Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

EL *HABEAS CORPUS* COMO PROCESO ESTRUCTURAL A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ARGENTINA

María Sofía Sagüés
Profesora de la Universidad de Buenos Aires

I. Planteamiento de la temática:

La grave situación de hacinamiento, precarias condiciones de salud e higiene, en definitiva, abandono estructural de personas detenidas en establecimiento penitenciarios de los países de la región, ha recibido atención de los órganos nacionales e internacionales, y calificada como condiciones inhumanas y degradantes vedadas tanto por los textos constitucionales como por los tratados de DDHH vigentes.

Esto ha decantado en una catarata de procesos constitucionales de diversa naturaleza (acciones de tutela, *habeas corpus* correctivos individuales, *habeas corpus* colectivos) que, a través de distintas vías, intentan se instrumenten medidas transformadoras de esta situación.

La complejidad del tema ha puesto en tención la idoneidad de los remedios, cuya aplicación ha llegado a superar los cauces clásicos, y adoptar figuras innovadoras. En algunos casos, la experiencia comparada presenta procesos de *habeas corpus* que han adquirido la dimensión de litigio estructural, procurando atacar de manera amplia la causalidad compleja poli céntrica que presenta el fenómeno. La innovación procesal ha implicado un gran avance, aunque no siempre se ha obtenido el grado de ejecución procurado.

La presente ponencia se concentra en la experiencia Argentina de *habeas corpus* como litigio estructural, a partir de la cual brinda algunos elementos para su instrumentación de manera idónea y satisfactoria del art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos[1].

[1] En adelante CADH.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

II. La Corte Interamericana de Derechos humanos frente a las violaciones estructurales de derechos

a) Primeras experiencias

El constitucionalismo y el orden internacional de los derechos humanos se han abocado prolíficamente a la igualdad y la veda de la discriminación, proclamada de manera enfática por constituciones, leyes, convenciones, declaraciones, etc. Sin embargo, no es necesario afinar la vista para confrontar una realidad plagada de grupos de personas marginadas, excluidas en el goce de sus derechos, e incluso perseguidas, hostigadas o ahogadas en la violencia o la miseria.

Ese escenario constituye una «discriminación estructural»[2], es decir una «situación sistemática de exclusión, marginación o subordinación que le impide a un grupo de personas acceder a condiciones básicas de desarrollo humano.»[3]

Si bien tales situaciones de discriminación estructural no son novedosas, su conceptualización por el orden jurídico sí. La consideración del contexto estructural que acompaña y condiciona la violación de derechos encuentra sus primeras expresiones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[4] a partir del año 2000, mediante la adopción de pronunciamientos que van más allá de la ponderación en concreto de las víctimas del caso, y que también valoran de aspectos estructurales, en particular una lectura amplia del contexto histórico, temporal y geográfico en casos donde se presenten patrones de discriminación.[5]

---

[2] Con relación a la noción de «discriminación estructural» me remito a un anterior trabajo, titulado «*Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico*», publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4817/5.pdf, última consulta 16/9/2020. Vr, asimismo, Fiss, Owen, «*Groups and the equal protection clause*», 1976, «A community of equals», Beacon Press, Boston, 1999, Saba, Roberto, «*Más allá de la igualdad formal ante la ley*», Editorial siglo XXI, , Buenos Aires, 2016Liliana María Salomé Resurrección, «*el concepto de discriminación estructural y su incorporación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*», disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24956/TFM_MEADH_Liliana_Salome_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y, última visita 16/9/2020— y Lucas Sebastián Grosman, «La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución», disponible en https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/inv_jurid/igualdad_estructural.pdf

[3] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Voto razonado en la sentencia dictada en la Causa «Trabajadores de la Facenda Brasil verde vs. Brasil», l 20 de octubre de 2016, Serie C, párr.. 80. Respecto al desarrollo del concepto de «discriminación estructural» en la jurisprudencia de la CorteIDH, me remito a Paola Pelletier Quiñones, «*La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»,* disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34025.pdf, última consulta: 16/9/2020.

[4] En adelante CorteIDH.

[5] Ver en torno al punto a Claudio Nash y Rojas Constanza Núñez Donald, en «La dimensión estructural de la garantía jurisdiccional de derechos humanos el caso chileno y el contexto internacional», 28/10/2020 Editorial: Tirant lo Blanch, España.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

En particular, un hito trascendente puede encontrarse en la OC-18/03 de 17 /9/2003, conforme a la cual la «condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales).[6]

b) Discriminación estructural

El concepto convencional y constitucional de igualdad se ha robustecido. De la igualdad ante la ley que partía de la neutralidad del Estado, se evolucionó a la de igualdad sustancial, dando tutela preferente a sectores vulnerables. A su vez se incorporó la mirada hacia la realidad, y se prohibieron discriminaciones fácticas o indirectas dadas en la aplicación de normas en principio neutrales pero que tenían impacto desproporcionado en determinadas personas[7]. También se abarca la «discriminación múltiple» que implica la actuación conjunta de diversos supuestos de vulnerabilidad, y, finalmente, la «discriminación interseccional»[8] cuando confluyen varios factores de vulnerabilidad asociados a condiciones como edad, sexo, situación de pobreza, discapacidad, y otros, que interactúan entre sí de manera simultánea, desencadenando una forma específica de discriminación que no podría entenderse a partir de una visión aislada de cada factor.

Pero más allá del desarrollo de los nuevos contenidos de la igualdad, la realidad sigue demostrando la existencia de grupos de personas marginadas, que, sobre la base de prácticas sistemáticas generalizadas de exclusión social, llegan a constituirse como castas o parias.[9]

Este diagnóstico obliga a cuestionar aquellas leyes y prácticas que crean o perpetúan estructuras generalizadas de sometimiento.[10] Así, la noción de «igualdad como no sometimiento» se presenta como una instancia superadora de la concepción individualista de la igualdad,[11] permitiendo acercar la tutela de los derechos a estos grupos desaventajados. Desde esta perspectiva la igualdad se con-

---

[6] vr. CorteIDH, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 112. Ver, asimismo, Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Parr. 128

[7] CorteIDH, Caso Nadege Dorzema v. República Dominicana 2012, Serie C 251, entre muchos otros.

[8] Vr., por ejemplo, Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 1 de septiembre de 2015. Serie C No. Párr. 285, 288, 289 y 290, Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351

[9] Vr. Fiss, Owen, «*A community of equals*», Beacon Press, Boston, 1999.

[10] Fiss, Owen, *op. cit.,* p. 7.

[11] Ver Saba, *op. cit.,* pp. 27 y ss.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

ceptualiza «como un principio opuesto a la opresión y la imposición de cadenas visibles o invisibles… La igualdad entendida como inexistencia de opresión, sometimiento o… exclusión, alude al imperativo moral de igual libertad como precondición para la autonomía de las personas.»[12]

En definitiva, es necesario evidenciar que el reconocimiento constitucional y convencional de la igualdad veda crear o perpetuar estructuras generalizadas de subordinación y exclusión, que se encuentran sostenidas y articuladas sobre múltiples causas que se mantienen de manera policéntrica.

Claro que ello implica reconocer la pluricausalidad policéntrica de estas situaciones de exclusión, donde la violación estructural de derechos no puede imputarse a una causa, sino a una multiplicidad de factores relacionados entre sí, de tal manera que cada núcleo de tensión impacta en los otros y colabora con su sostenimiento.[13] Por ello, el remedio debe atacar a todos.

c) Génesis del reconocimiento de la discriminación estructural

En el caso «Campo Algodonero» [14], donde se sentaron las bases de la responsabilidad del Estado por riesgo creado en lo que refiere a violencia contra la mujer, la CorteIDH alertó sobre una «cultura de discriminación» que «contribuyó a que [los] homicidios [de mujeres en Ciudad Juárez] no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes»[15]

---

[12] Saba, op., cit., p. 28.

[13] Lon L. Fuller and Kenneth I. Winston, «The Forms and Limits of Adjudication», Harvard Law Review, Vol. 92, No. 2 (Dec., 1978), pp. 353-409

[14] CorteIDH, Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México, sent. del 16 de noviembre de 2009, Serie C-205.

[15] CorteIDH, Caso González y otras citado, Párr. 398. De allí se desprende la irregular y deficiente actuación de las autoridades del Estado a la hora de buscar el paradero de las víctimas una vez reportada su desaparición, la mala diligencia en la determinación de la identidad de los restos, de las circunstancias y causas de las muertes, el retraso en la entrega de los cadáveres, la ausencia de información sobre el desarrollo de las investigaciones y el trato dado a los familiares durante todo el proceso de búsqueda de verdad configura un trato degradante, contrario al artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de los familiares.» En consecuencia, haciendo uso de la doctrina del «riesgo creado», que había sido aplicada en algunos casos llevados a cabo contra Colombia, cuyo conocimiento era predicable del Estado, el Tribunal concluye su responsabilidad internacional. Ver al respecto a Abramovich, Victor, «Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso «Campo Algodonero» en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31644.pdf, última consulta 16 de septiembre de 2020

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Este escenario es definido expresamente por la Corte «discriminación estructural» en la sección reparaciones de dicho pronunciamiento, al señalar: «teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado […], las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo».

La especificidad de los remedios es reiterada en «Atala Riffo»[16,] donde la corte identifica los elementos estructurales de discriminación en torno a minorías sexuales[17.] y requiere que algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI.

En definitiva, dado que la discriminación estructural constituye el marco o encuadre que sostiene y perpetua la violación de derechos a escala, los remedios deben tener vocación transformadora de dicha situación. Este punto se vincula necesariamente con las potestades de los Tribunales constitucionales y organismos supranacionales como agentes de cambio social[18], y los remedios procesales que habilitan esa acción.

d) Caso «Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde vs. Brasil»

El concepto[19] es utilizado y desarrollado en el pronunciamiento dictado en el año 2016 en el caso «Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil»[20], donde el Tribunal concluye, por mayoría de 4 sobre 5, que la violación del derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas «fue producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica».[21]

---

[16] Corte IDH, «Atala Riffo y niñas vs. Chile», sent. 24 de febrero de 2012, Serie C, parr. 267

[17] *Idem,* parr. 239.

[18] Vr. Sagüés, Néstor Pedro, «*Los Tribunales constitucionales como agentes de cambio social*», ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO AÑO XVII, MONTEVIDEO, 2011, pp. 527-541, ISSN 1510-4974

[19] Cabe aclarar que en otros casos el Tribunal no hace uso expreso de la doctrina, como Corte IDH. Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, aunque si a se mencionan condicionamientos estructurales del goce de derechos (párr. 273). Ver asimismo, CorteIDH, «Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominincana», 28 de agosto de 2014. Serie C.

[20] Corte IDH, Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil» 20 OCTUBRE DE 2016 (Excepc iones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) seriec_318.

[21] *Idem,* Disiente el Juez Sierra Porto.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Basó su decisión en que «el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas[22]. Continúa diciendo el Tribunal «Esta discriminación se ve enmarcada en una «situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas».[23]

El voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, tras resaltar que la Corte consideró a la pobreza como un supuesto de discriminación por condición económica, aporta elementos técnicos interesantes para delimitar las aristas de la doctrina de la discriminación o desigualdad estructural. El juez parte de la generalidad de la tutela brindada por el instrumento internacional, señalando que «la Convención Americana no contiene una definición explícita del concepto de «discriminación» ni de qué grupos «son sometidos a discriminación».[24] A partir de allí, brinda «algunos elementos que deben ser tomados en consideración, a modo enunciativo más no limitativo, para determinar si derivado del contexto o patrones colectivos o masivos estamos frente a una discriminación estructural»:

- La discriminación estructural siempre se plantea en clave colectiva ya que exige la presencia de un grupo de personas, o grupos de personas.

El Juez citado refiere a que tal grupo —que puede ser «minoría o mayoría»— debe presentar, en principio, las siguientes singularidades: a) «tienen características inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona, b) o bien que están relacionados a factores históricos de prácticas discriminatorias.

- «estos grupos se han encontrado en una situación sistemática e histórica de exclusión, marginación o subordinación que les impiden acceder a condiciones básicas de desarrollo humano».

Este elemento apunta al núcleo central de la noción de discriminación estructural: la situación generalizada de desventaja, exclusión, subordinación, marginación o sometimiento.

Se presenta al elemento histórico como una pauta que permite identificar la discriminación estructural, pero que no es imprescindible, en la medida que se constate la sistematicidad o proyección generalizada de la marginación, subordi-

[22] *Idem,* Párr. 338.
[23] *Idem,* Párr. 339.
[24] *Idem,* Voto razonado Eduardo Ferrer Mac Gregor, párr. 5°.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

nación o exclusión que actúa como valla u obstáculo para el goce de los derechos fundamentales. En efecto, la noción de discriminación estructural resulta apropiada para canalizar la situación de grupos históricamente excluidos, pero no se agota en ellos. Por el contrario, principio de no sometimiento «antisubjugation» se proyecta a todos los órdenes sociales.[25]

En consecuencia, la multiplicación, generalización y sistematización de la marginación y exclusión en el goce de los derechos constituye el elemento determinante de la discriminación estructural, a lo que se suma en numerosas oportunidades el condimento histórico o cultural, aunque no como elemento indispensable.

- Seguidamente el voto aclara que no existe un condicionante geográfico para la aplicación de la doctrina.[26]
- Por último, puntualiza que la discriminación estructural encuentra su base en la noción de discriminación de facto, no de iure.[27]

El juez Eduardo Vio Grossi, en su voto razonado, enfatiza el carácter de «marco» o «encuadre» de la discriminación estructural, que constituye el contexto en que estos últimos tuvieron lugar y, en consecuencia y en cierta medida, los explica, más no los justifica.

Finalmente, el Juez Humberto Sierra Porto fundamenta su posición disidente concentrándose en las dificultades probatorias que implica el diagnóstico de una situación de discriminación estructural, expresando que la sola presunción de afectación por pobreza no puede tener como consecuencia automática que exista discriminación en contra de un grupo específico. [28]

La alerta del Dr. Sierra Porto resulta especialmente trascendente en virtud de las particularidades que cabe predicar en torno a la prueba de la situación de discriminación estructural, que analizaremos en los títulos siguientes.

---

[25] Fiss, Owen, « A community…», *op. cit.,* p. 15. La experiencia del sistema europeo de derechos humanos también permite acentuar el elemento de la generalización o sistematización en la exclusión de determinados grupos del goce de sus derechos, más allá de la existencia o no de discriminación histórica. De esta manera se vincula la doctrina en estudio con la exigencia de sistematicidad o «disfunción sistémica inadmisible» o problema generalizado como elemento determinante de la adopción de sentencias pilotos por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos

[26] CorteIDH, caso «Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil», *op. cit.,* voto razonado del Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor, considerando 80.

[27] *Idem*.

[28] CorteIDH, caso «Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil», *op. cit.,* voto razonado del Dr. Humberto Sierra Porto, párrs. 6, 8 y 10.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

e) Discriminación estructural, interseccionalidad e igualdad material

Un nuevo salto cualitativo se verifica en el fallo «Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil»[29], que alerta «problemas estructurales que producen y reproducen el trabajo informal y precario de fabricación de bombetas o cohetes.»[30]

Explica expresamente el tribunal que la discriminación estructural se refiere a comportamientos arraigados en la sociedad, que implican actos de discriminación indirecta contra grupos determinados y que se manifiestan en prácticas que generan desventajas comparativas. Estas prácticas pueden presentarse como neutras, pero tienen efectos desproporcionados en los grupos discriminados.[31]

Señaló que la situación de las víctimas implicaba discriminación interseccional y discriminación estructural, donde se combinaba una situación generalizada de situación socioeconómica desfavorable, con otros factores, dado que las personas se encontraban en una situación de pobreza estructural y eran, en una amplísima mayoría, mujeres y niñas afrodescendientes. A su vez, por la discriminación estructural por su condición de pobreza, no podían acceder a otra de fuente de ingresos y debían exponerse al aceptar un trabajo en condiciones de vulnerabilidad, que desconocía los mandatos de la CADH y que las expuso a los hechos victimizantes.[32]

De esta manera, se concluye que «se observa una confluencia de factores de discriminación»[33] a la par que se identifica una omisión del estado, que no adoptó ninguna medida que como una forma de enfrentar o de buscar revertir la situación de pobreza y marginación estructural de las trabajadoras de la fábrica de fuegos.[34] Es por ello que el Tribunal establece como remedio o medida de no repetición que el estado diseñará y ejecutará un programa de desarrollo socioeconómico, en consulta con las víctimas y sus familiares, con el objeto de promover la inserción de trabajadoras y trabajadores dedicados a la fabricación de fuegos artificiales en otros mercados laborales y posibilitar la creación de otras alternativas económicas.

Eduardo Ferrer Mac Gregor, en un voto razonado, enfatiza la necesidad del entendimiento conjunto del principio de igualdad y no discriminación, en espe-

---

[29] CorteIDH, caso «Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil», fecha 15 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)», Serie C, 407.

[30] *Id.* párr. 64.

[31] *Id.* cita 284.

[32] Párrafo 188.

[33] Párrafo 190.

[34] Párrafo 200.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

cial desde el artículo 24 de la CADH, con un mandato de igualdad material, de tal manera que abona en gran medida a redimensionar los alcances que tiene la discriminación estructural (agravada cuando confluyen otros factores). Agrega que lo anterior no implica que, en la interpretación de la CADH, deba eliminarse la noción de igualdad formal o deba primar la igualdad material ya que las dos concepciones e interpretaciones coexisten, complementándose en los aspectos en que una de ellas resulte insuficiente.[35]

Así, concluye en que es necesario que las acciones para erradicar estas situaciones de exclusión o marginación adopten un «**enfoque diferencial**» para que en el diseño de las medidas se tomen en cuenta posibles particulares que puedan impactar en diferentes subgrupos de personas destinatarias de esas medidas (niñas y mujeres embarazadas).

Por su parte, el Juez Ricardo Pérez Manrique, también en voto razonado, toma en especial consideración que las víctimas sufrieron una discriminación estructural, en virtud de pertenecer a sectores históricamente marginados —cuyo origen está vinculado al fenómeno de la esclavitud— que se mantuvo en el tiempo más allá de los avances normativos que nunca tuvieron efectividad real. Además, sufrieron la discriminación interseccional producida por pertenecer a categorías consideradas sospechosas por la CADH. Concluye que la obligación positiva del Estado, ante la verificación de un patrón de discriminación interseccional y estructural como el descrito, consiste en el desarrollo de líneas de acción mediante el desarrollo de políticas sistemáticas que actúen sobre los orígenes y causas de su existencia.

f) Un remedio idóneo para transformar la situación

Al constituir la discriminación estructural una afectación al derecho a la igualdad, es imprescindible desarrollar un remedio idóneo (art. 25 CADH), que debe tener una vocación transformadora de las situaciones generalizadas de exclusión o subordinación. En definitiva, la violación estructural de derechos demanda un remedio también estructural.

[35] Es relevante el Párrafo 109 que esclarece la orientación del Juez en estudio, al señalar que «en la medida en que exista un contexto de discriminación estructural, la expresión «sin discriminación» en el artículo 24 se debe leer en consonancia con el mismo enunciado contenido en el artículo 1.1; y, por ende, comprender que, desde el artículo 24 de la Convención, existe, para garantizar los derechos, obligaciones positivas. Esas obligaciones positivas se deben traducir, por ejemplo, en la: i) eliminación de normativa que pueda ser aparentemente neutra pero que tenga un impacto indirecto en determinados grupos, ii) adoptar normativa que responda a las situaciones particulares de hecho de grupos excluidos sistemáticamente o iii) adoptar medidas de compensación para que la normativa existente puede ser aplicable en la realidad y no tenga como resultado una ineficacia.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

El concepto de remedio o proceso estructural puede recibir distinto predicamento, si bien todas confluyen en una eficacia expansiva de la tutela, como «intervenciones judiciales que expanden el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales.»[36]

En cuanto al objeto del proceso, debe apuntar a revertir la causalidad policéntrica de tal discriminación, que puede englobar aspectos jurídicos, pero mayoritariamente estereotipos sociales. Es por ello que los procesos objetivos previstos en aquellos sistemas que siguen modelos concentrados o difusos, como aquellos que tienen por objeto la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de control de inconstitucionalidad por omisión no parecen ser plenamente satisfactorios frente a la discriminación estructural, ya que los elementos que la sostienen no son siempre jurídicos, normativos (ya que puede darse incluso con normas neutrales). En efecto, el remedio no puede solamente ser normativo, ya que, de limitarlo a soluciones de tal carácter, los estereotipos culturales que sostienen y petrifican la discriminación estructural se mantendrían incólumes, proyectándose en la aplicación práctica de las propuestas normativas, incluso siendo estas neutrales. Por su parte, los procesos subjetivos, deben ser idóneos para adaptarse al carácter estructural del conflicto.

III. La violación estructural de los derechos de las personas privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios

A la luz del artículo 5 de la CADH toda persona privada de su libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En ese marco, el tribunal regional ha señalado que la dignidad personal de los detenidos forma parte del núcleo inderogable e insuspendible de los DDHH.[37] A ello ha sumado el carácter fundamente, o basal de la liberta física, es decir que su afectación se proyecta en la restricción de otros derechos, y puede redundar en menoscabo de múltiples garantías. Así, ha sostenido que las privaciones de la libertad implican un inevitable menoscabo, privación o alteración de derechos de las personas, e incluso las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios que deterioren la integridad física, psíquica o moral pueden llegar a constituir una forma de pena cruel, prohibida por el 5 inc. 2.[38]

---

[36] Mariela Puga, «*El litigio estructural*», disponible en https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf, última consulta 16/9/2020.

[37] Corte IDH, caso Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, 25 de noviembre de 2006, Serie C, 160.

[38] Corte IDH, caso Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú 25 de noviembre de 2004, pàrr. 101serie C, 119.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Sin embargo, tales derechos enfrentan a una realidad plagada de precarias condiciones de salubridad e higiene, con sobrepoblación y hacinamiento extremos (en algunos países la tasa de ocupación es superior al 300 %), abuso del encarcelamiento preventivo (que llega a cubrir el 60% de las personas detenidas), conflicto que se ha ahondado en el marco de la pandemia de 2019.

Entre las medidas inconvencionales específicamente citadas en el caso «Penal Castro Castro»[39] se mencionan el hacinamiento, aislamiento prolongado, incomunicación coactiva (salvo por razones excepcionales), ausencia de ventilación y luz natural en las celdas, falta de higiene, restricciones indebidas al régimen de visitas., falta de agua potable, etc. A su vez, el Tribunal ha identificado como deber del Estado de proporcionar Salud, bienestar mínimo y asistencia médica, porque las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre ellos.[40] La afectación de estos derechos, en numerosos casos, se ha planteado en clave estructural. Así, se ha puntualizado como existen factores culturales que condicionan la violación de los derechos en la magnitud identificada.[41]

Ha recibido atención especial la afectación interseccional de mujeres privadas de su libertad, en particular mujeres embarazadas y en lactancia, quienes deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención. La Corte Ha señalado que el daño y sufrimiento experimentados por las mujeres en general y especialmente las mujeres embarazadas y por las internas madres resultó particularmente grave. La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres.[42]

Todo ello reclama una tutela acorde, que, incluso, no puede verse limitada por aspectos económicos, ya que el estado no puede invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales y no respeten la dignidad del ser humano[43].

IV. Experiencias de tutela estructural

La problemática golpeó las puertas de la jurisdicción constitucional latinoamericana, recibiendo respuestas de diversas índoles, encabezadas por los casos pio-

[39] Vr. CorteIDH Caso Penal Castro Castro citado, párr..314, 316, 323, 325, Vélez Loor párr. 216, etc.

[40] Corte IDH, caso Caso Yvon Neptune Vs. Haití.Fondo, Reparaciones y Costas. 6 mayo de 2008 pàrr. 130, Velez Loor 216 cit., párr. 218

[41] Corte IDH, caso CASO Velez Loor vs. Panama, 23 de noviembre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 198, Serie C, 218.

[42] CorteIDH Caso Castro Castro, cit, parrs. 303 a 308.

[43] Corte IDH, caso Velez Loor cit., 198, 2007

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

neros decididos por la Corte Constitucional Colombiana, y luego multiplicadas en diversos países, entre los que podemos citar incluso a Brasil, Uruguay[44], etc.

En las sentencias T-153 y T-606 la Corte Constitucional, luego de describir un escenario generalizado de negación de derechos humanos básicos que se extendía a múltiples procesos y a varios establecimientos carcelarios («estado de cosas inconstitucional»), y de puntualizar la omisión por las autoridades responsables del cumplimiento de los deberes constitucionales, dictó decisiones de ejecución multisectorial en diálogo con éstas, incluso en materia presupuestaria.

En el primero de los procesos solo eran demandados el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y el Ministerio de Justicia, sin perjuicio de ello, la Corte, en miras a dotar de efectividad a su decisión, requirió a distintas ramas y órganos del Poder Público que tomen las medidas adecuadas en miras a la solución del problema «… con el objeto de que hagan uso de las facultades que les conceden la Constitución y las leyes para corregir el señalado estado de cosas que atenta contra la Carta Política».[45]

Osuna ha señalado como notas comunes a este conjunto de decisiones, la verificación de los siguientes aspectos: 1) vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número masivo de personas, 2) prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar esos derechos, 3) adopción de prácticas contrarias a la constitución, 4) omisión en la expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias, 5) existencia de un problema social que requiere la actuación articulada de diversas entidades, junto a medidas multisectoriales, que reclama un esfuerzo presupuestal importante, 6) que si se procurara la tutela mediante procesos individuales, se generaría congestión judicial.[46]

---

[44] Me remito en este punto a Risso Ferrand, Martín, (2015) en «Sentencias estructurales. Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado «Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia», en «La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales», Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Konrad Aenauer Stiftung, nro. 5. Ed. Victor Bazan, Colombia 2015, pp. 117 y ss

[45] *Idem,* p. 96. La Corte comunicó la existencia del estado de cosas inconstitucional constatado a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas Administrativa y jurisdiccional Disciplinaria del consejo Superior de la judicatura; al Fiscal Federal de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales. Entre las órdenes dictadas, figura la elaboración de planes, su supervisión por otros organismos (como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación), así como la instrucción al Ministerio de Justicia y al de Hacienda en miras a que tomen medidas presupuestales necesarias para superar la situación estructural a que refiere.

[46] Osuna, Néstor, (2015), «Las sentencias estructurales», Tres ejemplos de Colombia, en Bazán, Víctor, Coord. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, La protección de los Derechos sociales. Las sentencias estructurales,* nro. 5, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Fundación Konrad Adenauer.Bogota,), p. 113.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

De lo expuesto se concluye que, en principio, la doctrina del estado de cosas inconstitucional habilitó el control de inconstitucionalidad por omisión[47], e implicó la adopción de fórmulas de diálogo inter poderes por parte del máximo intérprete constitucional del país.

Cabe puntualizar que en estos procesos también se han diseñado elementos deliberativos con la sociedad, no solo colaborativos inter poderes como las audiencias públicas y los «grupos de seguimiento» en los que participan varios grupos intermedios: «por medio de ellos, la participación de la población civil se incrementa y la democratización en la construcción e implementación de políticas públicas se convierte en realidad».[48]

En efecto, se ha señalado que «los fallos dialógicos tienden a involucrar un espectro más amplio de actores sociales en ese proceso de seguimiento…. la implementación involucra a todos aquellos que, directa o indirectamente, son afectados o tienen interés legítimo en el resultado del caso estructural. Esto incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, las organizaciones de la sociedad civil relevantes, los organismos internacionales de derechos humanos y otros actores cuya participación resulte útil para la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos».[49]

V. La experiencia argentina de «*habeas corpus* estructural»

En el caso «Verbitsky» el titular de una organización de la sociedad civil interpuso acción de *habeas corpus* colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, tanto aquellos superpoblados, como aquellos cuyo alojamiento debería desarrollarse en centro de detención especializados, señalando que tales condiciones no respetan las reglas mínimas que garanticen los derechos de los reclusos[50]. Primera instancia y la Corte provincial rechazaron el planteo, por lo que el CELS recurrió a la Corte Suprema argentina.

---

[47] Tal aspecto es concluido de manera positiva por Risso Ferrand, Martín (2015), pp. 117 y ss.

[48] Osuna (2015), p. 112.

[49] Osuna (2015), p. 115, con cita a Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana, «Cortes y Cambio Social. Como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia, Bogotá, Dejusticia, 2012, pp. 52 y ss.

[50] Entre ellas mencionó el cubaje mínimo por interno, las condiciones de aireación, iluminación, calefacción y sanidad, cantidad de camas, seguridad para el descanso, contacto diario con el aire libre, posibilidad de desplazamiento, acceso a servicio médico, educación y trabajo, circunstancias estas que el Estado provincial no satisfacerla siquiera mínimamente, lo cual incrementaba las posibilidades de poner en riesgo la vida y la integridad física de las personas, tanto de los detenidos como del personal asignado a la custodia

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

El tribunal dio curso a la acción de Habeas Corpus colectivo[51], interpretando extensivamente el artículo 43 de la Constitución Nacional, admisoria del amparo colectivo, y dictó una sentencia aditiva considerando lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos de incidencia colectiva —discriminación, consumidor, ambiente—, «con igual o mayor razón la Constitución otorgaba las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla…».

En cuanto al fondo del asunto en análisis, la Corte verificó la existencia de una situación de superpoblación carcelaria atentatoria contra el digno trato a los sujetos privados de su libertad, y que el 75% de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires eran «presos sin condena», atento no haberse dictado sentencia firme en sus procesos penales. Tuvo en cuenta además que en numerosas comisarías se encontrarían privados de su libertad menores y enfermos.

El Tribunal agregó que la legislación sobre prisión preventiva «prima facie parece alejarse del estándar trazado por el derecho internacional que sigue la legislación nacional». En consecuencia exhortó a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y de excarcelación a los estándares internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación. Asimismo, un criterio similar fue adoptado al exhortarse a los poderes de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a los marcos mínimos señalados por los estándares internacionales receptados por la legislación de ejecución penal de la Nació. Se trata al respecto de una decisión exhortativa, apelativa o «con aviso»: por constitucionalidad precaria, en su variable de normas aparentemente inconstitucionales.[52]

En definitiva, a la par de exigir se haga cesar la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos, requirió se informe periódicamente las las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos, encomienda al mismo la convocatoria de una mesa de diálogo con el CELS, las ONG que son amicus y la sociedad civil, e instruye a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales de todas las instancias para que hagan cesar toda situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional. En el plano legislativo exhorta a los Poderes Legislativos y Poder Ejecutivo de la Provincia que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcela-

[51] CSJN, Fallos: 328:1146

[52] Sagüés, Néstor P, Las sentencias constitucionales exhortativas («apelativas» o «con aviso»), y su recepción en Argentina, L.L. 2005 F 1461.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

ción a los estándares mínimos internacionales. Como se ve, el caso presenta múltiples exhortaciones, que abarcan a un tribunal provincial, Poder Ejecutivo y Poder legislativo provincial, e incluso la creación de una mesa de diálogo, elementos propios de un proceso estructural.

Más de quince años después de la sentencia, la Corte Provincial sostuvo que el reclamo debía tenerse por satisfecho, y que los nuevos cuestionamientos debían dar a lugar nuevos habeas corpus. Ello que fue rechazado por el máximo tribunal argentino, entendiendo que, en términos fácticos, los derechos de las personas privadas de su libertad no se han respetado.

Explica el juez Rosatti se aboca a las dificultades de ejecución de las decisiones estructurales. Sostiene que debido a la naturaleza compleja y pluricausal de los conflictos, su solución demanda la modificación de políticas públicas y/o de prácticas institucionales. A ello se suma el tipo de obligaciones impuestas en estas decisiones, que no siempre se efectiviza en medidas concretas sino en la enunciación de objetivos generales. Agrega que la ejecución de esta clase de sentencias importe un proceso prolongado y complejo, en cuyo transcurso pueden cambiar los protagonistas iniciales (el universo concreto de afectados con nombre y apellido, que suelen ser reemplazados por otros), y aun las modalidades del agravio originario (algunos problemas pueden solucionarse en el tiempo, pero aparecen otros) manteniéndose —no obstante— el cuadro crítico que promovió la presentación judicial colectiva.

VI. El proceso constitucional idóneo para la tutela estructural

En numerosos casos, los procesos tendientes a tutelar los derechos de personas frente a la discriminación estructural aparecen imbricados en pretensiones colectivas, individuales, e incluso de manera conjunta[53]. Esto repercute en que el andamiaje procesal que diseña tales procesos no responda de manera adecuada a la naturaleza estructural del conflicto.

Si la causalidad del conflicto tiene base estructural, el proceso individual o colectivo clásico, puede, en el mejor de los casos, paliar la situación de una, e incluso un grupo de personas, pero no va a poder revertir los factores estructurales de violación de derechos. Por eso tanto el debate como la decisión en procesos subjetivos bipolares clásicos no son, *per se*, idóneos. La falta de idoneidad del mecanismo procedimental de tutela impacta en que la decisión adoptada no siempre logra tener la efectividad buscada en términos de vocación transformadora de las

[53] Puede citarse como ejemplo el caso «Sisnero», Fallos: 337:611.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

causales que confluyen, de manera policéntrica, en el sostenimiento de la discriminación estructural[54].

La CorteIDH ha desarrollado las exigencias del derecho a contar con un remedio o garantía de tutela de los derechos (artículo 25 CADH), exigiendo que sea efectivo. En concreto, la efectividad tiene que ver con la capacidad potencial del recurso, en una dimensión jurídica (idoneidad procesal) y fáctica, de producir el resultado que se requiere para proteger el derecho.[55] En tal entendimiento, un litigio estructural, que responda y se adapte, tanto procedimentalmente como en su decisión, a la naturaleza estructural del conflicto y de la causalidad compleja de la violación de derechos, puede satisfacer la idoneidad citada.

En cuanto al debate, el proceso clásico es bipolar, donde alternan frente al juez dos posiciones antagónicas (actor y demandado), es decir dos intereses unitarios diametralmente opuestos.[56] En contrario, el proceso estructural debe ser omnicomprensivo, policéntrico[57] multipolar, que permita integrar a todos los actores involucrados en la causalidad compleja propia de la violación estructural de los derechos. Las posiciones pueden no ser antagónicas, incluso el afectado puede haber contribuido a una causalidad.

Al ser un proceso de estructura flexible y con partes que actúan bajo el principio colaborativo, exige ser coordinado bajo una figura de un juez con fuertes potestades de gestión judicial (case management), con el recurso al principio de adaptabilidad de las formas[58], que habilite abrir instrumentos que permiten escuchar a todas las voces, como la figura de los «amigos del tribunal», audiencias públicas, la participación potenciada.

Debe también otorgarse carácter dinámico del marco del debate (causa petendi) que pueda amoldarse a la película del conflicto, a las variantes dinámicas sociales de discriminación y las mutaciones en el colectivo involucrado.

Asimismo, la naturaleza del conflicto estructural exige la necesidad de considerar elementos extrajurídicos que evidencien, por ejemplo, la influencia de los estereotipos culturales, o patrones coyunturales que actúan como causa de la afec-

---

[54] Un ejemplo de las dificultades de adaptación de los procesos estructurales al diseño procesal bipolar clásico, incluso colectivo, puede encontrarse en los casos «Castillo» Fallos: 340:1795 y «Mendoza, Silvia», Fallos: 331:1622 donde la dinámica de la causa petendi exigió replantear en numerosas oportunidades la litis contestatio, entre otros aspectos.

[55] CorteIDH, OC 9/87,

[56] Me remito en torno al diseño del proceso estructural a Francisco Verbic, «Más allá del papel», Editores del Sur, capítulos obrantes en pp. 59, 117, y 205. Ver, asimismo, Sagüés, María Sofía, «Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico», op., cit.

[57] Puga, *op. cit.,* p. 49.

[58] Vr. Rojas, Jorge, «Dimensión convencional de la Reforma Procesal Civil», disponible en http://jorgearojas.com.ar/wp-content/uploads/2019/07/Dimensi%C3%B3n-convencional-de-la-reforma-procesal-civil.pdf

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

tación estructural, lo que requiere la incorporación de datos extrajurídicos, especialmente económicos y sociológicos, por lo que el proceso debe permitir garantizar una perspectiva interdisciplinaria, en particular al introducir datos sociológicos. Esta referencia al dato sociológico encuentra basamento en la naturaleza del conflicto sobre el que se aboca la medida, ya que el enfoque de la desigualdad estructural.[59]

Un importante antecedente de utilización de evidencia sociológica es el caso «*Brown vs. Board of education*»,[60] donde la Suprema Corte estadounidense se basó en informes, cuasi experimentos, etc. para sostener su criterio de que la segregación es inherentemente desigualitaria.[61] Pueden también encontrarse ejemplos en el recurso al dato extra jurídico, en particular sociológico, en casos de litigio estructural desarrollado por la Corte Constitucional Colombiana y la Corte Suprema Argentina, en particular relativos a hacinamiento carcelario que hemos desarrollado, entre otros.[62]

Finalmente, con relación a la sentencia, frente a la nota retrospectiva propia del proceso clásico, el estructural debe ser prospectivo, es decir, mirar al futuro, abandonar una lógica adjudicativa y la idea de un proceso autosuficiente, donde el remedio se agota en reconocimiento del derecho invocado en la demanda, y proyectarse en órdenes de implementación continua y prolongada. Aparecen así los mecanismos de ejecución proyectados, que organizan de manera cooperativa múltiples agentes (mesas de diálogo), incluso delegando aspectos en actores claves (micro gestión), lo que permite dotar de efectividad a las políticas públicas sobre las que se proyecta.

La cosa juzgada debe ser dinámica, es decir, que habilite la adaptación continua de la sentencia a las necesidades de la micro gestión del caso, la fluctuación de la afectación estructural de derechos e incluso las mutaciones de las decisiones adoptadas por las políticas públicas del Estado.

Las características mencionadas permiten al proceso estructural dotar de idoneidad procesal y eficacia fáctica a la tutela judicial de esa vocación transformadora de la sociedad y, en definitiva, contribuir de una manera más eficiente en la construcción de una sociedad sin excluidos.

---

[59] Ver Saba, *op. cit.,* p. 30.

[60] 347 U.S. 483, 74 St. Ct. 686, 98. L.Ed. 873 (1954). Vr. Sagüés, María Sofía, Dinámica política del control de constitucionalidad en la Corte Suprema de Estados Unidos de América. En la revista de la Universidad Complutense de Madrid, Nro. 5, pp. 125/195.

[61] High Court Case Summaries, Constitutional law, West Group, 2001, p. 84.

[62] Me remito a este punto a Sagüés, María Sofía, «*Dimensiones de la jurisdicción dialógica desde una perspectiva comparada latinoamericana*», en «El constitucionalismo transformador en el siglo XXI», en homenaje a Humberto Nogueira Alcalá, editado por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile, que está en prensa.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

VII. Inconvencionalidad por omisión de remedios estructurales idóneos

Ahora bien, no existen antecedentes de previsiones legislativas de procesos estructurales, y de habeas corpus estructural en particular. Frente a la falta de legislación, ¿pueden los magistrados para brindar una respuesta idónea en la tutela de la discriminación estructural?

La respuesta no debe decantar en la no tutela. La falta de desarrollo por el poder legislativo de una ley formal que reglamente la figura del proceso colectivo, no puede conllevar la frustración del derecho de igualdad (comprensivo de la veda de discriminación estructural) y el derecho a su tutela judicial efectiva. Nos encontramos frente a un supuesto de inconvencionalidad e inconstitucionalidad por omisión, que exige una respuesta por parte de los operadores jurisdiccionales que garantice la plena vigencia de los derechos.[63]

Ello se desprende necesariamente, tanto de la noción de «fuerza normativa de la Constitución» como de las obligaciones asumidas por los Estados que suscribieron la CADH.

En efecto, la doctrina de la fuerza normativa de la Constitución, predica de ella su vigor normativo, y, en consonancia, su vocación de efectividad.[64] En tal sentido «para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un Estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio.» [65]

Tal ha sido el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, señalando que «la omisión del Poder Legislativo en la adopción de las previsiones legales necesarias para operativizar mandatos concretos de jerarquía constitucional

---

[63] Respecto al control de la inconstitucionalidad por omisión, me remito a Sagüés, María Sofía, *Las Garantías del Control de la Inconstitucionalidad por Omisión*. «Garantías y Procesos Constitucionales», en María G. Ábalos, Coord. Ed. Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 389 a 425.

[64] Hesse, Konrad, «*Escritos de derecho constitucional*», traducido por Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 61.

[65] Bidart Campos, Germán, «*El derecho de la constitución y su fuerza normativa*», Buenos Aires, Ed. Ediar, p. 21, citado expresamente por la CSJN en el fallo dictada en la causa CSJ 5207/2014 «P., S. M. y otro s/ homicidio simple», dictada en fecha 26 de diciembre de 2019, Fallos: 342:2389.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

no puede conllevar la frustración de los derechos o prerrogativas consagrados por la Norma Fundamental…»[66]

A su vez, esta orientación es consistente con la exigencia convencional establecida en el artículo 2° de la CADH, al regular las obligaciones de los estados consagradas en dicho instrumento, estableciendo que «los Estados Partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

En efecto, la CorteIDH ha sido clara en indicar que en el marco de tales medidas «legislativas o de otro carácter» que debe adoptar el Estado, se encuentran no solo las legislativas y administrativas, sino también las decisiones y prácticas jurisdiccionales. Así, por ejemplo, ha señalado que «en cumplimiento del referido artículo 2 el Estado debe garantizar [_] la aplicación de las normas existentes en el ordenamiento y, en caso de que éstas sean insuficientes, adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras — que sean eficaces para garantizar la protección contra dicha violación».[67]

En mérito a lo expuesto, la ausencia en la previsión legislativa de normas procesales que permitan el desarrollo de un proceso estructural conllevaría la negación de brindar una tutela oportuna, eficaz y sin dilaciones indebidas (artículos 25 y 8.1, CADH) de un derecho constitucional y convencional como la igualdad y la no discriminación, de los que cabe predicar operatividad. En ese entendimiento, los tribunales se encuentran obligados a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en el bloque de constitucionalidad, aun ante omisiones de las normas legislativas necesarias para su operatividad.[68]

En definitiva, consideramos aplicable al conflicto estructural lo sostenido en general por Antonio A Cançao Trindade: «… el énfasis pasa a recaer en la tendencia de perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos nacionales de protección judicial. Este cambio de énfasis atribuye mayor responsabilidad a los tribunales internos (judiciales y administrativos), convocándolos a ejercer actualmente un rol más activo —sino creativo— que en el pasado en la implementación de las normas internacionales de protección.»[69]

---

[66] CSJN, Ekmekdjian, Miguel Ángel», Fallos: 315:1492; «Badaro, Adolfo Valentín», Fallos: 329:3089 y Fallos: 342:2389, citada precedentemente, considerando 9°.

[67] Corte IDH, Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, Párrafo 244, vr. arg. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, Párrafo 235, citadas por CSJN, Fallos: 342:2389, considerando 10°.

[68] Arg. CSJN, Fallos: 342:2389 citado, considerando 11.

[69] Cançao Trindade, Antonio A, «*El derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*», Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

VIII. Conclusión

Las condiciones inhumanas en que las personas se encuentran privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios es un elemento que confronta de manera palmaria con las exigencias convencionales y constitucionales relativas a sus derechos. La jurisdicción constitucional en Latinoamérica se ha preocupado de manera enfática en este tema, no siempre con éxito.

El mayor desafío es que los elementos que condicionan esta realidad se encuentran imbricados estructuralmente en la sociedad, por lo que, para su superación, es necesario la instrumentación de remedios idóneos, que puedan comprender la magnitud del conflicto y responder con vocación transformadora de las prácticas, estereotipos y otros elementos estructurales, a fin de revertirlos: el *habeas corpus* estructural.

Frente a estas exigencias, la respuesta no puede frustrarse por la omisión de previsión de instrumentos procesales idóneos. En todo caso, la fuerza normativa de la Constitución, y los compromisos internacionales adoptados en el marco de la CADH, aportan a los jueces de principios idóneos para aportar una respuesta efectiva en miras a la construcción de una sociedad más justa, sin exclusión.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es