referencia en esos considerandos a la incompatibilidad de la legislación bonaerense en materia de prisión preventiva y de ejecución penitenciaria con los “estándares internacionales”. Me parece que razonable interpretar que los “estándares internacionales” a los que se refiere la Corte son los explayados en sus considerandos previos –de modo que esta expresión sintetiza, respectivamente, lo citado antes en materia de prisión preventiva y de ejecución penitenciaria.

Quisiera ensayar, entonces, un intento de reconstrucción de lo que creo es el argumento implícito en las menciones al derecho internacional del voto de la mayoría del tribunal. La construcción requeriría acudir a algunos precedentes de la Corte no mencionados en el caso, pero que pueden dar sentido a la actitud de acumular tantas menciones de origen internacional. Me parece que el argumento puede ser ordenado del siguiente modo:

- a) Las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos –tanto los de jerarquía constitucional como los de jerarquía supralegal– forman parte del derecho interno, y son directamente aplicables por los jueces locales<sup>22</sup>. En el caso, la Corte cita cláusulas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura e, indirectamente, de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador.
- b) Cuando los tratados internacionales versen sobre materias contenidas en la parte dogmática de la Constitución –en materia de derechos constitucionales o fundamentales, por ejemplo–, los jueces locales deben armonizar la interpretación de las cláusulas del texto constitucional con el de los tratados internacionales aplicables. Esto puede suponer la ampliación del contenido de un derecho de origen constitucional, dado que en los tratados internacionales hay ejemplos de regulación más detallada, más completa o más protectora de los mismos derechos que en el texto constitucional.

---

<sup>22</sup> Esta premisa tiene un aspecto suplementario, que la Corte sí hace explícito: de violar lo establecido por los tratados, amén de incurrir en violaciones constitucionales, el Estado incurre en responsabilidad internacional. Los jueces deben evitar que eso ocurra, y eso los obliga a revisar las posibles violaciones a normas internacionales que se hagan patentes en los casos que les toca resolver. (cfr. argumento del considerando 13, en relación con la procedencia del recurso extraordinario).

- c) La interpretación del alcance de los tratados internacionales requiere acudir a los estándares interpretativos generados en sede internacional<sup>23</sup>.
- d) Los estándares interpretativos de los tratados internacionales tienen, a su vez, varias fuentes. Para interpretar las obligaciones que emanan de un tratado internacional, es necesario acudir a todo el material relevante y eso incluye las diversas fuentes que han dotado de sentido al texto de un tratado.
- e) Entre esas fuentes pueden encontrarse:

e.1) *Instrumentos interpretativos* (instrumentos internacionales de *soft law*) que especifican el contenido de cláusulas insertas en tratados internacionales obligatorios para la Argentina<sup>24</sup>. Entre los instrumentos interpretativos no obligatorios, pero que funcionarían como estándar interpretativo del alcance de cláusulas contenidas en tratados internacionales, que la Corte cita las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, los Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquiera Forma de Detención o Prisión, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), y la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Estos instrumentos son aprobados habitualmente por órganos establecidos por los tratados constitutivos de una organización internacional –como la Asamblea General de Naciones Unidas.

---

<sup>23</sup> Cfr., por ejemplo, la doctrina establecida desde el precedente *Giroldi*: “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22 2º párrafo), [significa] (...) tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cf. Arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2 ley 23.054)”. Cfr. CSJN, *Giroldi*, H. S/recurso de casación, 7 de abril d 1995. Ver comentarios de Martín Abregú, “Introducción”, y de Guillermo R. Moncayo, “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, pp. 20 y 92-95, respectivamente. Los mismos argumentos pueden ser generalizados para los demás tratados sobre derechos humanos en los que se establece la competencia de un órgano específico para interpretarlo y supervisar su cumplimiento.

<sup>24</sup> Ver Alan E. Boyle, “Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Octubre 1999, pp. 901-913; Anthony D’Amato, “Soft Law”, en Anthony D’Amato y Kirsten Engel (eds.), *International Environmental Law Anthology*, Anderson Publishing, Cincinnati, Ohio, 1995, Cap. 5, pp. 55-60 (<http://anthonydamato.law.northwestern.edu/IELA/Intech05-2001-edited.pdf>); Hartmut Hillgenberg, “A fresh look at Soft Law”, *European Journal of International Law* No. 3, (1999), pp. 499-515; Michael Reisman, “The Concept and Functions of Soft Law in International Law”, in Emmanuel G. Bello and Bola A. Ajibola (eds.), *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, Vol. I., pp. 135-144.

e.2) *Interpretaciones de carácter general* formuladas por órganos creados por tratados internacionales de derechos humanos. En el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el ejemplo más relevante es el de las Observaciones Generales o Comentarios Generales elaborados por los respectivos Comités de supervisión de los tratados de derechos humanos de ese sistema. La Corte cita, a este respecto, las Observaciones Nros. 7, 9, 20 y 21 del Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el Sistema Interamericano, un ejemplo de este supuesto es el de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte cita, a este respecto, la Opinión Consultiva OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

e.3) *Recomendaciones u observaciones finales*, efectuadas por los Comités de supervisión de los tratados del Sistema Universal en el ejercicio de su función de evaluación de los Informes periódicos que los Estados parte están obligados a presentar. Uno podría distinguir dos niveles distintos de remisión al contenido de las recomendaciones u observaciones finales: primero, recomendaciones u observaciones finales referidas a un informe periódico presentado por la Argentina. Es este caso, las recomendaciones u observaciones finales constituyen la evaluación de una situación fáctica o normativa directamente concerniente a nuestro país. Segundo, recomendaciones u observaciones finales efectuadas por un Comité ante el Informe de un país diverso. En el primer caso, si las recomendaciones se refieren a la situación bajo análisis, revelan en forma directa la opinión del órgano internacional sobre esa situación. En el segundo caso, para invocar una recomendación u observación final dirigida a un informe de otro Estado parte, es necesario demostrar que existe analogía entre la situación evaluada por el Comité y la situación frente a la que se pretende hacer valer la recomendación u observación. En *Verbitsky*, la Corte cita dos ejemplos del primer caso: las observaciones finales del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes al cuarto Informe periódico, y las del Comité de los Derechos del Niño al segundo Informe periódico presentados, respectivamente, por el Estado argentino ante ambos Comités<sup>25</sup>.

e.4) *Jurisprudencia* emanada de órganos internacionales, en ejercicio de funciones contenciosas. Es decir, la aplicación de las cláusulas de un tratado internacional a una situación de hecho concreta. Queda claro que este es el sentido de la cita de

---

<sup>25</sup> En algunos casos anteriores, la Corte ha citado Recomendaciones u Observaciones Finales efectuadas por Comités ante el Informe de Estados parte distintos de la Argentina. Ver, por ejemplo, *Campodónico de Beviacqua*, donde se menciona las Recomendaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante un informe periódico suizo. En el caso, la Corte consideró aplicable a la Argentina una recomendación referida al carácter federal de la estructura política de Suiza. Cfr. CSJN, *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, 24 de octubre de 2000, consid. 19. En el caso *Aquino*, además de citar recomendaciones finales hechas al Informe presentado por la Argentina, se refirió también a las Recomendaciones Finales hechas al tercer informe periódico de Polonia, relativas a la relación entre incumplimiento de leyes laborales y aumento de la tasa de accidentes de trabajo. Cfr. CSJN, *Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688*, 21 de septiembre de 2004, consid. 8.

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Puede considerarse equivalente la cita a decisiones de los Comités del Sistema Universal habilitados para recibir peticiones individuales –es el caso del Comité de Derechos Humanos, del Comité contra la Tortura, del Comité contra la Discriminación Racial y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. La misma lógica debería incluir, también, a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, realizadas a partir de la tramitación de casos individuales –aunque, sobre este punto, la experiencia de la Corte ha sido completamente errática<sup>26</sup>. En este sentido, la Corte cita una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso *Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay*.

e.5) Cuando se trata de *sentencias de tribunales de sistemas de los que la Argentina no hace parte*, como las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, el sentido que puede tener tal cita es el de la existencia de una importante semejanza de la cláusula interpretada por el tribunal de marras, y la cláusula de un tratado internacional obligatorio –o del texto constitucional– aplicable al caso. Es decir, su peso interpretativo es indirecto, y viene dado por la analogía entre la cláusula interpretada y la aplicable al caso. La Corte cita aquí tres casos de la Corte Europea de Derechos Humanos, los casos *Peers c. Grecia*, *Price v. Reino Unido* y *Kalashnikov c. Rusia*. En estos casos estaban en juego violaciones al art. 3 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, referido la prohibición de tortura y de tratos y castigos inhumanos o degradantes. La analogía puede valer en relación a los artículos 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1 de la Convención contra la Tortura, de los que Argentina sí es parte, y que cuentan con jerarquía constitucional.

e.6) Fuera ya de los materiales provenientes del derecho internacional, las citas de *jurisprudencia extranjera* –como las referencias a las sentencias de la Corte Suprema estadounidense, o al Tribunal Constitucional español o alemán– tienen sentido en la medida en que la cláusula que ellas interpretan tenga –del mismo modo que en el apartado anterior– una semejanza importante con la cláusula constitucional o la cláusula de un tratado de derechos humanos obligatorio aplicable por nuestros tribunales. La ya clásica costumbre de citar precedentes de la Corte Suprema estadounidense se explica por el hecho de que la Constitución estadounidense ha constituido la principal fuente de inspiración del texto constitucional de 1853/1860. Para el tema que nos interesa, la jurisprudencia extranjera puede constituir una guía indirecta cuando las cláusulas de derechos constitucionales o fundamentales interpretadas tengan una importante semejanza con cláusulas del texto constitucional argentino, o con cláusulas de instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional o supralegal. En el caso comentado, la Corte cita las sentencias *Wolff c. McDonnell*, *Bell c. Wolfish*,

---

<sup>26</sup> Ver Leonardo G. Filippini, “Los informes finales de la Comisión Interamericana en la Corte Suprema Argentina”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005), Ed. del Puerto, Buenos Aires, en prensa.

*Rhodes c. Chapman, Hutto c. Finney, Wilson c. Seiter* de la Corte Suprema estadounidense, que interpretan la VIII enmienda de la Constitución estadounidense (prohibición de penas o castigos crueles y desacostumbrados). La analogía se justificaría porque la cláusula estadounidense tiene una lejana semejanza con segmentos del artículo 18 de nuestra Constitución<sup>27</sup>, y una semejanza más cercana con los artículos 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1 de la Convención contra la Tortura, de los que Argentina sí es parte, y que cuentan con jerarquía constitucional.

Dicho esto, que al menos tiene la pretensión de reordenar el bosque de referencias internacionales hechas por la Corte, habría que señalar que la sola cita de unos y otros documentos no equivale a la tarea de elaborar un estándar inteligible a partir de esos materiales. Esto requeriría un esfuerzo de síntesis suplementario –operación que la Corte no ha efectuado cabalmente en este caso. La necesidad de armonización y síntesis de materiales de origen internacional en cada caso impone una tarea intelectual exigente, y requiere tener en vista los documentos relevantes, y no una selección caprichosa de alguno o algunos. Cabe además señalar que, cuando el material empleado presenta tensiones o incoherencias –entre sí, o con las cláusulas constitucionales en juego– el tribunal debe llevar a cabo una tarea de articulación de ese material, que necesariamente requerirá privilegiar alguno sobre otro. En este sentido, cabe señalar que, de acuerdo al propio régimen de interpretación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos –a partir del denominado principio *pro homine* o *pro hominis*–, el tribunal debe privilegiar, entre las soluciones posibles, la más favorable a la persona humana<sup>28</sup>.

Para concluir esta sección, sólo quiero mencionar un ejemplo de aplicación insuficientemente fundada de la Corte de los instrumentos internacionales que cita. La Corte considera que “las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas –si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal– se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad”<sup>29</sup>. Esta conclusión se reitera en el considerando 48 y en el punto resolutivo 2. Pues bien, la Corte jamás explica esta conclusión. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas datan de 1955, y son el instrumento más antiguo de los citados: varios de los documentos de *soft law* de elaboración posterior (como el “Conjunto de Principios para

---

<sup>27</sup> En lo que aquí interesa, la Enmienda VIII de la Constitución estadounidense establece que no se infligirá “penas [o bien “castigos”] crueles y desacostumbradas” (“*nor cruel and unusual punishments inflicted*”). La cláusula tiene un lejano parentesco con la prohibición del tormento y los azotes, y con el mandato de que las cárceles sean “sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas” del art. 18 de la Constitución argentina. La (prácticamente ignorada) responsabilidad de los jueces que autoricen “toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificar” a los detenidos en cárceles más allá de lo que la seguridad exija podría ser entendida como un estándar más específico de la noción de “castigo cruel”.

<sup>28</sup> Ver, al respecto, Susana Albanese, “La primacía de la cláusula más favorable a la persona”, en Revista La Ley, Buenos Aires, tomo 1996-C-518; Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997, pp. 163-171.

<sup>29</sup> Ver CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, voto de la mayoría, consid. 39.

la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”) las han complementado y actualizado, y constituyen un estándar más moderno para interpretar las cláusulas concretas de tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional y supralegal. Es difícil saber por qué son los estándares de ese instrumento, y no los de otros más recientes, los que se han incorporado al artículo 18 de la Constitución. La Corte tampoco explica por qué vía se ha producido esa incorporación –el argumento que he ensayado intenta suplir esta carencia. Por supuesto, no pretendo decir con esto que los tribunales argentinos deben ignorar los estándares internacionales: lo que deben hacer es aprender a identificarlos, a comprender su interrelación y jerarquía, y a aplicarlos correctamente.

4) El diseño del remedio ordenado judicialmente: ¿nuevos mecanismos de control de la actividad de los poderes políticos?

Una tercera cuestión que llama la atención en el fallo está dada por la aceptación de la Corte del pedido de la presentante, en el sentido de encomendar al Poder Ejecutivo provincial el establecimiento de una mesa de diálogo de la que participarán la accionante y las organizaciones presentadas como *amicus curie* –sin perjuicio de su integración con otros sectores de la sociedad civil. La Corte ordena además al Gobierno provincial informarle de los avances logrados cada sesenta días<sup>30</sup>.

El fundamento de este novedoso mecanismo aparece en el considerando 26, que paso a transcribir:

*“Que reconoce la actora que la actuación judicial tiene sus límites y que en materias tales como la presente no puede imponer estrategias específicas, sino sólo exigir que se tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política llevada a cabo. En consonancia, acepta que no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse el problema pues ésta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión.*

*Como consecuencia de admitir como impracticable una solución total e inmediata a la pretensión y que la obligación estatal está compuesta por múltiples y variadas cargas que necesariamente requieren planeamiento y despliegue a lo largo del tiempo, pide se establezcan instancias de ejecución en las que a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pueda determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de la inapropiada detención de personas.*

*Efectivamente, las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso.*

*En tal contexto y en el marco de lo que aquí se decide, es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al dialogo*

---

<sup>30</sup> Cfr. CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, punto resolutivo 8.

ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires.

Por ello, se estima procedente que esta Corte encomiende a la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables<sup>31</sup>.

Vale la pena detenerse en este considerando, y ofrecer algunos elementos de análisis para facilitar su comprensión. La Corte ha penetrado, tal vez sin advertirlo plenamente, en el terreno de lo que en la tradición del movimiento de los derechos civiles estadounidense se denomina *litigio complejo* (*complex litigation*) o *litigio de reforma estructural* (*structural reform*)<sup>32</sup>. Aquí es necesario formular algunas precisiones que permitan entender más claramente las cuestiones en juego.

Primero, bajo estas denominaciones se designa al litigio que puede caracterizarse por: a) *la multiplicidad de actores e intereses en juego*; b) *el carácter estructural de la violación bajo análisis*; c) *la necesidad de diseño de un remedio que requiere planificación e implementación de largo alcance*. Cuando –como en este caso– se suma el hecho de que la demandada es una autoridad estatal, hay un cuarto factor en juego, que es d) *la necesidad de respeto de la división de poderes*. Podría decirse que el litigio complejo o de reforma estructural está dirigido a obtener la revisión judicial de una violación de gran escala, que involucra una situación colectiva, y que requiere una solución no se agota en una orden única, sino que exige ponderación de múltiples factores, especificación de las medidas a adoptar, un cronograma de cumplimiento gradual, y evaluación de la implementación. En la tradición estadounidense, el litigio complejo o de reforma estructural se ha empleado en áreas tales como la desegregación racial del sistema educativo, la reforma de instituciones psiquiátricas y penitenciarias, las acciones para combatir la discriminación estructural de género, el cumplimiento del mandato de accesibilidad de edificios y servicios previamente inaccesibles para personas con discapacidad, etcétera. En América Latina, el tribunal que más ha avanzado en este sentido es la Corte Constitucional colombiana, que ha desarrollado para analizar situaciones de violaciones de carácter estructural o sistémico la noción de “estado de cosas inconstitucional”. Ese tribunal ha empleado esta novedosa noción en casos relativos al desplazados por conflictos armados, y al sistema carcelario, entre otros<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Ver CSJN, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, voto de la mayoría, consid. 26.

<sup>32</sup> Ver, por ejemplo, Owen Fiss, “The Forms of Justice”, 93 *Harvard Law Review* 1 (1979) (también en Owen Fiss, *The Law As It Could Be*, New York University Press, Nueva York, 2003); Abram Cheyes, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, 89 *Harvard Law Review* 1281 (1976); Charles Sabel y William H. Simon, “Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds,” 117 *Harvard Law Review* 1015 (2004). En castellano, puede consultarse Paola Bergallo, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, ponencia presentada en el Seminario Latinoamericano de Teoría Política y Constitucional (SELA), mayo de 2005, Río de Janeiro.

<sup>33</sup> Ver, por ejemplo, Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-153 de 1998, del 28 de abril de 1998, relativa a la situación carcelaria, donde la propia Corte define la noción: “Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general –en tanto que afectan a multitud de personas–, y cuyas

Sin pretender agotar el tema, sería importante marcar aquí algunos de los ejes que caracterizan la actuación judicial en este terreno. Primero, es necesario subrayar que bajo todo litigio complejo o de reforma estructural se pretende enjuiciar una situación – normativa o fáctica– *bajo un parámetro jurídico*. Es decir, el litigio complejo o de reforma estructural no pretende la evaluación de la conveniencia o bondad de una política pública – o de su ausencia– por parte de los jueces, sino la determinación de que una situación de alcance colectivo viola un estándar o parámetro exigido por el ordenamiento jurídico<sup>34</sup>. En este sentido, y con las particularidades del caso –que, en la Argentina, están dadas fundamentalmente por la escasa tradición en materia de acciones colectivas– la adjudicación en este tipo de litigio se enmarca perfectamente en la función tradicional asignada a los jueces: resolver controversias sobre una base legal.

Segundo, una de las particularidades del litigio complejo o de reforma estructural es que la actuación judicial no concluye con la declaración de que la situación cuestionada viola un derecho o un parámetro legal. Este es un primer paso necesario, pero el peso de este tipo de litigio radica fundamentalmente en la etapa de ejecución de la sentencia. Esta etapa –a diferencia del litigio bilateral tradicional– incluye el *diseño concreto de las medidas a adoptar*, el cronograma de cumplimiento, y el seguimiento de ese cumplimiento. Aquí es donde juegan factores relacionados con la división de poderes –y, aun en casos en los que ambas partes sean sujetos privados, con la necesidad de establecer canales de diálogo flexibles, que permitan ajustar la solución concreta del caso. Sobre la cuestión de la división de poderes, la discusión central planteada es la del alcance de las facultades de la judicatura en el diseño concreto de un remedio para el caso. Uno de los puntos discutidos – aunque no el único– es la capacidad del Poder Judicial para establecer una solución detallada que tenga en consideración todos los factores en juego, y para llevarla a cabo. Al Poder Judicial le corresponde establecer las pautas a las que debe ajustarse la situación para respetar los derechos y principios en juego. La Administración debe articular la actividad destinada a superar la violación denunciada con el cumplimiento de otros deberes a su cargo. El hecho de que la solución destinada a superar una violación de carácter estructural involucre distintas autoridades, y la consideración de factores presupuestarios, de planificación e implementación gradual, que en muchos casos requieren correcciones coyunturales, se aleja del tipo de decisiones más o menos sencillas tradicionalmente adoptadas por el Poder Judicial.

---

causas sean de naturaleza estructural –es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional”. Ver también Sentencia T-025 de 2004, del 6 de febrero de 2004, relativa a la situación de los desplazados internos.

<sup>34</sup> Sobre el punto, en referencia al tratamiento judicial de violaciones colectivas a derechos sociales, ver nuestras reflexiones en Víctor Abramovich y Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002, pp. 248-254, apartado “Balance provisorio: las políticas sociales frente a la justicia”.

A esto se suman consideraciones relativas a la legitimidad del Poder Judicial para adoptar decisiones detalladas de política pública. Se han señalado, entre otros, dos ejes para evaluar el grado de activismo del Poder Judicial: uno alude a la distinción entre decisiones sobre el *contenido de una política* y decisiones sobre las *reglas del procedimiento democrático* –es decir, si las decisiones judiciales elaboran o no políticas sustantivas, o se ocupan sólo de la preservación de las reglas del procedimiento democrático. El otro alude a la *especificidad de la política establecida*, es decir, al grado en el que el tribunal decide los detalles de la política establecida por una sentencia, en lugar de dejar la regulación de esos detalles librada a la discrecionalidad de otros organismos gubernamentales<sup>35</sup>.

Consideraciones de este tipo –fundadas, en última instancia, en una concepción normativa acerca de la función y los límites de la actuación del Poder Judicial frente a los poderes políticos– han motivado una tendencia a la *procedimentalización* del período de ejecución de la sentencia en las causas de litigio complejo o de reforma estructural: parte de este período consiste, justamente, una vez declarada la violación y las pautas a las cuales debe ajustarse la situación bajo cuestión, en el establecimiento de una forma de diálogo entre los actores involucrados, bajo la supervisión judicial, para permitir la discusión y la propuesta concreta de medidas –de un plan o programa integral para superar la violación verificada judicialmente. A su vez, establecidos acuerdos sobre prioridades, cronogramas y pasos concretos a ser adoptados, la actuación judicial consiste en la homologación de esos acuerdos y –a instancia de los peticionantes– en la supervisión de su cumplimiento, y la imposiciones de sanciones a los responsables en caso de incumplimiento.

No pretendo con estos breves apuntes agotar un tema apasionante y complejo. Pero creo que lo dicho basta para entender de mejor modo la novedosa decisión de la Corte al respecto. Veamos.

En cuanto al encuadramiento del caso como ejemplo de litigio complejo o de reforma estructural, bastaría con revisar los criterios que he enunciado para llegar a una conclusión afirmativa. Se trata de un problema con una *multiplicidad de actores*: por empezar, los más de seis mil detenidos en comisarías<sup>36</sup>; el organismo de derechos humanos que los representa colectivamente ante la justicia; la administración penitenciaria provincial; la justicia provincial; la legislatura provincial. Parece claro también que cada uno de estos actores

---

<sup>35</sup> Ver Bradley C. Canon, “A Framework for the Analysis of Judicial Activism”, en Stephen C. Halpern y Charles M. Lamb (comps.), *Supreme Court Activism and Restraint*, Lexington Books, Lexington, 1982, pp. 385-419, y “Defining the Dimensions of Judicial Activism”, en *Judicature* 66, No. 6 (Diciembre-Enero 1983), 236-246. Comento ese esquema de análisis en Christian Courtis, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en Roberto Bergalli y Claudio Martyniuk (comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2004, pp. 305-329.

<sup>36</sup> Que, dicho sea de paso, tienen particulares dificultades de expresión y organización colectiva, dada su dispersión geográfica, las restricciones jurídicas y fácticas que pesan sobre su derecho a asociarse y a manifestarse políticamente, y el hecho de que se trata de un colectivo permanente, pero cuya composición particular es provisoria e inestable. Difícilmente alguien pretenda definir su identidad a partir de su condición de detenido sin condena en comisarías. La constitución de un grupo a partir de un rasgo o condición que define positivamente su identidad –el género, el origen étnico o nacional, la preferencia sexual, la condición de trabajador de un sector productivo, la ideología política– y una cierta estabilidad de esa condición parecen ser funcionales a sus posibilidades de organización: ninguno de los dos elementos se da en el caso de los detenidos sin condena en comisarías.

tiene intereses diversos, con variedad de convergencias y divergencias. El considerando citado refleja claramente este aspecto: en primer lugar, considera razonable la tesis de la presentante, en el sentido de que *“se establezcan instancias de ejecución en las que a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pueda determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de la inapropiada detención de personas”*. En sentido similar, el voto de la mayoría acepta que *“es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al diálogo ya iniciado”*.

En cuanto al *carácter estructural o sistémico* de la violación denunciada, tampoco cabe mayor duda: se trata de un problema que involucra la organización completa del sistema penitenciario provincial, y que afecta individualmente los derechos de todos los detenidos en comisarías a la espera de juicio. Mantener el *status quo* no solo mantendría el problema, sino que lo agravaría, dada la tasa creciente de persecución penal y las restricciones a la excarcelación y al empleo de formas de cumplimiento de la pena alternativas a la privación de libertad. Las soluciones meramente individuales o parciales sólo recargan el problema sobre el resto del sistema. La consideración del carácter estructural o sistémico del problema por parte de la Corte está implícita en la aceptación de la tramitación del caso como acción colectiva, es decir, como litigio que incluye y pretende dar solución a la situación de todos los afectados.

Tampoco parece existir mayor inconveniente en reconocer que el *remedio requerido* para solucionar la violación difícilmente se implemente de manera inmediata, y requiere tener en cuenta una gran cantidad de factores y variables. Establecidos los objetivos –eliminar la detención en comisarías de personas en espera de juicio–, es necesario planificar medidas –legislativas, administrativas, judiciales– para concretar ese objetivo, establecer criterios de priorización, adoptar decisiones sobre cuáles serán los lugares alternativos de detención, fijar un cronograma para llevar a cabo aquellas medidas. La Corte parece asumir también el argumento de la actora, en el sentido de que es *“impracticable una solución total e inmediata a la pretensión y que la obligación estatal está compuesta por múltiples y variadas cargas que necesariamente requieren planeamiento y despliegue a lo largo del tiempo”*.

En cuanto a la *necesidad de respeto de la división de poderes*, la cuestión se manifiesta particularmente en el caso, dado el hecho –reflejado también en la complejidad del decisorio de la Corte– de que el remedio requiere de la participación de los tres poderes provinciales: de la revisión de leyes y de la previsión presupuestaria por parte del Legislativo, de la adopción de medidas por parte del Ministerio de Justicia y de la administración penitenciaria local, y de la actuación del Poder Judicial provincial. La Corte también parece hacerse cargo de este argumento –sugerido por la ONG presentante–: *“no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse el problema pues ésta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión”*.

Por último, la orientación *procedimental* de la decisión de la Corte a este respecto aparece claramente reflejada en los términos que fundan su directiva al Gobierno

provincial: “instancias de ejecución en las que a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pueda determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de la inapropiada detención de personas”; “las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso”, “es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al dialogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires”; “se estima procedente que esta Corte encomiende a la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables”.

Resta por saber cuán seriamente se toma la Provincia tanto el procedimiento de diálogo encomendado, como la obligación de informar a la Corte cada sesenta días de los avances logrados. Y cuán estrictamente asumirá la Corte su función de supervisora del proceso de diálogo, de los eventuales acuerdos a los que se arriben, y del proceso de su implementación. En todo caso, la novedad es bienvenida.

#### 5) (Breves) conclusiones

Para no extenderme más, ofrezco a modo de sumario algunas conclusiones sobre las tres cuestiones que he abordado:

a) Sobre la legitimación de la presentante y el carácter colectivo de la acción, el avance representado por el caso radica más en el hecho de su procedencia, que en los motivos que la Corte ha dado para aceptarla. Es posible reconstruir algunas de estas razones –como guía de acción para casos futuros– de la transcripción de los argumentos de la presentante –que la Corte parece aceptar sin mayor elaboración– y del dictamen del Procurador General de la Nación, más que de los argumentos aportados por la sentencia. Entre esas razones cobra especial relevancia la de la necesidad de un remedio colectivo ante la afectación masiva de derechos individuales a partir de una situación común. La Corte –sin decirlo claramente– parece perfilar éste como uno de los significados posibles de la expresión “derechos de incidencia colectiva” del art. 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional.

b) En cuanto a la invocación de estándares internacionales, parece que la Corte va consolidando la tendencia de prestar mayor atención a la necesidad de interpretación integrada de cláusulas del texto constitucional, cláusulas de instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, y documentos interpretativos de esos instrumentos, producidos en sede internacional. La profusión de citas de origen internacional en el caso es una buena muestra de esto. Cabe reiterar de todos modos que esa profusión de citas padece de cierto desorden, y que –para integrar claramente el estándar aplicable a los casos bajo examen– sería necesaria una ulterior tarea de elaboración de esa pluralidad de materiales traídos a colación.

c) En lo que toca al remedio de carácter procedimental dispuesto por la Corte – consistente no en diseñar las medidas de cumplimiento, sino en encomendar el establecimiento de un procedimiento de diálogo entre distintos actores públicos y privados para hacerlo, y constituirse en supervisora del funcionamiento y resultados de ese mecanismo– cabe resaltar la trascendencia de la decisión, que introduce al tribunal en el terreno de los remedios característicos del litigio complejo o litigio de reforma estructural. Como he dicho antes, el caso no se agota en la importante sentencia emitida: su real dimensión sólo podrá evaluarse a partir del funcionamiento de ese mecanismo de diálogo, y de la concreta adopción de las medidas destinadas a superar el oprobioso problema tratado en la litis.