

LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EXHORTATIVAS

The exhortative constitutional decisions

Néstor Pedro Sagüés*

RESUMEN

Como producto del derecho judicial, diferentes tribunales constitucionales europeos han desarrollado nuevos tipos de sentencias atípicas, diferentes de las tradicionales. Entre ellas, las “exhortativas” recomiendan al legislador (incluso al constituyente) dictar nuevas normas en reemplazo de las actualmente en vigor, para que estén bajo la Constitución. En el caso argentino, recientemente la Corte Suprema las ha admitido en un hábeas corpus colectivo destinado a mejorar la situación de detenidos en cárceles de la Provincia de Buenos Aires.

PALABRAS CLAVE

Sentencias atípicas. Sentencias manipulativas. Sentencias exhortativas. Tipos. Su recepción en Argentina. Hábeas corpus “colectivo” y “correctivo”.

* Néstor Pedro Sagüés. Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. e-mail: nestorsagues@arnet.com.ar. Artículo enviado el 20 de agosto de 2006. Aprobado el 31 de agosto de 2006.

ABSTRACT

As a product of judicial decisions, several European constitutional courts have developed new varieties of judgments, different from the traditional ones, called “non typical” or “manipulative” judgments. Among them, the “exhortative decisions” recommend the legislator (or the constitutional power) enacts new acts or bills replacing the presents ones, in order that they respect the Constitution. In the Argentinean case, the National Supreme Court admitted them recently, in a “collective” and “corrective” *habeas corpus*, with the target of improve the conditions of confinement of persons in prisons or in detention centres in the police stations of the Province of Buenos Aires.

KEY WORDS

Non typical constitutional judgments. “Manipulative” judgments. “Exhortative” judgments. Models. Reception in Argentina. “Collective” and “Corrective” *habeas corpus*.

1. INTRODUCCIÓN. LAS SENTENCIAS “ATÍPICAS” EN MATERIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En materia de control de constitucionalidad de normas, la sentencia que podría denominarse “clásica” es la que acepta la postulación que impugna la constitucionalidad de un precepto (sentencia estimatoria) o la que rechaza el acuse de inconstitucionalidad (sentencia desestimatoria).¹ El efecto de tal veredicto podrá tener resultados, según el sistema del caso, *inter partes* o *erga omnes*, en cuanto los sujetos afectados por el pronunciamiento jurisdiccional; y si acepta la proclamación de inconstitucionalidad, consecuencias *ex tunc* o *ex nunc* (retroactivas o no retroactivas), en razón de su proyección en el tiempo.

Pero sea en aras de conservar en lo posible el vigor de las normas infraconstitucionales, sea por aplicación del principio de “cortesía constitucional” o de “deferencia razonada”, sea por razones pragmáticas y de funcionalidad, para evitar vacíos normativos jurídica y socialmente muy costosos si se descalifica a

¹ Cfr. Olano García, Hernán A., “Clases de sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *El Derecho*, Buenos Aires, suplemento de Derecho Constitucional del 1/2/05; Palomino Manchego, José, “La sentencia constitucional en las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú”, en *Memorias*, II Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional (San José de Costa Rica, 2004), cd-room.

una regla por su inconstitucionalidad (el fenómeno se acentúa cuando la sentencia estimatoria produce efectos *erga omnes* –vale decir, derogatorios– y genera así huecos legales en temas importantes para la comunidad, al abolir la norma inconstitucional), el derecho procesal constitucional ha imaginado en las últimas décadas ciertas categorías de fallos que escapan de aquella doble estratificación tradicional (de fallos estimatorios y desestimatorios), dando lugar a las sentencias “atípicas”.²

Una verdadera fuente inspiradora de tales fallos ha sido la doctrina de la interpretación “conforme” a la Constitución, de las reglas infraconstitucionales (también llamada de la “interpretación constitucional” del derecho subconstitucional), en el sentido de rescatar en lo posible la validez del aparato normativo inferior a la Constitución, según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la ley suprema; o que, si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde con la Constitución, y otra opuesta a ella, deba preferirse siempre la del primer tipo.³

No existe una clasificación unánimemente aceptada en torno a las sentencias atípicas, que también se llaman, por ejemplo, “manipulativas”,⁴ “interpretativas”, o “modulatorias”,⁵ sin que tampoco exista acuerdo absoluto respecto del radio de cobertura y del contenido de estas resoluciones. Algunos autores destacan que las sentencias manipulativas son básicamente nomogenéticas, en el sentido que resultan productoras de normas, infiriéndolas a éstas de la misma Constitución. Pero ello no es unánime.⁶ Tales discrepancias no deben asombrar, apenas se

² Nogueira Alcalá Humberto, “Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en la América del Sur”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Porrúa, México 2004, N° 2, p. 87.

³ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª. ed, ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 2, pp. 40 y sigts.

⁴ Pizzorusso Alessandro, *El Tribunal Constitucional italiano*, en autores varios, *Tribunales Constitucionales europeos y derechos humanos*, trad. por Luis Aguiar Luque y María Gracia Rubio de Casas, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 253 y sigts., esp. p. 257; Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 231 y ss.

⁵ Ver Rivera Santiváñez, José Antonio, 2004, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, 2ª. ed., Cochabamba, Ed. Kipus, pp. 94 y ss.

⁶ Cfr. Ezquiaga Ganuzas Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 265. Con referencia a los roles nomogenéticos de un Tribunal Constitucional, ver entre otros Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, en *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, 1988, N° 22, p. 38, y Figueruelo A., “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1993, N° 81, p. 71. Por nuestra parte, advertimos que si bien la faceta creativa nomogenética de un Tribunal Constitucional es frecuente en las sentencias manipulativas, ella puede no existir cuando escoge una interpretación posible

tenga en cuenta la plasticidad intrínseca del derecho procesal constitucional (una disciplina en auge y en permanente enriquecimiento), que se encuentra, asimismo, en plena adolescencia académica, abriéndose paso, con insospechado éxito, para tomar su lugar en los planes de estudio de grado y posgrado.

Marginalmente cabe destacar que cuando se habla aquí se sentencias “manipulativas”, no se emplea el verbo que origina la denominación (manipular) en sentido peyorativo o condenatorio, sino neutro, en la acepción de, por ejemplo, maniobrar, operar o utilizar la norma del caso, desde una perspectiva constitucional. Por tanto, una *sentencia* “manipulativa” (en la acepción que aquí le damos) no importa necesariamente una *interpretación* “manipulativa” del derecho (según lo que se entiende por “interpretación manipulativa” de la Constitución, vale decir, aquella que desvirtúa al mensaje constitucional).

Generadas inicialmente las sentencias “atípicas” en países adscritos en su mayor parte al sistema “austriaco” o concentrado y especializado de control de constitucionalidad (aunque este mecanismo se encuentra hoy bastante relativizado), han terminado por proyectarse a estados vinculados con el régimen estadounidense (difuso, pero igualmente corregido) de la *judicial review*,⁷ y una buena muestra de ello es el reciente caso “Verbitsky”, de la Corte Suprema de Justicia argentina, en el que nos detendremos más tarde (parágrafo 4).

2. VARIABLES DE LAS SENTENCIAS ATÍPICAS

En este campo pueden detectarse:⁸

a) *Sentencia manipulativa admisoría*: condena a una determinada *interpretación* de la ley bajo examen, pero no al texto normativo mismo, que persiste vigente y aplicable, siempre que se lo interprete del modo conforme a la Constitución, y no según la variante interpretativa reputada inconstitucional.

b) *Sentencia manipulativa desestimatoria*: reputa constitucional cierta exégesis concreta de una norma, rechazando respecto de ella la objeción de ser in-

de una norma, presentándola como constitucional, o cuando desecha otra interpretación, por reputarla inconstitucional, ya que en tales supuestos maneja, en principio, un material que ya se encontraba en germen en el precepto legal examinado. Ahora bien: si se juzgase que en esa elección hay una decisión necesariamente innovadora, sería correcto afirmar que la sentencia manipulativa es por su esencia nomogenética.

⁷ Sobre las transformaciones habidas en los modelos estadounidense y austriaco, nos remitimos a nuestra obra *La interpretación judicial de la Constitución*, ob. cit., pp. 222 y ss.

⁸ Pizzorusso Alessandro, *El Tribunal Constitucional*, ob. y p. cit.

constitucional, con lo que deja abierta la posibilidad de reputar inconstitucional otra inteligencia diferente que se haga del mismo precepto legal.

c) *Sentencia manipulativa “aditiva”*. Es la que añade algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la Constitución. En algunos casos, se cubre un vacío constitucional o legal. En otros (sentencias “integradoras”), se incluye a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal.⁹

d) *Sentencia manipulativa “sustitutiva”*. Entendida como la manifestación más dura (y por ende, muy discutible) del poder legisferante positivo de un Tribunal Constitucional, en tal hipótesis éste destruye una norma que califica como inconstitucional, y en su lugar la reemplaza por otra regulación conforme con la Constitución.¹⁰

e) *Sentencia exhortativa*, también llamada “apelativa” o “con aviso”.¹¹ Se perfila con distintas posturas, que consideramos en el párrafo siguiente.

3. LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS COMO ESPECIE DE LAS SENTENCIAS MANIPULATIVAS. TIPOS

En este supuesto, el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional (expondremos estas alternativas), encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución. Puede o no fijarle plazo preciso al respecto.

La fundamentación teórica de tal familia de fallos es que con esa actitud la magistratura constitucional respeta el principio de división de los poderes (dado que no invade ni asume las competencias legisferantes del Parlamento), y a menudo, de modo directo o indirecto, da pautas sobre el contenido del nuevo precepto normativo, con lo que también se economizan futuras posibles declaraciones de inconstitucionalidad, si esas guías son satisfechas.

⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Sentencias de los tribunales...*, ob. cit., p. 92.

¹⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, *Sentencias de los tribunales...*, ob. cit., p. 96. Algunas veces, observa Ezquiaga Ganuzas (*La producción jurídica...*, ob. cit., p. 274), la sustitución que realiza esta sentencia manipulativa se produce sin declarar inconstitucional al texto de la norma en cuestión, con lo que, en tal hipótesis, la sentencia manipulativa sustitutiva es muy parecida a la sentencia manipulativa aditiva.

¹¹ Sobre estas denominaciones, ver Rivera Santiváñez, José Antonio, *Jurisdicción constitucional...*, ob. cit., p. 98; Olano García, Hernán A., *Clases de sentencias constitucionales...*, ob. cit., párrafo 2 d; Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Ed. Tecnos, 2002, pp. 123 y ss.

El tema es necesariamente polémico. A favor de las sentencias exhortativas se ha dicho que no invaden la libertad de configuración normativa del legislador, porque solamente contienen indicaciones, sugerencias, recomendaciones o propuestas para él.¹² Sin embargo, algunas de estas sentencias incluyen directrices mucho más terminantes y contundentes –incluso con plazos para ser cumplidas– que de hecho condicionan las competencias del Parlamento.

Oblicuamente, pensamos, se da aquí una suerte de control preventivo de constitucionalidad *sui generis* (respecto de la norma a dictarse en el mañana, a más del control reparador sobre la norma vigente, cuya constitucionalidad se pone en duda o se descarta). Tal tipo de fiscalización, cuando no está explícitamente previsto por la Constitución, solamente es comprensible a la luz de un derecho consuetudinario constitucional erigido por la magistratura constitucional que de esta manera amplía sus competencias constitucionales originales, a través de una interpretación mutativa por adición a la Constitución (sobre esto último, v. *infra*, parágrafo 4 y nota 21).

Las sentencias exhortativas han asumido contornos diversos.

a) *Sentencia exhortativa “de delegación”*. Declara inconstitucional a una norma, y advierte al Poder Legislativo qué pautas debería satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución. Al decir de Predieri, se asemeja a una ley de delegación legislativa (ley de bases) esta última en favor del Poder Ejecutivo, cuando enuncia las directrices a que debe someterse éste al emitir la ley delegada.¹³ En el caso de la sentencia exhortativa, ella operaría como una especie de “norma de base” de la legislación que tendrá que sancionar el Poder Legislativo.

b) *Sentencia exhortativa de “inconstitucionalidad simple”*. En esta variable, el Tribunal Constitucional constata que una norma es inconstitucional, pero no la invalida (por los efectos desastrosos que podría producir esa nulificación), pero impone al Poder Legislativo el deber de suprimir la situación de inconstitucionalidad, por lo que deberá modificar el régimen legal vigente para amoldarlo a la Constitución. La ley reputada inconstitucional se continúa aplicando hasta que se apruebe la nueva norma que esté conforme con la Constitución.¹⁴

¹² Sobre esta problemática, ver Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional...*, p. 124, con mención de la doctrina de Gustavo Zagrebelsky, quien diferencia entre recomendaciones dadas en virtud de una disposición constitucional, de otras emergentes de oportunidad y conveniencia.

¹³ Cit. por Pizzorusso, Alessandro, *El Tribunal Constitucional...*, ob. cit., p. 262, nota 49.

¹⁴ Schlaich, Klaus, “El Tribunal Constitucional Federal” en Autores varios, *Tribunales constitucionales europeos...*, ob. cit., pp. 194 y ss.

c) *Sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria*. Aquí la jurisdicción constitucional estima que una norma es “todavía” constitucional, pero que puede pronto dejar de serlo; o que no resulta del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que insta al legislador a que produzca una nueva regulación plenamente constitucional, para lo cual puede darle también pautas de contenido.¹⁵ Se trataría de situaciones que denominamos de constitucionalidad endeble o precaria.

En ciertos casos, añade Hernán Olano García, las sentencias exhortativas han producido el llamado “bloqueo de aplicación”, por el cual no se efectivizan en los procesos donde fueron objetadas las normas cuestionables en su constitucionalidad, a la espera de la nueva normativa que regule el tema.¹⁶

La doctrina de las sentencias exhortativas, apelativas o “con aviso” no siempre ha tenido aprobación. En particular, las hipótesis de la “inconstitucionalidad simple”, y de la que denominamos “constitucionalidad precaria”, provocan críticas por la inseguridad jurídica que implica (cuando no son “bloqueadas”), consentir la aplicación de leyes inconstitucionales, o que lindan con lo inconstitucional, hasta que se pronuncie la nueva norma rotundamente constitucional. Los partidarios de esas subespecies de sentencias exhortativas, no obstante, advierten que se trata de una doctrina prudente, que mide las consecuencias políticas de las decisiones de un Tribunal Constitucional, y que prefiere evitar desastrosos males mayores antes que efectivizar a rajatabla planteos principistas de inconstitucionalidad.¹⁷ De este modo se compatibilizaría la revisión jurisdiccional de constitucionalidad con el principio constitucional de funcionalidad del sistema político global, del que la primera es un relevante engranaje, pero no el único.

El tema se conecta, por un lado, con la doctrina de la interpretación previsorora de la Constitución, que por cierto mide las consecuencias y verifica los resultados de la interpretación de una cláusula de la Constitución, y si el producto interpretativo es decididamente nocivo (para las partes del proceso o para la sociedad), aconseja regresar a la norma interpretada y reinterpretarla con otro método hasta alcanzar un producto interpretativo aceptable. Esta doctrina maneja la interpretación previsorora como una *opción* posible entre varias interpretaciones de una norma constitucional, aconsejando desechar las que no conduzcan a resultados positivos, y hasta como *inaplicación* de una regla constitucional, si los resultados o consecuencias de su efectivización son tan perniciosos y extremos que un verdadero estado de necesidad mostrase la imposibilidad material o la

¹⁵ Schlaich, Klaus, *El Tribunal Constitucional...*, ob. cit., p. 199.

¹⁶ Olano García, Hernán A., *Clases de sentencias constitucionales...*, ob. cit., parágrafo 2 d.

¹⁷ Ver sobre estos problemas Schlaich, Klaus, *El Tribunal Constitucional Federal*, ob. cit., pp. 198 a 202.

imposibilidad racional de cumplir con la Constitución.¹⁸ El caso de la sentencia exhortativa de “inconstitucionalidad simple” que detallamos precedentemente, bajo la letra *b*), cuando el Tribunal Constitucional detecta la inconstitucionalidad de una norma infraconstitucional pero no la nulifica, para evitar graves males mayores, es una muestra tácita de inaplicación de la regla constitucional, al mantener vigente a la norma subconstitucional opuesta a la ley suprema.

Paralelamente, la sentencia exhortativa que hemos denominado por constitucionalidad precaria, padece de una serie de debilidades jurídicas dado que el Tribunal Constitucional del caso exhorta al legislador al cambio de una norma partiendo –básicamente– de conjeturas, como que esa norma (a la que el tribunal formalmente no declara inconstitucional) parece inconstitucional, o puede llegar a ser inconstitucional.

Tales presunciones, pronósticos relativos o dudas no configuran un dato jurídico cierto y concluyente de inconstitucionalidad que justifique que el tribunal requiera al legislador, casi por precaución, nada menos que sustituya la norma del caso. La doctrina de la sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria poco se compadece, además, con la presunción de constitucionalidad de las normas, y obliga a generar en cuanto éstas una curiosa cuádruple clasificación, respecto de su constitucionalidad, en vez de la binaria clásica (reglas constitucionales-reglas inconstitucionales): 1) normas constitucionales; 2) normas inconstitucionales; 3) normas aparentemente inconstitucionales; 4) normas en vías de ser inconstitucionales. Para las dos últimas estarían las sentencias exhortativas por constitucionalidad precaria.

Salvo, en síntesis, que un texto constitucional expreso habilite la facultad de un tribunal para actuar de ese modo, no cabe reconocerle tal competencia, que importa en definitiva un juego dialéctico de velada declaración de inconstitucionalidad, pero sin declaración sincera de inconstitucionalidad, que es lo que –en su caso– debería hacerse. De todos modos, por supuesto, si un Tribunal Constitucional (intérprete final de la Constitución) actúa así reiteradamente, es probable que genere una regla de derecho consuetudinario constitucional habilitante de tal proceder, más allá de lo correcto de la tesis en cuestión.

Cabe destacar, para concluir, que algunas sentencias exhortativas se han dirigido no solamente al legislador ordinario, sino también al constituyente, instándole al cambio de algún artículo constitucional.¹⁹ Esta modalidad podría tener

¹⁸ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, ob. cit., pp. 114 y sigs.

¹⁹ Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 1/12/03, en Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones sobre las sentencias...*, ob. cit., pp. 98/9.

interesantes proyecciones cuando se trate de homogeneizar la Constitución local con, por ejemplo, normas del derecho internacional de los derechos humanos.

4. LA SITUACIÓN EN ARGENTINA. CASO “VERBITSKY”

Este significativo fallo aborda numerosas cuestiones. Trata de un hábeas corpus “correctivo”,²⁰ programado por la Constitución nacional, después de la reforma de 1994, y antes, por la jurisprudencia y por la ley 23.098. Se trata de un hábeas corpus impropio, que no postula la libertad de los detenidos, sino su digno trato en las prisiones. Por eso, bien podría haber operado como un amparo especializado en la tutela de lo dispuesto por la última parte del art. 18 de la Constitución nacional, cuando dispone que las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los detenidos en ellas, y que toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice. Sin embargo, tanto el legislador como el constituyente lo planificaron como un subtipo de hábeas corpus.

La sentencia incluye una nutrida aplicación de reglas del derecho internacional de los derechos humanos y de jurisprudencia extranjera, con lo que hay un frecuente uso del “intérprete externo” para resolver problemas constitucionales locales, hecho que evidencia una progresiva globalización jurídica probablemente irreversible. En otras palabras, será cada vez más difícil resolver problemas locales con el único uso del derecho doméstico.

Aparte de ello, la Corte Suprema acepta el llamado “hábeas corpus colectivo”, iniciado por una persona jurídica a favor de un número muy amplio de detenidos. Para eso, la Corte proyecta la figura del “amparo colectivo” previsto por el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución nacional, al hábeas corpus, utilizando el argumento *a potiori* (otros prefieren hablar del argumento *a fortiori*): si el texto constitucional admite que se pueda articular un amparo colectivo para defender derechos de los usuarios y de los consumidores, o relativos a la competencia, por ejemplo, con mayor razón debería admitirse esa clase de proceso para la protección de presos, a fin de que tengan un trato acorde con la condición humana. En definitiva, la Corte ha realizado una interpretación mutativa por adición: ha añadido al contenido del texto constitucional relativo al hábeas cor-

²⁰ Así lo bautizamos en la primera edición de nuestro *Hábeas corpus: régimen constitucional y procesal en la Nación y provincias*, 1981, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 86. Sobre el caso “Verbitsky” ver cita 22 de este trabajo.

pus, algo que éste en sentido estricto, en su art. 43, no decía.²¹ Y además, ha llamado hábeas corpus “colectivo” a algo que más bien era propio de una pluralidad de derechos individuales homogéneos, como agudamente observa Pedro J. Bertolino.²² Pero el buen suceso de esta operación mutativa deriva de la intrínseca justicia que hay en la receta ampliatoria adoptada.

5. EL MENSAJE REFORMISTA DEL FALLO

En cuanto el fondo del hábeas corpus correctivo, la Corte constata, como hecho probado y no discutido en el expediente, a) una situación de superpoblación carcelaria que atenta contra el digno trato a los sujetos privados de su libertad; b) el 75% de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires son “presos sin condena” (vale decir, por lo común individuos procesados y sin sentencia firme), y c) en numerosas comisarías se encuentran privados de su libertad menores y enfermos.

Parte del problema, según la Corte Suprema de Justicia nacional, deriva del régimen de excarcelaciones vigente en la provincia de Buenos Aires, más severo que el aplicado en otras jurisdicciones y distinto al que rige en el orden nacional. En el campo internacional, conforme a documentos como el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso “Instituto de Reeducción del menor vs. Paraguay”), rige la tesis de la excepcionalidad de la prisión preventiva. Al respecto apunta lo siguiente, en el considerando 58 del voto mayoritario: “Que... cabría analizar la eventual constitucionalidad de la legislación vigente en la Provincia de Buenos Aires en materia excarcelatoria, que prima facie parece alejarse del estándar trazado por el derecho internacional que sigue la legislación nacional. Si bien no corresponde un pronunciamiento de esta Corte sobre este tema en la presente causa, tampoco el Tribunal puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y,

²¹ Sobre la interpretación mutativa, sus variables y legitimidad, nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial...*, ob. cit., pp. 61 y sigts.

²² Cfr. Bertolino, Pedro J., “Desde un hábeas corpus hacia el proceso penal estatalmente debido”, en *Revista de derecho penal y procesal penal*, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, agosto de 2005, N° 12, p. 1184 (el fallo “Verbitsky” se reproduce en la misma revista, pp. 1151 y ss.). El autor observa que en cuanto los distintos detenidos, si bien tenían muchos agravios en común, planteaban situaciones diferenciadas (o diferenciables) en cada caso, configurando en rigor de verdad “derechos individuales homogéneos”, que algunas veces son una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de su divisibilidad. La propia actora explica, al respecto, que en cierto tema los comprendidos por la acción son 6.364 alojados, en 340 comisarías. Bertolino remite sobre el tema a Guidi Antonio y Ferrer Mac Gregor Eduardo, compiladores, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa, pp. 655 a 662.

por consiguiente, cabe que exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y de excarcelación a los estándares internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación”.

En el considerando 59 de “Verbitsky” se aborda un tema paralelo: la vigencia en el país de la ley nacional 24.660, referente a la ejecución de penas privativas de la libertad, cuyo art. 228 dispuso que las provincias debían revisar su legislación y reglamentación penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con la ley nacional aludida. Por ello, el considerando 60 expone que “prima facie la ley provincial (de Buenos Aires) parece haberse alejado del estándar internacional y de la legislación nacional, (por lo que) si bien tampoco corresponde pronunciamiento de esta Corte en la presente causa, por iguales razones a las señaladas en el considerando 58, cabe que esta Corte exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a los marcos mínimos señalados por los estándares internacionales receptados por la legislación de ejecución penal de la Nación”.

En resumen, la resolución 7 de la Corte dispone “Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y la legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales”.

La sentencia que comentamos se inserta, dentro de las exhortativas, apelativas o “con aviso”, dentro de la tercera categoría: por constitucionalidad precaria, en su variable de normas aparentemente inconstitucionales. Ciertas leyes y reglamentaciones de la Provincia de Buenos Aires, al decir de la Corte, “prima facie”, “parecen” inconstitucionales, o resultan “eventualmente” alejadas de reglas constitucionales o internacionales que cabe respetar. La Corte no las declara constitucionales, y exhorta a su cambio.

Liminarmente cabe preguntarse por qué no fueron declaradas inconstitucionales, alternativa viable, por aplicación analógica del art. 43 de la Constitución nacional, primer párrafo (relativo al amparo). Seguramente ello no pasó porque siendo la declaración de inconstitucionalidad la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico (conforme a reiteradísima jurisprudencia de la Corte Suprema), y no resultando las normas enjuiciadas claramente inconstitucionales, sino sólo aparentemente inconstitucionales, esa declaración de inconstitucionalidad no hubiera correspondido.

Ya hemos dicho, con referencia al régimen vigente en el derecho comparado (*supra*, párrafo 3), que las sentencias exhortativas por constitucionalidad precaria resultan (a falta de sustento constitucional expreso) muy discutibles, aun-

que en ciertos países quedan constitucionalizadas por el derecho consuetudinario constitucional elaborado por su tribunal supremo en lo constitucional.

Aun así, en “Verbitsky” el problema se agrava porque la Corte Suprema federal no indica claramente qué reglas precisas de la Provincia de Buenos Aires padecen del defecto que les atribuye, y dónde, específica y puntualmente, está la colisión entre las normas del caso con la Constitución nacional o el derecho internacional de los derechos humanos, a fin, concretamente, de que la Provincia cumpla con la exhortación legisferante que la Corte federal le hace.

Como la Provincia está habilitada para sancionar esa legislación procesal penal, a tenor del art. 75 inc. 12 de la Constitución nacional, lo adecuado hubiese sido, en efecto, marcar sin dudas las reglas viciadas (el considerando 54 de “Verbitsky” se refiere muy genéricamente a reformas legislativas en materia excarcelatoria y penitenciaria habidas en Buenos Aires, causantes del incremento de la población carcelaria, según el considerando 32), y detallar por qué ellas son aparentemente inconstitucionales, para diseñar, finalmente, las pautas definidas de corrección. Señalar que según directrices internacionales la prisión preventiva debe ser excepcional, no parece una guía demasiado nítida para emprender la reforma, y menos si no se la confronta expresamente con los preceptos legales vigentes que, bien individualizados, se opondrían a tales patrones. Lo que la Corte Suprema federal insinúa como criterio referencial para el cambio (la legislación nacional en materia de excarcelaciones y de ejecución de penas), no es tampoco un modelo obligatorio para la Provincia de Buenos Aires, que no tiene necesariamente por qué copiarlo para cumplir con la Constitución y los convenios internacionales, salvo que esa imitación fuera para la Corte Suprema nacional la única formulación constitucionalmente válida, en cuyo caso tendría que haberlo claramente así dicho.

En síntesis, tal como está expresada la sentencia exhortativa en el punto 7 de su parte resolutive, los poderes Legislativo y Ejecutivo bonaerenses deberán extremar su capacidad imaginativa para acertar acerca de cuáles son las reglas locales que cabe sustituir, y con qué otro contenido normativo (igual o parecido, y en su caso, en qué medida, y hasta cuánto puede diferenciarse del régimen nacional). Si no tienen esa perspicacia, corren el riesgo de enmendar lo que no debe reformarse, o no reformar lo que debe cambiarse, o de mutarlo pero no en el sentido que después conforme a la Corte Suprema exhortante.

6. CONCLUSIÓN

Las sentencias exhortativas se encuentran instaladas en buena parte de los tribunales constitucionales, y tienden a expandirse también en las cortes supre-

mas con papeles de control de constitucionalidad. Son una muestra más del activismo judicial, que en este caso transforma a un órgano represor (“legislador negativo”, en el caso de los tribunales constitucionales), en un cuasi legislador activo, o al menos impulsor de normas.

Estas sentencias asumen distintas posiciones, alguna de ellas cuestionables, como para los supuestos que proponemos llamar de constitucionalidad precaria de normas (normas aparentemente inconstitucionales, o de constitucionalidad moribunda, próxima a finalizar). Resultan mucho más aceptables cuando el Tribunal Constitucional, o quien haga sus veces, declara francamente la inconstitucionalidad de una norma, la inaplica o invalida, y propone su reemplazo por otra que esté de acuerdo con la Constitución.

En Argentina la sentencia exhortativa ha aterrizado en su opinable variable de constitucionalidad precaria, ante una situación de –al decir de la Corte Suprema– apariencia de norma inconstitucional, pero no declarada inconstitucional por la Corte. No lo ha hecho pues con sus mejores galas, máxime cuando la Corte no indicó con rigurosidad qué preceptos aparentaban ser inconstitucionales, y no precisó con exactitud cómo deberían ser redactados para cumplir con la Constitución y con los instrumentos internacionales.

A favor de la sentencia de la Corte Suprema debe destacarse su carácter humanitario, en particular respecto del maltrato de los detenidos en las cárceles y la ubicación, decididamente impropia también, de enfermos y menores en comisarías. El fallo “Verbitsky”, en muchos aspectos fundacional, será bien recordado sin duda por la afirmación jurisprudencial que hace del hábeas corpus colectivo y por la legitimidad intrínseca de lo resuelto en pro de la dignidad de los presos (cuya condición de personas es olvidada por muchos), aunque resulte técnicamente discutible como sentencia exhortativa. De todos modos, nada impide que en el futuro esta última figura procesal constitucional sea perfeccionada, corregida y pulida por los fallos de nuestro tribunal superior.

BIBLIOGRAFÍA

- Bertolino, Pedro J. “Desde un hábeas corpus hacia el proceso penal estatalmente debido”, en *Revista de derecho penal y procesal penal*, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, N° 12, agosto de 2005.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Figueruelo, A. “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, en *Revista de Estudios Políticos* N° 81, Madrid, 1993.

- Guidi, Antonio, y Ferrer Mac Gregor, Eduardo, compiladores. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código modelo para Iberoamérica*, Porrúa, México.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en la América del Sur”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 2, Ed. Porrúa, México, 2004.
- Olano García, Hernán A. “Clases de sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *El Derecho*, Buenos Aires, suplemento de Derecho Constitucional del 1/2/05.
- Palomino Manchego, José. “La sentencia constitucional en las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú”, en *Memorias, II Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (San José de Costa Rica, 2004), cd-room.
- Pizzorusso, Alessandro. *El Tribunal Constitucional italiano*, en autores varios, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, trad. por Luis Aguiar Luque y María Gracia Rubio de Casas, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Rivera Santiváñez, José Antonio. *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, 2ª ed., Ed. Kipus, Cochabamba, 2004.
- Rubio Llorente, Francisco. “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, en *Revista española de derecho constitucional*, N° 22, Madrid, 1988.
- Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª ed, t. 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002.
- Sagüés, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.
- Sagüés, Néstor Pedro. *Hábeas corpus: régimen constitucional y procesal en la Nación y provincias*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1981.