

# Las violaciones estructurales de derechos humanos y el reconocimiento de las obligaciones positivas del estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Gabriel Pereira<sup>1</sup>

## Contenido

<b>Introducción</b> .....	2
<b><i>Los casos de violaciones estructurales en la jurisprudencia de la Corte Suprema.</i></b> .....	3
<b><i>El experimentalismo jurídico de la Corte Suprema como respuesta a los obstáculos procedimentales y prácticos</i></b> .....	8
El experimentalismo jurídico .....	9
Remedios cerrados .....	10
Remedios abiertos (o formas de experimentalismo jurídico) .....	10
Los casos de experimentalismo jurídico en la Corte Suprema .....	11
Remedios Abiertos I: requerimiento de elaboración y ejecución de políticas públicas .....	12
El Fallo <i>Badaro</i> .....	12
El fallo <i>Rosza</i> .....	13
Remedios Abiertos II: apertura de procesos de negociación y discusión para la elaboración y posterior ejecución de políticas públicas.....	14
El fallo <i>Verbitsky</i> .....	15
El fallo <i>Riachuelo</i> .....	17
Remedios abiertos híbridos en procesos cautelares .....	19
<b><i>Hacia una concepción robusta de los derechos humanos.</i></b> .....	20
De la libertad negativa a la libertad positiva: la teoría de las capacidades .....	21
La libertad positiva y el redimensionamiento de la relación entre el estado y la sociedad .....	25
<b>Conclusión</b> .....	27

---

<sup>1</sup> El autor agradece los valiosos comentarios de Sebastian Elías y de Roberto Gargarella a versiones previas de este capítulo.

## Introducción

En Argentina, como también en varios países occidentales, observamos una creciente presencia del poder judicial en la vida pública local<sup>2</sup>. Diferentes factores, entre los cuales se destacan el debilitamiento de las instituciones de representación política como así también el deterioro de espacios de mediación social y política, han contribuido a trasladar a los poderes judiciales conflictos de alto voltaje social que antes eran resueltos tradicionalmente en otras esferas públicas. Como consecuencia de este fenómeno, los poderes judiciales se ven inmersos con mayor frecuencia en conflictos estructurales que provocan violaciones de derechos fundamentales.

En respuestas a estas demandas, tribunales de diferentes jurisdicciones han desplegado una nueva forma de involucramiento judicial en cuestiones de naturaleza estructural. En líneas generales, tal involucramiento se caracteriza por decisiones donde la justicia solicita a agencias de los otros poderes del estado la implementación de acciones positivas concretas a los fines de solucionar una determinada violación de derechos. En estas situaciones, la solución a un caso concreto requiere algo más que la mera abstención por parte del estado de realizar una acción violatoria de derechos o la mera reparación del daño causado. La acción estatal requerida reviste el carácter de política pública, ya que dicha acción se caracteriza por *cierto* grado de generalidad y complejidad tanto en su elaboración como ejecución.

Si bien estas intervenciones se proponen como efectivas herramientas en la tarea de las cortes de proteger los derechos fundamentales, su implementación genera ciertos interrogantes. En un plano procedimental, son pocas las jurisdicciones que cuentan con figuras procesales que facilitan este tipo de intervenciones. Por lo tanto cabe preguntarnos como suplen los diferentes tribunales la ausencia de vías procesales idóneas para canalizar sus intervenciones en conflictos de carácter estructural. En este mismo plano, surgen también interrogantes de índole práctico.

Tradicionalmente los procesos judiciales no están preparados para recolectar la información necesaria a los fines de realizar un balance apropiado de la oportunidad y mérito de las políticas públicas. En este sentido es necesario preguntarse sobre la capacidad tienen las cortes para recabar información necesaria a los fines de determinar los tipos de políticas apropiadas para un caso concreto y sobre su habilidad técnica para llevar a cabo evaluaciones no legales relacionadas a la aplicación de estas políticas. Desde el plano del diseño institucional de una democracia constitucional, los interrogantes se dirigen hacia cuales son las implicancias de este tipo de intervenciones para nuestra concepción de los derechos; como estas novedosas formas de intervención judicial se reconcilian con el principio soberanía popular que da vida a nuestra democracia; y como las mismas se relacionan con el principio de la división de poderes y la independencia judicial sobre el cual se asienta nuestro sistema republicano.

En este capítulo intentaré responder, al menos superficialmente, a algunos de estos interrogantes. El objetivo del trabajo es introducir al lector a este nuevo tipo de intervención judicial y las problemáticas que se suscitan en torno a él, presentando las posiciones doctrinarias del ámbito local

---

<sup>2</sup> Ver en tal sentido: TATE, Neil - TORBJÖN, Vallinder (Eds.) *The Global Expansion of judicial Power*, New York University Press, New York, 1995; STONE SWEET, Alec, *Governing With Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, New York, 2000; GINSBURG, Tom, *Judicial Review in New Democracies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003; CICHOWSKY, Rachel, "Courts, Rights, and Democratic Participation", *Comparative Political Studies*, vol. 39, 2006, ps. 22-49.

y comparado más elaboradas en la materia. En ese sentido, este trabajo se postula como un punto de partida para quienes desean involucrarse en un debate más profundo sobre el rol de la justicia en conflictos estructurales. Tomando una serie de decisiones que nuestra Corte Suprema ha dictado en los primeros años del nuevo milenio<sup>3</sup>, sostengo aquí que el Tribunal responde al interrogante procedimental creando una nueva forma de intervención judicial que se ubica dentro de lo que se ha denominado en doctrina como el experimentalismo jurídico. En este sentido, este tipo de intervenciones resuelven los problemas de índole práctico, ya que transfieren al ámbito de los otros poderes la determinación del contenido de la política pública en cuestión. Asimismo, en términos de nuestra visión sobre los derechos, se propone aquí que estas intervenciones encarnan una visión robusta de los mismos, al reconocer a las obligaciones positivas del estado como parte de la estructura de tales derechos. Finalmente, se propone también que estas intervenciones resultan ser una interesante forma de reconciliar la función judicial con el principio de soberanía popular.

Para tales fines, este capítulo se estructura de la siguiente forma. En la primera sección se aclara el significado que se le da en este trabajo a la expresión *violaciones de derechos de tipo estructural*, usando como punto de partido el concepto de litigio estructural. Asimismo, se realiza una rápida revisión de los fallos judiciales de nuestra Corte Suprema de Justicia que se refieren a este tipo de conflictos. En la segunda sección se analiza la forma en que el Tribunal resuelve el problema planteado por la ausencia de mecanismos procesales idóneos que regulen este tipo de intervenciones, incorporando a su jurisprudencia lo que se denomina en doctrina como experimentalismo jurídico. En esta sección también se discute como la forma elegida por la Corte resuelve los interrogantes prácticos. En la tercera sección se analiza cómo estas decisiones implican el reconocimiento de una teoría robusta de los derechos. los fallos descritos en este trabajo no hacen alusión directa a la teoría de los derechos sobre las cuales se asientan, por lo que esta sección busca encuadrar las intervenciones de la Corte en un marco normativo que va más allá de la visión clásica de los derechos que proviene del liberalismo político. En la conclusión se resumen los principales puntos de este trabajo y se explica cómo estas decisiones importan una forma de intervención judicial que reconcilia la función judicial con el principio de soberanía popular.

## ***Los casos de violaciones estructurales en la jurisprudencia de la Corte Suprema.***

El primer paso en nuestra discusión requiere aclarar que entendemos por casos de violaciones de derechos de naturaleza estructural. Este tipo de situaciones se configura por dos extremos. Por un lado la causa o tipo de conducta estatal que provoca la violación de derechos, y por el otro, el tipo de solución que se requiere para subsanar dicha violación, solución que generalmente se materializa en una política pública cuyo contenido va más allá tanto de la mera abstención de realizar la

---

<sup>3</sup> Es importante aclarar que no se analiza aquí en detalle cada una de las decisiones que conforman la jurisprudencia de la Corte en casos de reforma estructural, sino que, analizándolas en su conjunto, trato de responder a los interrogantes anteriormente presentados. En lo posible, en el texto se encuentran referencias a trabajos dedicados a explorar diferentes aspectos de cada fallo.

conducta violatoria como de la reparación del daño producido. El involucramiento de los tribunales en este tipo de casos ha sido denominado por la doctrina como *litigio de reforma estructural*<sup>4</sup>.

En relación al primer extremo, en este tipo de litigio está en juego ya no el conflicto entre dos partes, sino, hasta qué punto una política o acción estatal debe o no llevarse a cabo<sup>5</sup>. Por lo tanto, en el litigio estructural, encontramos al poder judicial en una discusión con las burocracias estatales sobre como las mismas deben encauzar sus funciones a los fines de que se remuevan o modifiquen las condiciones estructurales que dan lugar a una determinada situación en que la acción estatal, muchas veces, producto de decisiones de diferentes agencias- resulta violatoria de derechos<sup>6</sup>. Como apunta Fiss<sup>7</sup>, lo que realmente se discute en el litigio de reforma estructural no es la acción u omisión de un agente o agencia estatal en particular, sino más bien las condiciones estructurales e institucionales que permiten la violación de un derecho y en la dinámica organizacional que crea y perpetúa esa condición.<sup>8</sup> En esta línea, en el centro del litigio estructural ya no se encuentra bajo análisis la acción individual y concreta de agentes estatales, sino más bien políticas públicas cuya implementación o falta de implementación importan la violación de derechos fundamentales. Aplicar torturas a un detenido en una comisaria puede ser visto como una acción concreta e individual que lleva a cabo un agente policial. En cambio, aplicar torturas a miembros de grupos determinados de manera generalizada puede indicar la existencia de una conducta estatal generalizada, ilegal, tendiente a reprimir a este grupo, o la inexistencia de una política estatal que prevenga estos abusos. En este tipo de casos, los tribunales se enfrentan a violaciones de derechos causadas en diferentes supuestos, como el colapso de las políticas estatales, la ilegalidad de las

---

<sup>4</sup> Es importante destacar que en este trabajo, como se verá más abajo, se distingue el concepto de litigio estructural, del concepto de experimentalismo jurídico. Aquí se entiende, al primer concepto como el género y al segundo como una especie. En nuestra doctrina, autores como Christian Courtis, ver COURTIS, Christian, “*El caso “Verbitsky’: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?*”, en *Colapso del sistema carcelario*, Buenos Aires, CELS-Siglo XXI Eds., 2005, han usado estos conceptos indistintamente, definiendo el litigio estructural a partir de los elementos constitutivos del litigio experimental. Para una detallada revisión de la evolución del concepto de litigio estructural, se puede consultar a Fernando Basch, en BASCH, Fernando, “*Breve Introducción al litigio de reforma estructural*”, documento base para el Seminario “*Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural*”, Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010, donde analiza como esta categoría conceptual nació en los Estados Unidos con el propósito de capturar analíticamente parte del activismo judicial desplegado por la Corte Warren en la mitad del siglo veinte.

<sup>5</sup> CHAYES, Abraham, “*The Role of the Judge in Public Law Litigation*”, *Harvard Law Review*, vol. 80, No. 7, 1976, p 1295.

<sup>6</sup> En este sentido sostiene Fernando Basch que “el objetivo distintivo del litigio de reforma estructural es la eliminación o modificación de condiciones estructurales que dan lugar a una determinada situación de hecho – compleja, producto de distintas decisiones de múltiples agencias – que resulta violatoria de derechos. BASCH, Fernando, “*Breve Introducción...*”, cit. p. 6.

<sup>7</sup>Véase OWEN, Fiss, “*The Supreme Court, 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice*”, en *Harvard Law Review*, Vol. 93, No. 1, 1979.

<sup>8</sup> Este foco en las condiciones estructurales que origina una determinada violación de derechos trae aparejada, como bien lo sostiene Basch, un cambio en la estructura del proceso judicial que tradicionalmente se pensó como un proceso bilateral donde las tareas principales del juez son la determinación de los hechos y la determinación de una reparación. Por ejemplo, en esta nueva modalidad de litigio las personas damnificadas no se encuentran necesariamente determinadas, ya que muchas veces estos casos se refieren a colectivos de personas cuyos derechos son vulnerados por ser víctimas de la misma condición estructural. Asimismo, la parte demandada deja de ser el agente o agencia estatal determinada, dado que al estar en juego políticas públicas y condiciones estructurales, muchas veces son varias las agencias involucradas. BASCH, F., “*Breve Introducción...*”, cit. p. 6.

mismas a la luz de principios constitucionales, la incompleta satisfacción de los derechos de todas las personas beneficiarias de la misma, la falta de implementación de una parte o la totalidad de la política en cuestión, y la misma inexistencia de una política estatal.

Respecto de la jurisprudencia de nuestra Corte, existen varios fallos relacionados a situaciones que dan lugar a violaciones estructurales de derechos. En el caso *Verbitsky*, la situación se origina por el colapso de la política carcelaria<sup>9</sup>. En este fallo la Corte dejó en claro que su análisis de la acción estatal no se limita a cuestiones empíricas que deben ser analizadas por cada juez en cada caso de detención en concreto, como es la exacta situación en que cada detenido/a se encuentra, ni tampoco respecto a cuestiones meramente técnicas de las políticas implementadas por el gobierno provincial, sino más bien circunstancias que responden a una “*situación genérica, colectiva y estructural*”<sup>10</sup>. Situación que se manifiesta en la superpoblación carcelaria, la detención de adolescentes y personas enfermas en comisarías, el uso excesivo de la presión preventiva, y el incremento injustificado de la población carcelaria<sup>11</sup>.

En los casos *Badaro I* y *Rosza* el Tribunal se enfrentó a situaciones estructurales provocadas por la omisión por parte del estado en cumplir con un compromiso anteriormente asumido de dictar la legislación adecuada que de marco a una política estatal. En *Badaro I*, la Corte remarcó que la situación violatoria de derechos se configura por la falta de una ley del Congreso que regule la movilidad de los haberes jubilatorios<sup>12</sup>. Por disposición de la Ley de Solidaridad Previsional<sup>13</sup> dictada en 1995 se eliminaron todos los mecanismos de movilidad vigentes y dispuso que cualquier aumento a las jubilaciones debía ser fijado por el Congreso en forma anual en la Ley de Presupuesto. Sin embargo, entre 1995 y 2005 dicho órgano no reconoció aumento alguno a los jubilados, postergando injustificadamente a toda la clase pasiva. Dado que las pautas de movilidad automática fueron derogadas por la Ley de Solidaridad Previsional, y que el Congreso no otorgó aumentos en más de una década, a partir de 1995 no hubo mecanismo legal alguno para actualizar las jubilaciones. Si bien, a partir del 2003 se establecieron sucesivos aumentos, ninguno de los mismos beneficiaron al actor. Ante esta situación, el Tribunal entendió que la política estatal sobre haberes jubilatorios es incompleta respecto de la situación del demandante, que alegaba que sus haberes no habían sido actualizados.

En el caso *Rosza*, la Corte se involucró en una situación estructural que atentaba contra el normal funcionamiento de la justicia<sup>14</sup>. Esta situación fue provocada, por un lado, por la reglamentación inconstitucional del procedimiento provisorio para el nombramiento de jueces subrogantes dictada por el Consejo de la Magistratura (CAM), y por otro lado, por la omisión del Congreso en dictar la

---

<sup>9</sup> Corte Sup., V. 856. XXXVII, 03/05/2005, “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”. Fallo 328:1146. Para un análisis más detallado de diversos aspectos de este fallo ver: CELS, “*La lucha por el Derecho*”, apart. 3.3.1., 1ª ed., Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, ps.120-129; Filipini, Leonardo G., “*Superpoblación carcelaria y habeas corpus colectivo*”, en Revista Lexis Nexis, N°2, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005; Courtis, Chirtian, “*El caso Verbitsky...*”, cit.; Puga, Mariela, “*Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*”, Clacso, Buenos Aires, 2012, p. 119, Gargarella, Roberto, “*Sagués, N. vs. Verbitsky, H., sobre sentencias exhortativas*”, Disponible en: [www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella\\_vs\\_sagues.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella_vs_sagues.pdf)

<sup>10</sup> Cit., consid. 23.

<sup>11</sup> Cit., consid. 24

<sup>12</sup> Corte Sup., B. 675. XLI, 08/08/2006, “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios”, consid. 7 y 11

<sup>13</sup> Ley 24.463: BO del 30/03/1995

<sup>14</sup> Corte Sup., R. 1309. XLII y otros, 23/05/2007, “Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación”.

legislación correspondiente que reemplace dicho procedimiento<sup>15</sup>. La regulación dictada por el CAM contrariaba los principios constitucionales que garantizan la intervención de los tres poderes del estado en el nombramiento de jueces<sup>16</sup>, lo que dio lugar a numerosos pronunciamientos judiciales que declararon la nulidad de parte o todo lo actuado por jueces subrogantes. La magnitud de esta situación provocada por circunstancias estructurales es descripta por la Corte en los siguientes términos: “ *Dada la significativa cantidad de designaciones llevadas a cabo al amparo del régimen aludido y la importancia de las cuestiones decididas en todos los fueros, especialmente, en el ámbito penal, tales nulidades podían incrementarse y provocar la paralización de la administración de justicia con consecuencias gravísimas para la salud de la República [...]. Esas consecuencias no se traducirían solo en impunidad o riesgo de tal en delitos de suma gravedad, sino también en violación de garantías respecto de las personas que hubiesen sido absueltas o sobreesueltas*”<sup>17</sup>.

La Corte también intervino en situaciones estructurales provocadas por la ausencia de políticas estatales. En el caso Lavado, la Corte se involucró, mediante una medida cautelar, ante la ausencia de políticas carcelarias tendientes a mejorar las condiciones deplorables de salubridad y seguridad en que se encontraban internos en dos centros penitenciarios de la provincia de Mendoza<sup>18</sup>. Este caso se origina ante la falta de cumplimiento por parte del Estado Nacional de medidas cautelares y provisionales dictadas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos respectivamente. Estos órganos intervinieron sucesivamente entre agosto del 2004 y Marzo del 2006 requiriendo que el Estado Nacional implemente medidas tendientes a proteger a los internos y toda otra persona que se encuentren en dichos establecimientos<sup>19</sup>. Ante el incumplimiento estatal de estas medidas, se produjeron varios hechos de violencia y muerte dentro de las unidades, agravándose sensiblemente la situación de los internos en ambas unidades<sup>20</sup>. La misma Corte reconoció que estos repetidos hechos de violencia revelan la ausencia de control y dominio estatal adecuado en las unidades provinciales<sup>21</sup>. Otro caso provocado por la ausencia de políticas públicas nacionales y provinciales es el del Defensor del Pueblo de la Nación, donde se discutió la inexistencia de políticas estatales de protección de los pueblos originarios. El Ombudsman nacional denunció la situación de emergencia extrema en que se encontraban un grupo de comunidades de la etnia Toba de la provincia del Chaco, cuyos miembros se encontraban con sus necesidades más básicas y

---

<sup>15</sup> La reglamentación que la Corte declaró inconstitucional fue dictada por el Consejo de la Magistratura con invocación de la ley 25.876, norma que, al incorporar un nuevo inciso, el N° 15, al original art. 7 de la ley 24.937 (de creación y funcionamiento del cuerpo), dispuso que incumbía al organismo dictar los reglamentos que establezcan el procedimiento y los requisitos para designación de jueces subrogantes. Con sustento en esta norma, el 18 de marzo de 2004 el CAM aprobó el Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación. Posteriormente, el Congreso sancionó la ley 26.080 por la que derogó el mencionado inc. 15 del art. 7 de la ley 24.937. Ello dio lugar a que el 28 de febrero de 2006 el Consejo de la Magistratura de la Nación dictase el acta 4/06 por la que dispuso que hasta tanto el Congreso Nacional sancionara una ley reguladora de la materia, el Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación mantendría plena vigencia.

<sup>16</sup> Así lo determino la Corte en el considerando 19 de su fallo Corte Sup., R. 1309. XLII y otros, 23/05/2007, “Rosza, cit..”

<sup>17</sup> Cit., Considerando 7.

<sup>18</sup> Corte Sup., L. 733. XLII., 06/09/2006, “Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza”.

<sup>19</sup> Cit., consid. 3,4 y 5

<sup>20</sup> Cit.

<sup>21</sup> RoszaCit., consid. 5.

elementales insatisfechas<sup>22</sup>. En el caso por la contaminación del *Riachuelo*<sup>23</sup>, la Corte intervino ante la falta de políticas de prevención, contralor y sanción a empresas que contaminan al río, lo que ha implicado una permanente violación de derechos fundamentales de los vecinos que habitan en las zonas aledañas al río.

En los casos que aquí se analizan, se verifica también el segundo extremo que caracteriza los casos estructurales, ya que en todos ellos la solución de fondo implica la creación o corrección de una política pública. Por ejemplo, en los casos *Verbitsky* y *Riachuelo*, el Tribunal entendió que el diseño de la política pública importa un complejo proceso de discusión e intercambio entre diferentes actores estatales y no estatales. Específicamente, en *Verbitsky* el Tribunal reconoce que la solución a la problemática es compleja dado el número de agencias implicadas en la elaboración como la implementación de la política, como así también por las diferentes aristas que una nueva política carcelaria debería incluir. En ese sentido, la Corte, citando a la actora, reconoció “[...] 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 [...]”<sup>24</sup>.

En *Badaro I* y en *Rosza*, la Corte entendió que la etapa de diseño reviste menor complejidad y solicitó simplemente el dictado de una ley que elabore la política necesaria. En *Badaro* entendió que el establecimiento de un criterio de movilidad de los haberes debe ser una política emanada del Congreso<sup>25</sup>. Lo mismo sucede en el caso *Rosza* donde la Corte expresó que es el mismo Congreso el que debe elaborar el sistema de subrogancias para los jueces de la nación<sup>26</sup>.

En esta misma línea, en los casos *Lavado* y *Defensor del Pueblo* el Tribunal entendió que la política en cuestión debe cubrir diferentes aspectos de las problemáticas que dieron lugar a la violación de derechos. En el caso *Lavado*, la Corte solicitó, en línea con las decisiones de los órganos interamericanos, que el estado nacional adopte medidas efectivas que de forma inmediata y eficaz pongan fin a la situación carcelaria de las unidades en cuestión<sup>27</sup>. En el caso *Defensor del Pueblo*, el Tribunal, primero, por medio de una cautelar, instó a los gobiernos nacionales y provinciales a implementar medidas urgentes, luego, los instó a desarrollar programa de asistencia a los fines de proveer de agua potable, alimentos, medios de transporte y de comunicación a las comunidades Tobas.

Los párrafos anteriores nos demuestran que la Corte efectivamente se ha involucrado en casos de violaciones a derechos de naturaleza estructural, al menos, dentro de lo que aquí se entienden por tales. Los casos objetos de estos fallos cumplen con los dos rasgos característicos del litigio de reforma estructural, ya que los mismos se refieren a condiciones estructurales que provocan violaciones de derechos humanos y que requieren de la implementación de políticas públicas a los fines de corregir esas condiciones y evitar la violación de derechos. Como han observado diferentes

---

<sup>22</sup> Corte Sup., D. 587. XLIII, 18/09/2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, consid. 2

<sup>23</sup> Corte Sup., M. 1569. XL., “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”. Fallos 239:2316 y 331:1622

<sup>24</sup> Corte Sup., V. 856. XXXVII, 03/05/2005, “Verbitsky...”, cit., consid. 26

<sup>25</sup> Corte Sup., B. 675. XLI, 08/08/2006, “Badaro...”, cit., consid. 4 y 5.

<sup>26</sup> Corte Sup., R. 1309. XLII y otros, 23/05/2007, “Rosza...”, cit., consid. 27.

<sup>27</sup> Corte Sup., L. 733. XLII., 13/02/2007, “Lavado...”, cit., consid. 7.

autores<sup>28</sup>, estos tipos de casos presentan importantes desafíos a la acción de la justicia en sistemas como el nuestro, donde la labor de las cortes generalmente está supeditada a requerir del gobierno el cese de una conducta violatoria de derechos y la consecuente reparación del daño cometido cuando esto sea pertinente. Requerir la implementación de políticas públicas pareciera ser ajeno a la tarea judicial, y por lo tanto no existen mecanismos procesales idóneos para tales fines. Además, el juez pareciera carecer de las herramientas técnicas necesarias para exigir del estado el diseño, modificación, e implementación de una determinada política pública. Asimismo, el involucramiento de la Corte en casos de reforma estructural pareciera chocar con la visión tradicional de los derechos como garantías de no intervención estatal. Finalmente, esta labor pareciera avanzar sobre las facultades de los otros poderes del estado, ya que la justicia no es la encargada, en democracias constitucionales como la nuestra, de definir el contenido de las políticas públicas. En las próximas secciones nos referiremos a estos interrogantes.

### ***El experimentalismo jurídico de la Corte Suprema como respuesta a los obstáculos procedimentales y prácticos***

En nuestro ordenamiento jurídico no existen mecanismos procesales que faciliten el efectivo involucramiento de las cortes en este tipo de litigio estructural. No obstante, como vimos más arriba, la Corte se sumergió directamente en el proceso de elaboración, modificación y ejecución de políticas públicas en varios fallos. Como se explicará, estas decisiones implican una innovación dentro de su propia jurisprudencia y recogen una práctica casi extraña a nuestro ordenamiento jurídico, denominado *experimentalismo jurídico*<sup>29</sup>. En este aspecto, la Corte hábilmente responde al problema procedimental. Asimismo, estos casos resuelven el aspecto práctico, relacionado a su capacidad técnica para involucrarse en el proceso de elaboración e implementación de políticas públicas.

Antes de discutir en detalle que es el experimentalismo jurídico y como lo incorpora la Corte a su jurisprudencia, es importante destacar que la complejidad de los casos donde se observan violaciones de derechos de carácter estructural sugiere que los modos tradicionales de involucramiento judicial devienen, *a priori*, inadecuados para proteger efectivamente los derechos

---

<sup>28</sup> Ver FILIPPINI, Leonardo G., “La ejecución del fallo Verbitsky, una propuesta metodológica para su evaluación” en Revista Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. III, Hammurabi, Buenos Aires, 2007; FILIPPINI, Leonardo G., “Superpoblación...”, cit.; GARGARELLA, Roberto, “Teoría y Crítica del Derecho Constitucional”, ap. 2. *Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución*, t. I, 1ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008; GARGARELLA, Roberto, “Sagués, N. vs. Verbitsky, H., sobre sentencias exhortativas”, cit.; Puga, Mariela, “Litigio...”, cit.; BERGALLO, Paola, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, en “El papel de los abogados”, SELA, 2005; BACH, Fernando, “Breve Introducción...”, cit.

<sup>29</sup> La incorporación del experimentalismo jurídico a nuestro sistema legal no se dio inicialmente a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema que se comenta en este trabajo ya que algunos tribunales inferiores del país lo usaron con anterioridad. Para una referencia de estos primeros casos ver BERGALLO, Paola, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, en “El papel de los abogados”, SELA, 2005.

de las víctimas. Por lo tanto, las cortes se enfrentan al problema práctico de no contar con herramientas procesales aptas para canalizar sus decisiones<sup>30</sup>.

En estos casos el juez tiene la difícil tarea de lograr que el estado se avoque a la solución de la situación y despliegue un accionar acorde. Por lo tanto, en este tipo de situaciones la función judicial va más allá de la determinación de los derechos violados o no por la política pública en cuestión, elemento típico del litigio tradicional. Aquí la intervención judicial se centra en la elaboración o modificación de una política pública a los fines de dismantelar las condiciones que posibilitan la violación estructural de derechos.

Claramente, estas situaciones requieren que el involucramiento del tribunal tenga una proyección temporal que no se observa en el caso del litigio tradicional. Como sostiene Fiss "(l)a fase remedial en el litigio estructural (...) tiene un comienzo, posiblemente un punto medio, pero no un final, o casi no tiene final. Involucra una relación larga y continua entre el juez y la institución; no se relaciona con la ejecución de un remedio ya dado, sino con la provisión o el diseño del remedio en si (...) La tarea es remover la condición que amenaza los valores constitucionales"<sup>31</sup>.

Asimismo, la función judicial en estos casos choca con un problema práctico. La elaboración, modificación e implementación de políticas públicas requieren de capacidades técnicas que van mucho más allá de la habilidad jurídica de los tribunales. Decidir qué política pública es la adecuada para una situación concreta requiere, por ejemplo, de evaluaciones presupuestarias y tecnológicas de alta complejidad. Además, requiere evaluar sobre las prioridades de la administración pública que debe estar en manos de agentes administrativos. En este sentido, para realizar este tipo de evaluaciones se requiere contar con un caudal de información que difícilmente una Corte pueda recolectar y procesar en el trascurso de un proceso judicial.

### El experimentalismo jurídico

Ante las complejidades que se presentan en el litigio de tipo estructural, la intervención judicial en este tipo de casos requiere de un alto grado de innovación. Desde una perspectiva comparada, los tribunales de diferentes jurisdicciones han respondido a la falta de mecanismos procesales incorporando a sus sentencias el aspecto remedial de la función judicial. La forma en que la función remedial se lleva a cabo en el litigio de reforma estructural puede analizarse, siguiendo al constitucionalista estadounidense Mark Tushnet<sup>32</sup>, teniendo en cuenta cual es la vía, por medio de la cual, se determina el contenido de la acción estatal, ya sea ésta, la vía judicial o la vía política. En el primer caso, el remedio judicial se considera *cerrado*, y en el segundo, el mismo se caracteriza como *abierto, dando lugar a lo que se conoce como el experimentalismo jurídico*.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> En diferentes jurisdicciones, sobre todo en los países del *Commonwealth* y en los países de Europa Continental, existen vías procesales que permiten a las cortes requerir la modificación o dictado de leyes tendientes a remediar una situación violatoria de derechos.

<sup>31</sup> OWEN, FISS, "*The Supreme ...*", cit., ps. 27-28.

<sup>32</sup> TUSHNET, Mark, "*Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*", Princeton University Press, 2009.

<sup>33</sup> La caractericen de estos dos tipos de intervenciones de la Corte se construye principalmente a partir del trabajo de Tushnet, quien propone la distinción entre formar "fuerte" y "débiles" de control judicial ("strong" and "weak" forms of judicial review). Sin embargo, prefiero aquí no utilizar la traducción literal de la terminología usada por el constitucionalista americano dado que el uso de los términos "débiles" y "fuertes"

### *Remedios cerrados*

Por un lado encontramos los remedios o formas de intervención *cerradas*. En este tipo de actuaciones, el juez decide el conjunto de cuestiones que considera necesarias para la protección de un derecho. Esto puede consistir en la mera declaración de inconstitucionalidad de una ley o acto administrativo, o también en la elaboración de un plan de acción concreto a los fines de proteger los derechos en cuestión. En este último caso, el contenido de la acción positiva estatal necesaria para la protección de los derechos queda determinado por vía judicial.

En esta línea de ideas, el poder judicial se propone como un superior jerárquico de las agencias estatales. El juez dicta una orden que éstas deben cumplir, lo que implica que su rol queda limitado a la implementación de una acción, política pública o prestación individual, anteriormente definida por el poder judicial.

### *Remedios abiertos (o formas de experimentalismo jurídico)*

En contraposición a esta forma tradicional de concebir la función remedial del poder judicial encontramos los tipos de decisión *abierta* donde son los agentes estatales, a instancias del poder judicial, los encargados de determinar el contenido de la prestación individual o de la política pública necesaria para terminar con una situación violatoria de derechos. Estas formas, denominadas experimentalismo jurídico<sup>34</sup>, se caracterizan por tres aspectos. Primero, encontramos que los tribunales libran un requerimiento para que la solución del problema en cuestión sea elaborada e implementada por medio de canales políticos. Segundo, dicho requerimiento incluye ciertos estándares que operan como marcos para la elaboración de la solución en cuestión. Y tercero, los tribunales se reservan la facultad de monitorear tanto el proceso de elaboración como el de implementación de la acción estatal en cuestión.

Podemos encontrar dos variantes de este tipo de remedios abiertos<sup>35</sup>. La primera variante, se caracteriza por ser esencialmente una forma de requerimiento para que los oficiales públicos elaboren un plan para eliminar la violación de derechos sobre la cual versa el caso en cuestión dentro de un plazo razonable, aunque no necesariamente establecido. Cuando el plan se ha desarrollado, la corte cede su protagonismo en favor de los actores estatales que implementan el plan. En este tipo de decisiones se observan las características generales que poseen, en cuanto a la fijación de marcos jurídicos y de monitoreo.

---

podría originar cierta confusión, particularmente respecto de si los mismos indican el grado de autoridad demostrado por el Tribunal frente a los poderes políticos.

<sup>34</sup> En nuestro país, autores como Courtis, conf. *“El caso Verbitsky...”*, cit, al comentar el fallo Verbitsky, denominaron a este tipo de intervenciones como litigio de reforma estructural. Sin embargo, lo que en realidad se estaba describiendo aquí es el experimentalismo jurídico, lo que surge de la descripción que este autor hace de los rasgos que distinguen esta forma de intervención judicial. Por su parte, Bergallo, conf. *“Justicia y experimentalismo...”*, cit., siguiendo la caracterización de Sabel y Simon, hace un análisis de un grupo de fallos de tribunales inferiores que se encuadran dentro de este tipo de experimentalismo.

<sup>35</sup> En realidad, Tushnet identifica tres formas de remedios abiertos en su trabajo. El propone como la primera variante el tipo de remedio declarativo de violaciones de derecho. Este tipo remedial abierto es típico del Reino Unido y se encuentra expresamente legislado por el Acta de Derechos Humanos Británica. No incluimos esta variante en nuestro análisis porque tratamos aquí de analizar las opciones con que cuenta un juez para exigir el cumplimiento de una obligación positiva estatal que toma forma de política pública .

La segunda forma de intervención abierta se caracteriza por la apertura de un proceso de diálogo para la elaboración del plan o política tendiente a terminar con la violación de derechos entre las diferentes partes del caso y, en algunos supuestos, otros actores interesados. En estos casos, la política es elaborada bajo la supervisión del tribunal en cuestión y luego es ratificada por el mismo, la corte ejerce un control sobre el monitoreo de la implementación. Se da un cierto nivel de interacción entre las partes y entre la corte y las partes. En este tipo de procesos, se puede dar que los demandantes recurran al juez para denunciar que el plan no está siendo implementado en las condiciones pactadas o que nuevos aspectos necesitan ser corregidos. También puede darse que los propios agentes estatales recurran a la corte, en respuesta a los requerimientos de los actores o por voluntad propia, para solicitar alguna modificación al plan original y sus planes de ejecución.

En este tipo de intervención, que también se han denominado como formas dialógicas de intervención judicial, el tribunal algunas veces se involucra en un dialogo con las agencias estatales y otras promueve uno entre ellas y ciertos actores interesados, a los fines de que en conjunto se pueda llegar a una solución del problema. Aquí se presenta una forma horizontal de resolución de conflictos, donde cada una de las partes involucradas participa en un pie de igualdad respecto de las otras. Asimismo, el rol reservado para las cortes es generalmente de arbitrar y canalizar dicho dialogo. En ese sentido, la última palabra respecto de la solución a un conflicto determinado ya no reside en la justicia.

Esta segunda forma de intervención, presenta además una ventaja respecto de algunos de los problemas prácticos que se presenta en el involucramiento judicial en el campo de las políticas públicas. Aquí los tribunales no necesitan realizar evaluaciones de tipo técnico, ni tampoco requieren recolectar altos niveles de información para la elaboración de una política pública, ya que la decisión sobre el contenido de dicha política queda en manos de la discusión y negociación entre las partes. Lo que los tribunales realizan en estos casos es canalizar el debate y monitorear la implementación de lo que las propias agencias estatales se comprometieron a realizar.

### Los casos de experimentalismo jurídico en la Corte Suprema

Los fallos que disparan este análisis pueden enmarcarse dentro de los tipos de remedios abiertos, y por lo tanto implican la adopción por parte del Tribunal del experimentalismo jurídico. Al hacer uso de estos remedios abiertos, la Corte responde a la falta de mecanismos de intervención judicial en el proceso de políticas públicas a través de la creación de una forma de injerencia ajena a nuestra tradición legal. Asimismo, la Corte da solución al problema de naturaleza práctica ya que, con estas formas se desentiende de la necesidad de hacer evaluaciones de tipo técnicas ajena a su propia capacidad.

Como se discutió más arriba, el experimentalismo jurídico se caracteriza justamente por el uso de remedios de tipo abierto a los fines de que el estado diseñe una política pública tendiente a resolver una violación de derechos de carácter estructural. En otras palabras, el experimentalismo jurídico se caracteriza el dialogo entre el poder judicial y los agencias estatales a los fines de encontrar soluciones estructurales para problemas estructurales.

A su vez, la Corte ha hecho uso de las dos formas de remedios abierto que describimos más arriba, y agrega una tercera en caso de procesos cautelares. Por un lado, ha requerido a los poderes políticos para que elaboren y ejecuten una política pública en los fallos *Rosza* y *Badaro* por medio de una ley. Por el otro, en los fallos *Verbitsky* y *Mendoza* ha creado una instancia de negociación y discusión donde las agencias estatales, las partes, y otros terceros, debieron elaborar una política pública. Por

otro lado, en los casos *Lavado* y *Defensor del Pueblo* requiere a los estados implicados implementar políticas públicas provisionales que eviten que se profundice la violación de derechos provocada por condiciones estructurales. En estos casos el Tribunal realiza intervenciones abiertas híbridas, en el sentido que diseña parcialmente el contenido de las políticas públicas requeridas. La particularidad de estas intervenciones pareciera explicarse dada la naturaleza del proceso cautelar que requiere una acción urgente para tutelar los derechos que se alegan violados.

Pareciera que la elección de distintas formas de remedios abiertos radica en la complejidad de la política pública, por lo menos en cuanto a lo que hace a su elaboración. Como se verá más abajo, en los dos primeros casos, la solución a la violación estructural, a criterio del Tribunal, dependía solamente de la promulgación de la legislación adecuada que regule el accionar de las agencias estatales en cuestión. En cambio, respecto de los otros dos casos, la elaboración de la política pública requería de diversas medidas a cargos de diversas agencias. La diferencia de todas estas intervenciones con las que se dan en los procesos cautelares pareciera radicar en que en las últimas existe la necesidad de una intervención urgente a los fines de prevenir que se provoque un daño irreparable en las víctimas.

#### *Remedios Abiertos I: requerimiento de elaboración y ejecución de políticas públicas*

En los fallos *Badaro I* y *Rosza*, el Tribunal requirió al Poder Ejecutivo y al Congreso la elaboración de una política pública. En estos casos el Tribunal identificó que la solución requiere el dictado de leyes apropiadas que regulen la acción de las agencias estatales pertinentes. Para tales fines el Tribunal establece el marco constitucional bajo el cual las leyes deberán encuadrarse y se arroga la facultad de revisar la constitucionalidad de estas leyes y la ejecución de las mismas. En estos fallos, la Corte no dictó ningún remedio concreto para solucionar la situación estructural, dado que trasfiere a la *vía política* la responsabilidad de su elaboración.

#### *El Fallo Badaro*

Como ya se mencionó, en el caso *Badaro I*, la Corte identificó que la violación de derechos del demandante, como de todas las personas que se encuentran en su misma situación, fue causada por la omisión por parte del Congreso en dictar una ley que establezca un mecanismo regular que fije los incrementos de los haberes jubilatorios. Como consecuencia, la Corte también entendió que es necesario que sea el Congreso el que ponga fin a esta situación mediante la legislación apropiada. Citando sus propios antecedentes, la Corte confirmó “las facultades con que cuenta el Congreso de la Nación para establecer los incrementos en las prestaciones mediante la ley de presupuesto anual”<sup>36</sup>. Para tales fines, el Tribunal requirió al Poder Ejecutivo y al Congreso que tomen las medidas necesarias para cumplir con su obligación de legislar en la materia. A los fines de que se cumplan con esta obligación de legislar, la Corte estableció ciertos marcos que deben ser respetados por dicha legislación a los fines de satisfacer un criterio de movilidad que garantizara la subsistencia decorosa de los beneficiarios y que guardase proporción con el salario actual de los trabajadores.

En ese sentido, el Tribunal estableció que dicha “[...] reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral”<sup>37</sup>. También, que “la movilidad de que se trata no es un reajuste por inflación, como pretende el actor, sino que es una previsión con profundo contenido social referente

---

<sup>36</sup> Corte Sup., B. 675. XLI, 08/08/2006, “*Badaro...*”, *cit.*, consid. 5

<sup>37</sup> *id.*, consid. 4.

a la índole sustitutiva de la prestación jubilatoria, para la cual es menester que su cuantía, que puede ser establecida de modo diferente según las épocas, mantenga una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores”<sup>38</sup>.

Lo que el Tribunal no estableció en su requerimiento es un plazo dentro del cual la nueva legislación debería aprobarse. Solo se limita a ofrecer una fórmula abierta que no otorga amplia discrecionalidad en este aspecto al Congreso y al Ejecutivo. En el único punto resolutivo del fallo la Corte decidió “comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, *en un plazo razonable*, adopten las medidas a las que se alude en los considerandos [...]” (El resaltado es del autor). De hecho, esta fórmula permitió al poder político dictar la ley que supuestamente cumplía con el requerimiento de la Corte mucho más tarde de lo que los tribunales hubiesen deseado<sup>39</sup>.

Por otro lado, la facultad de monitoreo por parte del Tribunal de la elaboración y ejecución de la política pública surge, casi de una manera implícita, de la reserva que hace la Corte de su facultad de ejercer el control de constitucionalidad del régimen de movilidad una vez que se dicte la ley correspondiente. En ese sentido, el Tribunal estableció “Que en las condiciones reseñadas y habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, corresponde llevar a conocimiento de las autoridades que tienen asignadas las atribuciones para efectuar las correcciones necesarias que la omisión de disponer un ajuste por movilidad en el beneficio del actor ha llevado a privarlo de un derecho conferido por la Ley Fundamental. Por tal causa, *debe diferirse* el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resulte suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes”<sup>40</sup> (El resaltado es del autor).

Justamente, esta facultad de revisión constitucional fue ejercida por el Tribunal un año después, en lo que se denominó el fallo *Badaro II*. Luego de la primera sentencia, el Congreso dictó la ley de presupuesto para el año 2007 donde se incluyó un aumento de los haberes jubilatorios. La Corte, al revisar esta nueva ley, encontró que no se cumplía con el marco establecido en su anterior pronunciamiento<sup>41</sup>. Ante esta situación, el Tribunal hizo uso de su reserva de revisar la constitucionalidad de todo el sistema de movilidad de haberes jubilatorios, y concluyó que el mismo era inconstitucional<sup>42</sup>.

### El fallo *Rosza*

Como se discutió también en la sección inicial de este trabajo, en este caso el CAM dictó un reglamento para la designación de jueces subrogantes que contrariaba los principios constitucionales que garantizaban la equilibrada participación de los tres poderes en la selección de magistrados. Este reglamento se dictó en virtud de que el Congreso, órgano encargado de dictar este tipo de reglamento, no había dictado la ley correspondiente. En estas circunstancias, la Corte determinó que para que la situación estructural violatoria de derechos se extinguiera, solo era necesario que el Congreso cumpliera con su obligación de legislar, a la vez que estableció que la declaración de inconstitucionalidad del reglamento dictado por el CAM solo tendría aplicación una

---

<sup>38</sup> *id.*, consid. 14

<sup>39</sup> En diferentes notas periodísticas miembros del Tribunal hicieron saber que esperaban que el Congreso cumpla con su obligación en un corto plazo de tiempo.

<sup>40</sup> “Corte Sup., *Badaro...*”, *cit.*, consid. 19.

<sup>41</sup> Corte Sup., B. 675. XLI, 26/11/2007, “*Badaro, ...*”, *cit.*, consid.10 y 11.

<sup>42</sup> *Íd.* consid 13-23.

vez que la legislación mencionada fuese aprobada<sup>43</sup>. Es por eso que la Corte instó a este poder a cumplir con tal obligación.

En comparación con el caso *Badaro*, la Corte puso en *Rosza* límites más estrictos a la discrecionalidad de los otros dos poderes. Por un lado, al hacer este requerimiento, el Tribunal estableció los principios constitucionales que debían enmarcar el contenido del nuevo sistema de subrogancias. El Tribunal justamente hizo referencia a los principios constitucionales que garantizan la intervención de los tres poderes en el proceso de selección de magistrados y que motivaron la inconstitucionalidad del reglamento dictado por el CAM. En estas líneas, la Corte estableció que el Congreso y el Poder Ejecutivo deberían “[...] establecer un sistema definitivo sobre la materia en debate con estricta observancia de los parámetros constitucionales ya examinados”<sup>44</sup>. Por otro lado, y es aquí donde este fallo incorpora límites más estrictos respecto de *Badaro*, se diferencia con el anterior, el Tribunal estableció un plazo para que los poderes mencionados cumplan con su requerimiento. La Corte determinó, en la parte resolutive del fallo, que las designaciones realizadas por el CAM tendrían validez, a menos que caduquen por otras razones, por el plazo de un año<sup>45</sup>.

Respecto del monitoreo de la conducta de los otros poderes en la etapa de ejecución, si bien la Corte no lo establece explícitamente en el fallo, el Tribunal siguió de cerca esta etapa. Esto lo demuestra el hecho que a la espera que entre en vigencia la nueva ley de subrogancias que debía sancionar el Congreso, prorrogó, a través de una acordada<sup>46</sup>, el plazo de un año establecido en su fallo. De esta manera evitó que se impugnen las actuaciones de jueces subrogantes cumpliendo su función entre el día del vencimiento del plazo y la entrada en efectiva vigencia de la ley.

En estos dos fallos, el Tribunal hizo uso de sus facultades jurisdiccionales para dictar remedios abiertos requiriendo la elaboración de políticas públicas, fijando estándares constitucionales que deberían respetarse a los fines de proteger derechos constitucionales, y monitoreando el contenido de estas políticas. Es importante destacar que estas intervenciones no establecieron ningún remedio concreto para la resolver la problemática estructural, sino, más bien que instan a los otros poderes a elaborarlas. Las dos intervenciones son similares en cuanto a cómo se configura el remedio abierto. La única diferencia sustancial en este respecto, es que en el fallo *Rosza* el Tribunal refuerza los límites a la discrecionalidad de los otros poderes estableciendo un plazo dentro del cual su requerimiento debería ser cumplido. Quizás la experiencia con el caso *Badaro* indujo a la Corte a reforzar este tipo de limitaciones.

### *Remedios Abiertos II: apertura de procesos de negociación y discusión para la elaboración y posterior ejecución de políticas públicas.*

En los Fallos *Verbitsky* y *Mendoza* el Tribunal instó a la elaboración de políticas públicas a través de un proceso de negociación y discusión monitoreado por la propia Corte. Para tales fines, también

---

<sup>43</sup> Esta solución, la de diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad es en si misma una innovación en la jurisprudencia del Tribunal.

<sup>44</sup> Corte Sup., “*Rosza...*”, cit., consid. 22.

<sup>45</sup> íd., pto. 4, parte resolutive.

<sup>46</sup> Acordada 10/2008

proporcionó el marco constitucional que estas políticas deben respetar. Y finalmente estableció que el proceso de ejecución de las políticas elaboradas se realizara bajo monitoreo judicial. Si bien estos fallos guardan grandes similitudes en términos del objetivo de este trabajo, los mismos se diferencian en la forma y en el tiempo que la Corte decidió que ese proceso se lleve a cabo, y también respecto del contenido de la intervención en cuanto al remedio judicial. Estas diferencias serán resaltadas luego de la descripción de los aspectos más relevantes de estos fallos.

### El fallo *Verbitsky*<sup>47</sup>

En la sentencia registrada en Fallos 328:1146 la Corte realizó una intervención de tipo abierta que tiene como objetivo, entre otras cosas, iniciar un proceso de negociación y discusión para la elaboración de una política pública destinada a terminar con la situación de superpoblación carcelaria en la provincia de Buenos Aires<sup>48</sup>. Es interesante remarcar que la Corte no estableció ningún tipo de remedio para la situación estructural, sino que se limitó a instar a la creación de una política pública bajo un particular proceso de negociación. Por lo tanto, la sentencia es el punto de partida tanto para la negociación y discusión de la política pública, como para la ejecución de la misma<sup>49</sup>.

Si bien la Corte decidió que es la vía política, esta vez representada por una Mesa de Diálogo, la encargada de elaborar la solución de fondo a la problemática en cuestión, el Tribunal estableció los marcos generales que esta política debe respetar. Para tales efectos, y también como principio de la labor judicial, se establecieron las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas como el marco apropiado de la política penitenciaria provincial<sup>50</sup>.

En este caso, el Tribunal reconoció la complejidad de la solución de la problemática que origina la violación estructural de derechos. Citando a la actora, la Corte entendió “[...] 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 [...]”<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> Para un análisis más detallado de diversos aspectos de este fallo ver cit. en nota 7.

<sup>48</sup> La Corte también ordena realizar medidas de acción directa destinadas a tutelar de inmediato los derechos fundamentales de los reclusos, pero que no necesariamente constituyen soluciones a la problemática estructural de fondo. En ese sentido, el Tribunal decide: “[...] 3 Disponer 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 [...] 4. Instruir 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 y por disposición de esta Corte Suprema, 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 [...] 5. Ordenar 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. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada.”

<sup>49</sup> Se debe reconocer que el Tribunal hizo un intento fallido por acercar las partes por medio de dos audiencias públicas.

<sup>50</sup> Corte Sup., “*Verbitsky, ...*”. Fallo 328:1146, cit., consid. y punto 2

<sup>51</sup> *id.*, consid. 26.

Como consecuencia y a los fines de la elaboración de una política pública consensuada y sustentable, la Corte consideró “[...] 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”.<sup>52</sup>

Para tales fines, el Tribunal ordenó al gobierno provincial la creación de una Mesa de Diálogo conformada por el gobierno y la organización demandante y las que se presentaron como “amigos del tribunal, y por otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones<sup>53</sup>. Asimismo, también ordenó al gobierno informar al Tribunal sobre los avances que se realicen en la materia<sup>54</sup>.

Si bien este fallo apuntó a resolver una cuestión estructural de fondo, el mismo tiene ciertos defectos respecto a la determinación de cómo debía implementarse el proceso de elaboración. Las indicaciones del Tribunal respecto de este proceso fueron demasiados imprecisas. Por ejemplo, como apunta Filippini<sup>55</sup>, no se explicó adecuadamente cuáles eran las funciones de la mesa de diálogo, cual debiera ser el contenido de los “informes periódicos” que el Gobierno debía proporcionar al Tribunal. Tampoco estableció plazos que debieran cumplir dentro del proceso de negociación, como así tampoco respecto de un plazo general para la elaboración real de la política en cuestión. Por lo tanto, la reglamentación del proceso de negociación quedó a la merced de los esfuerzos y la iniciativa de las partes<sup>56</sup>.

La facultad más importante arrogada por el Tribunal durante este proceso de discusión fue el de monitorear el desarrollo del mismo. Sin embargo esa facultad fue, inicialmente, ejercida con demasiada timidez<sup>57</sup>, hasta que el Tribunal decidió trasladar el proceso de monitoreo a la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires. Un proceso de discusión y negociación de una política pública de estas características requiere necesariamente la presencia de un órgano que tome medidas activas para evitar que el mismo se estanque o paralice. Sin embargo, el rol del Tribunal fue más que tímido, ya que no hizo nada ante el funcionamiento irregular de la mesa, ya sea por la falta de voluntad de ciertos actores en involucrarse en un sincero debate, o por cuestiones prácticas derivadas de la particularidades de una instancia atípica para la cultura jurídica de nuestro país. Luego de varios años, y sin grandes avances respecto de la elaboración de una política pública consensuada destinada a terminar con la situación estructural, la Corte decidió trasladar sus facultades de monitoreo al ámbito de la justicia provincial.

---

<sup>52</sup> *id.*, consid. 26

<sup>53</sup> *id.* Consid. 26 y punto resolutivo 8 de la sentencia.

<sup>54</sup> *id.* Punto resolutivo 6 de la sentencia.

<sup>55</sup> Ver “*La ejecución del fallo ...*” cit.y “*Superpoblación...*”, cit

<sup>56</sup> De hecho fue el CELS el que propuso y logro que se consensue un reglamento de funcionamiento.

<sup>57</sup>

Para un análisis más detallado del rol del Tribunal en esta etapa ver FILIPPINI, Leonardo G., “*La ejecución del fallo ...*” cit.; FILIPPINI, Leonardo G., “*Superpoblación...*” cit.; PUGA, Mariela, “*Litigio...*”, cit

### El fallo *Riachuelo*<sup>58</sup>

En este caso la Corte realizó una intervención de tipo abierta, donde insta a los órganos estatales a producir una política pública integral para resolver la problemática, a discutirlo con la demandada, terceros interesados, y expertos técnicos, a mejorarlo de acuerdo a las observaciones de estos actores, y a ejecutarlo de acuerdo a los términos discutidos en el proceso judicial. En estas líneas, la intervención de la Corte se puede describir en dos etapas. La primera etapa, que corre desde que el tribunal acepta la competencia en el caso, en Junio de 2006<sup>59</sup>, fue la etapa de negociación destinada a elaborar la política pública necesaria para terminar con las violaciones estructurales de derechos. Esta etapa culminó con la sentencia de fondo de julio de 2008, que declara responsables al Gobierno Nacional, Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la ejecución del “Plan Integral de Saneamiento para la Cuenca MR (PSICMR)”<sup>60</sup>. Aquí es justamente donde se inició la segunda etapa, que es la de ejecución, a cargo de un juez de primera instancia de provincia<sup>61</sup>.

Para la resolución de las causas estructurales que resultan en violaciones al derecho a un medio ambiente sano, la Corte entendió que es necesario elaborar una política de alta complejidad que involucra al gobierno Nacional, el Provincial, y al de la Ciudad de Buenos Aires. Tomando como guía la ley general del ambiente<sup>62</sup>, la Corte determinó que los objetivos de protección del ambiente debieran ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal<sup>63</sup>.

Respecto del marco que en el cual debiera encuadrarse la política en cuestión, el Tribunal sentó parámetros más estrictos que en los otros casos que se analizan aquí. Justamente, estableció, ya no estándares constitucionales, sino el marco legislativo apropiado, y deriva de este marco algunos aspectos que el plan debía incorporar. Así, usando la ley General del Ambiente como marco<sup>64</sup>, la Corte requirió que el plan incluyera: 1) Un ordenamiento ambiental del territorio; 2) El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas; 3) Estudio de impacto ambiental de las empresas involucradas; 4) Un programa de educación ambiental; y 5) Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera<sup>65</sup>.

La etapa de negociación y elaboración de la política pública se llevó a cabo durante un intenso periodo de dos años (2006-8). En esta etapa, a diferencia del caso anterior, la Corte instó la discusión y negociación de la política pública dentro del seno mismo del proceso judicial. Es decir, no trasladó este proceso a un escenario ajeno a su jurisdicción como lo es el poder legislativo o una mesa de diálogo en la esfera del poder ejecutivo. En este sentido, la intervención de la Corte sigue

---

<sup>58</sup> El caso “Riachuelo”, fue comentado en numerosos artículos de doctrina, entre ellos: FAIRSTEIN, Carolina MORALES, DIEGO, “Informe Anual 2009, CELS”, cap. VIII. *En busca de soluciones judiciales para mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca Matanza-Riachuelo*, 1ª ed., Siglo XXI, Buenos Aires, 2009; ADC, “La Corte y los derechos civiles 2005-2007”. *Cómo impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del máximo tribunal*, 1ª ed., Siglo XXI, Buenos Aires, 2008; PUGA, Mariela, “Litigio ...”, cit., p. 71.

<sup>59</sup> Corte Sup., M. 1569. XL., 20/06/2006, “Mendoza...”, cit.

<sup>60</sup> Corte Sup., M. 1569. XL., 08/07/2008, “Mendoza...”, cit

<sup>61</sup> La Corte resuelve “atribuir competencia al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes para conocer en todas las cuestiones concernientes a la ejecución de este pronunciamiento y en la revisión de las decisiones finales tomadas por la Autoridad de Cuenca”. Conf. Corte Sup., M. 1569. XL., 08/07/2008, “Mendoza...”, cit

<sup>62</sup> Ley 25.675: BO del 28/11/2002.

<sup>63</sup> Corte Sup., M. 1569. XL., 20/06/2006, “Mendoza...”, cit., pto. Resolut. 5.

<sup>64</sup> Ley 25.675: BO del 28/11/2002.

<sup>65</sup> Corte Sup., M. 1569. XL., 20/06/2006, “Mendoza...”, cit., pto.resolutivo 5.

caracterizándose como un remedio abierto, solo que en este caso la facultad de monitoreo del Tribunal ha sido más estricta. Para esto, la Corte adoptó un rol protagónico instando el debate a través de diversas medidas jurisdiccionales, las cuales muchas veces fueron dictadas proactivamente y sin requisitoria de las partes, que incluyó el llamado a audiencias públicas, el requerimiento de informes a los gobiernos involucrados y a las empresas contaminantes, el requerimiento de elaborar un plan de saneamiento, la interpelación de ese plan, y la solicitud de revisión del plan a peritos de la Universidad Nacional de Buenos Aires,

Asimismo, la Corte permitió participar en el curso de proceso, como partes activas, a organizaciones de la sociedad civil que tuvieron la oportunidad de presentar sus posiciones y observaciones respecto de la información presentada por las partes y del plan propuesto por las agencias estatales, como así también de presentar sus propios argumentos y propuestas.

A diferencia de los otros casos que se analizan en este trabajo, en este caso la Corte incorporó en su sentencia el remedio substantivo necesario para resolver la situación estructural. Justamente, el resultado del proceso de negociación y discusión se plasmó en la sentencia de Julio de 2008 donde el Tribunal obliga a las tres esferas estatales a implementar el plan elaborado durante la etapa de negociación y elaboración de la política en cuestión. La sentencia contiene un detallado marco regulatorio para la etapa de ejecución, que incluye una normativa específica, una planificación con objetivos y plazos determinados, sanciones ante el incumplimiento (multas), la determinación de la agencia administrativa a cargo de la implementación (ACUMAR), y los sujetos responsables de la ejecución (estados nacional, provincial y municipal).

El monitoreo de la ejecución de la sentencia, esto es, la implementación de la política de saneamiento también quedó en este caso bajo la órbita judicial. Solo que aquí la Corte rápidamente se desprendió del caso y lo envió a un juez inferior para que se hiciera cargo de monitorear la ejecución del plan de saneamiento, actitud similar a la que tuvo en el caso Verbitsky.

Los dos fallos comentados brevemente, son similares en cuanto configuran dos ejemplos de remedios abiertos marcados por un proceso de negociación y discusión en el proceso de elaboración de políticas públicas. Sin embargo, existen ciertas diferencias que no son menores, y que parecieran reflejar una sofisticación por parte del Tribunal en la forma que realiza este tipo de intervenciones<sup>66</sup>. En el fallo sobre cárceles, la etapa de elaboración y posterior ejecución de la política pública se inicia con la misma sentencia emitida por la Corte. Esta etapa se caracterizó por la falta de regulación del proceso y falta de liderazgo del Tribunal en su rol de moderador y árbitro del debate. Asimismo, el fallo no contiene un remedio de fondo, ya que la Corte solo se limita a iniciar el proceso de elaboración del mismo. En cambio, el en el caso de la contaminación del *Riachuelo* existen dos etapas bien marcadas. Una, anterior a la sentencia, donde se discute y negocia la política pública, y

---

<sup>66</sup> Surge la duda respecto de cuál fue el criterio usado por la Corte para decidirse a usar diferentes formas de intervención en estos casos. Una respuesta acabada a esta cuestión excede este trabajo, pero se podría especular que el Tribunal ha estado ensayando diferentes formas de intervención remediales en casos estructurales, y cada caso representa un aprendizaje. Quizás la experiencia en el caso Verbitsky, no muy exitosa en términos de la formulación de la política pública de acuerdo a lo que señalan Fillipini y Puga en sus trabajos aquí citados, ha dejado ciertas enseñanzas que el mismo Tribunal ha decidido volcar posteriormente en su intervención en el caso de la contaminación el Riachuelo

donde la Corte juega un rol decisivo en canalizar el debate. La segunda, es la ejecución de la política pública, discutida durante el proceso y recogida por el Tribunal en su sentencia. Asimismo, a diferencia del caso anterior, la Corte en su fallo ofreció un remedio concreto a la situación estructural, que es justamente el plan de saneamiento discutido anteriormente por los estados involucrados, las partes, y los terceros interesados.

#### *Remedios abiertos híbridos en procesos cautelares*

Finalmente, la Corte también realizó intervenciones de tipos abiertas, pero de carácter híbrido, en contexto de procedimientos cautelares en los casos *Lavado* y *Defensor del Pueblo*. En estas ocasiones, el estado requiere que se implementen políticas urgentes que, si bien no solucionan el fondo de la cuestión estructural que origina la violación de derechos, evitan que se profundice el estado de desamparo de las víctimas. En estas intervenciones, el Tribunal diseña parcialmente el remedio que el estado deberá elaborar e implementar. Este diseño parcial opera como el marco concreto bajo el cual se deberá cumplir la acción estatal, resultando un estándar de cumplimiento más estricto si lo comparamos con las intervenciones abiertas discutidas anteriormente.

La forma de intervención en estos casos, si bien se caracterizan aquí como abiertas, tienen la particularidad de incluir un remedio judicial parcialmente diseñado por la Corte. El Tribunal en estos casos requirió a los estados involucrados implementar una política pública dirigida a proveer determinados servicios para satisfacer determinadas necesidades. De esta forma, estos aspectos funcionan como parámetros concretos que encuadran la obligación estatal.

Pero lo que no determina la Corte es el modo y la forma en que estas políticas debían ser elaboradas e implementadas. Por lo tanto, la determinación de estos aspectos debe ser resuelto por la vía política. En este sentido, estas intervenciones son abiertas, pero a la vez híbridas, porque el remedio propuesto es elaborado tanto por la Corte como por los estados involucrados en cada caso.

En el caso *Lavado*, la Corte requirió que el Estado Nacional tomase medidas urgentes que pongan fin a la situación que se vive en las unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza. Sin embargo, no se estableció cuáles son esas medidas ni como deberán ser implementadas, aspectos que quedan en manos de los agentes estatales.

En cambio, el caso *Defensor del Pueblo* el Tribunal es más específico en el remedio provisorio. La Corte ordenó al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios<sup>67</sup>. La Corte se abstuvo de ordenar el modo en que esas políticas deberán ser implementadas. Por ejemplo no estableció como las cantidades y el modo en que se llevaría a cabo el suministro de agua y alimentos. Tampoco estableció cual es el tipo de transporte adecuado. Tampoco determinó como se deberían coordinar las acciones entre los estados involucrados. La determinación de todos estos aspectos quedó en manos de las agencias estatales.

Asimismo, en estas intervenciones se da el control por parte del Tribunal del proceso de elaboración y ejecución de la política pública requerida en el proceso cautelar. Si bien en el texto de los fallos no

---

<sup>67</sup> Corte Sup., D. 587. XLIII, 18/09/2007, “*Defensor...*”, punto resolutivo 3.

se hace alusión directa a esta facultad de monitoreo, la misma surge de la naturaleza del proceso cautelar, ya que el proceso de fondo en ambos queda en manos del Tribunal hasta la definición de su competencia<sup>68</sup>. Asimismo, la Corte ordenó la realización de audiencias públicas en ambos casos donde se discutieron las medidas que los demandados habían tomado respecto de las situaciones estructurales.

Los fallos arriba comentados incorporan el experimentalismo jurídico a través de intervenciones abiertas donde la Corte insta a la elaboración y modificación de políticas públicas, reservándose la facultad de monitorear ambos aspectos. El objetivo de todas estas intervenciones es justamente la eliminación de las condiciones estructurales que propician las violaciones a los derechos humanos. Haciendo uso de estos remedios abiertos, la Corte sortea el obstáculo de tipo procedimental que se plantea en el litigio estructural. Ante la falta de mecanismos apropiado para facilitar el involucramiento judicial en estos casos, el Tribunal responde creando una innovadora forma de intervención.

Esta forma, a su vez, permite responder a la objeción relativa a la falta de capacidad técnica de las cortes para involucrarse en el campo de las políticas públicas. Como quedó establecido, ya no es la Corte quien decide el contenido de las políticas públicas, sino las agencias de los otros poderes en dialogo con las partes y otros terceros. Asimismo, el Tribunal permite el ingreso de información necesaria para la elaboración de políticas públicas a través de medidas que impulsan el debate, como es el caso de las audiencias públicas. Quizás el déficit técnico se observa en el caso de los remedios en procesos cautelares, donde se observa un avance por parte del Tribunal en la fijación de los objetivos de la política pública en cuestión.

Como se discutió, todas estas decisiones incluyen órdenes al poder público de implementar acciones positivas. Estas órdenes, se debe destacar, no tienen como objeto que la agencia en cuestión restituya al reclamante o reclamantes un bien determinado. Sino que importan órdenes de hacer, de implementar, una acción concreta, una política, destinada a hacer efectivo el goce de un derecho. En ese sentido, no son órdenes de restitución, sino más bien de acción. En otras palabras, la Corte entiende que en estos casos es insuficiente que el estado se abstenga de realizar una acción concreta o restituya un derecho o bien violado. La Corte solicita aquí que el estado haga algo más que autolimitarse, o restituir. En otras palabras, estos fallos importan reconocer que el estado debe implementar acciones positivas para la tutela de los derechos fundamentales.

Este reconocimiento tiene un impacto importante para nuestra visión sobre los derechos fundamentales. Tradicionalmente, los derechos se han concebido como una garantía de no intervención frente al estado. Pero estos casos sugieren que la protección de derechos incluye algo más que dicha no intervención. En la próxima sección se discute como esta jurisprudencia en casos estructurales debe ser entendido a la luz de una concepción robusta de los derechos.

### ***Hacia una concepción robusta de los derechos humanos.***

---

<sup>68</sup> En ambos casos la Corte se expide sobre el remedio cautelar antes de determinar si es o no competente para entender en el fondo de ambas cuestiones.

Entendidos en su justo marco teórico, los fallos de la Corte en casos de violaciones estructurales implican el reconocimiento de una teoría robusta de los derechos humanos que se asienta en el reconocimiento de las obligaciones positivas estatales como parte esencial de la estructura de estos derechos. Esto significa que la efectiva protección de estos derechos requiere por parte del estado no solo la no interferencia en el pleno goce de los mismos, sino también la obligación de realizar acciones concretas a los fines de hacer efectiva dicha protección. Además, estos casos reconocen que esta acción no se limita a intervenir a fin de evitar que ciertos particulares afecten los derechos de otras personas, sino que el agente obligado de esa acción es el mismo estado de quien se exige una acción concreta.

Dado que los fallos analizados aquí no incluyen una justificación teórica acabada que explicita de donde surgen estas obligaciones positivas ni cuál es su relación con nuestra concepción de los derechos, en esta sección me voy a ocupar primeramente de este aspecto teórico. Esta tarea nos ayudara a responder a preguntas tales como ¿de dónde surgen estas obligaciones positivas o de hacer que la Corte solicita cumplir a los otros poderes? ¿Son estas obligaciones parte de la estructura propia de los derechos humanos o son meras prerrogativas del poder político sujetas a su propia discreción? ¿Pueden los /as titulares de derechos fundamentales reclamar del estado el cumplimiento de obligaciones positivas? En los próximos párrafos propongo que estas obligaciones positivas son parte de la estructura de los derechos humanos y se desprenden de un redimensionamiento de uno de los valores fundamentales que motivan su andamiaje normativo, particularmente en relación al valor de la libertad personal, a la vez que implican una consiguiente re conceptualización de la visión de la relación del estado con la sociedad<sup>69</sup>.

### De la libertad negativa a la libertad positiva: la teoría de las capacidades

Nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en lo que hace a nuestra concepción de los derechos, ha sido largamente influenciado por la doctrina del liberalismo político. Dentro de esta concepción, ha existido una concepción dominante de los derechos, que denomino aquí restrictiva, que, como se verá más abajo, propone una visión limitada sobre el tipo de obligaciones a los que se halla sujeto el estado en su rol de guardián de los derechos humanos. Esa visión impacta también sobre qué tipos de derechos se consideran como derechos humanos o fundamentales, la cual se cristaliza especialmente en la distinción entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales.

Esta visión restrictiva puede elaborarse, en términos generales, de la siguiente manera. El liberalismo político reconoció al individuo como un agente autónomo y sujeto de derecho que se distingue de entidades colectivas que, tradicionalmente, se consideran como opresoras. Para tales fines, esta tradición ha puesto un gran énfasis en la protección de la libertad individual de las personas como piedra basal del sistema político. Como consecuencia, bajo esta visión, la comunidad política otorga a cada individuo una serie de derechos que funcionan como barrera de defensa frente a las potenciales interferencias del estado en el ámbito personal. En esa línea, el

---

<sup>69</sup> La discusión teórica sobre una concepción robusta de los derechos no se agotan en la teorías de *las capacidades* propuesta aquí. La incorporación de las obligaciones positivas como elemento esencial de los derechos humanos también puede ser abordada desde la perspectivas de otros autores como Dworkin, Nino, y Rawls. Sin embargo, por razones de espacio y dentro del objetivo propuesto en este trabajo, me limito a enmarcar los casos de experimentalismo jurídico de la Corte Suprema en la visión propuesta por Sen y Nussbaum.

reconocimiento de derechos humanos trae aparejada la consecuente obligación negativa del estado, esto es, la obligación de abstenerse de realizar acciones violatorias de derechos. En otras palabras, el ejercicio de un derecho humano requiere que el estado se abstenga de violentar ese derecho. Por eso en materia de derechos humanos, el estado está obligado solo negativamente. Esta concepción se encuentra enraizada en particulares visiones del individuo y del estado. De acuerdo a la primera, los individuos son libres solo ante la ausencia de interferencia estatal. Y en cuanto a la segunda, el estado se concibe como separado y opuesto a los intereses de la ciudadanía. En conclusión, el ejercicio de nuestros derechos requiere estar protegidos de un estado que representa una permanente amenaza<sup>70</sup>.

Dentro de esta idea, las obligaciones estatales positivas generadas por los derechos humanos no tendrían cabida. Sin embargo, dentro del pensamiento liberal existen visiones más ricas tanto de la libertad personal como del estado, según las cuales, por un lado, el ejercicio de la libertad personal no se reduce meramente a la ausencia de amenazas estatales, sino que incluye la existencia de las condiciones necesarias para el ejercicio de esa libertad, y por el otro, el estado cumple un rol esencial en la generación de dichas condiciones. Estas visiones, mayormente articuladas en las últimas décadas del último milenio, permiten sostener una visión más robusta de los derechos fundamentales que incluye las obligaciones estatales positivas como deberes propios del estado en su tarea de guardián de los derechos fundamentales. En los párrafos siguientes me voy a referir a estas visiones más ricas sobre la libertad personal y el estado y su relación con una concepción robusta de los derechos.

Como se adelantó más arriba, la concepción liberal más tradicional de la libertad política propone que la misma requiere la ausencia de obstáculos para su realización<sup>71</sup>. Una persona es libre siempre y cuando ninguna otra persona o institución interfiere en sus decisiones y actividades. Por lo tanto, la violación a la libertad individual se da cuando existe un avance sobre la misma por parte de una tercera parte. Es importante remarcar que bajo esta idea la incapacidad de satisfacer nuestros deseos o planes de vida no constituye en sí misma una violación de nuestra libertad. Por lo tanto, el no poseer los recursos necesarios para satisfacer mis deseos no es una violación de dicha libertad. En este sentido, el concepto de libertad es formal y abstracto, ya que no importan aquí las condiciones reales para ejercerla. Solo basta que no existan obstáculos. Por ejemplo, bajo esta idea se consideraría una violación personal de las mujeres que el estado implemente políticas discriminatorias respecto del acceso al mercado laboral. Proteger la libertad personal requiere del estado, en este caso, eliminar las barreras discriminatorias por razones de sexo. Sin embargo, para esta concepción, el estado no es responsable de implementar ninguna medida destinada a remover activamente las barreras socioculturales que en la práctica obstaculizan el acceso al mercado laboral en una sociedad regida por valores machistas.

---

<sup>70</sup> Dentro de esta tradición se reconoce que el estado se encarga de realizar acciones positivas para la consecución del bienestar general, pero esas obligaciones positivas no son consideradas como emanadas de los derechos humanos, sino más bien como consecuencia de la discusión política donde el estado elige o no llevarlas a cabo.

<sup>71</sup> Esta concepción de la libertad negativa se puede encontrar en el ya clásico trabajo de Berlin en BERLIN, Isaias, *"Four Essays on Liberty"*, Oxford University Press, 1969. En el mismo sentido, fue tomada por Hayek en HAYEK, Isaias, *"The Constitution of Liberty"*, Routledge and Kegan Paul, London, 1960. donde este concepto de libertad se vincula con el neoliberalismo.

Ahora bien, desde una perspectiva de derechos humanos pareciera controversial aceptar que la realización de éstos depende meramente de la inexistencia de la interferencia estatal. Fredman<sup>72</sup> inteligentemente hace notar que la capacidad de los individuos de realizar sus derechos muchas veces se encuentra severamente limitadas por factores que no necesaria o directamente se encuentran ligados a la acción estatal. En el caso del acceso al mercado laboral de las mujeres, su libertad personal muchas veces se encuentra limitada por valores de una sociedad machista que las percibe como menos aptas para llevar a cabo determinadas tareas. Aquí la libertad de acceder a mejores puestos de trabajos se ve limitada no por obstáculos estatales sino más bien por barreras socioculturales. Por lo tanto, el efectivo ejercicio de nuestros derechos humanos pareciera depender solo parcialmente en la inexistencia de interferencia estatal. Nuestra libertad podría verse también limitada por la inexistencia de las condiciones apropiadas para su realización.

Para entender con mayor precisión como funciona esta visión más rica de libertad personal en el esquema del liberalismo político y de sus consecuencias sobre las obligaciones positivas del estado, es interesante remitirnos a la *teoría de las capacidades* originalmente propuesta por Amartya Sen<sup>73</sup>, y que fue extendida al campo de la teoría constitucional por Marta Nassbaum<sup>74</sup>. Sen, originalmente propone una teoría pensada para medir la calidad de vida de las personas en el campo del desarrollo económico pero que se convierte en un poderoso marco conceptual para evaluar el grado de justicia de una sociedad. Para Sen la libertad personal no radica en la ausencia de coerción estatal sino más bien en la habilidad de cada persona de realizar sus elecciones libremente y de actuar de acuerdo a las mismas. Para el autor, ser libre significa ser capaz de *ser* y *hacer* lo que uno considera apropiado para su propio plan de vida. Esta visión amplia de libertad implica que la capacidad de realización de la misma se encuentra limitada tanto por la ausencia de oportunidades económicas, libertades políticas, como por la presencia de barreras sociales y culturales. Como consecuencia, la visión del autor sugiere que adecuados niveles de, por ejemplo, salud y educación son requisitos esenciales para el efectivo ejercicio de las libertades personales. El ejercicio de nuestras libertades requiere que el estado se haga cargo de dismantelar cualquier tipo de barrera que obstaculice la realización personal, ya sea que esas barreras se originen en un gobierno autoritario como en situaciones de pobreza.

Como consecuencia de esta visión “positiva” de la libertad, los parámetros de justicia no deben basarse en la existencia de igualdad en los derechos, bienes primarios, utilidades o recursos básicos, sino en lo que cada persona es capaz de ser o hacer concretamente. Él propone la *teoría de las capacidades* que distingue entre lo que denomina “funcionamientos (o logros)” y “capacidades”. Los funcionamientos se podrían traducir en la realización de los deseos u objetivos de una persona. Estos “funcionamientos” o “logros” abarcan desde los logros más básicos, como tener un nivel nutricional adecuado, hasta los más complejos, como lograr el acceso a la educación superior o participar en la vida política de la comunidad. Sin embargo, no todos esos objetivos son realizables en la práctica. Una persona puede tener como deseo de realización personal la obtención de un título universitario, pero en la práctica esto quizás no sea posible porque, a pesar de existir un

---

<sup>72</sup> FREDMAN, Sandra, *“Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties”*, Oxford University Press, , 2008.

<sup>73</sup> SEN, Amartya, *“Development as Freedom”*, Oxford University Press, 1999.

<sup>74</sup> NUSSBAUM, Marta C., *“Women and Human Development”*, University of Chicago, 2001.

sistema público y gratuito de educación superior, la persona en cuestión necesita ocupar todo su tiempo libre en trabajar para mantenerse a sí misma y a su familia. En este caso, Sen llama “capacidades” a los logros que en la práctica una persona es capaz de realizar. En esta línea, se entiende como capacidad a la libertad sustantiva de obtener o lograr los fines personales. Por lo tanto, para Sen, la libertad personal se ve limitada cuando existen barreras que operan como barreras a nuestra capacidad de obtener o realizar nuestros objetivos personales. En esta línea, el autor propone que el reto es construir una sociedad donde las personas sean capaces de alcanzar los aspectos que consideren valiosos para sus existencias. Por eso, el crecimiento económico resulta insuficiente como indicador de la calidad de vida pues no refleja si las personas pueden, por ejemplo, participar y disfrutar de la prosperidad nacional o si cuentan con una mayor capacidad para conseguir sus logros.

En particular, es Nassbaum quien da a esta línea de pensamiento un anclaje en el campo de los derechos humanos y el derecho constitucional<sup>75</sup>. Su objetivo es ofrecer las bases filosóficas para una explicación de los principios constitucionales básicos que deberían ser respetados e implementados los estados de todas las naciones, como mínimo indispensable para cumplir la exigencia de respeto hacia la dignidad humana. La autora toma como punto de partida la idea de que una persona libre es aquella que puede desarrollar un estilo de vida digna. En línea con Sen, ella propone que la idea de una vida digna depende de la posibilidad de realizar los planes de vida personales y que dicha realización depende a su vez de las capacidades con que se cuenta para ello. Además, ella agrega que existe un cierto nivel de capacidades debajo del cual ningún plan de vida puede llevarse a cabo. Por lo tanto, para ella la pregunta que trasciende la discusión no es si una persona goza o no de determinado plan de vida, sino más bien si la misma es capaz o no de realizar ese plan de vida. Una estructura política justa es aquella que provee la posibilidad de realización de las capacidades de lograr los objetivos personales<sup>76</sup>.

De la propuesta de Sen y Nassbaum se desprende que las capacidades de las personas requieren mucho más que la no interferencia del estado. Dejando atrás la concepción liberal clásica de libertad negativa, sus perspectivas hacen patente la necesidad de generar acciones positivas y soportes institucionales que garanticen la justicia. En concreto, Nassbaum propone que los derechos humanos deben ser entendidos en clave de capacidades. Ella propone que, por ejemplo, para que las personas ejerzan su derecho a la participación política no basta con el reconocimiento formal del mismo. Lo que le da vigencia a ese derecho es la existencia de una estructura que garantice el ejercicio de ese derecho en la práctica. Otorgar el derecho al voto a todos los ciudadanos no es suficiente si el acceso al documento nacional de identidad es condicionado por barreras económicas. Asimismo, la satisfacción del derecho a un trabajo digno no se reduce a que el estado establezca leyes que limiten la explotación laboral o prohíba la discriminación en el mercado laboral, sino que requiere el estado provea las condiciones necesarias para que cada persona acceda a un trabajo en

---

<sup>75</sup> *id.*

<sup>76</sup> Nótese que Nassbaum propone una lista, no definitiva, de capacidades que todo estado debería respetar. Además, ella propone tres tipos de capacidades, básicas, internas, y combinadas. Sin embargo no me detengo en este aspecto, ya que me interesa discutir aquí como su visión de las capacidades se relacionan con una visión positiva de la libertad, y como la misma, a su vez, nos permite sostener la existencia de obligaciones positivas estatales derivadas de la protección los derechos fundamentales.

condiciones dignas. Y esas condiciones muchas veces tienen que ver con la adecuada provisión de servicios de salud, educación, asistencia legal, etc.

Entendidos así, los derechos fundamentales incorporan la obligación del estado de cumplir con obligaciones de hacer. Además, esta obligación se hace parte constitutiva de todo tipo de derechos. Durante mucho tiempo se ha sostenido que los derechos pueden identificarse de acuerdo a las obligaciones que de ellos se derivan. Así, de los derechos civiles y políticos se derivan solo obligaciones negativas o de abstención, y de los derechos sociales se derivan obligaciones positivas. Sin embargo, bajo la propuesta de la teoría de las capacidades, todos los derechos requieren el cumplimiento de obligaciones negativas como positivas. Qué tipo de obligaciones son aplicables a un caso concreto dependerá de las condiciones que permitan o no la realización del plan de vida de cada persona.

La jurisprudencia de la Corte en casos de reforma estructural puede leerse en clave de la teoría de las capacidades, en cuanto reconocen la obligación del estado de implementar políticas concretas destinadas a hacer efectivo el goce de diferentes tipos de derechos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales, y culturales. Como se discutió más arriba, en todos estos casos el Tribunal insta a los otros poderes a implementar políticas públicas que eliminen los condicionamientos al ejercicio de diferentes tipos de derechos. En los casos relacionados a cuestiones carcelarias, el estado debe implementar políticas concretas para que los derechos a la vida y a la integridad física, entre otros, puedan ser ejercidos efectivamente. No basta en estos casos que los agentes estatales se abstengan de realizar conductas ilegales, sino que es necesario un plan concreto que canalice la acción estatal. Lo mismo sucede con el caso *Riachuelo* donde el goce del derecho a un ambiente sano requiere de una política compleja que vaya más allá del mero control estatal de la conducta de las empresas ubicadas en los márgenes del río. En el caso de los jueces subrogantes, el derecho al acceso a la justicia de los ciudadanos depende de que exista un mecanismo de selección de jueces acorde con la participación de los tres poderes en dicho proceso de selección. Por otro lado, del caso *Badaro* se desprende que el derecho a la seguridad social requiere de un andamiaje institucional que garantice un efectivo sistema de movilidad de haberes. Finalmente, en el caso de los pueblos originarios de la provincia del Chaco, la realización de ideal de vida digna de sus miembros requiere provisiones estatales básicas, como lo es el servicio de agua potable y el transporte público.

En todos estos casos, la protección de los derechos no se alcanza con la mera enunciación formal de los mismos ni tampoco con la mera no interferencia estatal en el ejercicio del mismo, sino más bien que dicha protección requiere acciones positivas por parte del estado. Y esas acciones son consecuencia de las obligaciones positivas emanadas de la protección efectiva de los derechos humanos, en tanto y en cuanto el objetivo sea el objetivo de proteger el valor fundamental de la libertad, entendida a su vez, como libertad positiva.

### La libertad positiva y el redimensionamiento de la relación entre el estado y la sociedad

A su vez, la concepción de libertad negativa tiene una correlación en la forma que se concibe la relación entre el estado y la ciudadanía, entendiéndose que el individuo realiza su plena libertad cuando se encuentra libre de toda regulación del estado y la comunidad. Esta visión se remonta a los orígenes del mito liberal propuesto por Locke and Hobbes, donde el individuo se considera anterior a la sociedad. Previo a su paso desde el estado natural a la vida social, el individuo se encuentra ya completamente formado y esencialmente libre. Según este mito, los hombres libres en su estado de

naturaleza se someten al poder estatal solo en busca de orden y seguridad dado que el ser humano, gozando de ilimitada libertad, se convierte en el enemigo de sus propios pares. Pero el estado mismo también es visto como una potencial amenaza de la libertad individual. Como consecuencia, investir al estado de cierta autoridad para garantizar el orden y la seguridad a la vez que preservar la autonomía personal lleva a la creación de derechos naturales que el hombre preserva frente al estado. Así, completamente desarrollado y protegido por sus derechos naturales el individuo entra a la sociedad, protegido de cualquier invasión del estado a su autonomía. En esta visión, los derechos funcionan como límites a la acción estatal.

Frente a esta idea, la visión de la libertad positiva, y en particular la teoría de las capacidades nos invitan a redimensionar la relación entre el estado y la ciudadanía. Claramente, el desafío se encuentra en reconciliar las ideas de libertad personal y la de soberanía estatal o popular<sup>77</sup>. La propuesta de entender la libertad como agencia y la teoría de las capacidades nos permite entender que el individuo recurre a la sociedad por algo más que seguridad y orden. En esta visión, la sociedad no se ve como un límite a la autonomía personal y la libertad individual sino más bien como el contexto que permite y expande nuestra autonomía. Es a través de la sociedad, y del estado como agencia que la representa, que el ser humano puede alcanzar su completa realización. Como resultado, los derechos no pueden verse como meros escudos que protegen individuos de una sociedad atomizada donde cada uno busca protegerse el uno del otro, y del estado. En esta línea, Fredman trae a la discusión los trabajos de Habermas y Raz, quienes ofrecen mayor sustento a este redimensionamiento de la relación entre el individuo y la sociedad y el estado. En su visión, Habermas frontalmente propone que cualquier intento de lograr orden y seguridad requiere de la colaboración entre los sujetos quienes se reconocen libres e iguales entre sí en cuanto derecho y deberes. En esta línea de pensamiento, la libertad no es solo una libertad natural que encuentra ocasionalmente resistencia en otros individuos, sino también que es una libertad constituida a través del reconocimiento mutuo. Como consecuencia, los derechos humanos no se constituyen así como garantías protectoras de un ser pre social. En este punto, Raz agrega en este sentido que la sociedad ayuda a formar a la vez que hace posible las diferentes opciones necesarias para la realización del individuo. Solo en el contexto social es que la autonomía personal puede ser realizada. Así entendida, la vida en sociedad debe incorporar la estructura política adecuada, el estado, esencial para la vida personal en sociedad. Y es aquí donde aparecen los derechos humanos estructurados

---

<sup>77</sup> Nótese que la visión que se propone aquí se diferencia de otras propuestas que se pueden encontrar en diferentes variantes del republicanismo cívico y que también se oponen la perspectiva de la libertad negativa pero desde otro ángulo. En líneas generales, estas corrientes subsumen la voluntad individual a la sociedad y al estado. Fredman, conf. " *Human Rights...*", cit., resume estas posiciones conectando las enseñanzas de Aristóteles con las propuestas de Hegel. Ya Aristóteles proponía que una persona es por naturaleza un animal social y político, y que la condición de ser humano se alcanzaba en el contexto de una comunidad política. En esta idea, el objetivo de la comunidad política es posibilitar que cada individuo llegue a su perfección como ser humano. Para esta visión, la libertad solo tiene sentido en el contexto de la comunidad política. En la misma línea Hegel proponía que pensar al individuo como anterior a la sociedad era subestimar el rol de la sociedad y de la comunidad política en su función constitutiva de individuos libres. Solo es posible alcanzar la libertad individual cuando experimentamos y somos parte de la libertad colectiva, que nos permite desarrollar nuestras capacidades, habilidades y auto reconocimiento necesarios para ejercer la libertad individual. Y es aquí donde el estado cumple el rol esencial en posibilitar al individuo realizar plenamente como sujeto libre en sociedad. Esta línea de pensamiento parecería sugerir que el individuo existe solo a través de la sociedad y su ser depende de ella, lo que implicaría una renuncia al reconcomiendo de la autonomía individual.

por obligaciones positivas estatales, ya que, requieren que el estado provea de las condiciones necesarias y de las opciones adecuadas para la realización personal en sociedad.

## Conclusión

En este trabajo se revisaron una serie de fallos a través de los cuales la Corte se involucra en la protección de derechos en casos que se enmarcan dentro del litigio estructural. Primero, los mismos son originados por condiciones estructurales que provocan circunstancias violatorias de derechos, segundo, por el hecho que la corrección de éstas requiere de una política pública que les ponga fin, y cuyo contenido va más allá, tanto de la mera abstención de realizar la conducta violatoria, como de la reparación del daño producido.

Asimismo, a través de estos fallos la Corte incorpora a su jurisprudencia el *experimentalismo jurídico* a través de intervenciones abiertas donde la Corte insta a la elaboración y modificación de políticas públicas, reservándose la facultad de monitorear ambos aspectos. El objetivo de todas estas intervenciones es justamente la eliminación de las condiciones estructurales que propician las violaciones a los derechos humanos. Haciendo uso de estos remedios abiertos, la Corte sortea el obstáculo procedimental que se observa ante la falta de mecanismos procesales apropiados para facilitar el involucramiento judicial en estos casos. Asimismo, estas intervenciones permiten responder a la objeción relativa a la falta de capacidad técnica de las cortes para involucrarse en el campo de las políticas públicas. Como quedó establecido, ya no es la Corte quien decide el contenido de las políticas públicas, sino las agencias de los otros poderes en dialogo con las partes y otros terceros. Asimismo, el Tribunal permite el ingreso de información necesaria para la elaboración de políticas públicas a través de medidas que impulsan el debate, como es el caso de las audiencias públicas. Quizás el déficit técnico se observa en el caso de los remedios en procesos cautelares, donde se observa un avance por parte del Tribunal en la fijación de los objetivos de la política pública en cuestión.

Entendidos en su justo marco teórico, los fallos de la Corte en casos de violaciones estructurales implican el reconocimiento de una teoría robusta de los derechos humanos que se asienta en el reconocimiento de las obligaciones positivas estatales como parte esencial de la estructura de estos derechos. Esto significa que la efectiva protección de estos derechos requiere por parte del estado no solo la no interferencia en el pleno goce de los mismos, sino también la obligación de realizar acciones concretas a los fines de hacer efectiva dicha protección. Además, estos casos reconocen que esta acción no se limita a intervenir a fin de evitar que ciertos particulares afecten los derechos de otras personas, sino que el agente obligado de esa acción es el mismo estado de quien se exige una acción concreta.

Ahora bien, el involucramiento del poder judicial en el proceso de elaboración e implementación de políticas públicas no es ajeno a la controversia respecto de la legitimidad democrática del poder judicial. Particularmente, se argumenta en contra de la función judicial en el control de obligaciones positivas alegando que el involucramiento judicial en la valoración de políticas públicas y acciones estatales implica un avasallamiento por parte del poder judicial en la esfera de los otros poderes. En esta línea, la crítica advierte que los tribunales no solo carecen de las capacidades técnicas para esta labor, sino también de la legitimidad democrática para hacer valoraciones de índole políticas, que

son justamente potestad de los órganos legitimados por el voto popular. Bajo esta luz, estos modos de intervención parecieran agravar el problema del carácter contramayoritario de las cortes.

Sin embargo, el uso de intervenciones abiertas por parte de la Corte pareciera resolver este problema. Sin ánimo de cerrar la discusión al respecto, es importante destacar que en este tipo de intervenciones la Corte renuncia a ser la última palabra en la elaboración de la contienda, cediéndole a los otros órganos la facultad de decidir el contenido de la política pública en cuestión, aunque manteniendo la facultad de supervisar tanto el diseño como la implementación de dicha política pública. De esa manera, la Corte evita ser acusada de arrogarse facultades que no le corresponden. Por otro lado, la Corte incorpora aquí una nueva visión sobre el rol de las agencias estatales en la protección y realización de la Constitución. Bajo esta línea, la Corte pareciera entender que la protección de los derechos requiere de un proceso de diálogo institucional donde diferentes esferas cumplen un rol determinado, dejando de lado así las visiones donde es una sola rama del estado la que se encarga de esta tarea. De esta forma, se puede entender que la Corte deja de lado la idea que la protección de derechos es una tarea vertical donde el poder judicial impone a los otros poderes su propia visión. De esta forma, la corte elabora una forma de intervención judicial que reconcilia la idea de protección de los derechos y la soberanía popular.

En estas líneas, podemos decir que la jurisprudencia comentada aquí implica el camino hacia formas más efectivas en la protección de los derechos humanos. Concretamente, estas formas permiten el involucramiento de las cortes en el proceso de elaboración e implementación de políticas públicas en casos de alta magnitud dado su carácter estructural. Asimismo, dan respuestas a los interrogantes procedimentales y prácticos que esta tarea implica, creando innovadoras formas de intervención judicial a través del experimentalismo jurídico. Asimismo, estos fallos implican reconocer una teoría robusta de los derechos que incorpora a la estructura de los mismos las obligaciones positivas del estado, redimensionando a la vez la relación entre ciudadanía y estado. Por último, estas formas parecieran ser respetuosas de la soberanía popular, uno de los pilares de nuestro sistema constitucional. Resta investigar en futuros trabajos cuales han sido los impactos reales de estos fallos, a la vez que analizar por qué la Corte ha disminuido el uso de intervenciones abiertas de este tipo.

