
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Los Derechos Colectivos.
Hacia su efectiva comprensión y protección

María Paz Avila Ordóñez y
María Belén Corredores Ledesma
Editoras



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593-2) 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Danilo Caicedo Tapia
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Esther Almeida
Christel Drapier
Guillermo Fernández-Maldonado Castro

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo del *Programa Desarrollo y Diversidad Cultural para la Reducción de la Pobreza y la Inclusión Social*, implementado por el Ministerio Coordinador de Patrimonio del Ecuador con la asistencia de las agencias del Sistema de Naciones Unidas y el financiamiento del Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio del gobierno de España.

ISBN: 978-9978-92-785-4
Derechos de autor: 032327
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica,</i> Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>María Fernanda Espinosa,</i> Ministra Coordinadora de Patrimonio	
Presentación	xi
<i>José Manuel Hermida,</i> Coordinador Residente del Sistema ONU en Ecuador	
Prólogo	xiii
<i>María Paz Avila Ordóñez y María Belén Corredores Ledesma</i>	
Introducción	xv
<i>Agustín Grijalva</i>	
I. La tensión entre los derechos colectivos y derechos individuales	
Derechos individuales y derechos colectivos	3
<i>Will Kymlicka</i>	
Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos	27
<i>Rainer Baubock</i>	
La interculturalidad posible: el reconocimiento de los derechos colectivos	61
<i>Neus Torbisco Cassals</i>	
II. Derechos de las nacionalidades indígenas	
Nacionalidades indígenas y Estado nacional en Ecuador	103
<i>Diego Iturralde Guerrero</i>	
Usos de la Ley y usos de la costumbre: La reivindicación del derecho indígena y la modernización del Estado	127
<i>Diego Iturralde Guerrero</i>	
Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas Misión Ecuador - 2006	147
<i>Rodolfo Stavenhagen</i>	

Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas Misión Ecuador - 2009	179
<i>James Anaya</i>	
III. Pueblo Afroecuatoriano	
Derechos colectivos y pueblo Afroecuatoriano	217
<i>Jhon Antón Sánchez</i>	
IV. Usuarios y consumidores	
Consumidores y consumismo.	
Perspectivas de una nueva concepción	257
<i>María Paz Avila y Diva Avila</i>	
El sistema mundial no-hegemónico y la globalización popular	277
<i>Gustavo Lins Ribeiro</i>	
La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español	303
<i>Lorena Bachmaier Winter</i>	
V. Medio ambiente sano	
La responsabilidad objetiva por daños ambientales como mecanismo de participación para el acceso a la justicia ambiental.....	353
<i>Ricardo Crespo</i>	
Derechos colectivos, desarrollo y vulnerabilización de los pueblos tradicionales.....	363
<i>Byron Real López</i>	
VI. Acciones de protección	
Concepto de acción colectiva	415
<i>Antonio Gidi</i>	
Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil	427
<i>Antonio Gidi</i>	
El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos	457
<i>Christian Courtis</i>	
Nota biográfica de las autoras y autores	497

El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos*

Christian Courtis

Sumario

I. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). II. El contenido del derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo. III. La jurisprudencia de los órganos internacionales sobre el derecho a un recurso efectivo. IV. La efectividad del recurso en caso de afectaciones de carácter colectivo a los derechos humanos. V. Las acciones colectivas y la “efectividad” del recurso en la Argentina.

I.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establecen el derecho de toda persona a una garantía judicial específica, destinada a protegerla de manera efectiva frente a la violación de los derechos humanos reconocidos por los respectivos instrumentos. Este breve ensayo explora algunas de las

* Publicado previamente en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 2007, pp. 491-526.

obligaciones estatales que genera este derecho cuando la violación denunciada tiene alcance colectivo.

II. El contenido del derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo

El artículo 25 de la CADH señala que

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por su parte, el art. 2.3 del PIDCP dispone que

Artículo 2

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:
 - a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
 - b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cual-

quiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Como puede advertirse fácilmente, ambos artículos están relacionados —de hecho, el art. 2.3 del PIDCP, de 1966, ha servido como fuente del art. 25 de la CADH, adoptada en 1969. Veamos cuáles son los elementos comunes a ambas disposiciones, y en qué se diferencian. En cuanto a los elementos comunes, en ambos casos:

- a) se establece una obligación estatal de crear un recurso —primordialmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos;
- b) se exige que el recurso sea efectivo —veremos qué significa esto más adelante;
- c) se establece la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo;
- d) se exige al Estado asegurar que el recurso será considerado;
- e) se señala que el recurso debe poder dirigirse aun contra actos cometidos por autoridades públicas —esto parece significar que también puede dirigirse contra actos cometidos por sujetos privados;
- f) se establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso;
- g) se compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial.

Dos son las diferencias más notorias entre las respectivas cláusulas. La primera es que la CADH agrega, a la exigencia de “efectividad” del recurso, otras dos calificaciones: la “sencillez” y la “rapidez” —aunque la redacción del art. 25.1, no demasiado afortunada, parece implicar que el recurso rápido y sencillo debe ser a la vez efectivo, pero que puede haber recursos efectivos no necesariamente rápidos y sencillos. La cuestión es importante, y la trataremos después.

La segunda diferencia es el campo de cobertura de la acción: mientras el PIDCP se limita a los derechos consagrados por el propio Pacto, la CADH

se refiere a “derechos fundamentales” contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley —es decir, se extiende bastante más allá del propio texto de la Convención.

Cabe señalar que, amén de la distinta redacción, la lista de derechos de la CADH se superpone en gran parte con la del PIDCP, pero que existen algunas diferencias importantes. La CADH incluye, por ejemplo, el derecho de rectificación o respuesta del art. 14, el derecho al nombre del art. 18 y a la nacionalidad del art. 20 (que en el PIDCP sólo están previstos para los niños), el derecho a la propiedad privada del art. 21, y los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el art. 26. Por su parte, el PIDCP agrega, entre otros aspectos, la prohibición de experimentación médica o científica sobre seres humanos sin su consentimiento (como componente de la prohibición de tortura o trato cruel, inhumano o degradante, art. 7) y el derecho al respeto de la vida cultural, las prácticas religiosas y el empleo del idioma de las minorías religiosas, étnicas o lingüísticas (art. 27).

En todo caso, es importante tener en cuenta que, para países que, como la Argentina o México, son parte de los dos instrumentos, procede una integración hermenéutica *pro homine*, es decir, aquella que conceda el alcance más amplio a los derechos y a su protección¹. Para ello colabora la concesión de jerarquía constitucional a estos dos tratados, y al resto de los enumerados por el art. 75. inc. 22. En este sentido, la interpretación de mayor amplitud consiste en la aplicación del art. 25 de la CADH a todo derecho contenido en la Constitución y en los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional. Aunque es complejo saber qué alcance conceder a la protección de los derechos fundamentales reconocidos “por la ley” (cfr. art. 25.1, CADH), parece razonable interpretar la expresión en el sentido de ampliar la protección al menos a aquellos derechos establecidos en las leyes destinadas justamente a reglamentar los derechos fundamentales².

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

2 Ciertamente, esta no es la única interpretación posible, pero es suficientemente abarcativa a efectos de este trabajo.

Una última observación se dirigirá a la redacción ciertamente alambicada del art. 25.1 de la Convención Americana: la expresión “*recurso sencillo y rápido o (...) cualquier otro recurso efectivo*” no es un dechado de claridad. Puestos a asignarle algún sentido inteligible, uno podría reconstruir las relaciones entre “sencillez”, “rapidez” y “efectividad” de la siguiente manera:

- a) el ideal de la norma es, claro, que el recurso sea sencillo, rápido y efectivo.
- b) el artículo parece reconocer que puede haber “recursos efectivos” que, sin embargo, no sean “sencillos y rápidos”. Es dable suponer que se trata de recursos frente a situaciones de gran complejidad fáctica o probatoria, o de situaciones que requieran un remedio complejo. En estos casos, el sacrificio de la rapidez y sencillez se correlaciona con las necesidades de la efectividad. Aunque la jurisprudencia del Sistema Interamericano no ha explorado demasiado este problema, tentativamente se podría pensar que el compromiso entre “rapidez y sencillez” y “efectividad” requiere al menos, en estos casos, la no consumación de un daño al derecho de que se trate y la perspectiva de un remedio suficiente en relación con la violación denunciada.

A continuación revisaremos algunos desarrollos jurisprudenciales del derecho a un recurso efectivo –interesa, en particular, saber qué alcance han otorgado los órganos internacionales de interpretación de los respectivos tratados a la noción de “efectividad”.

III. La jurisprudencia de los órganos internacionales sobre el derecho a un recurso efectivo

Desde el inicio de sus funciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expedido en numerosas ocasiones acerca del alcance del art. 25, tanto en casos contenciosos como en opiniones consultivas. La práctica de la Corte ha sido la de ir cristalizando en párrafos los estándares hermenéuticos producidos a través de distintos casos y opiniones consultivas, de modo que las mismas frases se emplean una y otra vez. Así, la Corte ha dicho, entre otras cosas:

- que “el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes”³.
- que “la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”⁴.
- que “para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”⁵.
- que “no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos”⁶.

3 Cfr. Corte IDH, *Caso Castillo Páez*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, párrs. 82 y 83; *Caso Suárez Rosero*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 65; *Caso Blake*, sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 102; *Caso Paniagua Morales* y otros, sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 164; *Caso Castillo Petruzzí* y otros, sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 184; *Caso Durand y Ugarte*, sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 101; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 112; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 150, entre otros.

4 Cfr. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 89; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 111; *Caso Cantos*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 23, entre otros.

5 Cfr. Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte*, sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 102; *Caso Cantoral Benavides*, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 164; *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 136; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 113; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24, entre otros.

6 Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 111; *Caso Cantos*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52; *Caso Juan Humberto*

- que “los recursos deben ser idóneos para proteger la situación jurídica infringida y capaces de producir el resultado para el que fueron concedidos”⁷.
- que “para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención”⁸.
- en el marco de la discusión sobre excepciones al agotamiento de los recursos internos, la Corte ha dicho que eximiría de la necesidad de agotar recursos internos “la existencia de recursos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto”⁹.
- que “para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales”¹⁰.
- que “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares

Sánchez, sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 121; *Caso Maritza Urrutia*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 117, entre otros.

7 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 64 y 66; *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, párrs. 67 y 69; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales*, sentencia de 15 de marzo de 1989, párrs. 88 y 91; *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 36.

8 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Paniagua Morales y otros*, sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 164; *Caso Cesti Hurtado*, sentencia de 29 de septiembre de 1999, párr. 125; *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 191; *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 90, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 114, entre otros.

9 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 68; *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 71; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales*, sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 93; *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 34, entre otros.

10 *Cfr.* Corte IDH, *Caso Cantos*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 55.

de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”¹¹.

- que “el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, pero también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales”¹².
- que “los recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1)”¹³.
- que la institución procesal del amparo y del habeas corpus “reúnen las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve”¹⁴.
- que “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte”¹⁵.

11 Cfr. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 137; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24, entre otros.

12 Cfr. Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (caso de los “Niños de la Calle)*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 237.

13 Cfr. Corte IDH, *Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Cornales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*, sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24.

14 Cfr. Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides*, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 165; *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 91; *El habeas corpus bajo la suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, párrs. 32, 33 y 34; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 23, entre otros.

15 Cfr. Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte*, sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 102; *Caso Cantoral Benavides*, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 164; *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 136; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 113, entre otros.

Si bien estas ideas son bastante generales, al menos ofrecen algunos elementos para desarrollar nuestro argumento. Puede decirse, por ejemplo, que en la noción de “efectividad” desarrollada por la Corte Interamericana puede distinguirse dos aspectos:

- a) un aspecto *normativo*, relacionado con la “idoneidad” del recurso. En términos de la Corte, la “idoneidad” de un recurso significa su capacidad “para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”, y su posibilidad de “dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos”. Nos situamos en el plano del diseño normativo del recurso: este debe ofrecer la posibilidad de plantear como objeto la violación de un derecho humano (y, como vimos, de otros derechos fundamentales), y de obtener remedios adecuados frente a esas violaciones.
- b) un aspecto *empírico*, relacionado con las condiciones políticas e institucionales que hacen posible que un recurso previsto normativamente pueda “cumplir con su objeto” u “obtener el resultado para el que fue concebido”. En este segundo sentido, un recurso no es efectivo cuando es “ilusorio”, demasiado gravoso para la víctima, o cuando el Estado no asegurado su “debida aplicación (...) por parte de sus autoridades judiciales”.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos (órgano de supervisión del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) ha emitido recientemente una observación general en la que abunda sobre el contenido del artículo 2 de ese instrumento –la Observación General N° 31, del 26 de mayo de 2004¹⁶.

En lo que aquí interesa, el Comité dedica varios comentarios al derecho a un recurso efectivo previsto en el art. 2.3 del Pacto. Se trata de los siguientes párrafos¹⁷:

16 Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, “La naturaleza de las obligaciones legales generales impuestas por el Pacto a los Estados parte”, 26/05/2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. (Observaciones Generales).

17 A la fecha de redacción de este trabajo (marzo de 2005), la traducción oficial de la Observación General al castellano no estaba disponible –de modo que la traducción es mía.

“15. El Artículo 2, inciso 3 requiere que, además de la efectiva protección de los derechos del Pacto, los Estados parte aseguren que los individuos también tengan recursos accesibles y efectivos para defender esos derechos. Dichos recursos deben estar adaptados apropiadamente, de modo de tener en consideración la especial vulnerabilidad de ciertas categorías de personas, incluyendo en particular a los niños. El Comité asigna importancia al hecho de que los Estados parte establezcan mecanismos judiciales y administrativos adecuados para efectuar denuncias sobre la violación de derechos en el derecho interno. El Comité nota que el goce de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser efectivamente asegurado por el Poder Judicial a través de una multiplicidad de maneras, que incluyen la aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones de la Constitución o de otras leyes comparables a las del Pacto, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho doméstico. Los mecanismos administrativos son particularmente necesarios para dar efecto a la obligación general de investigar denuncias de violación de derechos en forma rápida, completa y efectiva a través de cuerpos imparciales e independientes. Las instituciones nacionales de defensa y promoción de los derechos humanos, cuando se las inviste de facultades apropiadas, pueden contribuir con este fin. El incumplimiento del Estado de la obligación de investigar denuncias de violaciones puede dar lugar por sí misma a una violación autónoma del Pacto. El cese de una violación continua es un elemento esencial del derecho a un recurso efectivo.

16. El Artículo 2, inciso 3, requiere que los Estados Parte ofrezcan reparación a los individuos cuyos derechos consagrados en el Pacto hayan sido violados. Sin reparación a los individuos cuyos derechos consagrados en el Pacto han sido violados, la obligación de proveer un recurso efectivo, que es central para la eficacia del art. 2, inciso 3, no ha sido cumplida. Además de la reparación explícitamente requerida por los artículos 9 inciso 5 y 14 inciso 6, el Comité considera que el Pacto impone un deber general de indemnización apropiada. El Comité nota que, cuando sea apropiado, la reparación puede incluir la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como el pedido público de disculpas, homenajes públicos, garantías de no repetición y modificaciones de las leyes y prácticas relevantes, como también el juzgamiento de los autores de las violaciones a los derechos humanos.

17. En general, los propósitos del Pacto se verán frustrados sin la obligación,

integral al artículo 2, de tomar medidas para prevenir la repetición de una violación al Pacto. En este sentido, una práctica frecuente del Comité al decidir casos bajo el Protocolo Adicional ha sido incluir en sus Dictámenes la necesidad de adoptar medidas, más allá del remedio específico destinado a la víctima, para impedir la repetición del tipo de violación en cuestión. Dichas medidas pueden requerir la modificación de las leyes o de las prácticas del Estado parte.

18. Cuando las investigaciones a las que se refiere el párrafo 15 revelen violaciones a ciertos derechos consagrados por el Pacto, los Estados parte deben asegurar que los responsables sean llevados ante la justicia. Como en el caso del incumplimiento de la obligación de investigar, el incumplimiento de la violación de llevar a los autores de esas violaciones ante la justicia puede dar lugar por sí misma a una violación autónoma del Pacto. Estas obligaciones surgen especialmente en los casos de violaciones reconocidas como delitos tanto en el derecho doméstico como en el derecho internacional, como la tortura (artículo 7), las ejecuciones sumarias y arbitrarias (artículo 6) y la desaparición forzada (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). De hecho, es posible que el problema de la impunidad de estas violaciones, objeto de constante preocupación del Comité, constituya un elemento que contribuye de manera importante a su repetición. Cuando son cometidas como parte de un ataque masivo o sistemático contra la población civil, estas violaciones del Pacto constituyen crímenes contra la humanidad (ver Estatuto de Roma de la Corte Pernal Internacional, artículo 7).

En ese sentido, cuando quienes han cometido las violaciones de derechos consagrados en el Pacto a las que se refiere este párrafo son funcionarios públicos o agentes estatales, los Estados Parte no pueden librar de responsabilidad personal a sus autores, como ha ocurrido con ciertas amnistías (ver Observación General N° 20, párr. 44) y previos otorgamientos de inmunidades e indemnidades. Además, ningún status oficial justifica que personas que sean acusadas de ser responsables de dichas violaciones sean considerados inmunes frente a la responsabilidad legal. También deben derogarse otros impedimentos para la imposición de responsabilidades legales, como la defensa de obediencia debida a órdenes de un superior o los plazos de prescripción irrazonablemente cortos en los casos en los que procede la prescripción. Los Estados parte también deben prestarse asistencia mutua para llevar ante

la justicia a las personas de las que se sospeche han cometido violaciones al Pacto que sean punibles bajo el derecho interno o internacional.

19. El Comité opina, además, que el derecho a un recurso efectivo puede, en ciertas circunstancias, requerir que los Estados Parte establezcan e implementen medidas provisionales o cautelares para evitar la continuación de las violaciones y para asegurar la reparación de todo daño causado por dichas violaciones lo más temprano posible.

20. Aun cuando los sistemas legales de los Estados parte cuenten con recursos apropiados, siguen ocurriendo violaciones a los derechos consagrados por el Pacto. Esto puede atribuirse, presumiblemente, al fracaso del funcionamiento efectivo de los recursos en la práctica. En ese sentido, se requiere a los Estados parte que provean en sus informes periódicos información sobre los obstáculos a la efectividad de los recursos existentes”.

Como puede observarse, la diferente redacción del art. 2.3 del PIDCP en relación con el art. 25.1 de la Convención Americana –en especial, la ausencia de las calificaciones de “rapidez” y “sencillez”– hace que la extensión de la noción de “recurso efectivo” sea aquí bastante más amplia que en Sistema Interamericano, donde, como ya vimos, el recurso al que se refiere el art. 25.1 se vincula casi automáticamente con acciones de objeto restringido, como el amparo y el habeas corpus. La versión del Comité de Derechos Humanos es mucho más abarcadora, e incluye acciones que en la terminología procesal continental se denominarían “ordinarias” –como las acciones de reclamo de daños y perjuicios, y las acciones penales.

En todo caso, la Observación General aporta algunos elementos interesantes para asignar sentido a la noción de “efectividad”. Aquí también aparece la distinción entre aspectos normativos (párrs. 15 a 19) y aspectos empíricos (párr. 20). El Comité sugiere, además, algunos criterios a ser tomados en consideración para evaluar la “efectividad” del recurso: la adecuación a la situación de las víctimas, en especial cuando pudieran pertenecer a grupos en situación de vulnerabilidad; la adecuación del cuerpo judicial o administrativo que recibe y procesa la denuncia, y –especialmente– la adecuación del remedio para a) *hacer cesar la violación, si esta continúa*; b) *ofrecer una reparación material y moral a la víctima*; c) *castigar a los responsables, cuando corresponda*; y d) *impedir que la violación se repita*.

Entre las medidas para hacer cesar la violación, el Comité sugiere la consideración de medidas cautelares; entre las medidas para ofrecer una reparación material y moral a la víctima, el Comité incluye la indemnización, y medidas de satisfacción, tales como el pedido público de disculpas, los homenajes públicos y las garantías de no repetición. En cuanto al castigo a los responsables, el Comité subraya la prohibición de establecer obstáculos o barreras legales, en especial cuando se trata de violaciones que constituyen delitos. Finalmente, entre las medidas para impedir que la violación se repita, el Comité identifica la derogación de normas y la modificación de prácticas violatorias de derechos consagrados por el PIDCCP. Como veremos, muchos de estos elementos son relevantes a la hora de evaluar la efectividad de los recursos destinados a confrontar las afectaciones colectivas a derechos humanos.

Finalmente, sugeriré algunas pautas para la integración pro homine de los arts. 25.1 de la CADH y 2.3 del PIDCP. El art. 25.1 de la CADH requiere, en todo caso, al igual que el art. 2.3 del PIDCCP, recursos efectivos para enfrentar la violación de derechos fundamentales, tanto los de la Convención como los establecidos en la Constitución y en la ley. Cuando el objeto de litigio que involucra la violación no suponga mayor complejidad, el recurso debe ser, además, rápido y sencillo —como es el caso de las acciones de amparo, tutela, protección, mandado de seguridad o habeas corpus. Un ejemplo de esto son las situaciones en las que la violación es fácilmente probable, y aquellas en las que el remedio consiste simplemente en la orden de hacer cesar la violación.

En casos en los que, por la complejidad de su objeto o del remedio requerido, la tramitación de la acción requiera más tiempo o mayor debate sobre hechos y prueba (o determinaciones normativas complejas), el recurso puede no ser rápido y sencillo, pero siempre debe ser efectivo. Esto implica que la acción sea adecuada para tratar el objeto propuesto, y que el remedio sea adecuado para hacer cesar, reparar e impedir que la violación se repita —y, en su caso, para que los responsables de la violación sean castigados. Aunque para la determinación acerca del fondo sea necesario un período más extenso, para hacer cesar la violación —o, en otras palabras, para impedir que se prolongue en el tiempo— la noción de “efectividad” requiere de medidas procesales adecuadas, como las medidas provisionales, precautorias o cautelares.

IV. La efectividad del recurso en caso de afectaciones de carácter colectivo a los derechos humanos

Como vimos, la noción de “efectividad” está vinculada, entre otros factores, a la adecuación del remedio en tanto instrumento de tutela del derecho afectado —es decir, como herramienta para prevenir, detener, privar de efectos y reparar la afectación al derecho humano de que se trate. Sin embargo, nuestra herencia procesal plantea ciertos problemas relativos a esa adecuación.

Las acciones judiciales de la tradición procesal civil y de la tradición procesal constitucional vinculada al sistema de control judicial difuso se han desarrollado históricamente a partir de un modelo-tipo de afectaciones o violaciones: las afectaciones de alcance individual, que permiten una reparación individual. Este tipo de acciones responde en gran medida a un modelo de relaciones bilaterales (acreedor/deudor, damnificado/responsable del daño, etcétera), en cuya construcción es evidente la influencia del paradigma decimonónico del derecho contractual y del derecho de daños¹⁸. Los presupuestos que subyacen a estas acciones son la individualidad del sujeto reclamante, y la divisibilidad del daño, de modo que la legitimación está pautada por el carácter individual de la afectación —o, dicho de otro modo, por la individualidad del interés protegido.

Sin embargo, este modelo de relaciones no agota las posibilidades de afectación de derechos o de bienes jurídicamente relevantes: si la protección de derechos o bienes se limita exclusivamente a las acciones judiciales inspiradas en él, aparecen fallas que es necesario afrontar¹⁹. Aunque puede encontrarse antecedentes de un tratamiento procesal que se hace cargo de alguna de estas fallas en el derecho del trabajo, ramas relativamente novedosas del

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

19 Ver, en general, Antônio Vasconcelos Hermann e Benjamin, “A insurreição da aldeia global contra o processo clássico. Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”, en Édís Milaré (coordinador), *Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 —reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1995, pp. 79-98; Márcio Flávio Mafra Leal, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

derecho, como el derecho ambiental y el derecho del consumo, han venido a identificarlas con mayor claridad. Otros fenómenos exteriorizados en las sociedades industriales contemporáneas, como la contratación masiva y la producción masiva de daños por accidentes o defectos provocados por productos elaborados han hecho visibles las limitaciones de un modelo que tiene como eje las relaciones bilaterales entre sujetos. El modelo falla, por ejemplo, cuando los bienes a tutelar no son individuales, sino colectivos; también cuando el titular del derecho afectado o su ejercicio involucre necesariamente aspectos colectivos; de igual modo, la exigencia de que el perjuicio o el interés tutelado sea individual limita las posibilidades de tutela frente a actos u omisiones lesivos que tengan alcance colectivo, o que requieran necesariamente un remedio colectivo. En todos estos casos, la tutela efectiva requiere el diseño de acciones judiciales acordes con el titular, el carácter de la afectación o el alcance apropiado del remedio²⁰.

Una vez identificados estos problemas, se hace visible su pertinencia para reevaluar la noción de tutela efectiva de los derechos humanos. En efecto, las situaciones típicas en las que el tradicional modelo de acción judicial —que supone que el carácter individual del titular, del bien y del remedio— es insuficiente, también se verifican en casos de violación a los derechos humanos o, como dice el art. 25.1 de la Convención Americana, de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención. Brevemente, y sin ánimo de exhaustividad, señalaremos algunos de los supuestos elaborados doctrinariamente en los que se hace aparente la limitación de las acciones judiciales tradicionales, y los ilustraremos con ejemplos nacionales e internacionales que involucran la afectación de derechos humanos. Es útil aclarar que las hipótesis planteadas no son excluyentes, y que hay situaciones que admiten ser encuadradas en varios supuestos simultáneamente. También es interesante remarcar que los derechos afectados no son reducibles a un ninguna tipología tradicional o de “generaciones” de derechos humanos: todo derecho —llámeselo

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

civil, político, económico, social o cultural— es susceptible de afectaciones colectivas de diverso tipo. Los ejemplos ayudarán a verificar esta idea.

a) **Afectaciones a bienes colectivos o indivisibles:** un primer supuesto importante está dado aquellos casos en los que, consagrada la tutela jurídica de un bien colectivo o indivisible, es necesario asignar a alguien legitimación para reclamar esa tutela²¹. Las acciones judiciales tradicionales fallan aquí porque, dada la indivisibilidad del bien en cuestión, no existe ningún titular en condiciones de reclamar exclusividad sobre él y por ende, de acuerdo a la exigencia de individualidad de la afectación, nadie estaría en condiciones de requerir la tutela judicial. Esto significa que, pese a existir afectación de un derecho, no existe recurso efectivo porque no hay nadie habilitado para interponerlo.

Un caso típico es el de la afectación del derecho a un medio ambiente sano, cuya tutela prescribe el art. 41 de la Constitución argentina, el párrafo cuarto de la Constitución mexicana y el 11 del Protocolo de San Salvador. Como no existe titular individual del medio ambiente, toda forma de tutela supone necesariamente asignar a alguien la posibilidad de reclamar por la totalidad del bien, y no por una parte divisible—ya que el bien es por definición, indivisible. Así, por ejemplo, en uno de los leading cases argentinos en la materia, Schroeder²², el actor interpuso una acción de amparo para detener

21 Se trata de los denominados “derechos o intereses difusos”. El Código de Defensa del Consumidor Brasileño de 1990, pionero en la codificación de acciones colectivas en América Latina, los define como intereses o derechos “transindividuales, de naturaleza indivisible, cuyos titulares sean personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho”. Cfr. Código de Defensa del Consumidor del Brasil, Ley Nro. 8.078, del 11 de septiembre de 1990, art. 81.I. Ver, por ejemplo, Antonio Gidi, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, Márcio Flávio Mafra Leal, “Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, y Hermes Zaneti Junior, “Derechos colectivos *latu sensu*: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos *strictu sensu* y de los derechos individuales homogéneos”; todos en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, cit., pp. 29-35, 41-42, y 46-48/57-60, respectivamente. Ver, en general, Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, 4ta. ed., Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1997.

22 Argentina, Cámara Nacional en lo Contenciosoadministrativo Federal, Sala III, *Schroeder, Juan c/Estado Nacional—Secretaría de Recursos Naturales*, del 8 de agosto de 1994.

el proceso de licitación de una planta de tratamiento de residuos tóxicos sin la correspondiente realización de la evaluación de impacto ambiental. La Sala III de la Cámara en lo Contenciosoadministrativo Federal sostuvo que, a efectos de interpretar el art. 43 de la Constitución nacional, el actor era “afectado” por la potencial alteración del medio ambiente sano. En el caso, el tribunal consideró que la “afectación” quedaba demostrada con la calidad de vecino y con la previa dedicación del actor a actividades de defensa del medio ambiente. No discutiremos aquí cuáles deberían ser los criterios de asignación del poder de representar un bien colectivo –si el simple carácter de habitante, como en las acciones populares, si alguna calificación específica, como la cercanía o la dedicación al asunto, si el objeto de constitución de una organización de la sociedad civil, el registro o el carácter de órgano público. En todo caso, la cuestión que interesa aquí es que debe haber *alguien* autorizado a reclamar por la lesión del bien colectivo –de lo contrario, el bien queda desprovisto de tutela judicial.

La afectación de derechos culturales reconocidos por el art. 15 inc. 1 a) y 15 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el 14 inc. 1 a) y 14 inc. 2 del Protocolo de San Salvador también brinda ejemplos interesantes: la dimensión cultural de bienes tales como el patrimonio histórico o el patrimonio artístico también tiene carácter colectivo e indivisible. Un caso argentino que ilustra este ejemplo es la decisión adoptada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en los Civil y Comercial de Azul, en el *caso Municipalidad de Tandil c/T. A. La Estrella*²³. El tribunal acogió una demanda de daños y perjuicios entablada por un municipio contra una empresa de transportes por los daños ocasionados por un vehículo de la empresa a una fuente y conjunto escultórico situado en un espacio público. Además del daño material, el tribunal concedió indemnización por la privación del goce estético y el daño moral que afectó a la colectividad por la destrucción de la fuente y esculturas afectadas. Es decir, más allá del daño patrimonial contra un bien del dominio público –cuya titularidad corresponde al municipio–, la sentencia considera el daño que sufre la comunidad entera por la pérdida del valor cultural del conjunto escultórico destruido –cuya titularidad no es individual, ya que se trata de un bien indivisible.

23 Argentina, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, *Municipalidad de Tandil c/T.A. La Estrella S. A. y otro*, del 22/10/96.

En resumen, la noción de “efectividad” del recurso requiere en casos en los que se pretende discutir la afectación de un bien de carácter colectivo e indivisible habilitar la actuación de algún legitimado que pueda plantear la acción.

b) **Afectaciones a derechos de titularidad o ejercicio colectivo:** un segundo caso que tiene conexiones teóricas con el anterior está relacionado con casos en los que la titularidad de un derecho corresponde a un sujeto plural o colectivo, o a casos en los que el derecho requiere necesariamente formas de ejercicio colectivo²⁴. En estos casos, el significado del derecho o de su ejercicio sólo cobra sentido en la medida en que se lo concibe colectivamente.

Varios ejemplos pueden aclarar lo dicho. Un ejemplo de titularidad colectiva es el derecho a la tierra ancestral de los pueblos y comunidades indígenas. Ese derecho pierde completamente el sentido si se lo subdivide en porciones de propiedad asignadas a individuos: la condición para la preservación de la identidad del pueblo o comunidad es la titularidad y goce común del derecho a la tierra. No muy distinto es el caso de los derechos lingüísticos: la preservación de una lengua requiere su uso colectivo —la consideración individual del derecho a expresarse en una lengua sin considerar su dimensión interactiva o colectiva parece absurda—*cf.*, por ejemplo, el art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Otro ejemplo posible es el del derecho de huelga: la noción de “huelga individual” parece no tener sentido. La huelga requiere la participación colectiva o grupal —de lo contrario es difícil reconocer la interrupción de la prestación de trabajo como huelga.

En todos estos casos, para poder reclamar tutela judicial ante la violación del derecho de que se trate, es necesario que alguien pueda invocar la afectación grupal o colectiva, y no sólo la afectación individual. En sentido similar, es necesario que alguien esté en condiciones de reclamar un remedio

²⁴ Ver, por ejemplo, Ronald R. Garet, “Communitarity and Existence: the Rights of Groups”, 56 Southern California Law Review 1001 (1983). Esta hipótesis tiene puntos de coincidencia, aunque no se ajusta completamente, a la noción de “derecho o interés colectivo” del Código de Defensa del Consumidor brasileño. Ese cuerpo legal define a los intereses o derechos colectivos como “los transindividuales, de naturaleza indivisible, cuyo titular sea un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o por la parte contraria por una relación jurídica de base” (Código de Defensa del Consumidor del Brasil, cit. Art. 81.II). Remito nuevamente a los trabajos citados en la nota a pie de página 11.

de carácter colectivo, y no sólo uno que se agote en el alcance individual. De lo contrario, el recurso no es efectivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece algunos ejemplos interesantes de este supuesto²⁵. En el *caso Awas Tingni*²⁶, en un notable ejercicio de activismo judicial, la Corte interpretó el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho a la propiedad privada, en el sentido de incluir también la protección de la propiedad colectiva de una comunidad indígena. El litigio involucraba, entre otros hechos relevantes, la denuncia de falta de demarcación y titulación de la tierra comunitaria indígena, y de concesión de explotaciones privadas en ese territorio por parte del Estado nicaragüense. La Corte señala que:

“Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervi-

25 Para un comentario sobre los dos casos que trataremos aquí, en línea con nuestra opinión, ver el voto concurrente del juez García Ramírez en la decisión sobre reparaciones del *caso Masacre Plan de Sánchez*. Ver Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de noviembre 2004, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 1-14.

26 Corte IDH, *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001.

vencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”²⁷.

La titularidad colectiva de la tierra supone, como es evidente, la posibilidad de tratar ese bien como bien colectivo y no meramente como agregado de bienes individuales. En el caso particular de la tierra comunitaria indígena, el rasgo comunal no es meramente aleatorio —como el caso de un condominio privado— sino que está ligado directamente con la preservación de la identidad de la comunidad. Si la Corte se hubiera negado a tratar el problema como un problema de afectación a la titularidad colectiva, el rasgo más significativo del caso se hubiera perdido.

La decisión sobre reparaciones del *caso Masacre Plan de Sánchez*²⁸, dictada en noviembre de 2004, brinda otro ejemplo de esta hipótesis. En el caso, que también emplearemos para ilustrar otro supuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió que el Estado guatemalteco era responsable de violar, entre otros, el derecho a la vida y a la integridad personal, a raíz de una masacre cometida por el Ejército contra una población rural indígena. Además de ordenar medidas de reparación a las víctimas sobrevivientes y a sus descendientes, la Corte considera que la masacre dañó a las propias comunidades que fueron víctimas del ataque. La Corte sostiene que

27 Ver Corte IDH, *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párrs. 148 y 149.

Son también relevantes las consideraciones de la Corte hechas en los párs. 150 a 153. Ver, voto concurrente conjunto de los jueces Antônio Augusto Cançado Trindade, Máximo Pacheco Gómez y Alirio Abreu Burelli, párrs. 8-15; voto concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes, y voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 6-17.

En el párr. 15 de su voto concurrente, el juez García Ramírez cita la opinión del perito Rodolfo Stavenhagen —en la actualidad, relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas—, quien afirma que “(e)n ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural”.

28 Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de noviembre 2004.

“Dado el daño ocasionado tanto a los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez como a los miembros de las comunidades de Chipuerta, Joya de Ramos, Raxjut, Volcanillo, Coxojabaj, Las Tunas, Las Minas, Las Ventanas, Ixchel, Chiac, Concul y Chichupac, por los hechos del presente caso, este Tribunal dispone que el Estado debe desarrollar en dichas comunidades, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinan para esa región o municipio, los siguientes programas: a) estudio y difusión de la cultura maya achí en las comunidades afectadas a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal de Rabinal; c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y e) establecimiento de un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas, así como la formación del personal del Centro de Salud Municipal de Rabinal para que puedan brindar atención médica y psicológica, a las personas que se hayan visto afectadas y que requieran de este tipo de tratamiento”²⁹.

Estas medidas de reparación no tienen como destinatario exclusivo a las víctimas individuales, sino a las comunidades como sujetos colectivos. De acuerdo con el razonamiento de la Corte, la masacre no sólo afectó a las víctimas y a sus familiares, sino a la integridad de las comunidades afectadas

29 Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de noviembre 2004, párr. 110. En el mismo sentido, ver punto resolutivo 9 de la sentencia, y voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrs. 29 y 30. El voto del juez García Ramírez comenta otras repercusiones de carácter colectivo de la sentencia en sus párrafos 15 a 19.

La decisión sobre reparaciones tiene su antecedente en el párr. 51 de la sentencia de mérito de la Corte Interamericana, donde se expresó que “hechos como los señalados, que afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado que esta Corte tomará en cuenta al momento de resolver sobre reparaciones”. *Cfr.* Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez*, sentencia de 20 de abril de 2004, párr. 51, y párr. 21 del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez.

como un todo. Por ende, las medidas de reparación detalladas, destinadas a desagrar a las comunidades afectadas, beneficiarán a todos los miembros de esas comunidades. La Corte fija al Estado la obligación de efectuar un equipamiento comunitario, de aprovechamiento colectivo para todos sus habitantes.

c) **Afectaciones colectivas a derechos individuales que requieren un remedio colectivo:** este supuesto se caracteriza por dos rasgos: primero, un mismo hecho, acto u omisión ilícitos afecta a una pluralidad de individuos; segundo, los remedios individuales resultarían insuficientes y, por ende, la afectación requiere un remedio necesariamente colectivo –o, en términos empleados por la doctrina procesal contemporánea, la *intercomunicabilidad de resultados* de la decisión judicial adoptada. Es decir, los miembros del grupo o clase de los afectados ven menoscabado un derecho individual, pero el remedio para evitar, hacer cesar o reparar esa afectación supone una medida de alcance colectivo y no individual –de modo que nadie puede exigir un remedio individual sin que trascienda a otros en la misma situación³⁰.

El modelo procesal clásico falla aquí porque, de habilitarse a individuos a reclamar por la afectación del derecho que les corresponde, el remedio solicitado tendrá efectos *ultra vires*. Dada la particular relación entre los miembros de la clase o grupo afectado –aunque cada uno tiene derechos individuales afectados, el remedio involucra al colectivo entero–, a efectos

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

procesales es posible conceptualizar la situación como de afectación de los derechos del colectivo o grupo, dado que la acción que proponga cualquiera de sus miembros o aquel a quien se invista de la representación del grupo – como una organización de la sociedad civil, el defensor del pueblo o el ministerio público– tendrá, de ser considerada procedente, efectos grupales. Esto significa, de acuerdo con lo visto, que de no establecerse un mecanismo que permita articular, a partir de algún reclamo, un remedio colectivo, el recurso no será adecuado para confrontar la violación, y por ende no será efectivo. El supuesto cobra especial importancia, como surgirá de los ejemplos, cuando se requiera un remedio para impedir la continuación o la repetición de la violación.

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

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

Por *razones de escala* entendemos la conveniencia, por motivos de planificación y costo, de adoptar una medida de alcance colectivo para remediar la afectación denunciada. En otras palabras, puede decirse que existen razones de escala cuando la solución individual de las afectación resulta inviable por su alto costo o por generar excepciones ad hoc a un régimen que requiere una disciplina o planificación colectiva. Recordemos, por ejemplo, la situación planteada en el famoso *caso Brown vs. Board of Education of Topeka*³¹, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1954. La demanda sostenía que la existencia de sistemas escolares segregados –uno para blancos

31 EE.UU., Corte Suprema, *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954). La Corte Suprema trató conjuntamente cuatro casos de segregación racial escolar, que involucraban a los estados de Kansas (*Brown v. Board of Education*), Carolina del Sur (*Briggs et al. v. Elliott et al*), Delaware (*Gebhart et al. v. Belton et al.*) y Virginia (*Davis et al. v. County School Board of Prince Edward County, Virginia, et al.*). Sobre la historia del caso, ver Richard Kluger, *Simple Justice. The History of Brown v. Board of Education and the Black America's Struggle for Equality*, Vintage Books, Nueva York, 1975; Mark V. Tushnet, *Making Civil Rights Law. Thurgood Marshall and the Supreme Court 1936-1961*, Oxford University Press, Nueva York, 1994, cap. 11.

y otro para negros— era inconstitucional, por violar el principio de igualdad (o de igual protección de la ley, como se lo denomina en la tradición estadounidense). Desde el punto de vista conceptual —en especial, bajo interpretación dominante que se ha dado en la Argentina al sistema de control difuso de constitucionalidad— no era imposible otorgar remedios individuales a quienes se presentaran como quejosos: se hubiera obligado a los respectivos Estados demandados a incluir en escuelas blancas a los alumnos negros que hubieran actuado como demandantes, sin que esto involucrara a los no demandantes. Razones de escala aconsejaban, sin embargo, para que el remedio fuera efectivo, la desegregación racial completa del sistema educativo, y no su modificación a través de casos discretos. El ejemplo puede proyectarse a la necesidad de puesta en marcha o de modificación de un servicio público, sistema, plan, programa o proceso destinado a un colectivo o grupo de destinatarios: servicios médicos, servicios educativos, servicios de transporte, servicios de transporte, servicios policiales, procesos electorales, etcétera.

Presentaremos aquí varios ejemplos de este supuesto, vinculados con la violación de normas internacionales de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece varios casos relevantes al respecto.

En la decisión sobre reparaciones del *caso Aloeboetoe y otros*³², el tribunal debió establecer una reparación destinada a que los hijos de las víctimas asesinadas de la comunidad saramaca pudieran estudiar hasta determinada edad. La Corte afirma lo siguiente:

“En la indemnización fijada para los herederos de las víctimas se ha previsto una suma para que los menores puedan estudiar hasta una determinada edad. Sin embargo, estos objetivos no se logran sólo otorgando una indemnización, sino que es preciso también que se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada y una asistencia médica básica. En el momento actual, ello no ocurre en varias aldeas saramacas.

Los hijos de las víctimas viven, en su mayoría, en Gujaba, donde la escuela y el dispensario están cerrados. La Corte considera que, como parte de la indemnización, Suriname está obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a

32 Corte IDH, *caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, sentencia de 10 de septiembre de 1993.

partir de 1994. Igualmente, se ordenará que el dispensario allí existente sea puesto en condiciones operativas y reabierto en el curso de ese año³³.

Como se ve, en lugar de propiciar una solución de carácter individual –como la entrega de una suma monetaria a cada descendiente de las víctimas para que estudie– la Corte percibe que ni el acceso a educación ni el acceso a servicios sanitarios puede garantizarse sin la existencia de un servicio permanente en la comunidad. Es decir, alega razones de escala, ordenando al Estado la adopción de medidas que beneficiarán no sólo a los descendientes de las víctimas, sino a toda la comunidad de manera indivisible. El aseguramiento de la reparación individual requiere medidas de alcance colectivo que serán aprovechadas por todos los miembros de la aldea saramaca.

Un segundo ejemplo, de gran repercusión –ya que obligó a la realización de una reforma constitucional en Chile–, es la decisión adoptada por la Corte Interamericana en el caso *La última tentación de Cristo*³⁴. En el caso, la Corte Interamericana debió analizar la compatibilidad de la medida de censura judicial, confirmada por la Corte Suprema chilena, impuesta a la exhibición cinematográfica de la película “La Última Tentación de Cristo”.

La Comisión Interamericana alegó violación a la libertad de pensamiento y expresión (art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a la libertad de conciencia y religión (art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Los peticionarios ante la Comisión fueron seis ciudadanos chilenos que argumentaron que la censura judicial los privó de ver la película, en violación a las disposiciones de la Convención Americana.

Al considerar la violación al derecho a la libertad de pensamiento y expresión, la Corte –remitiéndose a lo dicho en su opinión consultiva OC-5/85– afirma que ese derecho tiene dos dimensiones, una individual y una

33 Corte IDH, *caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 96. En el mismo sentido, punto resolutive 5, en el que se “[o]rdena al Estado de Suriname igualmente, con carácter de reparación, reabrir la escuela sita en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en operación en el curso de ese año el dispensario existente en ese lugar”.

34 Corte IDH, *caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, sentencia de 5 de febrero de 2001.

social³⁵. La dimensión individual consiste en que “nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento”³⁶. Seguidamente, la Corte señala que:

“Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”³⁷.

La Corte concluye que el acto de censura y la norma que la permite viola el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de los peticionarios. Lo interesante del caso es, claro, lo que la Corte resuelve como punto dispositivo al respecto. La Corte afirma que

“Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”³⁸.

35 Corte IDH, caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 64.

36 Corte IDH, caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 64, con cita de la Opinión Consultiva OC-5/85.

37 Corte IDH, caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 66.

38 Corte IDH, caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 97.

Y por ende

“decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”³⁹.

Como puede advertirse, la Corte no ordenó que el Estado permitiera sólo a los peticionarios ver la película censurada: decidida la ilicitud del acto de censura a la luz del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, la solución consiste en anular el acto de censura y las normas en las que se apoya –medida de carácter indivisible, que beneficia a “toda persona sujeta” a la jurisdicción del Estado chileno, más allá de aquellos que presentaron la denuncia ante la Comisión Interamericana. Se trata de un caso de intercomunicabilidad del resultado por indivisibilidad del remedio adoptado.

Varios casos nacionales también sirven para ilustrar la hipótesis. Dos casos importantes en la jurisprudencia argentina se refieren a afectaciones al derecho a la salud. En el *caso Viceconte*⁴⁰, la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contenciosoadministrativo Federal hizo lugar a una acción de amparo colectivo interpuesta por una vecina de la localidad de Azul. El tribunal consideró que la interrupción de la fabricación de una vacuna contra una enfermedad endémica y epidémica, para cuya producción el Estado había dedicado recursos y fijado un cronograma, violaba el derecho a la salud del grupo potencialmente afectado por la enfermedad –la fiebre hemorrágica argentina, que tiene incidencia sobre un área donde viven unas tres millones y medio de personas. No era inconcebible que la actora reclamara la vacuna para ella misma –el caso hubiera involucrado la discusión sobre el alcance del derecho individual a la salud. Pero no fue ese el planteo efectuado: la discusión se dirigió no a la entrega individual de dosis de la vacuna, sino al pre-

39 Corte IDH, *caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, sentencia de 5 de febrero de 2001, punto resolutivo 4.

40 Argentina, Cámara Nacional en lo Contenciosoadministrativo Federal, Sala IV, *Viceconte, Mariela c/Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986*, de 2 de junio de 1998.

requisito para esa entrega individual, que es el aseguramiento de la producción de la vacuna para la población en riesgo. La razón para el tratamiento colectivo de la cuestión la constituyen las necesidades de escala en la producción de la vacuna, que necesariamente se elabora para una población destinataria plural, y no en forma individual. La orden judicial que emana de la acción de amparo es la de asegurar la producción de la vacuna para todo el grupo afectado, y no sólo para la actora —se produce intercomunicabilidad de resultados a todo el resto del grupo a clase.

La Corte Suprema argentina ha tenido la oportunidad de resolver un caso con algunas similitudes. En el *caso Asociación Benghalensis*⁴¹, la Corte rechazó el recurso extraordinario presentado por el Estado y confirmó la sentencia de Cámara que hacía lugar a una acción de amparo colectivo llevada a cabo por una serie de organizaciones no gubernamentales para obligar al Estado a cumplir con la provisión de medicamentos destinados a tratar el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida mandada por la ley 23.798. A diferencia de otros casos —por ejemplo, de un caso resuelto el mismo día, *A., C. B.*⁴²— en la que un actor individual reclama la provisión de medicamentos para satisfacer su derecho a la atención médica, en *Asociación Benghalensis* un grupo de organizaciones no gubernamentales denuncia el incumplimiento del Estado de la ley que pone a su cargo la responsabilidad de proveer medicamentos relativos al tratamiento del VIH/SIDA en los centros de salud de todo el país. El amparo reclama el cumplimiento de lo establecido por la ley por parte de la Administración. La mayoría de la Corte adhiere a los fundamentos del Procurador General de la Nación que, ante el planteo de falta de legitimación de los actores que hace el Estado, afirma que el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución concede legitimación para interponer acciones de amparo a personas diferentes del afectado individual, entre ellas a asociaciones, señalando:

41 Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social—Estado Nacional s/amparo ley 16.986*, dictamen del Procurador General de la Nación de la Nación del 22 de febrero de 1999, decisión de la Corte del 1 de junio de 2000.

42 Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *A., C. B. c/Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986*, dictamen del Procurador General de la Nación del 19 de marzo de 1999; decisión de la Corte del 1º de junio de 2000.

“Así lo pienso, toda vez que fundan su legitimación para accionar, no sólo en el interés difuso en que se cumplan la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud, cuyo contenido es la prevención, asistencia y rehabilitación de los enfermos que padecen el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y sus patologías derivadas, además del derecho que les asiste para accionar para el cumplimiento de una de las finalidades de su creación que, en el caso, es la de luchar contra el SIDA”⁴³.

Más allá de los términos empleados por el Procurador, está claro que el sentido del fallo es asignarle a la asociación calidad de representante de la clase o grupo de personas afectadas de VIH/SIDA, para reclamar por la totalidad del incumplimiento de la obligación estatal –y no por el efecto de ese incumplimiento sobre algunos individuos. Las razones de escala son similares a las del caso Viceconte: el cumplimiento de la entrega en casos individuales está supeditado al cumplimiento total de la obligación –de lo contrario, no habrá dosis individuales de medicación que puedan ser entregadas para satisfacer el derecho individual a recibir tratamiento. Los beneficiarios del remedio judicial son *todos los miembros de la clase* que requieran tratamiento, es decir, el resultado de la orden judicial se intercomunica al grupo entero.

El caso *Mignone*⁴⁴, resuelto por la Corte Suprema argentina, involucra la discusión de derechos electorales. A través de una acción de amparo colectivo, una organización no gubernamental demandó la declaración de inconstitucionalidad de una norma del código electoral que prohibía votar a las personas detenidas sin condena (es decir, una población de alrededor de cinco mil personas). El argumento central empleado fue que las razones por las cuales el Estado puede excluir el derecho de voto están limitadas a las taxativamente establecidas en el art. 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, que no incluyen la detención preventiva.

43 Dictamen del Procurador General de la Nación, consid. VIII.

44 Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo*, del 9 de abril de 2002. Para un comentario específico, ver Cecilia Cristina Naddeo, “Recepción de estándares internacionales en materia de derechos políticos. Breve reseña de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo””, en este mismo volumen.

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

En lo que interesa al argumento que venimos desarrollando aquí, el remedio requerido —la declaración de inconstitucionalidad de la norma, y la correlativa adopción de medidas para garantizar el voto de los detenidos sin condena— supone la reorganización del proceso electoral a efectos de incluir una clase o grupo entero anteriormente excluido. Si bien no serían impensables acciones individuales que exigieran el restablecimiento del derecho de voto sólo para quien reclame, parece evidente que razones de escala hacen conveniente un tratamiento conjunto y uniforme que involucre a la clase entera, y no respuestas aisladas y potencialmente contradictorias. El remedio adecuado es, por ende, necesariamente colectivo⁴⁵.

En el caso *Verbitsky*, también resuelto por la Corte Suprema argentina⁴⁶, se procuraba mediante un *habeas corpus* correctivo de alcance colectivo presentado originalmente ante la Cámara de Casación Penal, el control judicial de la situación de alrededor de seis mil personas detenidas en comisarías de la Provincia de Buenos Aires. La acción pretendía que el tribunal estableciera en términos precisos bajo qué condiciones debe habilitarse un lugar de alojamiento digno de acuerdo a estándares constitucionales, y que ordenara al Gobierno provincial remediar de forma urgente la situación de las personas alojadas en condiciones denigrantes de superpoblación, ofreciendo para ello un plan de acción. Para facilitar la adopción de esas medidas, los actores solicitaban al Tribunal la fijación de un procedimiento de consulta y diálogo entre los principales actores involucrados en la cuestión y el establecimiento

45 El voto concurrente del juez Bossert efectúa algunas consideraciones suplementarias sobre los aspectos colectivos del derecho al voto, justificando el carácter colectivo de la acción en el alcance de la afectación que produce la norma, “que tiene repercusiones sobre un grupo de ciudadanos que se hallan en idéntica situación y que habrían sido excluidos del efectivo ejercicio de la soberanía popular sobre el que se asienta el sufragio”. Cfr. Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo*, del 9 de abril de 2002, voto concurrente del juez Bossert, consid. 18. Ver también sus considerandos 16, 19, 20 y 21.

46 Ver Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, del 3 de mayo de 2005.

de mecanismos concretos para supervisar el plan de acción que el Gobierno establezca en cumplimiento de la orden judicial.

La justificación de la elección de una acción colectiva se fundó en la naturaleza general y sistémica del problema –esto es, en la necesidad de un remedio colectivo integral, que tomara en consideración la situación de la clase o grupo entero. La insuficiencia de los remedios individuales era evidente: al interponer *habeas corpus* individuales, las personas detenidas eran trasladadas de una comisaría a otra, sin solucionarse el problema de superpoblación. Lo mismo ocurría con los *habeas corpus* colectivos de alcance limitado a un determinado departamento judicial o administrativo.

La Cámara de Casación de la provincia rechazó el *habeas corpus*, al negarse a considerar el conflicto en su dimensión colectiva y envió a sorteo la petición a los diferentes departamentos judiciales. De este modo, segmentó el caso y acotó la posibilidad de discutir las políticas para solucionarlo. La decisión fue confirmada por la Suprema Corte provincial.

Los demandantes acudieron ante la Corte Suprema de Justicia en queja por denegación del recurso extraordinario federal. En lo que importa para el tema bajo examen, alegaron que la segmentación del caso en *habeas corpus* individuales o departamentales les impedía discutir el conflicto colectivo y vulneraba de esta forma el derecho de promover acciones de forma colectiva, garantizado por el artículo 43 párrafo segundo de la Constitución nacional. El Procurador General dictaminó a favor de la apertura del recurso federal por considerar que la imposibilidad de discutir el conflicto colectivo importaba una vulneración del derecho de acceso a la justicia⁴⁷.

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

⁴⁷ Ver Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, Dictamen del Procurador General de la Nación, del 9 de febrero de 2004, considerando IV. El Procurador afirma que “reconocer a la actora legitimación para representar a los individuos de un colectivo, pero ordenar que el ejercicio de esa representación tenga lugar de manera individual y separada ante cada uno de los jueces a cuya disposición se hallan detenidos, equivale a desvirtuar la previsión constitucional de una acción grupal o colectiva como medio más idóneo para la solución de la controversia en el caso de los derechos de incidencia colectiva”.

“Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla”⁴⁸.

“Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros)”⁴⁹.

d) **Afectaciones grupales a derechos individuales en las que existen razones de conveniencia para tratar la cuestión de manera unificada:** el último supuesto al que nos referiremos involucra aquellos casos en los que un mismo hecho, acto u omisión ilícita afecte los derechos individuales de un grupo o colectivo de personas⁵⁰. Aunque las afectaciones sean individuales y, por ende,

48 Ver Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, del 3 de mayo de 2005, voto de la mayoría de la Corte, considerando 16. En el mismo sentido, disidencia parcial del juez Fayt, considerando 15, y disidencia parcial de la jueza Argibay, primer párrafo, que adhiere –entre otros– a los considerandos 16 y 17 de la mayoría.

49 Ver Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus*, del 3 de mayo de 2005, voto de la mayoría de la Corte, considerando 17. En el mismo sentido, disidencia parcial del juez Fayt, considerando 16, y disidencia parcial de la jueza Argibay, primer párrafo, que adhiere –entre otros– a los considerandos 16 y 17 de la mayoría.

50 Esta hipótesis coincide con la noción de “derechos o intereses individuales homogéneos” del Código de Defensa del Consumidor brasileño. Ese cuerpo legal define a los intereses o derechos individuales homogéneos como “los provenientes de un origen común” (Código de Defensa del Consumidor del Brasil, cit. Art. 81.III). Ver, por ejemplo, Antonio Gidi, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, y Márcio Flavio Mafra Leal, “Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, y Hermes Zaneti Junior, “Derechos colectivos latu sensu: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos *strictu sensu* y de los derechos individuales homogéneos” cits., pp. 35-38, 41-42, y 48-52/57-60, respectivamente.

no exista indivisibilidad conceptual entre los bienes protegidos por cada afectación, pueden mediar razones de conveniencia que hagan preferible tratar todas las afectaciones en una misma acción, que tratarlas separadamente. Las razones de conveniencia más importantes son de dos tipos. Primero, razones de *economía procesal*: dado que el hecho, acto u omisión ilícita es único, las cuestiones de derecho, hecho y prueba de todas las afectaciones son en parte idénticas. Esto significa que tratar todas las afectaciones en una misma acción supone un ahorro considerable de tiempo y recursos, evita la dispersión y los tratamientos disímiles y aumenta la efectividad global del remedio judicial. Un único caso parece preferible a miles de casos prácticamente idénticos.

Segundo, cuando se enfrenta una afectación de los derechos individuales de un grupo de personas por un mismo hecho, acto u omisión, dejar librado el reclamo a la iniciativa individual puede tropezar con la posible existencia de *desincentivos* para que los miembros de la clase de personas afectadas accione. Entre ellas, el costo del litigio en relación al monto individual de la afectación, la falta de información de algunos de los afectados individuales, la protección de intereses contradictorios con la publicidad que entraña el inicio de una acción judicial (como por ejemplo, la protección de la intimidad o confidencialidad del afectado), etcétera. La existencia de desincentivos para accionar individualmente se traduce en una pérdida de efecto preventivo de la norma que sanciona el hecho, acto u omisión ilícito, y por ende en el mantenimiento de su impunidad. La agregación de todas las afectaciones en una misma acción permite contrarrestar esta pérdida de efecto preventivo y superar la impunidad de las afectaciones que no generen incentivo individual suficiente para accionar.

Dado que en este supuesto sí puede existir interés de algunos afectados por accionar individualmente, el régimen procesal debe establecer mecanismos que permitan considerar ese interés. Un primer mecanismo es la exigencia de que el juez considere, para preferir la tramitación colectiva por sobre las individuales, si los aspectos comunes tienen mayor peso que los individuales⁵¹. Entre los factores que el juez debe tomar en cuenta se encuen-

51 *Cf.*, al respecto, el apartado b) (3) de la mencionada Regla Federal 23 de los Estados Unidos: “Una acción puede ejercitarse como acción colectiva si (...): (3) el juez considera que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualquier cuestión individual, y que la acción colectiva es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficaz resolución de la controversia. En su decisión sobre la superioridad de la acción colectiva, el juez deberá analizar,

tran el peso o monto de las afectaciones individuales, y las dificultades de los miembros de la clase bien para accionar individualmente, bien para reunirse en una sola acción. Un segundo mecanismo es el de permitir que los miembros del grupo que prefieran iniciar individualmente la acción puedan, en un plazo procesal razonable, manifestar esa preferencia al juez ante quien tramita la acción colectiva y, por ende, queden excluidos de esa acción y habilitados para plantear su acción de manera individual⁵².

La inexistencia de acciones que permitan articular un reclamo colectivo puede constituir, así, una dificultad para impedir que la violación continúe o se repita —en este sentido, los recursos individuales tradicionales no son efectivos.

El *caso Masacre de Plan de Sánchez*⁵³ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya traído a colación, brinda otro ejemplo interesante relacionado con la hipótesis que comentamos aquí. La Comisión Interamericana presentó una lista de víctimas de la masacre, sucedida más de veinte años

entre otras cosas: (A) el interés de miembros del grupo en controlar individualmente el ejercicio o defensa de acciones individuales separadas; (B) la amplitud y naturaleza de cualquier litigio acerca de la controversia ya empezado por o contra miembros del grupo; (C) la conveniencia o no de reunir las causas ante el mismo juez; (D) las dificultades que pueda enfrentar el desarrollo de la acción colectiva”. Ver comentario de Antonio Gidi, “Las acciones de clase en los Estados Unidos”, pp. 14-16; Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell, “El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América”, cit., pp. 79-86 y 90-93. En el mismo sentido, Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, art. 2do. Pár. 1ro.: “Para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados en los n. I y II de este artículo, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las cuestiones individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto”. Ver comentarios de Antonio Gidi, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, y Márcio Flavio Mafra Leal, “Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, y Hermes Zaneti Junior, “Derechos colectivos *latu sensu*: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos *strictu sensu* y de los derechos individuales homogéneos” cit., pp. 36, 43 y 51, respectivamente. Ver también Ada Pellegrini Grinover, “Da *class action* for damages a ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade”, en Edis Milaré (coordinador), *Ação civil pública: Lei 7.347/1985-15 anos*, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 2001, p. 24.

52 Se trata de la posibilidad de “*opt-out*” o derecho de autoexclusión, prevista en la Regla 23 (c)(2)(A) de los Estados Unidos. Ver comentario de Antonio Gidi, “Las acciones colectivas en Estados Unidos”, cit. pp. 20-23; Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell, “El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América”, cit., pp. 95-96.

53 Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez*, sentencia de 29 de abril de 2004.

antes del dictado de la sentencia de la Corte Interamericana. La Corte, sin embargo, consideró que

“Las víctimas de las violaciones a que se refiere el párrafo anterior son las personas identificadas por la Comisión en su demanda (supra párr. 42.48), y las que puedan ser identificadas con posterioridad, debido a que las complejidades y dificultades presentadas al individualizarlas permiten presumir que hay aún víctimas pendientes de determinación”⁵⁴.

El razonamiento de la Corte presenta notables paralelos con el procedimiento de una acción de grupo o de clase indemnizatoria (*damage class action*): la Corte verifica un hecho ilícito común (la masacre) y la existencia de un conjunto de víctimas individuales afectadas. Todas las víctimas tienen *derechos o intereses individuales homogéneos*: sucede que hay algunas identificadas, y otras pendientes de identificación. La sentencia no se limita sólo a las víctimas identificadas, sino que se extiende a aquellas pendientes de identificación. No muy distinto es el procedimiento de la acción de grupo o de clase indemnizatoria del derecho federal estadounidense: probado por el representante de la clase el hecho, acto u omisión dañoso, y establecida la composición de la clase, la sentencia indemnizatoria hace cosa juzgada sobre la totalidad de la clase y permite que los miembros individuales aún no identificados se beneficien de la cosa juzgada y concurren a reclamar el porcentaje de indemnización individual que les corresponde, en la medida del daño sufrido⁵⁵. En el caso, dado el carácter masivo del daño, la Corte justifica el tratamiento conjunto tanto por razones de economía procesal, como por la posible existencia de desincentivos que pesaron sobre muchas víctimas para llevar a cabo acciones judiciales (en el caso, la intimidación del ejército, el tiempo transcurrido, la desconfianza ante el sistema judicial local, la persistente impunidad frente a masacres similares, etcétera).

En el caso *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta*⁵⁶, resuelto por la Corte Suprema argentina, la organización actora impugnó judicialmente una re-

54 Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez*, sentencia de 29 de abril de 2004, párr. 48.

55 Ver, por ejemplo, Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell, “El procedimiento de las acciones de grupo (*class actions*) en los Estados Unidos de América”, cit., pp. 109-110.

56 Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud –Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar*, dictamen del Procurador Ge-

solución del Ministerio de Salud que modificaba el Programa Médico Obligatorio aplicable a las entidades participantes en el sistema del seguro de salud, reduciendo la cobertura correspondiente a esa enfermedad de baja incidencia y tratamiento de alto costo. La Cámara Federal de Apelaciones de Salta había hecho lugar al amparo, declarando la nulidad de la resolución cuestionada por ser violatoria del derecho a la salud. La Corte confirma la sentencia de segunda instancia, adhiriendo a los fundamentos del dictamen del Procurador General de la Nación.

Se trata de otro supuesto de protección a través de una acción colectiva que agrega derechos o intereses individuales homogéneos –en este caso, todas las personas que padecen de esclerosis múltiple excluidas del tratamiento por la resolución ministerial⁵⁷. Nada impedía a los actores interponer acciones individuales, cuyo efecto relativo hubiera llevado a la inaplicación de la resolución impugnada para el caso concreto, y por ende, la limitación del beneficio al reclamante. Sin embargo, el carácter único del acto dañoso y la multiplicidad de víctimas hace conveniente, por motivos de economía procesal, agregar todas las afectaciones en una misma causa, impidiendo así la multiplicación de litigios en los que existe identidad de agravios y alegaciones. El resultado de la acción colectiva beneficia a la clase entera de titulares de derechos o intereses individuales homogéneos, que pueden gozar acceder individualmente al tratamiento antes negado.

V. Las acciones colectivas y la “efectividad” del recurso en la Argentina

Hasta aquí hemos presentado un panorama de tipos de situaciones de afectación de derechos humanos que requieren –o ante las que resulta más conveniente– un tratamiento judicial colectivo y no uno individual. El argumento presentado indica que, para estos casos, “recurso efectivo” signi-

neral de la Nación del 4 de agosto de 2003; decisión de la Corte del 18 de diciembre de 2003.

57 Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud –Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar, dictamen del Procurador General de la Nación del 4 de agosto de 2003; decisión de la Corte del 18 de diciembre de 2003.

fica un recurso capaz de tratamiento colectivo de estas afectaciones—de modo que las acciones de carácter meramente individual no cumplen, en todos estos casos, la exigencia de la efectividad.

El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos requiere que el Estado adopte medidas, incluidas las legislativas, para garantizar los derechos establecidos por ese instrumento que aún no lo estuviesen: esto incluye el derecho a un recurso efectivo en caso de afectaciones colectivas a derechos fundamentales establecidos en la Convención, en la Constitución o en las leyes. El art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene un contenido similar, y es aplicable al art. 2.3, como ilustra la ya comentada Observación General N° 31 del Comité de Derechos Humanos. Para el caso que estamos tratando, esto significa que, de no existir recursos o acciones judiciales que permitan la revisión judicial de afectaciones colectivas a derechos humanos, el Estado tiene la obligación de dictar legislación creándolas. De no existir estas acciones en la legislación, los jueces tienen la obligación de adecuar las existentes para dar efecto a los dos tratados invocados.

Dicho esto, analizaremos brevemente las vías empleadas primariamente por los tribunales argentinos para entender en acciones donde se discuten afectaciones colectivas a derechos humanos, y su adecuación a lo establecido en los instrumentos internacionales mencionados. Estas reflexiones son también útiles para México, en la medida en que las obligaciones internacionales comentadas rigen igualmente aquí, de modo que son necesarias reformas legislativas—en especial al régimen de amparo— para adecuar a sus exigencias la legislación interna.

Parece casi innecesario recordar que, aunque existían algunos antecedentes, la temática de las acciones colectivas se instaló en el país prácticamente a partir de la incorporación, en la reforma constitucional de 1994, del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, que establece el denominado “amparo colectivo”. No es este el lugar de evaluar de manera exhaustiva la evolución del instituto. Cabe, sin embargo, efectuar algunos apuntes al respecto de su efectividad como recurso.

Como primer punto, es necesario subrayar que, a más de diez años de la reforma, el amparo colectivo aún no ha sido regulado, y su funcionamiento fue moldeado completamente a partir de la actividad pretoriana de los tri-

bunales. Esta actividad pretoriana ha consistido en una combinación de interpretación directa del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución, de su integración con lo establecido en el primer párrafo, que recoge el amparo “clásico” o “individual”, y de la adaptación, en la medida del alcance asignado al art. 43 de la Constitución, de las normas consideradas subsistentes y aplicables de la ley 16.986 (ley de amparo, que data de 1966, muchísimo antes de que se discutieran las cuestiones planteadas en este trabajo). La tarea de desarrollo interpretativo de los jueces argentinos en esta materia ha sido notable, y debe ser destacada. Sin embargo, a diez años de la reforma constitucional, la ausencia de regulación se ha hecho sentir en varios aspectos: falta de claridad en materia de efectos de la sentencias, problemas de posible incompatibilidad de decisiones sobre el mismo objeto en jurisdicciones distintas, falta de claridad sobre temas tales como la adecuación de la representación, la participación de otros miembros del grupo, la participación de terceros interesados, etcétera. Existen suficientes modelos en el derecho comparado –y en nuestra misma región, como en el caso de Brasil– para que el Congreso asuma seriamente la cuestión y produzca una regulación compatible con la exigencia de “rapidez”, “sencillez” y “efectividad” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Un segundo punto está relacionado con el carácter de la acción. Como ya he dicho antes, mientras acciones como el amparo (denominadas “extraordinarias” por la doctrina procesal) tienen la virtud de ser adecuadas a los requisitos de “rapidez” y “sencillez”, no siempre cumplen con el requisito de la “efectividad”. Esto se debe a que, dada la limitación de su objeto, la acción de amparo –individual y colectivo– puede ser idónea para hacer cesar la violación, pero difícilmente pueda cumplir con las demás exigencias mencionadas por el Comité de Derechos Humanos –obtener reparación material y moral por la violación, y evitar la repetición. Otra limitación del amparo salta a la vista: la exigencia, a efectos de su admisibilidad, de demostrar que la acción u omisión atacada es manifiestamente ilegal o arbitraria. Esta exigencia reduce las posibilidades de debate sobre temas de hecho y prueba, y por ende la acción se torna inadecuada para violaciones de mayor complejidad.

Paradójicamente, el tema de las acciones colectivas adquirió visibilidad en la Argentina a partir del amparo colectivo: eso ha hecho que la mayor parte del desarrollo en esta materia haya adoptado la vía del amparo, con es-

casas y muy tímidas exploraciones en el campo de las acciones colectivas ordinarias. Esto lleva a un tercer punto, que se hace evidente apenas se superan las anteojeras nacionalistas, y se levanta un poco la vista para ver cómo funcionan las cosas en otros lugares. Las acciones colectivas son, por lo general, acciones complejas. Acciones tales como las class actions estadounidenses o la *ação civil pública* no son dispositivos sumarísimos como el amparo, sino acciones ordinarias que en general se consideran típicos ejemplos de litigio complejo. Se trata de acciones en las que pueden estar involucradas varias partes que representan intereses colectivos distintos, que requieren una gestión judicial prudente para no perjudicar derechos de otros miembros de la clase o del grupo involucrado, o intereses de otros beneficiarios del bien colectivo de que se trate. Esto significa, por lo general, plazos procesales más largos, un período de certificación de la adecuación e idoneidad del representante de la clase o grupo, mecanismos de contralor para impedir afectaciones de derechos de quienes a la postre serán beneficiados o perjudicados por la acción, mayor amplitud de debate y prueba, un procedimiento de ejecución prolongado o al que se agregan más beneficiarios, etcétera. En nuestro país, dada la visibilidad que ha cobrado el amparo colectivo, la discusión sobre esta cuestión apenas si se ha planteado⁵⁸. Para que las acciones destinadas a confrontar afectaciones colectivas de derechos humanos sean efectivas, la cuestión requiere de un debate serio y de regulación —difícilmente se pueda avanzar en la materia sólo a partir de interpretaciones judiciales.

Esto no significa, claro, que no haya ningún espacio para el amparo colectivo —del mismo modo que la existencia de acciones individuales ordinarias no empece la existencia y la pertinencia del amparo individual. El amparo colectivo será “efectivo” —e, idealmente, “rápido” y “sencillo”— cuando la violación de que se trate sea evidente, o cuando, a elección de las víctimas, el objeto procesal se limite a hacer cesar la violación. Cuando la constatación de la violación requiera mayor debate y prueba, se trate de un situación de mayor complejidad, o se pretenda un remedio más complejo —por ejemplo, la indemnización colectiva o la adopción de medidas de reforma de la legislación, del diseño institucional o de las prácticas de organismos públicos para

58 Una promisoría excepción es la obra de Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Acciones Colectivas. Análisis conceptual, jurisprudencial, procesal y comparado*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005.

impedir la recurrencia de la violación, la acción adecuada –y por ende, “efectiva”– debería ser una acción colectiva ordinaria. El compromiso entre “rapidez” y “sencillez”, por un lado, y “efectividad”, por otro, en estos casos, dependerá en gran medida de un adecuado sistema de medidas cautelares, que permitan que la violación cese o que el daño se consume, mientras se sigue discutiendo la cuestión de mayor complejidad.

El panorama actual, sin embargo, ha sido signado por el justificado activismo de los jueces, ante el incumplimiento por parte del legislador del mandato constitucional de regulación del amparo colectivo –y del mandato de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de establecimiento de acciones adecuadas a las violaciones colectivas de derechos humanos. Mientras no existan acciones colectivas ordinarias, muchas afectaciones colectivas de derechos seguirán tramitando por la vía del amparo colectivo, aunque se trate de una vía que lleva implícitas muchas limitaciones.

Cabe señalar que, sobre la base del desarrollo jurisprudencial del amparo colectivo, también se ha verificado un desarrollo analógico del *habeas corpus* colectivo, que tampoco estaba previsto como tal en su ley regulatoria, la ley 23.098, que data de 1984. Puede efectuarse, al respecto, señalamientos similares a los ya hechos en relación con el amparo colectivo.

En cuanto a otras acciones colectivas, existe una cierta evolución de acciones de carácter civil, que en mayor medida van recogiendo la evolución de lo que un autor ha denominado “derecho privado colectivo”⁵⁹. Se trata, todavía, de construcciones tentativas, desarrolladas centralmente a partir de la acción prevista en la Ley de Defensa del Consumidor, y de acciones –incluidas acciones de reclamo de daños y perjuicios que involucran bienes– colectivos, como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico. Sería deseable un desarrollo normativo común de todas estas materias, en consonancia con el tratamiento de problemas de litigio complejo como los apuntados antes.

59 Cfr. Ricardo Lorenzetti, *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 127-172.