

**A SEIS AÑOS DEL CASO “VERBITSKY”
SOBRE CÁRCELES BONAERENSES.
UN CAMINO CON LUCES Y SOMBRAS (2005-2011)**

Seminario Libre: DERECHO CONSTITUCIONAL

Profesor: MIGUEL ÁNGEL BENEDETTI

Alumna: MARÍA ISABEL ARRARÁS TISCORNIA

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
-------------------	---

PARTE PRIMERA: BREVES REPASOS CONCEPTUALES

I.- El habeas corpus en la reforma constitucional de 1994.....	8
II.- Qué es el litigio complejo o de reforma estructural o modelo experimentalista.....	11

PARTE SEGUNDA: SÍNTESIS DEL FALLO “VERBITSKY”

III.- La causa: hechos y tramitación.....	12
IV.- La sentencia: su estructura.....	17
V.- El voto mayoritario y su resolutorio. Las disidencias	
1.- El voto mayoritario.....	19
2.- El resolutorio de la mayoría.....	19
3.- Disidencia total del juez Antonio Boggiano.....	20
4.- Disidencia parcial del juez Carlos Fayt.....	20
5.- Disidencia parcial de la jueza Carmen Argibay.....	21

PARTE TERCERA: ANÁLISIS DE LA MAYORÍA DEL FALLO “VERBITSKY”

VI.- Algunos temas relevantes del voto mayoritario	
1.- Audiencias públicas: democracia en el proceso y hechos no controvertidos.....	21
2.- Procedencia del Recurso Extraordinario Federal y legitimación colectiva del habeas corpus.....	26
3.- La legislación procesal y penitenciaria de la provincia y el excesivo uso de la prisión preventiva.....	30
4.- Las citas de estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	34
VII.- El resolutorio experimentalista.....	36
VIII.-Fallos posteriores a “Verbitsky”	40

PARTE CUARTA: LA EJECUCIÓN DEL FALLO “VERBITSKY”

IX.- ¿El experimentalismo en acción?	44
X.- Repercusiones inmediatas	
1.- Poder Legislativo (el desdoblamiento de la Mesa).....	45
2.- Poder Ejecutivo y la Mesa de Diálogo.....	46
3.- Poder Judicial	48
4.- Impactos en comisarías y cárceles bonaerenses.....	50
XI.- Período 2006 - Diciembre 2007	
1.- Adecuación de la legislación procesal penal a los estándares fijados.....	51
2.- Nuevas presentaciones del CELS ante la CSJN y la SCBA.....	52
3.- Suprema Corte Provincial: la Audiencia Pública y la Resolución N° 250/07.....	53
4.- Fin del período: nuevas reuniones de “la otra mesa” y restablecimiento de la “Mesa de Diálogo”.....	54
XII.- Período Diciembre 2007 - Octubre 2011	
1.- El Plan Edificio y de Servicios.....	56
2.- Datos y comparaciones del gobierno: el crecimiento de población carcelaria y su distribución. Nuevas plazas.....	59
3.- La Mesa de Diálogo.....	63
4.- Reformas legislativas.....	65
5.- “Programas y Acciones”: la política del gobierno.....	67
 RECAPITULACIONES Y CONCLUSIONES PROVISIONALES.....	 70
 BIBLIOGRAFÍA.....	 82

INTRODUCCIÓN

Cuando hace algunos años por primera vez me proponía hacer este trabajo, mi profesor -con quien había pautado el tema a tratar- me invitó a presenciar un seminario sobre habeas corpus.¹

En su ponencia hizo un racconto del habeas corpus en la normativa y jurisprudencia nacional, desde sus inicios hasta la actualidad, un minucioso análisis de esta acción, de su evolución, de la legitimación activa y pasiva, y los derechos protegidos o que intentara proteger. En esa ardua labor también aludió a su naturaleza, y esa caracterización que quedó grabada en mí para siempre, es una de las premisas por las que intentaré transitar este trabajo: “El hábeas corpus es de naturaleza mutable, cambiabile, **indócil**”.

La palabra “indócil” no sólo llamó mi atención, me conmovió a mí y, según creo, a todos los presentes. Y así, con una pausa probablemente premeditada, el profesor Miguel Ángel Benedetti habló sobre la “**indocilidad del habeas corpus, que a pesar de los fracasos lucha contra la violencia**”.

Inspirada por esas reflexiones, el objeto de este trabajo no es analizar la acción de habeas corpus sino una causa judicial que, iniciada como habeas corpus, arrojó una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no fue una sentencia más. No fue de esas que culminan un pleito ordenando reparar un daño con la mera obligación de hacer o dejar de hacer algo puntual.

Es claro que el litigio no lo permitía. Pero no hubiese sido la primera ni la última vez, que ante esos problemas que no se agotan con indicar lo que jurídicamente pudiera corresponder, el Poder Judicial mira hacia el costado, y tal como aquellos “monos” con los que en ocasiones se quiere representar la imparcialidad de la justicia, se queda “ciego, sordo y mudo” sellando con ello una nueva injusticia.

En efecto, se encontraba aquella Corte con una álgida problemática estructural, penal, social, vulneración de derechos humanos: las comisarías y cárceles de la provincia de Buenos Aires, como tantas en el país, como tantas en el mundo.

El tema no se agota en el encasillamiento como país en vías de desarrollo, por ello, atrasados respecto de la efectividad de los derechos fundamentales, con

¹ Jornadas sobre Habeas Corpus en la Universidad Notarial Argentina, La Plata, 15 de mayo y 5 de junio de 2007.

problemáticas estructurales, con instituciones viciadas de corrupción, que naturalizan al extremo la vulneración sistemática de derechos, invisibles a los ojos de las mayorías.

Allá por el año 2001, una iniciativa de una ONG abrió el camino para la presentación de este caso, caratulado “**Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus**”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el **3 de mayo de 2005 (Fallos 328:1146)**. Este paradigmático fallo fue inicio, punto de partida, de un camino sin precedentes en la jurisprudencia de nuestra Corte Federal.

Pasados más de seis años de “Verbitsky”, mi intención es analizar el caso en atención a lo que en sí mismo estableció, su importancia e implicancias jurídicas y extrajurídicas, y esencialmente investigar el camino que a partir de su dictado se abrió y que probablemente se transite en los próximos años.

No fue una sentencia más. Sólo como adelanto, cabe señalar que la Corte estrenaba varios magistrados y -superando o no las expectativas generadas al respecto- efectuó todo tipo de innovaciones procesales y sustanciales: ante todo, con la implementación de las audiencias públicas y la admisión de *amici curiae*; delineó la figura del habeas corpus correctivo y colectivo; y, sobre todo, cabe destacar que inauguró un proceso abierto en el tiempo, a través de una modalidad de intervención remedial que se ha dado en llamar “experimentalismo”. En ese sentido, se señala a esta sentencia, como reveladora de una tendencia cuya primera característica es que “la nueva Corte interviene decididamente en causas de derecho público, colectivas y complejas, las que tradicionalmente se excluían como cuestiones políticas no justiciables” (Puga, 2007:152).

Por ello, pasado más de un lustro de aquella sentencia, su análisis cobra mayor sentido, porque no se agota en lo que se dijo y lo que se omitió.

En este proceso aún abierto, muchas fichas se movieron en la provincia de Buenos Aires, los tres poderes del estado provincial respondieron -en más o en menos- a lo que la Corte Suprema estableció.

Tal vez, *a priori* tenga más dudas que certezas respecto de cómo evaluar sus resultados, pero -como ya apunté- se abría un camino antes que arribar a una sencilla solución.

Me pregunto si el estado provincial comprendió la consigna. Por momentos creo que sí; en otros estimo que no. ¿Era éste el camino correcto? ¿Existe un camino correcto?

Se sabía que no había una y única solución, porque de hecho, no se sabía cuál era la solución. Como certeza lo único existente era “un estado de cosas inconstitucional” y el fallo en alguna medida visibilizó el diagnóstico: la provincia de Buenos Aires estaba gravemente enferma y el Estado lo estaba reconociendo. “Enferma”, a mi entender, más que de imposibilidades, de desinterés respecto de ese Otro que en alguna medida prefería o preferiría no ver, de aquel Otro que no puede gritar bien fuerte o, al menos, no se lo escucha, y si osa reclamar lo que irónicamente se repite que es su derecho, es cruelmente silenciado.

Después de tantos años cabe preguntarse si algo cambió, y si cambió cuán significativo fue. Si entendiera que los cambios no fueron tan significativos ¿A qué respondería? Si creyera que los cambios no fueron suficientes, o que mucho no ha cambiado, ¿sería por imposibilidad o por falta de voluntad? ¿Revelaría arribar a alguna de esas conclusiones que el caso está agotado?

Podría parecer mi planteo más político que jurídico, y probablemente lo sea. Es que cuando se trata de derechos fundamentales creo que no se puede ni debe escindir ambos aspectos, porque es decisión política ser un Estado que efectiviza los derechos que reconoce y que debe aceptar que son operativos; porque es una gran decisión política trabajar para que los derechos y garantías que reconoce la Constitución Nacional, no sean letra muerta o literatura de ciencia ficción.

En mi entender, como observé al principio, el fallo “Verbitsky” fue inicio y no final, abrió un camino. Se marcó un objetivo grande, amplio, una luz a la que al final debería llegarse, sabiendo de antemano que ese conducto no estaba definido, que algunos metros debían recorrerse “ahora y de esa manera” porque urgía, que habían lugares que no se debían transitar más, que habían vehículos que no podrían escogerse, aunque no estaba claro cuáles eran los idóneos. La Corte además, sabía que no le correspondía a ella elegirlos, era conciente de que los protagonistas eran otros y así, quizás sin demasiados tecnicismos, tal vez sin definir bien cuál era el rol que estaba eligiendo, acercó a los actores y los instó a hacer, les mostró la luz a la que deberían llegar, les marco imprescindibles objetivos intermedios para alcanzarla y les dio vía libre para que en el marco de un trabajo serio decidieran juntos la ruta, y los medios para llegar a ella.

La Corte fue elogiada pero también duramente criticada, para algunos hizo demás, para otros hizo de menos. Los que la alabaron también señalaron sus deficiencias.

En este trabajo señalaré algunas de esas críticas, que de hecho son muy razonables, pero quiero destacar por más básico que parezca, que si hoy puedo escribir esto que escribo es porque aquel 3 de mayo de 2005 la mayoría de aquella Corte Suprema eligió no mirar hacia el costado, con muchos o pocos argumentos, desordenada, extensa, dijo: hasta acá y a partir de acá; como en el diván instó a que dejemos de buscar culpables y nos hagamos responsables todos de esta realidad que tenemos. Todos para poder responder cada uno, no para que nadie sea responsable, manteniendo la impunidad.

En una primera lectura al fallo debo reconocer que me resultó un tanto desordenado, me perdía entre títulos y considerandos, entre hechos y citas, entre normativa local e internacional, jerarquías y demás. La crítica era sin dudas una buena opción. Sin embargo, después me empecé a encontrar con mis limitaciones. No obstante ello, analizando una y otra vez el fallo, leyendo y releendo comentarios de destacada doctrina, pude entender que no era fácil organizar y estructurar eso tan obvio y obviado, no era tarea sencilla correr ese velo, no era tan simple argumentar sobre eso que nunca se había argumentado, no a tal escala, no para tantos perjudicados y obligados a cumplir.

Se ha señalado que la Corte se posicionó en un rol más modesto y más útil, al servicio de una democracia real y deliberativa. Con esa idea intentaré transitar este trabajo, adelantado que aunque difícil, creo firmemente que es posible; y que el **indócil Hábeas Corpus**, una vez más, se ha erigido como vehículo para transitar el camino hacia la plena realización de los derechos fundamentales y la efectiva protección ante su vulneración.

El trabajo se organiza básicamente en cuatro partes, cada una de ellas divididas - a su vez- en capítulos (algunos de estos, se subdividen en apartados).

La parte primera, es la más breve. Allí se delimita un mínimo marco introductorio al caso, a través de un repaso de dos aspectos conceptuales: sobre la conocida acción de habeas corpus post reforma constitucional de 1994; y, acerca del no

tan conocido aquí, modelo experimentalista que permitirá mejor analizar el camino abierto por el fallo estudiado.

Las partes segunda y tercera se ocupan especialmente de la sentencia. Ante todo, la parte segunda es una síntesis de la sentencia, con un marcado tono descriptivo se plasma su trámite, su estructura y los distintos votos que la conforman. La tercera parte, se ocupa exclusivamente del voto mayoritario, donde se analizan particularmente algunos temas considerados y su resolutorio; para verificar -sobre el final de esa parte- si fallos posteriores a “Verbitsky” continuaron -o no- el innovador sentido impreso por la mayoría del tribunal.

En la cuarta y última parte, me ocupo sobre la ejecución del fallo “Verbitsky”. Por tratarse de la investigación propiamente dicha, es la más extensa. Allí se procura relevar todas las actuaciones con posterioridad a la sentencia hasta este presente.

PARTE PRIMERA

BREVES REPASOS CONCEPTUALES

I.- EL HABEAS CORPUS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Antes de abordar el análisis del fallo, me parece necesario recordar algunos lineamientos básicos sobre el Hábeas Corpus, a fin de posibilitar el contraste con algunas de las particularidades, implicancias e importancias de la sentencia y, en especial, de su ejecución.

Señalan Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya que en Argentina, a fin de efectivizar el principio de supremacía, además de la vía de excepción o incidental del control judicial de constitucionalidad, encontramos diversos mecanismos, instrumentos, procedimientos que tienden a ese mismo fin: el “amparo como género de tutela” y el recurso extraordinario federal; a los que denominan “procesos constitucionales” (2001: 578).

Respecto del primero, la reforma de 1994 lo ha constitucionalizado a través del artículo 43.² Allí se receptan expresamente varias especies: el hábeas corpus (en

² El **art. 43 CN** establece en su primer párrafo: *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o*

principio, para proteger la libertad física), el hábeas data (en, principio, para proteger los datos registrados) y el amparo propiamente dicho (para proteger todos los demás derechos, tanto individuales como colectivos).³

En ese sentido, dichos autores definen al “amparo como género de tutela” como una “acción judicial sumarísima de contralor de constitucionalidad que pone en movimiento los respectivos juicios (de amparo, habeas data, habeas corpus...) por la cual se remueve el obstáculo que impide, de manera irregular y manifiesta, el ejercicio de un derecho o garantía” (Quiroga Lavié *et al*, 2001: 580).

Sobre el Habeas Corpus específicamente, debe apuntarse que continúa vigente su última acogida legislativa, de una década antes de la reforma constitucional de 1994: Ley 23.098.⁴ Su primer capítulo tiene vigencia en todo el territorio de la Nación, sin perjuicio de la aplicación de la normativa provincial -constitucional o legal- que otorgue más eficiente protección. Parte del ámbito de actuación previsto en la Ley 23.098,⁵ fue receptado por el constituyente de 1994, que -además de establecer algunas diferencias terminológicas- ha ampliado el radio histórico de la acción de Habeas Corpus al introducir diversas sub-especies en el párrafo 4° del artículo 43 CN.

Actualmente y de conformidad a la nueva previsión constitucional, se puede afirmar que el Habeas Corpus es una especie de amparo, protector de diversos y variados aspectos de la libertad física cuando ésta es afectada en forma ilegal, arbitraria o inconstitucional. Se consagra expresamente la tradicional legitimación procesal amplia (además del afectado puede interponer la acción cualquier persona en su favor). En cuanto a la legitimación pasiva, ante el silencio al respecto en el 4° párrafo y por

amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.” Dedicó el segundo párrafo a la legitimación activa del amparo de los “derechos de incidencia colectiva”, el 3° párrafo a la especie de amparo conocida como “habeas data”, y finaliza en su 4° y último párrafo especificando: **“Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”** (El subrayado y la negrita no son del original).

³ Asimismo señalan los autores citados, que dicha constitucionalización ha sido doble, porque además de la previsión del art. 43, se complementa, enriquece y simplifica por vía de la jerarquía constitucional otorgada a ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos -art. 75 inc. 22, párr. 2°-

⁴ Sancionada el 28/09/1984, promulgada el 19/10/1984 y publicada 25/10/1984.

⁵ **Art. 3° Ley N° 23.098:** “Procedencia. Corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique: 1° Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente. 2° Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere”. (El subrayado no es del original).

aplicación de lo establecido en el 1º, se desprende que el Hábeas Corpus procede tanto contra actos -u omisiones- de autoridades públicas como de particulares.

Respecto del objeto de tutela, se utiliza la expresión “libertad física”. No obstante, el ámbito de protección excede ese estrecho marco en atención a las distintas sub-especies que regula, a saber:

1) **Hábeas Corpus clásico:** cuyo objeto de tutela es la libertad física o ambulatoria que siempre tuvo recepción constitucional en la parte segunda del artículo 18,⁶ pero ahora haciendo expresa la inclusión de todas las formas de afectación. Así, esta sub-especie de hábeas corpus podría ser desagregada en tres: reparador, limitado y preventivo. Simplemente los enuncio por escapar al objeto de esta investigación.

2) **Hábeas Corpus por desaparición forzada de personas:** incorporado por el constituyente de 1994 en clara alusión a la trágica historia de nuestro país, también excede esta investigación.

3) **Hábeas Corpus correctivo:** aquel que procede “en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención”. Aquí el objeto tutelado excede en sí la libertad, ya que no es su privación lo ilegítimo sino la forma o condición en la que se lleva a cabo, que agrava la detención legal. Se operativiza de esta forma la cláusula final del artículo 18 CN.⁷

A modo de adelanto, ya que luego se profundizarán algunos aspectos, anticipo que el Hábeas Corpus interpuesto por el Centro de Estudios Legales y Sociales es correctivo, con la particularidad de haberse entablado como acción colectiva. Asimismo vale señalar que determinar cuándo existe agravamiento ilegítimo es una típica cuestión de hecho y prueba, sometida al juicio de razonabilidad pertinente, lo que *a priori* revela lo peculiar del caso, en tanto la mayoría de la Corte se avocó a su tratamiento en el acotado marco de un recurso extraordinario.

En mi entender, el objeto de tutela en el Habeas Corpus correctivo -tanto el individual como el colectivo- no es propiamente la libertad física, sino otros derechos fundamentales (v.gr. a la vida, a la salud, a la integridad física, a la alimentación de una persona privada de su libertad). No obstante, el Habeas Corpus -en ésta como en las

⁶ “Nadie puede... ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente”.

⁷ “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

demás subespecies- protege la libertad y ciertos derechos de las personas, de los seres humanos, “personas físicas”, personas de carne y hueso.

Destaco esto, precisamente porque en el desarrollo del fallo y a lo largo del trabajo se tratará la vulneración de derechos de miles y miles de personas, y entre tecnicismos, abstracciones y generalidades, enfocados en la problemática estructural de la violación masiva de derechos, se corre el riesgo de perder, u olvidar al menos, la especial sensibilidad que requiere el trato de esas personas.

II. QUÉ ES LITIGIO COMPLEJO O DE REFORMA ESTRUCTURAL - MODELO EXPERIMENTALISTA

Como se verá, tiene razón Christian Courtis al afirmar que la Corte en el fallo bajo estudio ha ubicado dentro de lo que en Estados Unidos se denomina “litigio complejo” o “litigio de reforma estructural” y que la Corte Colombiana ha desarrollado bajo la figura del “estado de cosas inconstitucional”. En igual sentido, Paola Bergallo (2006), expresa que se trata de un “litigio de Derecho Público”.⁸

El litigio de reforma estructural “está dirigido a obtener la revisión judicial de una violación de gran escala, que involucra una situación colectiva y que requiere una solución que no se agota en una orden única, sino que exige ponderación de múltiples factores, especificación de las medidas a adoptar, un cronograma de cumplimiento gradual y evaluación de la implementación” (Courtis 2006:1225).

Así puede caracterizarse este tipo de litigios por: a) la multiplicidad de actores e intereses en juego; b) el carácter estructural de la violación de derechos; c) la necesidad de diseño de un remedio que requiere planificación e implementación de largo alcance.⁹

Una de las particularidades del litigio de reforma estructural es que la actuación judicial no concluye con el dictado de una sentencia, declarando que la situación denunciada viola un derecho o estándar legal.

⁸ Definido como el reclamo judicial en la forma de acciones individuales o colectivas que buscan la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución.

⁹ No se pretende la evaluación de la conveniencia de una política pública por parte de los jueces sino que, en primer término se trata de determinar que una situación de alcance colectivo viola un estándar exigido por el ordenamiento jurídico, para luego iniciar una etapa de ejecución de sentencia destinada a articular las actividades tendientes al cese de esa violación.

Esta modalidad de litigio no supone la compensación de daños pasados y acotables a las partes sino la transformación hacia el futuro de prácticas institucionales a través del diseño *ad hoc* de soluciones (Bergallo 2006).

Paola Bergallo señala que la preeminencia de las intervenciones remediales en la forma de órdenes de hacer u omitir hacer en lugar de la instrucción de compensación por daños y la multiplicidad de formas que parecen adoptar, constituyen una de las características específicas de esta nueva modalidad de control judicial del accionar del Estado (2006:1170). Con cita de Sabel y Simon, apunta esta autora, que en las últimas décadas del litigio de Derecho Público estadounidense se ha observado un viraje hacia soluciones experimentales que combinan formas más flexibles y provisionales de regulación que opera como mecanismo “desestabilizador de derechos” en sus dos etapas: la de determinación de responsabilidad o violación de un derecho y la definición de remedios experimentales.

En ellas resaltan tres rasgos centrales: a) la negociación de los actores, b) el carácter continuado, provisional y fluido de la intervención remedial y c) la transparencia.

El experimentalismo es un régimen que disciplina una manera de tomar decisiones de manera fundamentalmente pragmática. Establece que las decisiones a tomar deben estar orientadas a alcanzar ciertos estándares y que en este sentido las medidas son provisorias y permanentemente revisadas, es decir se mantienen en la medida que funcionen (Puga 2007:161).

Se trata de “crear un proceso en el cual los actores relevantes encuentren colaborativamente estándares, procedimientos para revisarlos y mecanismos para responsabilizar a aquellos sujetos a ellos”. En lugar de establecer sanciones, el experimentalismo deposita sus expectativas en los efectos de la transparencia.

PARTE SEGUNDA

SÍNTESIS DEL FALLO “VERBITSKY”

III.- LA CAUSA: HECHOS Y TRAMITACIÓN

1) **Presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales:** el 15 de noviembre de 2001, el CELS -a través de su representante legal, Horacio Verbitsky- interpuso ante el

Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, acción de Habeas Corpus colectivo y correctivo, en defensa de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales y comisarías superpoblados, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

El CELS sostuvo en su presentación, que la nota distintiva de las 340 comisarías que funcionan en la Provincia es la superpoblación y el consecuente hacinamiento que deben padecer las personas privadas de su libertad. Pese a tener una capacidad para 3.178 detenidos, alojaban 6.364 (según información del mes de octubre de 2001). Situación agravada en el conurbano bonaerense, donde 5.080 detenidos ocupaban 2.068 plazas.

Afirmó que los calabozos se encuentran en un estado deplorable de conservación e higiene; carecen en general de ventilación y luz natural. La humedad y, en verano el calor, son agobiantes. No cuentan con ningún tipo de mobiliario, por lo que toda la actividad (comer, dormir) que desarrollan los internos debe llevarse a cabo en el piso. Los sanitarios no son suficientes para todos y no se garantiza la alimentación adecuada de los detenidos. Sostuvo también que existe un gran riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas y que aumentó significativamente la incidencia de casos de violencia física y sexual entre los propios internos.

La acción de Habeas Corpus requería al Tribunal de Casación Penal bonaerense que asumiera la competencia respecto de ese colectivo de personas, y que al acreditar la situación descripta se pronunciara expresamente acerca de la ilegitimidad, constitucional y legal, del encierro de las mismas en esas condiciones, ordenando el cese de esa situación. Para ello, solicitó al Tribunal el establecimiento de una instancia de ejecución de la sentencia, en la que a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados, pudiera determinarse el modo en que la administración haga efectivo el cese de esas condiciones de detención, sometido al control del Tribunal.

La presentante fundó la competencia del Tribunal de Casación a partir de dos argumentos: 1) la gravedad institucional del asunto, de acuerdo a la jurisprudencia del propio tribunal; 2) la necesidad de tratamiento conjunto y unitario del problema: en los casos en los que se plantearon Habeas Corpus individuales ante los jueces a cargo de las detenciones, el efecto obtenido fue el del traslado de internos de un lugar a otro,

aliviando así la situación de algunos pero agravando la de otros, mientras el problema de fondo se mantenía.

2) **Rechazo del Tribunal de Casación Penal:** la Sala III del Tribunal de Casación se declaró incompetente para tratar la acción, por considerar que su competencia es limitada y no prorrogable, y que no está autorizada a suplir a los jueces propios de las causas individuales. Señaló también que no correspondía tomar una única decisión que englobase las situaciones plurales indeterminadas con otros posibles objetivos perseguidos aún cuando estén, de manera significativa, referidos a un problema común.

3) **Recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad locales:** el CELS impugnó esa decisión denegatoria a través de los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad previstos por la Constitución de la Provincia y el Código Procesal Penal local. Sostuvo que el Tribunal de Casación omitió el tratamiento de una cuestión esencial, relativa a la gravedad e interés institucional de la situación.

Además expresó que el Tribunal de Casación había desconocido la posibilidad de accionar en defensa de derechos e intereses colectivos, contemplada en el segundo párrafo del artículo 43 CN, al decir que con la acción intentada sólo se apuntaba “a cuestionar el sistema carcelario [...] en forma genérica, y no a obtener una decisión concreta en casos individuales [...] respecto a lesiones de derechos esenciales”, y resolver que debía ocurrirse individualmente ante los respectivos jueces.

La actora alegó que la legitimación para interponer la acción colectiva derivaba de que su objeto no era la solución de la situación individual de una persona, sino la situación de alcance colectivo de violación por parte del Estado provincial de los estándares jurídicos fijados en materia penitenciaria por la Constitución Nacional y diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

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

También argumentó que al ser la vía colectiva propuesta, la única apta para reparar el agravamiento de las condiciones bajo las cuales se encuentran las personas detenidas en el ámbito de la provincia, la negativa del Tribunal de Casación de abordar la problemática de todos los detenidos en comisarías superpobladas de esa jurisdicción,

había importado privar de justicia a ese colectivo de personas cuyos derechos se pretendía tutelar, en violación a los artículos 18, 43 y 75 inciso 22 CN, así como diversos instrumentos internacionales en relación con el derecho de acceder a la jurisdicción y obtener una efectiva protección por parte del Poder Judicial.

4) **Rechazo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia:** la Suprema Corte bonaerense, por voto de la mayoría de sus miembros, declaró inadmisibles los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos. Para así decidir, en síntesis, sostuvo que la acción no encuadraba en los supuestos de competencia del Tribunal de Casación, y que la decisión no cancelaba definitivamente los respectivos procesos principales, ni la posibilidad de que los magistrados de las respectivas causas respondieran a la pretensión de la actora. Destacó que resultaba inadmisibile que la competencia de los tribunales se abriera como consecuencia de una conjetura de la recurrente, relativa a un supuesto impedimento de solución por parte de los magistrados legalmente habilitados.

5) **Recurso Extraordinario Federal. Denegatoria. Queja:** contra este pronunciamiento, la actora interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la queja tratada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sobre el carácter definitivo de la sentencia impugnada, el apelante afirmó que aquella impide la prosecución del procedimiento como acción colectiva. Al respecto manifestó que no es posible sostener que la misma cuestión objeto de la presentación puede ser aún debatida ante cada uno de los magistrados a cuya disposición se hallan los detenidos por quienes se iniciara el habeas corpus, pues ello implicaría decir que una acción colectiva es igual a la suma de muchas acciones individuales que tramiten separadas.

Señaló que el artículo 43 CN reconoce legitimación a entidades no gubernamentales como el CELS para accionar en forma colectiva en representación de un grupo o clase de personas que necesitan especial tutela, y que la sentencia impugnada la desconoció y cerró definitivamente la discusión sobre el tema.

Como prueba de la conveniencia de encauzar la pretensión en el marco de una acción colectiva apuntó que, pese a que se le dio intervención en el procedimiento a todos los jueces supuestamente competentes, el gravamen que se intentaba subsanar no sólo subsiste, sino que aumentó en su magnitud. En ese sentido, informó una serie de acontecimientos ocurridos con posterioridad al dictado del resolutorio de casación en

los calabozos de las comisarías del conurbano bonaerense (motines, muertes, incendios, etc.) que darían cuenta de la situación denunciada no sólo perduraba sino empeoraba.

Subsidiariamente argumentó que la resolución del *A quo* debía considerarse equiparable a una sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario federal, dado que causaba un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior, en tanto las garantías constitucionales afectadas requerían tutela jurisdiccional inmediata ya que una posterior decisión favorable no podría suprimir los perjuicios ocasionados por las denigrantes condiciones de detención de los afectados, cuya integridad física y vida peligraba.

Planteó también la arbitrariedad de la decisión impugnada, al haber omitido tratar la cuestión relativa a la falta de pronunciamiento del Tribunal de Casación respecto de si existía o no en el caso planteado, gravedad institucional.

6) **Dictamen del Procurador General de la Nación:** el 9 de febrero de 2004, Nicolás Eduardo Becerra dictaminó que el recurso era formalmente admisible, y que debía hacerse lugar al recurso y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado. Nada anticipa del giro que la propia Corte le daría al trámite del recurso extraordinario y, mucho menos, a lo que dispondría finalmente.

7) **Audiencias públicas ante la Corte:** antes de resolver, el propio tribunal convoca a las partes a dos audiencias públicas, realizadas el 1° de diciembre de 2004 y el 14 de abril de 2005.

En el análisis del fallo destacaré la importancia que estas audiencias tuvieron junto con los hechos no controvertidos. No obstante, subrayo aquí que estas audiencias fueron de las primeras realizadas por la Corte Suprema, sin siquiera contar con una reglamentación previa. Tiempo después se dictaría una acordada al respecto,¹⁰ siendo en la actualidad una herramienta sumamente utilizada por el máximo tribunal para asuntos considerados como de trascendencia o relevancia institucional.

8) **Presentación de *amici curiae*:** en la misma dirección recién apuntada, he aquí uno de los primeros casos donde se hace aplicación de este instituto, que -a diferencia del anterior- había sido reglamentado unos meses antes¹¹.

Se trata de una verdadera apertura y democratización del proceso en causas de trascendencia institucional o de interés público. En efecto, ante casos que exceden el

¹⁰ Acordada N° 30/2007 de fecha 05/11/2007.

¹¹ Acordada N° 28/2004 de fecha 14/07/2004.

mero interés de las partes, proyectándose sobre la comunidad o ciertos sectores, se autoriza la intervención de terceros con reconocida competencia en la materia a tratarse, para que ofrezcan argumentos de importancia para la resolución del caso.

En la causa, ocho organizaciones nacionales e internacionales presentaron memoriales en carácter de amigos del tribunal, aportando argumentos de derecho y jurisprudencia internacional relacionados con el caso en estudio: la “Comisión Nacional de Juristas”; la Organización “Human Rights Watch”, la “Organización Mundial contra la Tortura”, la “Asociación por los Derechos Civiles”, la “Clínica Jurídica de Interés Público” de Córdoba, la Asociación Civil “El Ágora”, la Asociación Civil “Casa del Liberado” de Córdoba, y el “Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal”.

IV.- LA SENTENCIA: SU ESTRUCTURA.

El 3 de mayo de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia haciendo lugar a la acción de Hábeas Corpus interpuesta por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

La sentencia, incluyendo el dictamen del Procurador General de la Nación y las disidencias, tiene un total de 115 fojas (abarca desde la pág. 1146 hasta la pág. 1228 del Tomo 328 de la colección de “Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”).

Se trata de una sentencia dividida, lograda con mayoría estricta aunque sólo un voto desestima la queja. En ese momento la Corte estaba próxima a la etapa de reducción de sus miembros luego de las incorporaciones de los años 2003 a 2005. El fallo fue suscripto por 8 jueces.¹²

El voto mayoritario, con 63 considerandos y un resolutorio de 8 puntos, fue conformado por los jueces Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Eugenio Raúl Zaffaroni, Elena Highton de Nolasco y Ricardo Lorenzetti. Los otros tres votos fueron las disidencias parciales y separadas de los jueces Carlos Santiago Fayt y Carmen Argibay; y la disidencia total del juez Antonio Boggiano.

¹² De acuerdo a lo establecido por la ley 23.774 del año 1990, la SCJN debía estar integrada por 9 jueces. En el año 2003 fue designado Zaffaroni, en 2004 se incorporaron Highton y Argibay, siendo el último nombramiento el de Lorenzetti en 2005. En el año 2006, la Ley 26.183 derogó el art. 1° de la ley citada que había ampliado su composición, restableciéndose el número de 5 jueces; mediante un sistema de reducción gradual -que se efectivizará a medida que se vayan produciendo vacantes definitivas- se regularizó la composición de la Corte que ya contaba con los 7 jueces que la conforman en la actualidad, luego de la renuncia del juez Belluscio y la destitución del juez Boggiano en septiembre del año 2005.

A las novedades procedimentales y sustanciales que se observan en el fallo, las cuales serán puestas de resalto, se suma la particularidad del voto mayoritario bajo la organización de sus extensos considerandos bajo una división numerada de títulos. Si bien puede suponerse una manifestación de ordenado método, nos encontramos con que esos títulos no siempre reflejan el contenido de los considerandos que incluyen, ni tampoco agotan su tratamiento, que se retoma o incluso desarrolla más acabadamente en otras partes de la sentencia.

A fin de facilitar su comprensión, a continuación agregaré la “estructura del fallo”, para luego sí analizar algunos puntos relevantes para este trabajo.

IV. LA SENTENCIA: ESTRUCTURA DEL FALLO.

1.- El voto de la Mayoría: Visto y considerando 1°

I.- Relato de los hechos	(considerando 2°)
I.1.- La acción de Habeas Corpus	
I.2.- El dictamen conjunto del Fiscal y del Defensor ante el Tribunal de Casación Provincial	(considerando 3°)
I.3.- La sentencia del Tribunal de Casación	(considerando 4°)
I.4.- Los recursos locales de nulidad e inaplicabilidad de ley	(considerando 5°)
I.5.- La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires	(considerando 6°)
I.6.- El recurso extraordinario federal	(considerando 7°)
II.- El trámite de las audiencias públicas	(considerandos 8° a 10)
III.- Las presentaciones de los amicus curiae	(considerando 11)
IV.- Dictamen del Señor Procurador General de la Nación	(considerando 12)
V.- Procedencia del recurso extraordinario	(considerando 13)
VI.- El Habeas Corpus colectivo	(considerandos 14 a 19)
VII.- Los hechos no controvertidos en el caso y las propuestas del estado provincial	(considerandos 20 a 33)
VIII.- El cuadro de situación de los detenidos en la provincia de Buenos Aires y las posibles modalidades de competencia de esta Corte	(considerandos 34 a 41)
XI.- Adolescentes y enfermos en dependencias policiales, y la jurisprudencia internacional	(considerandos 42 a 53)
X.- La legislación procesal y penitenciaria de la provincia de Buenos Aires	(considerandos 54 a 60)
XI.- Excesivo uso de la prisión preventiva	(considerando 61 a 63)

XII.- Resolutorio (8 puntos)

2.- Disidencia parcial del Dr. Fayt (28 considerandos)

3.- Disidencia parcial de la Dra. Argibay (Coincide: considerandos 1° a 54 de mayoría; disidencia: considerandos 55 a 57; resolutorio 7)

4.- Disidencia total del Dr. Boggiano (10 considerandos, desestima la queja)

V.- EL VOTO MAYORITARIO Y SU RESOLUTORIO. LAS DISIDENCIAS

V. 1.- EL VOTO MAYORITARIO

Sucintamente, la mayoría de la Corte empieza por reconocer la legitimación colectiva en el habeas corpus correctivo. Considera que la situación presentada -tal como quedó delineada en los hechos no controvertidos- constituye una violación a las normas constitucionales y a las normas de instrumentos internacionales de derechos humanos.

Hace hincapié en los estándares aplicables al caso, y señala que parte de la situación de superpoblación carcelaria, a su vez causante de la situación de alojamiento de detenidos en espera de ser juzgados en comisarías, se debe a la modificación de las normas relativas a la prisión preventiva y excarcelación y de ejecución penal, que *prima facie* incumplirían con los estándares constitucionales e internacionales relevantes.

Afirma además que es especialmente intolerable que menores y enfermos estén detenidos en comisarías.

Como ya anticipara nos encontramos ante una sentencia complicada, con decisiones multiformes como modo de afrontar una problemática más difícil aún.

Pese a la extensión del fallo y la gran cantidad de temas que aborda, debe señalarse que si bien amplía el objeto de la acción de habeas corpus inicial -limitada a las comisarías-, no se cuestiona el sistema penitenciario en su totalidad, básicamente los dos grandes temas de la sentencia son la superpoblación y hacinamiento de los detenidos, y los presos sin condena en la provincia de Buenos Aires.

La situación sería fruto de la actividad simultánea de los tres poderes del estado provincial, de allí que la parte resolutoria de la sentencia es particularmente compleja, por lo que a continuación se transcriben sus ocho puntos.

V. 2.- EL RESOLUTORIO DE LA MAYORÍA.

- 1) Declarar admisible la queja y procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.
- 2) Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.
- 3) Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos.
- 4) Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan

cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

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

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

7) 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 su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.

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

V. 3.- DISIDENCIA TOTAL DEL JUEZ ANTONIO BOGGIANO

En solitario, este voto disidente rechaza la queja, marcando claramente el contraste del voto mayoritario de la nueva Corte con la conservadora postura que hubiese tomado el máximo tribunal en su anterior composición.

Señaló que el habeas corpus no autoriza a sustituir a los jueces propios de la causa, que la pretensión constituye una impugnación genérica al sistema carcelario provincial; y tomando como excusas el respeto a la división de poderes del sistema republicano de gobierno, y a la jurisdicción del federalismo, expresó que no incumbe a la Corte diseñar una política carcelaria provincial y reglamentar su ejecución.

Sin dudas este voto nos facilita el trabajo de advertir por qué nos encontramos en presencia de una sentencia paradigmática. Boggiano falló como siempre lo había hecho la Corte, el voto de la mayoría constituye “un antes y un después”.

V. 4.- DISIDENCIA PARCIAL DEL JUEZ CARLOS FAYT

En su disidencia parcial el juez Fayt, declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada y admitió formalmente el habeas corpus iniciado (igual que el resolutorio 1 de la mayoría); pero a diferencia del voto mayoritario devolvió la causa a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires para que ésta resolviera.

Su fundamento fue que el art. 16 de la ley 48 sólo permite sustituir al tribunal apelado en el examen y decisión de la causa como habría hecho en un recurso ordinario

de apelación y que teniendo en cuenta que la decisión recurrida rechazó liminarmente la pretensión, la manera de sustituir al tribunal apelado debe circunscribirse a disponer que se dé curso al habeas corpus.

No obstante, debe señalarse que sustancialmente el voto del juez Fayt coincide con el de la mayoría, e incluso podrían destacarse algunas cuestiones que trató con mayor precisión.

V. 5.- DISIDENCIA PARCIAL DE LA JUEZA CARMEN ARGIBAY

En una postura intermedia, la jueza Argibay coincidió en lo fundamental con el voto mayoritario (considerandos 1° a 54).

Su disidencia básicamente, fue respecto al exhorto a los poderes legislativo y ejecutivo provincial para que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y su legislación de ejecución penal, a los estándares constitucionales e internacionales.

En su voto, la parte resolutive se compone de 7 puntos -exactos a los de la mayoría-, pero omite el punto 7 del decisorio mayoritario.

En su considerando 56, con basamento en el principio federal adoptado por la Constitución, señala que las provincias no pueden ser obligadas a seguir criterios legislativos del Congreso Nacional en temas que las mismas no han delegado, como la regulación de la excarcelación y la prisión preventiva.

PARTE TERCERA

ANÁLISIS DE LA MAYORÍA DEL FALLO “VERBITSKY”

VI.- ALGUNOS TEMAS RELEVANTES DEL VOTO MAYORITARIO

VI. 1.- AUDIENCIAS PÚBLICAS: DEMOCRACIA EN EL PROCESO Y HECHOS NO CONTROVERTIDOS.

Al referirme a las audiencias públicas celebradas en el trámite del recurso extraordinario ante la propia Corte, anticipé y destacué la trascendencia de su implementación. Debe destacarse su utilización porque promueve la participación

ciudadana y la difusión pública.¹³ En alguna medida, se trata de “democratizar” la actuación del poder judicial, como se sabe, caracterizado como un poder contramayoritario (Gargarella, 2006). De esta manera, la nueva Corte da muestras de que no sólo interviene en temas institucionales y de políticas públicas, sino que también “se expone” al juicio de la ciudadanía.

Esta utilización de las audiencias públicas y las presentaciones de los *amici curiae* en “Verbitsky” significaron el inicio de un camino en la Corte, interviniendo en problemáticas institucionales y de políticas públicas que sostienen o agudizan violaciones a los derechos fundamentales. En sí mismas, justifican la idea sobre un antes y un después del fallo.

Parecería que la Corte insta a la participación y al debate. Y aunque resulte paradójico, veo en este nuevo rol de la Corte, no sólo la idea de democratizar el proceso sino también las instituciones republicanas, poderes públicos en los que “lo democrático” parece limitado meramente a lo electivo, y donde la genuina participación y el diálogo abierto escasean.

Además de lo anterior, las audiencias públicas celebradas el 1º de diciembre de 2004 y el 14 de abril de 2005 resultan relevantes en particular a los fines de la resolución del caso por parte del voto mayoritario.

Siguiendo la propia estructura del voto mayoritario, el relato de la situación de los detenidos de la provincia debiera encontrarse especialmente en el punto VIII, precisamente intitulado “El cuadro de situación de los detenidos en la provincia de Buenos Aires” (considerandos 34 a 41).¹⁴ Sin embargo, a mi modo de ver, el cuadro de situación se encuentra realmente en los puntos II y VII, respectivamente “El trámite de la audiencias públicas” (considerandos 8º a 10) y “Los hechos no controvertidos en el caso” (considerandos 20 a 33).¹⁵

En dichas audiencias públicas ante la Corte, el Ministerio de Justicia de la Provincia presentó un informe sobre el estado de situación de las personas privadas de la libertad, del que se desprende la existencia de un gran incremento en el número de procesados (que representan un 75% del total de los detenidos), y que en parte, se

¹³ No obstante, no puedo dejar de observar la absoluta ausencia de la voz, de al menos una, de las miles de personas de carne y hueso cuyos derechos se vulneran.

¹⁴ Fallos 328:1146, 1185.

¹⁵ Fallos 328:1146, 1172 y 1180.

atribuye al abuso en la utilización de la prisión preventiva y la demora en la tramitación de los juicios.

También se reconoce la superpoblación del sistema carcelario, la existencia de personas detenidas en comisarías; y los inconvenientes para solucionar de manera definitiva la situación en el corto plazo en virtud de la profunda crisis económica que afectó al Estado Nacional y la Provincia.

Se anexó un programa de reforma y ampliación del Patronato de Liberados como alternativa al encierro, la adquisición de mayor cantidad de pulseras magnéticas y el impulso para la construcción de nuevas cárceles y alcaldías.

Señaló en dichas audiencias que para determinar las condiciones de alojamiento de los detenidos resultan aplicables las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas”; informó que se había elaborado un proyecto de ley de control de cupo penitenciario, y de un sistema de comunicación con los jueces de los detenidos en condiciones de obtener la libertad o acceder a regímenes alternativos de la prisión; y que propuso la introducción de medidas de oportunidad e instancias de mediación penal pero que aún no habían sido aprobados legislativamente.

El CELS actualizó los datos denunciados en la acción originaria, el cuadro se había agravado: la cantidad de personas privadas de libertad aumentó de 23.264 en noviembre de 2001 a 30.414 en noviembre de 2004 (un 31%). Pese a haberse construido en ese lapso, 6.810 plazas carcelarias, en julio de 2004 se alojaban 5.441 personas en comisarías.

Sobre las condiciones de detención en las cárceles, indicó el CELS que -a septiembre de 2004- la distorsión de plazas oscilaba entre 7.700 y 10.114, según diversos mecanismos de medición. Este dato revelaba que la cantidad de personas alojadas en el Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB) excedía en más del 30% su capacidad máxima, llegando al 50% según otras mediciones.

Además, señaló el CELS que las medidas llevadas a cabo por la Provincia no habían variado sustancialmente la situación; que la autoridad provincial considera que el hacinamiento padecido por los presos obedece a la escasez de espacio y por ello su solución al problema se reduciría a la construcción de nuevos lugares de detención, sin tomar en cuenta el aumento de la tasa de prisionización provocado por las medidas legislativas, ejecutivas y judiciales de los últimos seis años, entre las que menciona las

reformas introducidas por las leyes 12.405 y 13.183 en el régimen de excarcelación, y por la Ley 13.177 en materia de ejecución penal.

Asimismo destacó que la situación más grave de aumento de la población carcelaria se vincula con las detenciones durante el curso de los respectivos procesos, ya que la gran mayoría de las personas privadas de la libertad aún no tienen condena firme.

De lo expuesto en las audiencias públicas, y haciendo un paréntesis con los cuatro títulos que lo separan, me interesa pasar al punto VII.¹⁶ La mayoría de la Corte inicia este título señalando el marco excepcional y acotado previsto para el tratamiento de los agravios por vía del recurso extraordinario.

Destaco esto porque para mí se constituyó en fundamental: el Tribunal tiene vedado -en principio- examinar cuestiones de hecho y prueba. Sin embargo, gracias a la implementación de las audiencias públicas se pudo arribar a una serie de “hechos no controvertidos” que dieron argumentos suficientes para que la Corte erigiera esta sentencia.

Sólo para enfatizar eso, es que disiento con lo sostenido por Courtis (2007) en tanto señala que la mayoría de la Corte da por probados los hechos alegados. Aunque sea una mera diferencia terminológica, su alusión es genérica para tratar luego otros temas, me interesa realizar una distinción al respecto. En rigor, la mayoría de la Corte no da por probados los hechos alegados. Expresamente manifiesta que no es posible verificar en el caso concreto algunas situaciones, ya que no corresponden a esa instancia, y porque muchas de esas condiciones requieren un tratamiento específico, reservado *prima facie* a los jueces provinciales.¹⁷ Pero, en el considerando 23, previo un “*sin embargo*”, continúa categóricamente:

*“...existen hechos no controvertidos en las actuaciones que surgieron en el marco del trámite de las audiencias públicas, y que esta Corte no puede dejar de considerar, pues corresponden a una situación genérica, colectiva y estructural y, además, quedan fuera de las cuestiones probatorias, pues, como se ha destacado, fueron admitidos por el gobierno provincial con encomiable sinceridad”.*¹⁸

A mi entender, este es uno de los considerandos de mayor relevancia, por dos cuestiones. Una, es que aquí encuentro el fundamento de la procedencia del habeas corpus como acción colectiva. La otra, es que de este modo la Corte legitima su

¹⁶ Fallos 328:1146, 1180.

¹⁷ Fallos 328:1146,1180.

¹⁸ Fallos 328,1146,1181.

intervención: es por esa situación genérica, colectiva y estructural -no controvertida-, que no puede dejar de fallar como lo hace.

Se ha criticado al voto mayoritario por cierta precariedad en materia argumentativa, a pesar de su extensión. Sin embargo, quiero destacar la simpleza del breve considerando citado, en el cual “hace suya” una causa de la que era más fácil excluirse.

Aunque de lo reseñado sobre las audiencias públicas surgirían los hechos no controvertidos, a los fines de su esquematización, téngase presente que el Estado Provincial reconoció:

1. La superpoblación de detenidos tanto en las comisarías como en las cárceles provinciales.
2. El alojamiento en comisarías de detenidos adolescentes y personas enfermas.
3. Que al menos el 75% de la población privada de su libertad son procesados con prisión preventiva, que aún no han sido condenados.
4. Que el incremento exponencial de la cantidad de detenidos no guarda proporcionalidad con el aumento demográfico ni con el aumento de los índices delictivos.

Insisto aquí en lo paradigmático del caso. Si se dictó esta sentencia que a más de un lustro amerita su análisis por seguir ejecutándose y proyectando hacia el futuro, es gracias al reconocimiento de estos hechos por parte del Estado Provincial.¹⁹ Y si éste los reconoció, fue porque se lo convocó a las audiencias públicas donde quedaron plasmados, y a partir de allí la Corte delineó su competencia, excluyéndose de evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas adoptadas por el ejecutivo provincial y de poner en discusión su política penitenciaria y criminal.

Por último, cabe apuntar el reconocimiento de la actora de los límites que tiene la actuación judicial en materias como éstas, y su aceptación de que la Corte fije pautas y estándares jurídicos a partir de los cuales se elabore la política en cuestión. Además admite como impracticable una solución total e inmediata a la pretensión, y que la obligación estatal está compuesta por múltiples cargas que requieren planeamiento y

¹⁹ No obstante lo expuesto, al tratar el tema de la legislación provincial y el uso excesivo de la prisión preventiva confrontaré la idea de “reconocimiento por parte del estado provincial”. En efecto, parecería que el estado de cosas inconstitucional que atraviesa el sistema penitenciario provincial no sería atribuible a la entonces actual gestión del poder ejecutivo.

despliegue a lo largo del tiempo, por lo que solicitó se establezcan instancias de ejecución a través de un mecanismo de diálogo.

He aquí el contexto y consideraciones de las que surge el punto 8 del resolutorio de la mayoría (ver *supra* pág.20), tema que por su importancia y proyección se tratará más adelante y en un apartado específico.

Para concluir este acápite, si se confrontan “los hechos no controvertidos” con lo que en el punto III de este trabajo se ha reseñado de los hechos y tramitación de la causa, surge evidente que la sentencia ha abarcado mucho más que el objeto inicial de la acción de habeas corpus. Basta con señalar que el amparo de los detenidos en establecimientos policiales superpoblados, se extendió a todas las personas alojadas en las comisarías y cárceles provinciales.

VI.2.- PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL Y LEGITIMACIÓN COLECTIVA DEL HABEAS CORPUS.

En este punto me interesa particularizar la relación entre la procedencia del recurso extraordinario con la procedencia de la acción como habeas corpus colectivo, así como el encuadramiento del caso como litigio de reforma estructural. Es que como se verá, en cada uno de los temas subyacen los otros.

En efecto, si se declara procedente el recurso extraordinario es porque se considera definitiva la sentencia de la Suprema Corte Provincial que rechaza la acción como “colectiva”; y si se declara la procedencia del habeas corpus colectivo es porque se admite la situación como genérica, colectiva y estructural.

El voto mayoritario en su título V funda la procedencia del recurso extraordinario y en el título VI hace lo propio con el habeas corpus colectivo.

Procedencia del Recurso Extraordinario Federal: apunta la Corte que el recurso es procedente porque cumple con todos los requisitos que exige la Ley 48, esto es:

- i) La sentencia impugnada fue dictada por la Suprema Corte provincial, superior tribunal de la causa.
- ii) El pronunciamiento es definitivo puesto que pone fin a la acción colectiva en los términos pautados por el art. 43 CN, y continúa:

“en cualquier caso sería equiparable, pues el gravamen que provoca el objeto de la acción y que perjudicaría a todos los detenidos en establecimientos policiales de la provincia de Buenos Aires -representados por la actora- es de imposible e insuficiente reparación ulterior, denunciándose como vulneradas distintas garantías enmarcadas en el art. 18 de la

*Constitución Nacional, como así también en diversos instrumentos internacionales incorporados a ella... ”.*²⁰

iii) Existe cuestión federal suficiente pues se cuestiona la inteligencia y el alcance otorgado por el artículo 43 CN, la violación al artículo 18 *in fine* CN y a diversas normas contenidas en tratados, convenciones y documentos internacionales que conforman el bloque constitucional.

iv) Al hallarse cuestionadas garantías del derecho internacional resulta pertinente el art. 14 de la ley 48, pues la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional.

v) Finalmente, la resolución ha sido contraria al derecho invocado por la recurrente, el agravio subsiste al momento de fallar y existe relación directa e inmediata entre el planteo realizado, la sentencia impugnada y las cláusulas constitucionales invocadas.

Como se puede observar, la Corte es concisa; declara la procedencia del recurso aludiendo sucintamente a los argumentos de la recurrente para abordar luego el tratamiento del habeas corpus colectivo.

El habeas corpus colectivo: al respecto en el título VI de la mayoría se señala que el CELS impugnó la interpretación que hizo la Sala III del Tribunal de Casación Penal provincial en cuanto resolvió que se debía accionar caso por caso, desconociendo la posibilidad de hacerlo en beneficio de intereses colectivos; cuestión que -ante la confirmación de la denegatoria de la Suprema Corte local- introdujo en sus agravios en la instancia extraordinaria. Allí sostuvo que dicha denegación vulneraba el derecho a promover acciones en forma colectiva reconocido en el párrafo 2° del artículo 43 CN.

La Corte le concedió la razón, indicando que era necesario avocarse al estudio de la cláusula constitucional en crisis a fin de especificar el alcance de la misma; es decir, si sólo se le reconoce al “amparo *stricto sensu*” la aptitud procesal suficiente para obtener una protección judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva, o si se admite la posibilidad de hacerlo también a la acción de habeas corpus.

Y en ese sentido apuntó que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva:

“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

²⁰ Fallos 328:1146,1178.

*o acotar su tutela sino para privilegiarla”²¹ y 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 iuris específico de la acción intentada”.*²²

A la luz de un mapa conceptual que desarrolla previo a tratar el fallo, señala Courtis que la mayoría de la Corte no aborda realmente el problema, y que de hecho argumenta sobre una cuestión distinta -si, por analogía puede extenderse la legitimación y la afectación de derechos de incidencia colectiva como requisito para interponer el amparo colectivo al habeas corpus colectivo (2006).

Sostiene este autor que la Corte debía contestar primero que se trataba de una afectación de derechos de incidencia colectiva y luego, que la actora se encontraba legitimada para hacerlo en el caso.

Para determinar cuándo nos encontramos frente a una afectación de derechos de incidencia colectiva, Courtis plantea algunos de los supuestos elaborados doctrinariamente en los que las acciones judiciales tradicionales (individuales) resultan insuficientes para la efectiva protección de derechos, haciendo alusión a la “adecuación del remedio en tanto instrumento de tutela del derecho afectado”. Los supuestos a los que apunta son:

- a) afectaciones a bienes colectivos o indivisibles (derechos o intereses difusos);
- b) afectaciones a derechos de titularidad o ejercicio colectivo;
- c) afectaciones colectivas a derechos individuales que requieren un remedio colectivo;**
- d) afectaciones grupales a derechos individuales en las que existen razones de conveniencia para tratar la cuestión de manera unificada.

Al tercero de los supuestos -el que interesa para el caso- el autor lo caracteriza por dos rasgos: un mismo hecho, acto u omisión ilícitos afecta a una pluralidad de individuos, y los remedios individuales resultarían insuficientes por lo cual la afectación requiere un remedio necesariamente colectivo o, la intercomunicabilidad de resultados de la decisión judicial adoptada.

²¹ Fallos 328:1146,1179.

²² Fallos 328:1146,1179.

En cuanto a qué tipos de situaciones requieren remedios necesariamente colectivos, menciona dos criterios útiles para identificarlas: i) la indivisibilidad del remedio y ii) razones de escala.

i) Con la indivisibilidad del remedio se refiere a las medidas que por no permitir su distribución en partes, benefician colectivamente a un grupo.

ii) Por razones de escala entiende la conveniencia, por motivos de planificación y costo, de adoptar una medida de alcance colectivo para remediar la afectación denunciada.

En ese orden de ideas, distingue que una cosa es justificar la viabilidad de una acción colectiva (procedencia) y otra distinta quién puede o debe plantearla (legitimación), utilizando los diferentes planteos de la actora en la causa al efecto.

1. En lo que respecta a la procedencia, el CELS planteó la acción como “habeas corpus correctivo de alcance colectivo” -inicialmente para justificar la competencia originaria del Tribunal de Casación-, y su argumento residió en la naturaleza general y sistémica del problema, en la necesidad de un remedio colectivo que tomara en consideración la necesidad del grupo entero. Esa necesidad estaba dada tanto en razones de indivisibilidad del remedio (los remedios individuales eran insuficientes, se modificaban algunas situaciones pero el problema persistía y se agravaba), como en razones de escala (ya que la solución requería de una planificación colectiva y unitaria). En ese entendimiento, por tratarse de un derecho de incidencia colectiva invoca el art. 43 párr. 2° CN.
2. En cuanto a la legitimación, el CELS también invocó la norma referida para justificarla, ya que aplicada por analogía al habeas corpus, por ser una “asociación cuyo objeto es la protección de los derechos humanos” se encontraría legitimada para entablar la acción.
3. Finalmente para fundar la procedencia del recurso extraordinario y posterior queja, el tema del tratamiento colectivo se volvió fundamental. La recurrente alegó que el rechazo por la Suprema Corte Provincial constituía sentencia definitiva en el sentido de impedir el tratamiento colectivo de la violación y causaba agravio constitucional ya que afectaba su derecho a accionar en defensa de derechos e intereses colectivos.

En ese sentido, también dictaminó el Procurador General de la Nación, considerando procedente la queja con fundamento en que la imposibilidad de discutir el conflicto colectivo importaba una vulneración del derecho de accionar colectivamente.

Para Courtis parece que la Corte aceptara implícitamente estos argumentos, y considera que la importancia del fallo al respecto, reposa en el hecho de su aceptación más que en las escasas razones dadas.

Si bien coincido respecto del escaso y tal vez poco prolijo desarrollo argumentativo -sin dudas habría sido adecuada su referencia en el título VI del fallo, y útil y conveniente su desarrollo- ya he señalado que el fundamento sustancial de la procedencia de la acción como colectiva se encuentra a mi entender en el considerando 23, cuando al referirse a los hechos no controvertidos que surgieron en la tramitación de las audiencias públicas, apunta que corresponden a una **“situación genérica, colectiva y estructural”**.

Por lo demás, la interpretación que hace la Corte del artículo 43 CN es sencilla: si en el segundo párrafo se reconoce tutela colectiva de los derechos citados, “con igual o mayor razón” la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario, del que se ocupa en especial para priorizarlo; concluyendo sobre el final del considerando 19 que *“lo denunciado y admitido oficialmente como superpoblación carcelaria genera muy serios peligros para la vida y la integridad física de personas incluso ni siquiera involucradas en los potenciales conflictos”*.

Tal vez, se puede observar un tratamiento más prolijo al respecto en el voto parcialmente disidente del juez Fayt que apunta a que, debido especialmente a la gravedad que reviste, la cuestión requiere de la acción apta para la defensa intentada, que frente a la comprobación inmediata de la clara violación de la garantía constitucional invocada, ésta sea restablecida por los jueces en su integridad; y en ese orden de ideas señala que, los hechos denunciados constituidos por la existencia de situaciones plurales, demuestran la necesidad de admitir una acción igualmente plural, en beneficio de intereses colectivos de todos los sujetos privados de la libertad de la provincia, cuya satisfacción no podría lograrse mediante peticiones individuales.²³

VI. 3.- LA LEGISLACIÓN PROCESAL Y PENITENCIARIA DE LA PROVINCIA Y EL EXCESIVO USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Los títulos X y XI, anteúltimo y último del voto mayoritario (considerandos 54 a 60 el primero; y 61 a 63 el segundo), se dedican al tratamiento de la legislación procesal y penitenciaria bonaerenses, y al uso excesivo de la prisión preventiva respectivamente.

Previo al análisis, y sólo para dejar en claro desde que lugar objeto su tratamiento, quiero destacar que es justamente en algunos de estos puntos donde mejores y más rápidos resultados se han obtenido en la etapa de ejecución de la

²³ Fallos 328:1146, 1216.

sentencia, razón por la cual más allá de no coincidir en la manera en la que se desarrollaron los temas no puedo dejar de reconocer que finalmente fue receptado de manera positiva.

Tanto el CELS como el Ejecutivo Provincial manifestaron que el número creciente de presos en la provincia responde a las reformas legislativas del año 2000.

Plantea la mayoría de la Corte que si bien no cabe duda que la materia procesal penal como de ejecución penal es de competencia de las provincias en función de la cláusula residual, el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, para lograr un mínimo equilibrio legislativo y garantizar la igualdad ante la ley. Continúa comparando el sistema federal norteamericano con el nuestro, para señalar que no se conocían modelos constitucionales de facultades concurrentes en forma de “leyes marco” como existen en la actualidad.

Concluye que, una asimetría total en la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal y señala que la legislación procesal nacional receptoría las distintas disposiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos receptado en el bloque constitucional.

En ese orden de ideas, sostiene la Corte que cabría analizar la eventual constitucionalidad de la legislación provincial en materia excarcelatoria, *“que prima facie parece alejarse del estándar trazado por el derecho internacional y que sigue la legislación nacional”*. Sin embargo, señala que no corresponde un pronunciamiento sobre el tema en la presente causa, pero que la Corte tampoco puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación por lo que cabe que exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia *“a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales, que a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación.”*

En primer término, destaco la decisión de no permanecer indiferente. Ante el evidente contraste de la legislación provincial con los estándares internacionales en la materia, y a sabiendas de que su tratamiento le estaba vedado, la Corte advierte a la Provincia acerca de su adecuación.

En efecto, no correspondía que se expidiera respecto de su constitucionalidad ya que no había sido cuestionada por el CELS, aunque claramente podría haberlo sido.

Si se observan detenidamente, las partes aludieron a las leyes más desde lo político que desde lo jurídico: el problema es la superpoblación y el número creciente de presos -de presos sin condena-, y las referidas leyes son en gran medida su causa.

Al inicio de la acción, allá por el año 2001, parecería que lo que se proponía la actora era abrir la instancia del Tribunal de Casación para sentarse a hablar con quienes delineaban la política criminal y penitenciaria, y allí sí debatir el tema.²⁴

Paradójicamente, para la demandada, diría que las leyes funcionaron en alguna medida como chivo expiatorio.

Como cabeza del problemático sistema penitenciario, es interesante evaluar en qué consistió el reconocimiento de la Administración y hasta qué punto se hizo cargo de su responsabilidad. Esencialmente aceptó el diagnóstico de la situación -que con datos oficiales había efectuado el CELS- diagnóstico diría, imposible de negar.

Ahora bien, el aumento considerable de presos se atribuye a las reformas legislativas en materia excarcelatoria y penitenciaria, “que neutraliza los esfuerzos del Poder Ejecutivo para resolver los problemas de capacidad en las prisiones”.

A simple vista parecería inocente el Ejecutivo, pues el problema sería legislativo y se asocia mayormente al periodo del gobernador Ruckauf.²⁵ Empero, cabe recordar que el entonces gobernador Solá había sido vicegobernador del anterior. Además, en su propia gestión lejos de advertir e intentar revertir la situación, la impulsó y agudizó -las leyes 13.183 y 13.177 fueron sancionadas en este periodo y la propuesta fue suya-.²⁶

De igual modo evade responsabilidad cuando apunta contra el funcionamiento del Poder Judicial, de lo que podemos colegir que tan encomiable reconocimiento no fue tal. Se reconoce lo innegable y se pretende trasladar gran parte de la responsabilidad.

²⁴ Al menos eso es lo que se desprende de las explicaciones dadas por el Dr. Rodrigo Borda, patrocinante del CELS en la causa, en las Jornadas sobre Habeas Corpus, mayo y junio de 2007 en la Universidad Notarial Argentina.

²⁵ Estas leyes son referidas genéricamente como “leyes Ruckauf”, a las que se sumarían a nivel nacional las llamadas leyes “Blumberg” que conformarían una especie de paquete legislativo de la política de “mano dura”

²⁶ Si alguna duda queda al respecto, recomiendo la lectura de los fundamentos de la Ley 13.183 en: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/f-13183.html>

En ese entendimiento, me resulta más que interesante el argumento de Mariela Puga en el sentido que “la Corte debe sanear las fallas del Republicanismo” (2007:164).²⁷

No obstante, no puede negarse que la Provincia pudo haber rechazado “todos y cada uno de los hechos” en franca actitud temeraria, ante la imposibilidad práctica de llevarse a cabo medidas probatorias en la instancia extraordinaria.

Retomando mi cuestionamiento al trato que hace la Corte, el mismo obedece al argumento previo y no a la decisión. Es que desde mi modo de ver, esta última no es consecuencia de lo que señala antes.

Sabiendo la Corte que no se había cuestionado la constitucionalidad de las leyes 12.405 y 13.183, pero que sin dudas no se ajustaban a los estándares constitucionales e internacionales -lo mismo sobre la ley de ejecución penal-, y fundamentalmente porque la decisión que toma apunta a ello, innecesario resultó a mi entender explayarse sobre las asimetrías que no pueden existir en materia procesal para que exista unidad en materia penal e igualdad ante la ley.

Hay quienes vieron positivamente esto, la federalización de un contenido mínimo. Desde mi punto de vista, el principio de inocencia y la excepcionalidad de la prisión preventiva, con la reforma constitucional de 1994, tienen expresamente la más alta jerarquía en nuestra pirámide normativa. Hubiese alcanzado con señalar precisamente que las provincias deben adecuar su normativa a esos mínimos exigibles en la materia, hacer referencia a la responsabilidad internacional del Estado Nacional, sin necesidad de argumentar con lo se conoce como “leyes marco”, en la que, en alguna medida, parece encuadrar a la legislación procesal nacional, de la misma forma que hace luego con la Ley nacional N° 24.660.²⁸

Precisamente en la parte argumentativa y en lo que de ella subyace creo que surge la disidencia parcial de la jueza Argibay, porque finalmente, la legislación procesal nacional fue apuntada a modo de ejemplo de recepción de los estándares internacionales.

²⁷ Señala esta autora que las intervenciones de la Corte demuestran su plena conciencia de que estos problemas institucionales y de políticas públicas que han trascendido generaciones, son inmunes a los procesos y conflictos políticos, precisamente porque las instituciones políticas formales, y la periodicidad de mandatos republicana, los ampara. La periodicidad de los mandatos ejecutivos impone poco o ningún incentivo a los emprendimientos de reforma a largo plazo, siendo éstos los necesarios para sanear instituciones históricamente viciadas.

²⁸ Vale distinguir que la Ley Nacional de Ejecución Penal sí es una “ley marco”, no así el Código Procesal Penal de la Nación.

Finalmente, en el último punto del fallo respecto al uso excesivo de la prisión preventiva y el dato “no controvertido” del 75 % de presos sin condena firme, la mayoría de la Corte reafirma la gravedad de la situación de los detenidos en la provincia de Buenos Aires, aunque no puede advertir sobre lo excesivo o no del uso del instituto ya que es un dato aportado por el Poder Ejecutivo.

No obstante, sí observa que el 75% de presos sin condena, en caso de no hallarse colapsado casi totalmente el sistema judicial, está indicando el uso de la prisión preventiva como pena corta privativa de la libertad, por lo que insta a todos los poderes públicos de la Provincia para que se esfuercen por evitar y revertir la situación.

Como ya lo destacara, lo paradigmático del fallo reside en la decisión de la mayoría de la Corte de no permanecer indiferente ante semejante problemática estructural y posibilitar la apertura de un camino a transitar por los diferentes poderes del estado provincial y actores involucrados.

VI. 4. LAS CITAS DE ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Otra de las cuestiones llamativas del fallo es la cantidad y variedad de citas y referencias al derecho internacional de los derechos humanos. Como señala Courtis (2005), el carácter de las mismas no es homogéneo, la lista es larga y está compuesta por instrumentos, documentos y decisiones de origen variado. Siguiendo el impecable trabajo de este autor al respecto, y con el fin de una más simple visualización, a continuación las esquematizaré de este modo:

1) Referencias directas al texto de tratados y declaraciones internacionales con jerarquía constitucional

- Art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (consid. 39)
- Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (consid. 39 y 48)
- Art. 5.2 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 28, 39 y 48)
- Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes (consid. 50)
- Art. 75 inc. 22 (presume Courtis en referencia a los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos) (consid. 34)

2) Referencias a un tratado internacional ratificado por la Argentina pero que no cuenta con jerarquía constitucional

- El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Cruelles Inhumanos y Degradantes (consid. 50)

3) Referencias a normas de *soft law* (derecho-modelo o derecho interpretativo no obligatorio):

- Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de 1955 (consid. 39 y 48 y pto. resolutivo 2)
- Los Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos de 1990 (consid. 48)

- El Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión de 1998 (consid. 48)
- Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad de 1990 (consid. 49)
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) de 1985 (consid. 49)
- La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1975 (consid. 50)

4) Referencias a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- El caso *Instituto de Reeducción del Menor c. Paraguay*, conocido como "Panchito López", del 2 de septiembre de 2004, en relación con los arts. 5 (tratamiento de las personas privadas de libertad) y 7.5 (prisión preventiva) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consids. 43, 44, 45 y 47)

5) Referencias a una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- La Opinión Consultiva OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de 28 de agosto de 2002, (que a su vez se refiere al art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a la Convención sobre los Derechos del Niño y al Protocolo de San Salvador) (consid. 46)

6) Referencias a Observaciones Generales de un órgano de supervisión de un pacto internacional con jerarquía constitucional:

- Las Observaciones Nros. 7, 9, 20 y 21 del Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (consid. 50)

7) Referencias a Observaciones Finales a los informes estatales del gobierno argentino formuladas por órganos de supervisión de pacto internacional con jerarquía constitucional:

- Las observaciones finales del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes al cuarto informe argentino (presentado en 2002) (consid. 50)
- Las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al segundo informe argentino (presentado en 1999) (consid. 51)

6) Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos:

- *Peers c. Grecia*, de 19 de abril de 2001; *Price v. Reino Unido*, de 10 de julio de 2001; y *Alashnikov c. Rusia*, de 15 de julio de 2002) (consid. 52)

7) Sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos:

- *Wolff c. McDonnell*; *Bell c. Wolfish*; *Rhodes c. Chapman*; y *Hutto c. Finney*, *Wilson c. Seiter*, (consid. 53)

Para Courtis, la pregunta fundamental es cuál es el carácter que le otorga la Corte a este material: si se trata de otorgarles algún valor normativo o constituyen simples citas que ilustran la sentencia.

Entendiendo que se trata de la primera opción señala como significativo que la Corte está tomando seriamente la jerarquía constitucional y supralegal de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y que cuando deba enfrentar una situación de hecho en la que son aplicables simultáneamente normas constitucionales,

normas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y normas de otros tratados internacionales, tendrá en vista todos los estándares en juego e intentará armonizarlos.

Por otro lado, la identificación y cita de instrumentos y opiniones aplicables al caso la interpreta como una búsqueda de sustento más sólido del fuerte activismo manifestado en la decisión; y la interpretación de las cláusulas constitucionales de conformidad con los estándares que surgen de instrumentos internacionales, como justificación suplementaria de su proceder.

En ese orden de ideas, y con la esquematización señalada, el autor reordena o clasifica las referencias hechas por la Corte en el fallo, otorgándoles diferente valor y alcance interpretativo.

Sólo destacaré aquí la mención que hace Courtis como ejemplo de “aplicación insuficientemente fundada de la Corte” de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas.

En efecto, la mayoría de la Corte sostuvo en el considerando 39 que las Reglas Mínimas si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque federal, se han convertido por vía del art. 18 CN, en el estándar internacional respecto de las personas privadas de la libertad.

Coincido con Courtis, en que se dificulta entender por qué la Corte eligió los estándares de ese instrumento y no de otros más recientes, que incluso también citó. Por mi parte, teniendo en consideración el punto 2° del resolutorio de la mayoría, imagino que se debe por un lado a su recepción por la Ley 24.660,²⁹ y por otro a que tanto el CELS en su presentación como el Ejecutivo Provincial en las audiencias públicas, indicaron que esas Reglas Mínimas resultan aplicables para determinar las condiciones de alojamiento de los detenidos.

VII. EL RESOLUTORIO EXPERIMENTALISTA

Ya esbozado el modelo experimentalista (ver *supra* II) y puntualizado el resolutorio del voto mayoritario (ver *supra* V.2), como nada dijo la Corte acerca del experimentalismo en sus considerandos, aquí analizo esta cuestión especialmente a

²⁹ Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, que en el considerando 59 la Corte señala como “una clara norma marco que es constitucional pues ni impide ni avanza sobre las legislaciones de ejecución penal provinciales, sino que establece su adecuación, debiendo interpretarse que establece un marco mínimo de régimen, más allá del cual pueden avanzar las provincias en sus respectivas legislaciones”.

partir del análisis de la parte resolutive siguiendo la propuesta de Puga (2007). En la cuarta y última Parte de este trabajo, abordo el camino que se abrió con el dictado de esta sentencia.

A pesar del silencio en los considerandos de todos los votos en “Verbitsky”, el encuadramiento del caso bajo análisis como de litigio complejo, estructural y experimentalista, es por demás claro:

- a) Existen multiplicidad de actores con diversidad de intereses: de un lado, los detenidos en comisarías y cárceles de la Provincia (a través de la representación colectiva del CELS); del otro, el Poder Ejecutivo Provincial (a través del Ministerio de Justicia y Seguridad actualmente, en ese entonces ambas carteras, incluyendo al Servicio Penitenciario, Policía y Patronato de Liberados bonaerenses), Poder Judicial provincial y Poder Legislativo provincial.
- b) Se trata de un problema que involucra la organización completa del sistema penitenciario, que afecta individualmente los derechos de todos los detenidos.
- c) Resulta claro que los remedios individuales son insuficientes, que para arribar a una solución se requieren medidas de los tres poderes del Estado Provincial que exigen una planificación y un desarrollo en el tiempo; a lo que debe sumarse, por encontrarse involucradas autoridades estatales, la necesidad del respeto a la división del poderes del sistema republicano de gobierno. Tal fue el pedido de la actora para que se establezca un proceso de ejecución de sentencia (al sostener como impracticable una solución total e inmediata a la pretensión).³⁰

En consonancia con las características señaladas, veamos el complejo resolutorio:

Luego de resolver lo atinente a la queja y al recurso extraordinario en el punto 1, en el siguiente declara que las mentadas Reglas Mínimas son el estándar mínimo a alcanzar. Como típicas medidas directivas, en los puntos 3 y 4 el resolutorio ordena al Poder Judicial provincial, el cese de la detención en comisarías de menores y enfermos - en el término de 60 días-, y que se detenga toda situación de agravamiento de la detención.

Los puntos 5 y 6, son medidas de carácter informativo dirigidas al poder ejecutivo, consistentes en la generación del dato empírico (informes al poder judicial provincial y a la CSJN respectivamente). El primero apunta a determinar la condición

³⁰ Fallos 328:1146, 1182.

de detención concreta de cada detenido, para lo cual otorga el plazo de 30 días. En el segundo, la información requerida cada 60 días implica acciones positivas del Ejecutivo provincial, sobre las medidas adoptadas para mejorar la situación de los detenidos.

En el punto 7, se exhorta a los poderes legislativo y ejecutivo de la Provincia para la adecuación de la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y de ejecución penal.

Finalmente, en el punto 8 se encomienda también al Ejecutivo provincial la organización de la convocatoria de una mesa de diálogo a la que se invitará al CELS, a las organizaciones presentadas como *amici curiae* y otros sectores de la sociedad, debiendo presentar informes de los avances logrados a la Corte, también cada 60 días.

Como señala Mariela Puga, la Corte inauguró así un proceso abierto en el tiempo, en el que se monitorean instituciones y/o políticas, dictando medidas multiformes que escapan al marco convencional de medidas prácticas detalladas, dirigidas directamente a hacer satisfacer un derecho.

Se trata de organizar la transformación de una institución o una cierta política violadora de derechos a través de intervenciones judiciales estratégicas que penetran y desestabilizan sus lógicas de histórica inmunidad a los conflictos.

Desde esa idea del modelo experimental, se pueden ver los puntos 2 y 5 del resolutorio como la creación de un mecanismo de tensión: por un lado, se fijaron los estándares generales a alcanzar; por el otro, el dato empírico, el detalle de la situación fáctica que se sabe ilegítima. Esa distancia ilegal, precisamente es la fuente de tensión, que debería ser canalizada a través de los puntos 6 y 8.

De esta manera, observa la autora, se ha diseñado un sistema de responsabilidad con potencialidad de ser más operativo frente a los órganos inferiores y a la Corte, en miras de desnudar a la institución generando un futuro que transparente en detalles sus falencias y que evidencie la transformación o la inercia.

Obsérvese que la Corte declaró la violación sistémica de derechos y la ilegalidad del *status quo* estableciendo la responsabilidad provincial. Empero, excepto las órdenes directas de los puntos 3 y 4 -para las que no hay amenaza de sanción-, no ha dictado medidas específicas a la Provincia, la cual no estaría obligada a alcanzar ningún estándar inmediato más que dialogar en el marco de la Mesa de Diálogo y mostrar avances frente a la Corte.

Con la mirada puesta en el desarrollo que haré en la próxima parte del trabajo sobre la etapa que se abrió a partir del dictado del fallo, quiero hacer una observación genérica del resolutorio en relación a los considerandos.

A diferencia de lo que suele pasar con una sentencia tradicional, en “Verbitsky” cuesta visualizar o imaginar en los considerandos un posible resolutorio. Tal vez por su extensión, quizás porque no hubo un desarrollo en los considerandos sobre litigio complejo, y menos aún sobre experimentalismo, algunos de los puntos del resolutorio nos toman por sorpresa, lo que obliga a una nueva lectura de los mismos en busca de los fundamentos.³¹

Así pues, cabe preguntarse por ejemplo, qué implica el cese de la detención en comisarías de menores y enfermos. ¿Deberían ser puestos en libertad en el plazo de 60 días? ¿Deberían ser trasladados a las superpobladas cárceles del Servicio Penitenciario? ¿Por qué sólo menores y enfermos y no mujeres embarazadas y ancianos?

Tratamiento especial merece la novedosa “Mesa de Diálogo” y su convocatoria. En base a la presentación inicial, no caben dudas que se trata de una típica medida experimentalista. En tal sentido, habría sido apropiado un mejor y mayor desarrollo en el resolutorio, al menos señalar para qué debía convocarse y sobre qué se debería informar cada 60 días.

Para ello hay que volver a título VII del voto mayoritario. En las audiencias públicas celebradas, quedaron delineados los hechos no controvertidos, la actora reconoció los límites de la actuación judicial y admitió como impracticable una solución total e inmediata a la pretensión ya que requiere planeamiento y despliegue en el tiempo, por lo que pidió se establezcan instancias de ejecución en las que a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pueda determinarse el modo en que se haga efectivo el cese de la inapropiada detención de personas.

En ese contexto, la Corte señala que:

“efectivamente las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso” y que *“es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y*

³¹ Sobre el estándar de las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos ya hice alusión en el punto VI. 4) de este trabajo.

*otorgue continuidad al diálogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires”.*³²

De allí que se encomiende al Ministerio de Justicia provincial que organice la convocatoria de:

“una Mesa de Diálogo a la que se invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amicus curiae, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables”.

Se puede concluir entonces, que esa “Mesa de Diálogo” fue ideada como un espacio para la discusión de políticas públicas, en el que se tomarían decisiones consensuadas sobre medidas que permitan revertir -de manera sustentable- el estado inconstitucional de la detención en comisarías y cárceles de la provincia.

Vale aclarar que cuando señalo estado inconstitucional de la detención, me refiero específicamente al estado de superpoblación y hacinamiento, y al 75% de presos sin condena, porque como ya he destacado antes, el sistema carcelario en su totalidad nunca fue puesto en discusión.

VIII.- FALLOS POSTERIORES A “VERBITSKY”.

Antes de comenzar a trabajar la ejecución experimentalista (?) de la sentencia en la próxima y última parte, teniendo en especial consideración que pasaron más de cinco años desde su dictado y que la Corte Suprema mantiene su composición -con excepción del único juez que votó en disidencia total-, corresponde abrir un paréntesis para dar un breve tratamiento a algunas de las preguntas que se formularon en ese entonces y para las que hoy existen respuestas.

¿Replicaría la Corte la aplicación de “Verbitsky” en otros casos sobre cárceles o comisarías? ¿Tendría una intervención experimentalista en otros temas de litigio estructural?

Sobre litigio estructural y experimentalismo en otros temas la respuesta es afirmativa, independientemente de la evaluación que pueda hacerse de sus resultados.

³² Fallos 328:1146, 1182

En efecto, el 20 de junio de 2006 la Corte admitió su competencia en el caso “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios*”,³³ y el 8 de julio de 2008 finalmente dictó sentencia.³⁴ El caso es sobre la contaminación ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo y esa sentencia es quizás, una de las más trascendentes de la Corte, por lo que un breve análisis resultaría insuficiente y abocarme a ello escaparía a los fines de este trabajo. Basta al respecto señalar que en este caso, la intervención de la Corte sigue -en forma más activa y acabada- el rumbo marcado por “*Verbitsky*”.³⁵

A diferencia de lo anterior, al interrogante sobre las replicas en materia carcelaria, la respuesta es parcialmente afirmativa. Aquí haré una breve referencia a tres fallos con diversas particularidades.

El primero, es el caso “*Defensor General del Departamento Judicial La Plata*”, del 31 de octubre de 2006.³⁶ Dicho funcionario denunció el agravamiento de las condiciones de detención de las personas alojadas en las dependencias policiales de ese departamento judicial, explicando que sobre una capacidad ideal de noventa y tres detenidos había más de seiscientos, circunstancia demostrativa por sí sola del incumplimiento de las garantías constitucionales y convencionales que aseguran un trato digno. El habeas corpus fue rechazado e igual suerte tuvieron los posteriores recursos, siendo la denegación del recurso federal extraordinario por parte de la Suprema Corte Provincial la que originó la queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En un brevísimo y único considerando la Corte dijo “*Que al caso resulta aplicable, en lo pertinente lo resuelto por el Tribunal en la causa “Verbitsky” (Fallos: 328:1146, voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti) a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad*”

Por ello, en concordancia con lo dictaminado por el Procurador, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y se devuelven al Tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo éste. Los jueces Fayt y Argibay remitieron a sus propios votos en “*Verbitsky*”.

³³ Fallos 329:2316.

³⁴ Fallos 331:1622.

³⁵ La intervención de la Corte en “*Verbitsky*” merece un tratamiento especial a la luz de lo que se desarrollará luego sobre la ejecución de la sentencia.

³⁶ Fallos 329:4677.

Al respecto, sólo quiero compartir algunas dudas que me genera este caso. Tratándose de superpoblación en las comisarías de La Plata, provincia de Buenos Aires, ¿no habría correspondido que se subsumiera en la mismísima ejecución de “Verbitsky”? ¿En qué consiste el punto 4 del resolutorio ya reseñado sino en esto? Suponiendo que no fuera así, que el Defensor General platense se encontró con una laguna del fallo “Verbitsky”, y -por ende- que este caso no estaría incluido, ¿a qué fundamentos y conclusiones corresponde remitir considerando que es un sentencia de más de 100 fojas?

A excepción del juez Fayt, que en su disidencia parcial en “Verbitsky” vota por la devolución de los autos para un nuevo pronunciamiento, ¿no sería incongruente la Corte en este fallo, aplicando “Verbitsky” pero devolviéndolo al tribunal de origen?

Parecería que la Corte -al menos quienes conformaron el voto mayoritario de “Verbitsky”- separa los considerandos del resolutorio experimentalista, cuestión que escapa a la lógica que indica que la sentencia debe ser una unidad.³⁷

De todas formas y más allá de las dudas que me quedan, vale este caso como ejemplo de la Corte replicando parcialmente la sentencia, a lo que se agrega que el sumario de la colección Fallos expresamente señala: “-Del precedente “Verbitsky”, al cual remitió la Corte Suprema...” (sic)

El segundo caso a referir, es la causa “*Rivera Vaca, Marco Antonio y otro s/ habeas corpus*”.³⁸ Allí, el 16 de noviembre de 2009 la Corte hace suyos los fundamentos y conclusiones del Procurador General para dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver la causa para que se dicte una nueva conforme a derecho. Se trataba de un habeas corpus correctivo con el objeto de solicitar el traslado de las personas detenidas en el Escuadrón 52 de Gendarmería Nacional de Tartagal a unidades carcelarias de la provincia.³⁹

³⁷ Destaqué de “Verbitsky” que a diferencia de una clásica sentencia, no ponía fin a un proceso si no que abría un camino. Sin embargo, éste no parecería ser el sentido que le da la Corte en este caso posterior, que de una manera muy extraña estrena su aplicación como precedente.

³⁸ Fallos 332:2544.

³⁹ La Defensora Oficial y el Fiscal Federal de Orán habían presentado conjuntamente un habeas corpus denunciando el agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones de detención, fruto de la situación de hacinamiento en la que viven los detenidos, pues el lugar únicamente puede alojarlos en forma transitoria, ya que no cuenta con los requisitos mínimos de comodidad por carecer de iluminación eléctrica, agua caliente, espacio para recreación apropiada y de los recursos necesarios para su atención alimentaria, sanitaria, higiénica y médica. El Habeas Corpus fue rechazado, en igual sentido la Cámara Nacional, no obstante admitir las graves condiciones de hacinamiento y sobrepoblación, ordenando incluso la remisión de oficios a diversas autoridades, declaró abstracto el recurso porque en el momento de resolver el

Sin entrar en los pormenores de este caso, cabe apuntar que se trata de una nueva intervención de la Corte en materia de hacinamiento en comisarías, esta vez de jurisdicción federal. También resulta relevante, a los fines de este trabajo, que el apelante se agravió del alcance limitado que se otorgó al artículo 43 CN y a la Ley nacional N° 23.098 al desconocerse, “mediante un excesivo rigor formal, que la acción era de carácter colectivo, en los términos definidos en el precedente “Verbitsky” (Fallos 328:1146)”;

argumento que acogió la Corte citando expresamente el considerando 17 del mismo.

Pese a que se trata de una sentencia concisa, la Corte también replicó la doctrina de “Verbitsky” en lo que hace a los compromisos asumidos por el Estado nacional al suscribir tratados en materia de derechos humanos (cita allí los considerandos 39, 48 y 50 del voto mayoritario de “Verbitsky”).

Hasta aquí mencioné dos fallos en los que, genéricamente, podemos afirmar que la Corte decidió en el mismo sentido que en “Verbitsky”, pero sin experimentalismo. Para finalizar, no puedo dejar de mencionar que el 2 de diciembre de 2008, en el caso “*García Méndez*”,⁴⁰ la Corte revocó la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal que demostrando un fuerte activismo, con medidas de tipo experimental, exhortaba la adecuación de la legislación penal en materia de menores y ordenaba, entre otras cosas, la libertad progresiva de los menores de 16 años detenidos en comisarías de la ciudad de Buenos Aires y la constitución de una mesa de diálogo.

Al respecto y dada la superlativa relevancia del fallo, me limitaré a decir que la Corte, tuvo oportunidad de confirmar una sentencia coincidente con la doctrina de “Verbitsky” y se decidió exactamente por lo contrario.

Si en el transcurso del trabajo puse énfasis en los sujetos del caso “Verbitsky”, y en el hábeas corpus como acción protectoria de los derechos de las personas de carne y hueso, aquí lamentablemente debo destacar que las personas de carne y hueso que se encuentran detenidas y se “desprotegen”, no tienen condena -al igual que la inmensa mayoría de los presos de las comisarías y cárceles bonaerenses-, pero con el agravante en este caso de que se trata de niños, niñas y adolescentes no punibles.

mismo, las personas que originariamente se encontraban detenidas ya habían sido trasladadas a otros establecimientos.

⁴⁰ Fallos 331:2691.

Por lo dicho, la Corte ha convertido a “Verbitsky” en un simple precedente sin experimentalismo, cuando precisamente ése era su mayor mérito.

PARTE CUARTA

LA EJECUCIÓN DEL FALLO “VERBITSKY”

IX.- ¿EL EXPERIMENTALISMO EN ACCIÓN?

Sostuve que la sentencia del 3 de mayo de 2005 no puso fin a un proceso sino que se erigió en punto de partida. Pasaron más de seis años del fallo “Verbitsky” y -pese a acarrear otras dificultades- en algunos aspectos ello posibilitaría evaluar, cómo ha repercutido en el sistema penitenciario provincial.

El camino se sigue transitando y lo transitado no ha sido lineal ni constante. Con avances, mesetas y retrocesos; información que no abunda y cuya veracidad es difícil de comprobar, me propongo -aunque sin pretensiones de exhaustividad- marcar algunos puntos que me parecen destacables de la etapa de ejecución de la sentencia, diseñada en el resolutorio experimentalista de “Verbitsky”.

La diferencia entre la potencialidad del sistema creado por la Corte y lo que finalmente fue sucediendo es vasta. Manteniendo la idea de que sigue siendo factible, a continuación desarrollaré cómo respondieron los distintos poderes del estado provincial y algunas de las consecuencias.

Si el análisis de algunos puntos del fallo no me resultó tarea sencilla, más complicado aún fue encarar esta etapa.

En un primer momento pensé que un buen método sería el tratamiento diferenciado de los distintos poderes. Luego la opción fue trabajarlo cronológicamente. Finalmente decidí fusionar ambos criterios, abordando en primer término las repercusiones inmediatas -que abarcaría desde el dictado del fallo hasta la finalización de año 2005- tratando en forma separada los tres poderes de la provincia, y genéricamente el impacto que tuvo.

Seguidamente el análisis será realizado por temas, intentando dentro de las posibilidades, mantener los criterios de cronología y división de poderes.

X. REPERCUSIONES INMEDIATAS

X. 1.- PODER LEGISLATIVO (EL DESDOBLAMIENTO DE LA “MESA”)

Como respuesta instantánea a la exhortación de la Corte, el 4 de mayo de 2005, la Cámara de Senadores de la Provincia aprobó la convocatoria a una “mesa de trabajo” destinada al estudio y elaboración de anteproyectos para la adecuación de la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y de la legislación de ejecución penal y penitenciaria a los estándares constitucionales e internacionales. Pese a su rápida convocatoria, la llamo “la otra Mesa”, porque es ostensible que no era ésta la “Mesa de Diálogo” encomendada en el punto 8 del resolutorio de la mayoría de “Verbitsky”.

“La otra Mesa” fue integrada por representantes de los bloques legislativos de ambas cámaras, representantes del Ministerio Público, del Poder Judicial, del Ejecutivo y de distintas organizaciones de la sociedad civil, entre otras el CELS y el Colegio de Abogados de la provincia.⁴¹

Durante mayo y junio de 2005, se trabajó en la elaboración de anteproyectos para la reforma del Código Procesal Penal y de la Ley de Ejecución Penal, y en una ley de control de sobrepoblación, documentos que fueron materializando los consensos y disensos alcanzados, para su evaluación por los distintos bloques políticos que componen la legislatura provincial.

Las propuestas básicamente trataron de limitar la imposición de medidas cautelares privativas de la libertad, a casos excepcionales y frente a graves riesgos para el proceso. En igual sentido se propusieron alternativas menos restrictivas de la libertad para ser aplicadas en la última etapa de ejecución de la condena.

Por otro lado se diseñaron mecanismos normativos que faciliten el establecimiento de estándares más precisos para el control de legalidad de las condiciones de detención y revisar las medidas privativas de la libertad cuando estas condiciones no fueran las legales.

⁴¹ De acuerdo al art. 2º de la Resolución del 04/05/05 se invitarían a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a la Procuradora General, al Ministerio de Justicia Provincial, al Colegio de Abogados, a representantes del Colegio de Magistrados de la Provincia con jurisdicción en materia penal, procesal penal y de ejecución penal y penitenciaria, al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), y a legisladores representantes de los bloques políticos de las Cámaras de Senadores y de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. (Se puede acceder en www.cels.org.ar: Poder Legislativo PBA).

No obstante lo expuesto, desde ya positivo porque implica una inmediata recepción de la exhortación de la Corte, debe realizarse una observación de relevancia. Podría pensarse que el establecimiento de esta “mesa paralela” sumaría participación y deliberación en el seno mismo del Poder Legislativo provincial, ya que si nos limitáramos sólo a la letra del resolutorio el espacio de diálogo se hubo requerido al Poder Ejecutivo. Sin embargo, puede advertirse que, en alguna medida, ese desdoblamiento implicó un vaciamiento de contenidos de la ordenada “Mesa de Diálogo”, pues era en ella donde deberían discutirse políticas públicas y consensuarse medidas tendientes a revertir la situación de hacinamiento que padecen los presos -en su mayoría sin condena-, *statu quo* inconstitucional que tanto el CELS como el Ejecutivo provincial adjudicaban en gran medida a la legislación procesal penal y de ejecución penal vigentes.

Si se observa con detenimiento los convocados a una y otra Mesa, surge evidente que se dejó por fuera de esta discusión a las organizaciones presentadas como *amici curiae* en la causa, precisamente a quienes habían colaborado, por su interés y conocimiento sobre la materia, y que la Corte explícitamente encomendara convocar.

X. 2.- PODER EJECUTIVO Y LA “MESA DE DIÁLOGO”

En cumplimiento del punto 8 del resolutorio de la mayoría de “Verbitsky”, el entonces Ministro de Justicia, Sr. Di Rocco, convocó a la primera “Mesa de Diálogo”, que se realizó el 19 de mayo de 2005.

Desde las primeras reuniones formaron parte, además del CELS y algunas de las organizaciones presentadas como *amici curiae* en la causa, representantes del Ministerio de Justicia, de la Secretaría de Derechos Humanos, del Ministerio de Seguridad y de la Procuración General.

Señala el CELS en su presentación de fecha 29/12/05 ante la CSJN⁴² que se llevaron a cabo ocho reuniones a lo largo de ocho meses.⁴³

Se trabajó sobre el diseño de medidas tendientes a adecuar las condiciones de detención a los estándares fijados. Principalmente se buscó establecer criterios que

⁴² www.cels.org.ar: “Presentaciones ante la CSJN”.

⁴³ www.cels.org.ar: “Poder Ejecutivo PBA”: se puede acceder a las actas que plasmaron el contenido de los diferentes encuentros. En orden a lo apuntado sobre el desdoblamiento de la Mesa, cabe señalar que en el sitio web del CELS parece incluirse dentro de estas 8 reuniones a la celebrada el 21/06/2005 -que en realidad fue convocada por el Senado Provincial-, y de la que como ya señalé, se excluyó a las organizaciones presentadas en calidad de *amici curiae*.

facilitaran identificar grupos de personas detenidas -que por su especial situación- pudieran ser beneficiados con la libertad o morigeración de la detención, *v.gr.* el estado de salud física y psíquica, la edad o la calificación legal del delito imputado.

Asimismo en la presentación referida *supra* sostuvo que “una vez determinados dichos criterios no pudo avanzarse más allá, en virtud de la falta de información específica y clara que permita identificar a las personas en condiciones de integrar las categorías diseñadas.”

Además agregó que se pretende abordar desde la Mesa, la necesidad de determinar cuál es la capacidad de alojamiento de las unidades carcelarias existentes y de las que están en proceso de construcción, conforme a los estándares establecidos en las Reglas Mínimas, o en su defecto en qué medida resultan compatibles con dichos estándares.

Con fundamento en la falta de producción de información clara y completa, el CELS suspendió su participación en la “Mesa de Diálogo” y requirió a la Corte que intime a las autoridades provinciales “a producir y distribuir la información necesaria para avanzar en el diseño y la implementación de políticas públicas que permitan descongestionar un sistema carcelario colapsado, y cumplir con el mandato de V.E.” (cfr. Presentación realizada el 29/12/05, “Informa. Solicita”).⁴⁴

Sin quitarle importancia a los temas y medidas que se discutieron en la Mesa, debo manifestar mi asombro al respecto, ya que, considerando el acuerdo del CELS y el Ejecutivo en las audiencias públicas sobre el diagnóstico de la situación y sus causas; y la finalidad de “arribar a soluciones consensuadas y sustentables” que reza el considerando 26 de la mayoría en “Verbitsky”, era de suponer que también desde aquí resultarían - previo debate y deliberación en la Mesa de Diálogo- proyectos para modificar la legislación en materia de prisión preventiva y excarcelación, y de ejecución penal.

Podrían tomarse aisladamente los puntos 7 y 8 del resolutorio de “Verbitsky”, o por el contrario -y ahí me ubico yo- creer que la “Mesa de Diálogo” se iba a convertir en un espacio generador de ideas y alternativas, de discusión y de consensos, que lógicamente, no reemplazaría a los Poderes Ejecutivo y Legislativo en sus competencias, pero sí, en una suerte de cogestión impulsora, coadyuvaría en la difícil

⁴⁴ www.cels.org.ar. De acuerdo a lo referido por el CELS en posteriores presentaciones, ésta no se expidió al efecto. Tampoco existe publicación al respecto en las páginas web de la CSJN ni el CIJ.

tarea de revertir la superpoblación y hacinamiento de los detenidos de la provincia, y el más de 75 % de presos sin condena.

X. 3.- PODER JUDICIAL

Por su parte, el 11 de mayo de 2005 la Suprema Corte de Justicia Provincial dictó la Resolución 58/05, en la que mediante ocho artículos ordena a los jueces adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento al fallo dictado por el máximo tribunal nacional.

A mi entender, allí se ordena pero no facilita la instrumentación de esas medidas, probablemente por no acertar en las maneras de hacerlo. Además, de lo reflejado en los considerandos, parecería que su mayor preocupación era encontrar una “autojustificación” de por qué había declarado inadmisibles los recursos extraordinarios -locales y federal- interpuestos por el CELS; mostrar básicamente, que no había hecho “oídos sordos” a la problemática de autos y que se ocupaba del tema.

No obstante en septiembre de 2005, mediante Resolución 262/05 y considerando que se habían agotado los plazos otorgados, la misma Suprema Corte bonaerense requirió a los magistrados competentes que informen en un plazo máximo de 10 días los resultados obtenidos, medidas adoptadas y constataciones producidas en cumplimiento de la Resolución anterior.

Finalmente, un mes después, por Resolución 2186/05, la SCJBA resuelve poner en conocimiento de la Corte Suprema de la Nación la totalidad de los informes recepcionados y reiterar al Poder Ejecutivo provincial que las diversas falencias de infraestructura penitenciaria que subsisten y atentan contra el cumplimiento de las metas de “Verbitsky”, son atribución del Poder Administrador, a quien repetidamente ha requerido el inmediato cese.⁴⁵

Según expresa la Suprema Corte, de los referidos informes surge:

- a) Que a la fecha de su producción no se encontraban detenidos menores de edad y/o personas enfermas en comisarías y demás dependencias policiales, salvo puntuales casos de último momento que de inmediato fueron encausados.
- b) Que se habían adoptado cursos de acción tendientes a hacer cesar toda eventual situación de agravamiento en las condiciones de detención.

⁴⁵ Cabe destacar que no he hallado en los sitios web del CELS, del Ministerio, de la SCBA, de la CSJN ni el CIJ publicación alguna que de cuenta de la recepción e intervención de la Corte Suprema al respecto.

- c) Que los magistrados competentes ponderaron la necesidad de mantener a las personas entonces detenidas o bien, disponer medidas cautelares o formas de ejecución de la pena menos lesivas, modalidad implementada en todos los casos donde el análisis objetivo y subjetivo de la situación particular lo aconsejaba.
- d) Que de conformidad a lo previsto en el Acuerdo N° 3118, se realizan visitas periódicas y constantes a las cárceles y dependencia policiales, a efectos de controlar la observancia de las Reglas Mínimas, cuyas conclusiones son remitidas al Poder Ejecutivo para que dé inmediata solución a los problemas detectados.
- e) Que los órganos jurisdiccionales han planteado diversas falencias de infraestructura y que en todos los casos fueron informadas al Poder Administrador.

Dichas conclusiones, parecería que no fueron compartidas por el CELS, que en su presentación ante la CSJN del 18/10/2006, señaló que se observaban diversos inconvenientes en la implementación de lo ordenando en “Verbitsky” por parte de los jueces, que se relacionan con la falta de compromiso de algunos funcionarios judiciales con la aplicación efectiva del fallo, como con la falta de criterios claros, precisos y uniformes que guíen a los operadores del sistema.⁴⁶

La Resolución 144/05 de fecha 23/11/2005 fue la última del año dictada en autos. La Suprema Corte local recordó al Gobernador y a los Presidentes de las Cámaras de Diputados y Senadores la exhortación formulada por el Máximo Tribunal Nacional para que adecuen la legislación procesal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y de ejecución penal a los estándares constitucionales e internacionales.

Antes de continuar quiero realizar algunas observaciones. Pese a que los plazos fijados por la Corte Federal no fueron cabalmente cumplidos, puede vislumbrarse que en la estructura del Poder Judicial provincial, al menos los primeros meses resultaron una suerte de “revolución”, y que se reflejó en las comisarías que ya no alojaban detenidos enfermos y menores. En lo que respecta al agravamiento en las condiciones de detención, como era lógico, pudo observarse un mayor activismo judicial, pero afirmar que se hizo cesar toda eventual situación, más que ingenuidad implicaría negar el carácter estructural de la problemática.

Por otro lado, desde mi experiencia personal, quiero destacar que los puntos 2 y 4 del resolutorio de “Verbitsky” así como normativa internacional referida en el mismo, fueron expresamente invocados y citados por los jueces al resolver otros hábeas corpus individuales. Aquello que otrora se tornaba inexigible en las cárceles, básicamente

⁴⁶ www.cels.org.ar: Presentaciones ante la CSJN (18/10/2006)

porque se atribuía a la exclusiva competencia y discrecionalidad de la Administración, hoy es reclamado con sustento en los estándares fijados.

Con el pasar de los años dichas citas se fueron naturalizando y neutralizando, pero en su momento las réplicas de “Verbitsky” generaron extrema incomodidad y tensión en los operadores del Ejecutivo provincial, sobre todo en el servicio penitenciario. Aclaro sobre el particular, que la naturalización y neutralización a la que aludo tiene que ver con mi percepción personal sobre la manera en que reaccionaban y accionaban entonces los operadores del sistema. Aunque “Verbitsky” tiene un enorme valor simbólico y es invocado por abogados, defensores oficiales y jueces en la provincia y en el resto del país, particularmente en la provincia de Buenos Aires creo que lo que en principio generó tensión y respuestas con acciones positivas, luego se convirtió en respuestas “pre-armadas” que vendrían a sostener que “lo que es no es”, que “lo que pasa no pasa”, que lo que se denuncia no es real o bien, si reconoce, que ya se han tomado las medidas necesarias para revertirlo.

X. 4- IMPACTOS EN COMISARIÁS Y CARCELES BONAERENSES

Para finalizar con las repercusiones inmediatas de “Verbitsky”, debe señalarse que se vio materializado en la disminución de la cantidad de personas privadas de la libertad.

De acuerdo al referido informe presentado por el CELS ante la Corte en diciembre de 2005,⁴⁷ al día de la sentencia se encontraban detenidos en las cárceles y comisarías de la provincia un total de 30.721 personas, descendiendo un mes después a 30.000 y a 29.634 en octubre de 2005.

Pese a ser leve la disminución, lo más significativo reside en que se logró quebrar la tendencia constante al incremento de presos de los últimos años, al que el CELS -en base a entrevistas que sostuvo con fiscales, defensores y jueces- atribuyó a la modificación en los estándares judiciales utilizados para disponer nuevos encarcelamientos preventivos o decidir libertades condicionales, más que a la revisión de medidas ya dictadas.

En otro orden, aunque no resulta consecuencia del fallo sino todo lo contrario, no puedo omitir que en octubre de 2005 se registró una de las mayores tragedias de las últimas décadas en el ámbito penitenciario. Fiel reflejo de la situación denunciada en

⁴⁷ Datos atribuidos a la Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios y Readaptación Social.

autos, de deficiencias de tipo estructural, fallecieron 33 internos de la Unidad 28 de Magdalena, debido al incendio acaecido en el pabellón en el que se encontraban alojados.

XI.- PERIODO 2006 - DICIEMBRE 2007

XI.1.- ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL A LOS ESTÁNDARES FIJADOS

Aunque con retraso, el 8 de marzo de 2006 fue sancionada la Ley provincial n° 13.449,⁴⁸ que modificó sustancialmente el Código Procesal Penal provincial en materia de prisión preventiva y excarcelación.

De esta manera, como señalé en el punto pertinente del análisis del fallo, se materializó el exhorto de la Corte, en lo que para mí fue una temática tratada con escasa claridad.

Como adelanté entonces, es un gran logro de “Verbitsky” la adecuación procesal a los estándares constitucionales e internacionales, abandonando la normativa que desde hacía más de cinco años vulneraba las garantías de los detenidos y agudizaba la situación de superpoblación y hacinamiento en las cárceles y comisarías provinciales.

Resulta interesante su concreción en consideración del tipo de medida que dictó la Corte. El punto 7 del resolutorio, es una medida exhortativa. Sagüés (2006) la llama exhortación por constitucionalidad precaria y la critica por su falta de precisión, por no indicar qué reglas precisas padecen del defecto que se les atribuye y dónde está la colisión entre las normas del caso con la Constitución o derecho internacional.

Por su parte, Roberto Gargarella defiende este tipo de intervención de la Corte.⁴⁹ Contra la teoría de separación de poderes estricta y la visión de la democracia que, parecería suscribir Sagüés, propicia un constitucionalismo en el que se alimente el diálogo y la mutua corrección entre los poderes y una democracia basada en la deliberación colectiva, en donde los jueces no le imponen a nadie sus puntos de vista, sino que ayudan a los ciudadanos y sus representantes a construir decisiones compatibles con la Constitución.

⁴⁸ Publicada en B.O.: 17/03/06.

⁴⁹ Blog de Gargarella: Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. “Una mirada igualitaria sobre el constitucionalismo”, <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar>, del 21 de septiembre de 2007.

XI. 2.- NUEVAS PRESENTACIONES DEL CELS ANTE CSJN Y SCBA.

En octubre de 2006, el CELS hizo una nueva presentación ante la Corte Suprema.⁵⁰ En ella destacó que al mes de septiembre de 2006 se encontraban alojados 24.403 internos en las unidades del SPB y 3.819 en comisarías -según información oficial de los Ministerios de Justicia y de Seguridad-, lo que implica una disminución en un 37 % de detenidos en comisarías y de 8,9% de la población total. No obstante ello, también alertó sobre el aumento de la violencia tanto en comisarías como en cárceles, reflejada en el aumento de peleas entre internos, muertes violentas, etc.

Otra cuestión relevante informada por el CELS a la Corte, es la huelga de hambre que iniciaran los presos de la Unidad 9 de La Plata el 20/09/2006, al que luego se sumaron de las Unidades 24 de Florencio Varela, 1 de Olmos, 30 de General Alvear y 38 de Sierra Chica, entre otras. Los internos, entre otras medidas, requerían la aplicación de la Ley nacional de ejecución penal, un fallo plenario del Tribunal de Casación provincial fijando un plazo expreso para el cese de la prisión preventiva y el cumplimiento del fallo “Verbitsky”.

Asimismo, advierte el CELS que el trabajo de la “Mesa de Diálogo” no se había restablecido porque las autoridades provinciales continuaban omitiendo proporcionar la información solicitada. Sin perjuicio de ello, señala que ha mantenido una instancia de diálogo con el gobierno provincial aunque sin la continuidad ni la formalidad del mecanismo diseñado en el fallo.⁵¹

Por lo demás, el CELS solicitó a la Corte que ordene producir y distribuir información esencial para el desarrollo de la Mesa, que requiera a los tres poderes un plan integral y coordinado para mejorar las condiciones de detención en la provincia, o subsidiariamente, informen sobre las medidas que vayan a implementar para dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo.

El 24 de noviembre de 2006 el CELS, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), *Human Rights Watch* (HRW) y el Centro de Estudios de Ejecución Penal del

⁵⁰ “Informa. Acompaña Documental. Solicita medidas”, presentado el 18/10/2006, publicado en www.cels.org.ar

⁵¹ Aunque comparto el carácter de imprescindible que da a la información requerida, resulta de difícil comprensión por qué razón no se restableció el trabajo de la Mesa y sí se mantuvo un diálogo en paralelo. Es que de esta forma, independientemente de la continuidad y formalidad a la que alude, se dejó por fuera del diálogo a partes elementales en esta etapa, tales como las organizaciones presentadas como *Amicus*. Entre lo más destacable del fallo, encuentro el haber instado a la toma de decisiones de manera deliberativa y ampliamente participativa, que excede al demandante y demandado en el proceso judicial. Sin embargo parecería que ni la actora ni el gobierno provincial pudieron correrse de esos roles.

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) presentaron ante la Suprema Corte Provincial un pedido de audiencia pública -en carácter de actora en la causa la primera, y de amigos del tribunal los restantes- en el que además de brindar información propusieron diferentes medidas adoptables.

A raíz de dicha presentación, en noviembre el máximo tribunal provincial requirió informes a los jueces competentes a fin de obtener datos actualizados que permitan apreciar la evolución de la situación.⁵²

El año 2006 finalizó sin novedades, sin reforma de la ley de ejecución penal y sin el restablecimiento de la Mesa de Diálogo, lo que permitiría pensar que si los operadores estatales estaban trabajando sobre algo de lo ordenado en “Verbitsky”, no lo hacían al menos dentro del marco que había establecido la Corte.

XI. 3.- SUPREMA CORTE PROVINCIAL: LA AUDIENCIA PÚBLICA Y LA RESOLUCIÓN N° 250/07

En mayo de 2007, la Suprema Corte exhortó a la legislatura provincial a que con la mayor celeridad posible adecue la legislación de ejecución penal a los estándares constitucionales e internacionales fijados, y requirió al poder ejecutivo que informe sobre los avances y resultados logrados como consecuencia del trabajo de la Mesa de Diálogo.⁵³

En septiembre del mismo año convocó a una audiencia pública que finalmente se celebró el 1° de noviembre.⁵⁴

Más allá de las medidas adoptadas luego de su celebración, cabe destacar la importancia de la misma porque además de ser la primera audiencia pública de la SCBA, parece ser la intervención más activa del máximo tribunal provincial en la causa a juzgar por el rol que se le señaló en “Verbitsky”, y no el de mero reproductor automático de las órdenes del fallo.

El 19 de diciembre de 2007 la Suprema Corte dictó la Resolución 250/07. Debe subrayarse positivamente la creación del Área de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad,⁵⁵ que tendrá a cargo la elaboración de un plan para sistematizar

⁵² Resolución N° 2376 de fecha 24/11/2006.

⁵³ Resolución N° 41 de fecha 02/05/2007.

⁵⁴ Resolución N° 150 de fecha 12/09/2007.

⁵⁵ Mediante Acuerdo N° 3390 de fecha 08/10/2008 se establecieron cargos, funciones y atribuciones de esta área con el rango de Subsecretaría

y controlar la implementación y ejecución del fallo “Verbitsky”; y la adopción de un nuevo mecanismo de visitas de los jueces en cárceles y establecimientos de detención.⁵⁶

El otro punto de esta resolución que debe destacarse, pero por lo negativo, es que da “*por concluido el trámite regular del habeas corpus*” respecto de hacer cesar la detención de los menores y enfermos en comisarías, y la adecuación de las normas relativas a la prisión preventiva y excarcelación (puntos 3 y 7 respectivamente, del resolutorio de la mayoría de “Verbitsky”). Además de lo discutible que podría ser la veracidad de que no habían entonces menores y enfermos detenidos en comisarías, denota ponerle un punto final a lo que la Corte hubo delineado como un punto de partida, y sin prever un mecanismo institucional que impida nuevas regresiones.

Entonces cabría preguntarse, si se comprobara posteriormente que existen menores y enfermos alojados en comisaría, ¿estaría vedando tal conclusión su tratamiento en el marco de la ejecución de “Verbitsky”? ¿podría alegar que está cerrada la competencia jurisdiccional al respecto el Estado Provincial?⁵⁷

Para finalizar con las medidas adoptadas por la SCBA, resta apuntar que requirió al Poder Ejecutivo que en el plazo de 90 días presente “*un plan operativo integral tendente a normalizar las disfuncionalidades edilicias de los lugares de detención y la provisión de servicios elementales*”, y que reiteró la exhortación para que se adecue la legislación penal y penitenciaria.

XI. 4.- FIN DEL PERÍODO: NUEVAS REUNIONES DE “LA OTRA MESA”. REESTABLECIMIENTO DE LA “MESA DE DIALOGO”

En mayo de 2007, se convocó nuevamente a los integrantes de la mesa paralela del Senado Provincial -que se había reunido en 2005- con el fin de trabajar en la reforma pendiente de la ley de ejecución penal.

En el lapso de un mes se realizaron cuatro encuentros, en los que también se consensuó un anteproyecto de ley para incorporar en la Ley de Ejecución un título

⁵⁶ El Acuerdo N° 3118/04 fue modificado por el Acuerdo N° 3415/08 de fecha 22/12/2008, que establece la conformación de Comités Departamentales, e instruye visitas institucionales y jurisdiccionales. Además la Subsecretaría deberá llevar un Registro de Visitas Institucionales, y de Habeas Corpus.

⁵⁷ Lo que por el año 2007 era imaginable, en la actualidad es un hecho. Apegado a las formas, y bien lejos de la voluntad y el compromiso necesarios para afrontar la problemática, en el año 2010 ante el traslado que se le corriera de una nueva presentación del CELS, en esa línea precisamente se esgrimió el primer argumento del Ejecutivo Provincial, sin perjuicio de que luego respondiera sobre los puntos planteados.

creando un sistema de control de superpoblación carcelaria. Sin embargo, el año 2007 al igual que el mandato del Gobernador Solá, finalizó sin la esperada reforma.

Por su parte, la “Mesa de Diálogo” que se había suspendido en diciembre de 2005, se restableció recién en agosto de 2007 y se reunió mensualmente hasta noviembre del mismo año.

Entre los temas que se trabajaron, se destacan la determinación de criterios para fijar el cupo de los centros de detención provinciales, la implementación definitiva del Registro Único de Detenidos, la elaboración de un plan de descongestionamiento de comisarías, la identificación de categorías susceptibles de recibir morigeraciones y de posibles acciones para obtenerlas.⁵⁸

Además, respecto del propio funcionamiento de la Mesa, a propuesta del CELS, en la última reunión se consensuó un Reglamento con el objeto de fortalecer el ámbito de discusión.

Ante la proximidad del fin de la gestión, en la última reunión del año celebrada el 22 de noviembre, los representantes del Ejecutivo Provincial se comprometieron “a informar a las próximas autoridades sobre lo trabajado por la Mesa como así también a instalar la necesidad de darle continuidad en el marco de lo establecido por el fallo de la CSJN.”⁵⁹

A pesar de que lo transitado hasta aquí dista en demasía con las expectativas que generara “Verbitsky”, y aunque es difícil precisar si el fenómeno obedece a la intervención de la Corte y a la reforma en materia excarcelatoria exclusivamente, cabe destacar que al momento del fallo se encontraban alojados en comisarías y cárceles provinciales un total de 30.721 detenidos y a diciembre de 2007 se reduciría a 26.990 personas.

La disminución producida en las comisarías, es aún más relevante ya que mientras el 3 de mayo de 2005 se alojaban 6035 personas, en diciembre de 2007 se habría reducido a 2782, más de un 50% al cabo de dos años y medio.⁶⁰

⁵⁸ www.cels.org.ar: “Poder Ejecutivo PBA” Actas de las reuniones.

⁵⁹ www.cels.org.ar: “Poder Ejecutivo PBA” Actas de las reuniones (22/11/07).

⁶⁰ Datos informados por el CELS en la presentación ante la CSJN del 29/10/2009, atribuidos al SPB y el Ministerio de Seguridad Provincial.

XII.- PERIODO DICIEMBRE 2007 - OCTUBRE 2011

Hasta aquí esbocé lo que para mí fueron las actuaciones más relevantes de los dos años posteriores al de su dictado, coincidente su finalización con el cambio de autoridades provinciales. Aunque no me haya explayado exhaustivamente, manejé información lo más linealmente posible, en su mayoría publicada en el sitio web del CELS, y en la que se pudo observar a éste y a los diferentes poderes del estado provincial. En suma, una dinámica de avances y retrocesos, con rupturas y restablecimientos, pero transitando un único camino, el iniciado en “Verbitsky”.

Así se inició la gestión del Gobernador Scioli y de su Ministro de Justicia, Sr. Casal. En un comienzo, parecía que se seguiría el mismo rumbo. Sin embargo, finalizado el año 2011 y el primer mandato del Gobernador me encuentro con visiones completamente antagónicas respecto del camino transitado, en el que se suponía, la idea era alcanzar consensos que posibiliten revertir el estado inconstitucional del sistema carcelario provincial.

Calculo que no azarosamente, los datos relevados de los siguientes cuatro años que se desarrollarán a continuación, resultan más parciales. A raíz de ello, destaco que principalmente trabajaré con la información contenida en la presentación judicial del CELS ante la CSJN en octubre de 2009 “Denuncia incumplimiento. Propone medidas. Solicita Audiencia Pública”⁶¹ y en el informe presentado por el Poder Ejecutivo Provincial en respuesta al traslado que se le corriera en marzo de 2010.⁶²

La idea de los actores “negociando”, dialogando y deliberando en la búsqueda de consensos, a la que hice alusión al analizar el resolutorio desde el modelo experimental, no coincide con las posturas asumidas por las partes en esta etapa, que distan en demasía con las que se elogiaran en “Verbitsky”.

XII.1.- EL PLAN EDILICIO Y DE SERVICIOS

El 5 mayo de 2008, el Poder Ejecutivo presentó ante la Suprema Corte el “Plan Edificio y de Servicios”,⁶³ que le fuera requerido mediante la Resolución 250/07.

⁶¹ www.cels.org.ar: Presentaciones ante la CSJN.

⁶² Incluido en un cuadernillo realizado *ad-hoc* por el Ministerio de Justicia y Seguridad para su distribución en la Mesa-Taller “Sistema Penitenciario y Ejecución de la Pena” del día 23/06/2010, organizada por el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia y dirigido a funcionarios del Poder Judicial. Debo aclarar que tengo en mi poder uno de esos cuadernillos no porque haya participado del Taller, sino por obra del azar, de la buena voluntad de quien repartía los ejemplares ese día a una allegada.

⁶³ Publicado en www.cels.org.ar

Luego del relevamiento que se realizara en todas las unidades penitenciarias de la provincia (en ese entonces 39), en este informe se determinó, aunque de manera poco precisa -sin estándares y parámetros claros- un cupo de 16.874 plazas masculinas y 984 femeninas; se efectuó un diagnóstico de la situación en la que se encontraban y se delinearon medidas a adoptar en las mismas, entre otras cuestiones.

El CELS tuvo acceso al plan con motivo de la celebración de la primera “Mesa de Diálogo” celebrada por esta gestión,⁶⁴ y en diciembre de 2008 presentó un análisis del mismo al gobierno provincial en el que realiza consideraciones vinculadas tanto a la orientación política criminal como a cuestiones técnicas sobre la propuesta edilicia.⁶⁵

A los documentos citados me remito, sin entrar en detalles ya que además de carecer de conocimientos técnicos sobre infraestructura no tuve acceso a la indispensable consulta de sus anexos.

Ahora, desde una perspectiva más bien pragmática, tampoco me interesa en este punto referir a cuestiones de política criminal, ya que si bien coincido con la posición del CELS -que reiteradamente sostuvo que el estado de superpoblación y hacinamiento no se revierte sólo con el aumento de plazas, con “construir más cárceles”-, creo que estas otras cuestiones, deben ser trabajadas en paralelo al Plan Edificio. Es decir, desde mi punto de vista deberían delinearse diferentes medidas tendientes a la descongestión del sistema y a la superación del estado de hacinamiento y superpoblación, en las que incluyo al plan de infraestructura edilicia aunque sabiendo que no se agota en él.

Si se observa que no fue eso lo que requirió la SCBA al Ejecutivo en el punto 2 de la Resolución 250/07, no parecen atendibles a mi modo de ver, las críticas del Plan al respecto,⁶⁶ aunque sí tiene defectos en si mismo. Igualmente, el Poder Ejecutivo no estaba cumpliendo el mandato de la Corte, no de la SCBA sino de la CSJN, que lo había instado en “Verbitsky” a trabajar integralmente en las medidas necesarias para revertir el estado de cosas inconstitucional de las comisarías y cárceles provinciales.

Desde esa posición quiero remarcar algunas cuestiones fácilmente observables del Plan, en mi entendimiento totalmente deficientes:

⁶⁴ www.cels.org.ar: “Poder Ejecutivo PBA” Actas de las reuniones: 24/07/2008.

⁶⁵ Ver publicación en www.cels.org.ar

⁶⁶ Debo apuntar, no obstante, que fue el Poder Ejecutivo el primero en no ajustarse en su memorial al “Plan edilicio y de servicios”. En su presentación de abril de 2010 ante las observaciones efectuadas por el CELS, el gobierno provincial señala, que éste pretendía la determinación de variables político-criminales que escapan a cualquier plan de infraestructura, sin embargo es el mismo gobierno en el “Plan”, quien refiere entre otras cuestiones, a reformas procesales y proyectos de ley impulsados que tampoco correspondía incluir.

El plan fue realizado desde el Ministerio de Justicia, y se limitó a las cárceles del Servicio Penitenciario Bonaerense, mientras que la SCBA había sido más abarcativa en su requisitoria, indicando “los lugares de detención”. De esta manera, se excluyó del Plan a las comisarías, que en ese entonces alojaban una excesiva cantidad de detenidos y en condiciones más críticas aún que las cárceles, aunque claro está que no son los lugares adecuados para las personas privadas de la libertad.

El plan no resulta ni tan operativo ni tan integral. De hecho, resulta difícil definirlo como “plan”, ya que ante el deplorable diagnóstico al que se arribara en el mismo, no se establecen claramente cuáles son las prioridades en general, ni los plazos que se estiman para llevar a cabo las obras o medidas necesarias para la solución de las deficiencias apuntadas.

Probablemente sobre prioridades, presupuesto y plazos existan detalles en los anexos -a los que, reitero, no pude tener acceso-, pero no se encuentran en el cuerpo de aquel parámetros generales al respecto. Tampoco se señalan en el cuerpo del memorial el número de plazas existentes al momento del relevamiento. De acuerdo a lo manifestado por el CELS en sus presentaciones -dato no controvertido por el Poder Ejecutivo- se determinó en un anexo, que el **número total de plazas del Servicio Penitenciario Bonaerense en mayo de 2008, sería de 17.858 (16.874 plazas masculinas y 984 femeninas)**

Cabe destacar que en el informe -probablemente con el afán de mostrar la mejoría de la situación-, se distingue que en el **año 2004 se alojaban 25.000 personas en 38 unidades carcelarias**, mientras que **al momento del relevamiento** serían aproximadamente **23.900 personas distribuidas en 49 unidades**.

Si se comparan los datos señalados en los dos últimos párrafos, se podría afirmar que **el gobierno implícitamente reconoció una faltante de alrededor de 6040 plazas**, que importaría un **33 % de superpoblación aproximadamente, sin contar los miles de internos alojados en comisarías**.

Sin embargo en el plan se prevé la construcción de nuevos pabellones que representarían 1500 nuevas plazas, de 85 casas (para el régimen abierto) con dos habitaciones para tres personas cada una, que sumarían 510 nuevas plazas; 10 alcaidías que alojarían 70/80 personas cada una; y 2 nuevos complejos de 3 unidades para 450 internos cada una.

La sumatoria de todas las plazas señaladas arroja un total de menos de 4.200 plazas, lo que implica que la más exitosa culminación del plan no cubriría las faltantes antes señaladas, también sin contar los internos alojados en las comisarías.

Por último, y siempre manejando generalidades debido a la escasa información al respecto, creo objetable por su falta de claridad -y dudo que ingenuamente- que las alcaidías sean contabilizadas junto con las restantes nuevas plazas del SPB. Si bien estas dependencias se encontrarían en la órbita del Servicio Penitenciario, su finalidad es sustituir el alojamiento de los detenidos en comisarías. Y aunque la medida es sumamente positiva al respecto, surge hartamente evidente que esas 800 plazas calculadas en las casi 4.200 que contabilicé, no estarían ampliando el cupo carcelario.

He aquí una de las contradicciones que planteara. Por un lado no se cuentan los internos alojados en comisarías, ni se contempla en el plan el mejoramiento de los establecimientos policiales, pero sí se incluyen en los cálculos las plazas de las alcaidías que tendrían como finalidad descongestionar -y a futuro sustituir totalmente- el alojamiento en comisarías y no así el de las unidades penitenciarias.

XII.2.- DATOS Y COMPARACIONES DEL GOBIERNO: EL CRECIMIENTO DE POBLACIÓN CARCELARIA Y SU DISTRIBUCIÓN. NUEVAS PLAZAS

Más allá del informe sobre el avance del Plan edilicio que se presentara en sede judicial, en el año 2009 los criterios utilizados en el mismo parecería que fueron abandonados.

En efecto, en la última “Mesa de Diálogo” aquí relevada, la celebrada el 29 de septiembre de 2009, el Subsecretario de Política Criminal concluyó que se trabaja con un tope de 25.000 plazas y que debería establecerse un cupo intermedio entre 17.000 y 25.000, posición a la que se opusieron el CELS, la ADC y el Comité contra la Tortura por resultar un retroceso respecto del número fijado en el Plan Edilicio.⁶⁷ La “Mesa de Diálogo” no se reunió nuevamente hasta la culminación de este trabajo en el 2012. Por tanto, al menos en ese ámbito, no se volvió a discutir el tema, ni el gobierno provincial fijó un cupo.

En su presentación judicial de abril de 2010, el Ejecutivo provincial señaló:

“como no puede escapar al conocimiento de V.E., la fijación de un cupo para el sistema penitenciario en su conjunto va a contramano de las posibilidades fácticas de conocimiento de cualquier tribunal, en tanto exigiría un relevamiento exhaustivo de la totalidad

⁶⁷ www.cels.org.ar: “Poder Ejecutivo PBA” Actas de las reuniones: 29/09/2009.

de unidades, pabellones, celdas y lugares comunes que componen el sistema, sin perjuicio de tratarse además de una tarea por su base impróspera... ”.

Continuando esa línea, en el mismo documento expuso:⁶⁸

“...la visión distorsionada del CELS parte de la pretensión de tomar como cupo un parámetro ideal que jamás fue expuesto como máximo admisible del sistema (...) justamente porque la idea no fue fijar un criterio de cupo sino plantear un objetivo deseable muy superior de las Reglas Mínimas y cuya simple función era motorizar la gestión en búsqueda de un ideal difícil de alcanzar pero no por ello deseable como idea fuerza ordenadora del programa.”

Y sobre la fijación del cupo y las plazas existentes es preciso hacer una distinción, porque el Ministerio de Justicia sí hace referencia a plazas: señala las “nuevas plazas construidas”, “las plazas a construirse o en ejecución”, pero nunca el parámetro de referencia es la población que se debería alojar. Parece que oficialmente, la cantidad de internos alojados siempre es igual o menor a la “capacidad ideal” de cada celda, pabellón o unidad.

Mientras tanto, el CELS denuncia:

*“la sobrepoblación y el hacinamiento continúan caracterizando la vida de los centros de detención de la provincia” y que “...el escenario actual muestra una evidente regresión con relación a los avances que se habían alcanzado durante los dos años posteriores a Verbitsky”;*⁶⁹ y el gobierno provincial lo niega en automático: “1) que no existe en la provincia la situación de hacinamiento que se denuncia; (...) 3) que el número de plazas existentes actualmente en el Servicio Penitenciario resulta consistente con el número de internos que se alojan”.

Ahora bien, para saber si existe superpoblación o no, es imprescindible conocer la información sobre cuál es la capacidad real de todas y cada una de las unidades y la población existente en todas y cada una de ellas.

Tanto en la presentación judicial de abril de 2010 como en el balance de la gestión Scioli, según publicación en el sitio web del hoy Ministerio de Justicia y Seguridad,⁷⁰ se señala una gran cantidad de datos, pero en su mayoría son comparaciones de la situación actual con las anteriores que siempre serían más graves. En ambos informes se manejan los números en el mismo sentido, por ello a continuación señalaré algunos de los datos apuntados en el último:

⁶⁸ “VI.2. Sobre la pretendida insuficiencia del plan”.

⁶⁹ www.cels.org.ar: Presentaciones ante la CSJN (29/10/2009).

⁷⁰ www.mjys.gba.gov.ar: “Situación de las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires. Diciembre 2007- Octubre 2011”.

Comparación mayo 2005 - septiembre 2011:

- En mayo de 2005 la población total del Servicio Penitenciario ascendía a 24.686 internos distribuidos en 38 unidades penitenciarias habilitadas.
- Al 15/09/2011 el Servicio Penitenciario aloja 27.863 internos (3177 personas más, pero en 16 unidades penitenciarias más habilitadas)
- En las unidades que alojaban 24.686 detenidos en mayo de 2005, al 15/09/2011 se albergan 20.762 personas.

Comparación diciembre 2007 - septiembre 2011:

- Al 10/12/2007 la población total del SPB ascendía a 24.205 internos. Al 15/09/2011 la población del SPB se incrementó en 3.658 internos pero no ha generado superpoblación, ya que se rehabilitaron 3.820 plazas que antes se encontraban inutilizables; se construyeron 106 casas de régimen abierto para un total de 954 internos (ocupadas al 15/09/11 por 721 internos); se construyeron 16 nuevos pabellones para 576 internos (ocupados 12 con un total de 432 internos) y se concluyó y logró la ocupación efectiva de las Unidades 40, 43, 46, 48, 47 y 54, y las Alcaldías de Junín, Malvinas Argentinas, José C. Paz, Isidro Casanova, San Martín y La Plata I con 3.567 plazas.
- Entre diciembre de 2007 y septiembre de 2011 el incremento poblacional fue de 3.658 y las nuevas plazas habilitadas fueron 8.540.
- **Valoración global:** entre mayo de 2005 y septiembre de 2011 el incremento poblacional fue de 3.177 internos y las nuevas plazas habilitadas 10.578.

No es difícil concluir que los datos no son claros y se presentan, al menos, poco confiables. Pero aún sin cuestionar la veracidad de la información publicitada, se puede observar fácilmente que el enfoque del Ejecutivo provincial está puesto en la relación “presente - pasado” y las supuestas mejoras; no así en la relación “presente - futuro”, dicotomía entre lo que es y lo que debería ser.

Igualmente se podría pensar que la situación actual no reviste la gravedad que se desprende de los informes del CELS, asimilable a la del inicio del habeas corpus allá por el año 2001. Es de lamentar que con esto no alcanza. No es suficiente. Precisamente, porque lo que se necesita es información pública, datos sistematizados y confiables, y el gobierno provincial parecería manipular los números, “embelleciéndolos” con un estratégico marketing comparable con el utilizado en las campañas políticas.

Podría entenderse la dificultad de establecer “un único criterio” para la fijación de un “cupos total ideal”. En alguna medida incluso, lo compartiría (las construcciones edilicias son disímiles, deberían tenerse en cuenta los diferentes regímenes y

modalidades de detención, y demás circunstancias que no se reducen a una mera cuenta matemática).⁷¹ Pero el Ejecutivo Provincial, al menos públicamente, no informa sobre cupos: ni parciales, ni provisorios, ni aproximados.

Crear en la objetividad de sus datos sería un tanto ingenuo; intentar un análisis serio a partir de ellos, difícilmente fructífero. Basta con advertir que se dan números totales que no coinciden cuando se detallan, o bien se computan doblemente; así por ejemplo, se refieren “nuevas unidades” y se incluye tanto a cárceles como a alcaidías.

De esta manera las alcaidías, se convirtieron en fundamentales para el gobierno. Por un lado, forman parte de una “política de supresión del alojamiento en comisarías” en la que categóricamente se señala que *“todas estas acciones permitieron reducir drásticamente la cantidad de alojados en comisarías, y con ello, alcanzar el menor número histórico de detenidos de los últimos veinte años (1388 detenidos al 30 de septiembre de 2011)”*.⁷² Pero por otro lado, forman parte de las 3567 plazas que se ocuparon en el SPB a partir de diciembre de 2007,⁷³ aunque aquí se contabilizan 387 plazas de la Alcaidía de Junín que no se cuentan en la anterior cita.⁷⁴

Debo admitir que intenté distinguir, sin éxito, las plazas que se publicitan como “habilitadas”, “inauguradas” y “ocupadas”, todas señaladas como ampliatorias de la capacidad del SPB.

En ese sentido, creo que al Poder Ejecutivo determinar el número total de plazas del Servio Penitenciario, más que impróspero resulta inconveniente, pues publicar los datos que conoce, sin sesgar comparaciones ni computar en más de una oportunidad las mismas plazas, evidenciaría aún más que los números no cierran. Ello, hace que debiera ser aclarado. Debe comprenderse que no se trata de hacer “como si” se respetaran los derechos humanos manipulando números, ni de vender una gestión exitosa políticamente, ni tampoco de lograr una sentencia absolutoria; de lo que se trata, ni más

⁷¹ Cabe apuntar que cuando se alude a una plaza o un cupo en la cárcel, alcaidía o comisaría, se está refiriendo a contar con un lugar adecuado para el desenvolvimiento de la vida de una persona que está detenida. Y lo aclaro precisamente, porque al discutirse sobre miles parecería que casi lo mismo es 17 que 25 mil. Aunque resulte redundante, vale recordarlo: la diferencia son 8 mil personas de carne y hueso.

⁷² www.mjys.gba.gov.ar: “Situación de las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires. Diciembre 2007 – Octubre 2011” p. 60. (El destacado es propio)

⁷³ www.mjys.gba.gov.ar: “Situación de las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires. Diciembre 2007- Octubre 2011”, p. 57.

⁷⁴ Reitero, las alcaidías se apuntan tanto ampliando el cupo penitenciario -descomprimiendo la población de las cárceles- como también el de las comisarías, establecimientos policiales que alojan personas que en los informes nunca se incluyeron como población total del sistema. Y pongo especial énfasis en esto porque lamentablemente, no es un esquizofrénico juego de números y palabras de quien escribe. Se trata de la manera en la que el poder ejecutivo se refiere a los espacios con los que cuenta para alojar a las personas que apresa.

ni menos, es de hacer lo que sea necesario hacer, para revertir el estado de violación sistemática de los derechos de las personas alojadas en cárceles y comisarías.

XII.3. LA MESA DE DIÁLOGO

Si durante la gestión gubernamental anterior la celebración de estas reuniones fue poco fructífera, los cuatro años que le siguieron fueron de claro retroceso.

En total en este período, la “Mesa de Diálogo” se reunió 4 veces (20/04/08, 20/02/09, 20/04/09 y 29/09/09). Mientras que para el CELS no se podría destacar ni una acción relevante con impacto importante en la solución del problema; para el Ejecutivo provincial todos los puntos relevantes en orden a la materialización de los objetivos delineados por la CSJN han sido arduamente debatidos en instancias de trabajo con plena participación del CELS y muchas otras organizaciones vinculadas a la materia.⁷⁵

Para consensuar soluciones, primordialmente se necesitaría contar con información estratégica sistematizada, a partir de la cual se podrían discutir políticas y posibles medidas prácticas. Pero el gobierno no la proporcionó... Sobre los temas que se discutieron -pese a lo que sostiene- parecería que tampoco tomó nota. No se trataba de contarle a la Mesa lo que se estaba haciendo o lo que se pensaba hacer para arribar a soluciones sustentables, se requería deliberación y consensos.

En su presentación judicial, el gobierno señala que:

“pese a la actitud rupturista que exhibió el CELS en reiteradas oportunidades, y la escasísima apertura para internalizar visiones u opiniones diversas a las propias, desde el Ejecutivo se ha incentivado en forma constante y permanente el diálogo...”.

Tal vez, sea probable que al CELS se le dificulte abandonar su rol de “actora del proceso”, y también que su postura pueda resultar acusatoria, pero semejante afirmación es sumamente incomprensible, ya que no se menciona ninguna acción surgida y/o consensuada desde la Mesa.

Las actas de las reuniones que se publicaron,⁷⁶ dan cuenta de la existencia de puntos controvertidos, pero pese al “arduo debate” generado -como dice el Ejecutivo-, ninguna de las observaciones que se le hicieran ameritó su recepción, por lo que me cuesta creer que la “escasa apertura para internalizar visiones diversas” no sea suya. Además el gobierno argumenta que toda la información que se presenta fue sometida a

⁷⁵ Ver las presentaciones judiciales del CELS y del Poder Ejecutivo provincial antes citadas.

⁷⁶ www.cels.org.ar: “Poder Ejecutivo PBA” Actas de las reuniones.

la consideración de los integrantes de la Mesa. Al respecto cabe preguntarse: ¿los datos proporcionados por el Ejecutivo pueden considerarse información? En tal caso, ¿es ésta la información con la que cuenta o sólo la que está dispuesto a publicitar?⁷⁷

Si se creyera que la información existente es ésta efectivamente, podríamos sostener que el Estado Provincial carece de una estadística seria, lo cual resultaría por demás alarmante.

Desde mi punto de vista, el gobierno no terminó de entender la propuesta de “Verbitsky”, no ha logrado internalizar la idea de “arribar a soluciones consensuadas y sustentables”. Ante la problemática estructural de las cárceles y comisarías de la provincia, el gobierno en lugar de sincerar la situación y brindar la información necesaria para debatir ideas y consensuar posibles medidas tendientes a revertir el estado de cosas inconstitucional, niega sistemáticamente todo lo que se le observa, sesga los números a través de las comparaciones, y hace propaganda de las acciones de su gestión.

Siguiendo con los “números” de la presentación del Ejecutivo, en relación a la “Mesa de Diálogo”, se señalan tres encuentros relativos a la reforma de la Ley de Ejecución Penal y cuatro encuentros referentes a Salud Penitenciaria. Aunque ninguno de ellos tuvo el carácter de “Mesa”, los utiliza también para “hacer como si” lo tuvieron.

Sólo para dar un ejemplo más del manejo “matemático” del gobierno provincial, quiero hacer referencia a su mención sobre la asistencia sanitaria. Se sostiene que:

“el sistema cuenta con 2041 agentes con dedicación exclusiva, en su mayoría médicos, odontólogos y psicólogos, de modo tal que la proporción y promedio general se ubica en torno a la disposición de un profesional por cada 12 o 13 internos, cifra que supera holgadamente cualquier estándar externo (según OMS, la relación ideal oscila entre los 800 y 1000 pacientes por médico)”.

Esta cita podría resultar ridícula, pero tratándose de personas y de tan esencial derecho como la salud, no puede calificarse como menos de patética. Exagerada precisión implica señalar los “2041 agentes” que se desdibuja luego con tres profesiones con objetos claramente disímiles. ¿Por qué no informar cuántos son médicos, cuántos

⁷⁷ Cualquier persona sensata dudaría si se afirmara que cuando el Ministro requiere información al SPB o a la policía, estos organismos elevan los datos que expone el gobierno en su presentación, algo así como, “cantidad de detenidos en la Unidad 1: 973 menos que en el 2005, capacidad real: idéntica al número de internos alojados, o entre 1000 y 1500”.

odontólogos y cuántos psicólogos? ¿Por qué hablar de “dedicación exclusiva” cuando la carga horaria exigida a los profesionales es de 25 horas semanales?⁷⁸

Igualmente el problema no se limita a una sesgada cita matemático- sanitaria. Pese a la creación de la Dirección Provincial de Salud Penitenciaria por fuera del Servicio Penitenciario Bonaerense, y contrariamente a lo que se esperaba, la prestación del servicio de salud está lejos de mostrar una mejoría. Cabe señalar que por Resolución 101/10, el Ministro de Justicia y Seguridad estableció un sistema en el que se cuenta con la confección de grillas horarias de carácter público a fin de brindar transparencia sobre el funcionamiento de cada unidad sanitaria, en las que de antemano se reflejarían los días y horarios de todos los profesionales de la salud.

Si se cumpliera en la práctica, la medida sería muy positiva, y de hecho serviría al Ejecutivo provincial para brindar información fehaciente sobre los profesionales de la salud. Lamentablemente los datos referidos en “Situación de las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires. Diciembre 2007- Octubre 2011” son casi los mismos, lo que implicaría que el Ejecutivo omite publicar información fehaciente y detallada aún contando con ella.

XII.4. REFORMAS LEGISLATIVAS

Ya señalé que en respuesta a la exhortación de la Corte en “Verbitsky”, en el año 2006 mediante la Ley provincial n° 13.449 se reformó el régimen de excarcelación y prisión preventiva adecuándolo a los estándares constitucionales e internacionales. Entre los años 2008 y 2011 se dictaron numerosas leyes de incidencia en materia procesal penal y penitenciaria.⁷⁹ Brevemente me referiré a algunos puntos de la Ley n° 13.943⁸⁰

⁷⁸ Si se quisiera brindar un dato serio, guiándose con el parámetro de 1 médico por cada 800 personas, bastaría señalar que, en una población total de 30.000 personas, se cuentan con unos 40 médicos por día, es decir 280 médicos para cubrir toda la semana, computándose las 25 horas exigibles a cada uno de ellos. Pero es claro, ese número no cerraría porque la población no está distribuida en unidades de 800 plazas cada una de ellas. Si se pensara en dos médicos por unidad -independientemente de la población de cada una-, calculando 55 unidades, se necesitarían unos 110 médicos para cubrir cada día, es decir se necesitarían en total unos 800 médicos, que cumplan su carga horaria lógicamente. No es mi intención manejar tan trivialmente el delicado tema de la salud penitenciaria, con estas simples cuentas -para las que no se necesitan más de 5 minutos-, sólo quise poner en evidencia la poca seriedad de la postura del gobierno provincial, que prefiere hablar de 2041 agentes, “indistintamente” médicos, odontólogos y psicólogos, y se atreve a afirmar que supera ampliamente los estándares de la OMS.

⁷⁹ Leyes 13.811; 13.812; 13.818; 13.943; 13.954; 14.128; 14.172; 14.257; 14.295; 14.296 entre otras.

⁸⁰ B.O.: 10/02/09.

de reforma integral al Código Procesal Penal y de la Ley n° 14.296⁸¹ que modifica la ley de ejecución penal luego de 6 años de espera.

La primera de esas leyes, entre otras cuestiones, introdujo una modificación sobre el régimen de morigeración y medidas alternativas a la prisión preventiva, que importaría una contradicción -no ingenua- entre los principios y las excepciones establecidos en el Código.

Si bien no se modificaron los arts. 144 y 146 del Código procesal, por lo que el principio seguiría siendo la libertad del imputado, y la excepción las medidas coercitivas -instrumentales a los fines de neutralizar los peligros procesales-, la nueva redacción de los arts. 159 y 163 parecerían ir en sentido opuesto.⁸²

Mientras que para el CELS esta reforma legislativa fue parte de la política regresiva impulsada por el gobierno provincial, centrada en el encarcelamiento para dar respuestas a las demandas sociales de seguridad -aún en contexto de superpoblación y hacinamiento-, para el Ejecutivo la reforma tuvo impacto indirecto en materia de seguridad porque a partir de ella “se limitaron las alternativas a la prisión en los casos que no existía razonabilidad”, pero no implica un endurecimiento de la normativa excarcelatoria ni puede tener un impacto real en la situación carcelaria.⁸³

De la letra de la ley surge evidente, pero si quedara alguna duda, valiosos resultan sus fundamentos al respecto:

“En cuanto a la imposición de alternativas a la prisión preventiva o a su morigeración, se procura limitar la aplicación de dichas medidas menos gravosas para casos excepcionales y por cuestiones humanitarias: imputados mayores de setenta (70) años, o que padecieren una enfermedad incurable en período terminal, o cuando se tratare de un mujer en estado de

⁸¹ B.O.: 08/09/11.

⁸² **Artículo 159:** Alternativas a la prisión preventiva. Cuando se tratare de imputados mayores de setenta (70) años, o que padecieren una enfermedad incurable en período terminal, o cuando se tratare de un mujer en estado de gravidez o con hijos menores de cinco (5) años y siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar no se excedan los límites impuestos a la libertad locomotiva, el juez de garantías impondrá tales alternativas en lugar de la prisión, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime necesarias. (...). **Artículo 163:** Atenuación de la coerción- En los mismos casos del artículo 159, el órgano jurisdiccional interviniente, aún de oficio, morigerará los efectos del medio coercitivo decretado en la medida que cumplimente el aseguramiento perseguido. **Fuera de los supuestos enumerados en el artículo 159, la morigeración podrá ser concedida excepcionalmente**, previa vista al fiscal, cuando la objetiva valoración de las características del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se consideren relevantes, permita presumir que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio puede evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado. La resolución que impusiere la morigeración o denegare la misma, será recurrible por apelación. (...) (El destacado no es del original).

⁸³ Ver los desarrollos *in extenso* en las presentaciones judiciales de ambas partes.

gravidez o con hijos menores de cinco (5) años, e imponer un mayor control a la decisión jurisdiccional que se dicte en los restantes supuestos.”⁸⁴

Acerca de la otra reforma legislativa, la ley local sobre ejecución penal, dada su reciente sanción, sólo diré que en términos generales se adecua a la Ley nacional n° 24.660, destacándose como positivos los avances sobre una mayor jurisdiccionalidad y oralidad, aunque se advierten ciertas ambigüedades que darían lugar a la discrecionalidad de la autoridad penitenciaria.

En otro orden, no puedo dejar de observar que, a pesar de modificarse el art. 100 de la Ley de Ejecución Penal provincial, no se suprimió la nómina de condenados por diversos delitos a los que no puede otorgarse salidas transitorias ni otras alternativas como la prisión discontinua o semidetención, cuestión que resulta más que significativa porque mantiene sustancialmente la línea de política criminal que cuestionara la actora y receptara “Verbitsky”, amén de tirar por la borda toda idea de trabajo sobre la inserción o reinserción social que se invoca.

Además se sumaron algunas exigencias para los cambios de regimenes y modalidades -y de los beneficios que implican y habilitan-, que se tornarían más difíciles de lograr para los internos que antes de la reforma.

Sobre las otras leyes locales dictadas en el período, podría decirse genéricamente, que darían respuesta a parte de la problemática planteada en el caso. Su finalidad sería descongestionar el sistema judicial y agilizar los procesos penales. Desde esa idea se publicita, por ejemplo, la reestructuración del tribunal de casación penal: ampliación de salas, reducción de competencias, redistribución de causas, etc.; o la convalidación del proceso de flagrancia.

Sólo observaré que cantidad no equivale a calidad legislativa, y que la garantía del plazo razonable no es, por sí sola, garantía de justicia; menos aún si es en desmedro de otras como la efectiva defensa en juicio o el principio de inocencia.

XII.5. “PROGRAMAS Y ACCIONES”: LA POLÍTICA DEL GOBIERNO

En el apartado anterior mencioné que se dictaron una gran cantidad de leyes de incidencia en materia procesal penal y penitenciaria. La sobreabundancia normativa no fue exclusiva del Poder Legislativo bonaerense.

⁸⁴ http://www.gob.gba.gov.ar/dijl/DIJL_buscaid.php?var=51951

Durante la gestión del gobernador Scioli se dictaron innumerables decretos y resoluciones ministeriales, que establecieron “programas y acciones” sobre múltiples y diversas cuestiones, *v.gr.*: programas “de alcaldías departamentales” y “casas por cárceles”; creación del área de asuntos internos; clasificación de internos, acercamiento familiar y reducción de traslados; programas y acciones para la reducción de la violencia; fomento de actividades culturales, deportivas y recreativas; fortalecimiento de la educación y el trabajo; prevención de la tortura y malos tratos; capacitación en derechos humanos del personal penitenciario, entre otras tantas.⁸⁵

A simple vista podría decirse que todas tienden al mejoramiento en las condiciones de detención, ya sea creando plazas que permiten descomprimir y redistribuir la población carcelaria de acuerdo a las condiciones de los detenidos, o bien focalizando cuestiones centrales de derechos que abarcan desde la educación hasta la recreación.

En principio, estas medidas parecerían receptor las “Reglas Mínimas” conforme a lo establecido en “Verbisky” y podrían considerarse positivas. No obstante, aquí vale también la distinción que hiciera sobre cantidad y calidad.

Si se examina la cuestión, en relación al manejo de los números publicitados por el Poder Ejecutivo y lo analizado sobre la “Mesa de Diálogo”, se podría afirmar que el gobierno provincial dio muestras suficientes de cierto desinterés por internalizar el mecanismo propuesto en “Verbisky”; pero ello no implicaría que lo haya ignorado.

Aquí voy a repasar algunas cuestiones. Recién llegada al gobierno provincial la nueva gestión, éste cumplió con lo requerido por la Corte Provincial elaborando el Plan edilicio. Al poco tiempo, a mi entender, se dio cuenta de que ese “plan”, no sólo lo obligaba sino que también lo exponía. Lo exponía porque al haber sincerado el cuadro heredado de las gestiones anteriores, se requería un giro importante en políticas públicas, políticas “poco redituables” respecto de una sociedad que demandaba seguridad, y a la que siempre se satisfizo con respuestas punitivistas.

“Verbisky” para entonces ya había adquirido un valor simbólico inconmensurable, su invocación se había convertido en herramienta fundamental de abogados, defensores oficiales, jueces de ejecución y de los propios presos.

Ante la dicotomía existente, a mi modo de ver, la lectura que se hizo fue “si no puedo revertir esta situación, debería neutralizarla”. La manera de “neutralizar” la

⁸⁵ Ver *in extenso* en: “Situación de las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires”.

tensión generada por “Verbitsky” pareciera haber sido, en principio, una política de “parches”, mediante la cual ante cada interpelación habría una respuesta urgente, que aunque parcial, se asimilaba a “solución”.

Y esa política superficial, conservadora del *statu quo*, pero efectiva a ese fin neutralizador, fue dando sus frutos. Tan es así que en el año 2010, luego de un caso de evidente negligencia policial que tuvo gran resonancia mediática, el gobernador decidió fusionar los ministerios de Justicia y de Seguridad, convirtiéndolos en una única cartera a cargo del ministro Casal.

Entonces esa política se agudizó, pero ya no se trataba de “emparchar”, de enmendar lo urgente, sino de “hacer como si” lo requerido, reclamado o denunciado, se hiciera o no, según corresponda. La política de “emparche” se convirtió en política de “maquillaje”.

La cantidad de medidas adoptadas en la gestión es innumerable, muchas son contradictorias; otras, impracticables por su propia génesis, porque no fueron elaboradas en miras de arribar a soluciones sustentables sino con el fin de tener una “buena respuesta” para silenciar cualquier tipo de cuestionamiento.⁸⁶

Desde una perspectiva administrativista podría observar que “abundan acciones” y “escasean facultades y competencias”, lo que a la hora de llevar a la práctica lo que se declara en papeles, acarrea innumerables dificultades.

Un claro ejemplo se encuentra en la Dirección Provincial de Salud Penitenciaria: fue creada dentro de la organización centralizada del entonces Ministerio de Justicia - por fuera del SPB, al que pertenecía hasta 2005- con el fin de garantizar la independencia de los profesionales de la salud y la consecuente eficiencia en la atención sanitaria. Sin embargo, no se la dotó de una sola competencia, lo que acarrea que ante cualquier asunto relevante sobre el personal o la asistencia a los internos, se dispute la competencia del Director Provincial, del Jefe del SPB y del Ministro.

En idéntico sentido, puede señalarse que mientras se crean programas para capacitar al personal en derechos humanos, o prevenir la tortura y malos tratos, se mantiene a ese mismo personal bajo el régimen laboral establecido en la última dictadura militar. De igual modo, se publicita la sustanciación de los sumarios administrativos a cargo de un funcionario del Ministerio, como garantía de

⁸⁶ Así por ejemplo, ante el reclamo por un traslado la respuesta será que por “Resolución X se dispuso Z”, si el cuestionamiento es sobre la atención sanitaria habrá un “Programa H que prevé Y”, frente al hacinamiento habrá una nueva cárcel por inaugurar, y la lista es interminable...

imparcialidad, pero la norma aplicable es la misma. ¿Cuál sería la diferencia entre X (funcionario del Ministerio) y Z (Jefe del SPB) también funcionario (civil) del Ministerio de Justicia y Seguridad?

A pesar de que algunas medidas arrojaron resultados positivos, desde mi punto de vista, lo esencial radica, lamentablemente, en que los “programas y acciones” fueron funcionales a los fines de neutralizar el régimen que se delineara en “Verbitsky”, obstaculizando la discusión y el arribo a soluciones consensuadas y sustentables.

RECAPITULACIONES Y CONCLUSIONES PROVISIONALES

A modo de síntesis de este trabajo, y con el fin de alcanzar algunas conclusiones generales sobre el caso, retornaré a su inicio.

Me propuse analizar “Verbitsky”, estimando que no se trataba de una sentencia más sino de un fallo paradigmático, que lejos de ponerle fin a un pleito inauguraba un proceso abierto en el tiempo.

Para llegar al análisis -acotado a algunos puntos de la sentencia y del camino que se abrió con ella-, hice un breve repaso sobre el habeas corpus en la Argentina, sobre el llamado “modelo experimentalista”; también sobre los hechos y tramitación de la causa.

Advertí que la Corte Suprema había modificado recientemente su composición, y que probablemente como muestra de un cambio de rumbo, intervino en esta causa de un modo novedoso e impensable.

La causa elegida se había iniciado cuatro años antes con un habeas correctivo colectivo en defensa de las personas alojadas en condiciones de hacinamiento, en las superpobladas comisarías bonaerenses; planteo que había sido sistemáticamente rechazado en todas las instancias provinciales.

Destaqué, genérica pero enfáticamente, su decisión de no mirar hacia el costado y “hacer suya” una causa que otrora se habría excluido como una cuestión política no justiciable.

Amén del tiempo transcurrido desde su dictado, pueden advertirse luces y sombras en aquella sentencia, pero no quiero perder de vista que significó una inyección de luz, que no se agota en el oscuro sistema penitenciario.

Mencioné que la implementación de las audiencias públicas y las presentaciones de los *amici curiae* además de importar una auténtica línea innovadora de la Corte en su actual composición, se erigieron fundamentales para que aquella –por mayoría- fallara como lo hizo, además de dar muestras de una intención de democratizar el proceso -de abrirlo a la participación y a la difusión pública-, y asumiendo el riesgo de exponer el caso -y exponerse a sí misma- al juicio de la ciudadanía.

Allí, el CELS y el Estado Provincial coincidieron sobre el estado de superpoblación y hacinamiento de las cárceles y comisarías de la provincia de Buenos Aires, y sobre la existencia de un 75 % de presos sin condena.

La mayoría de la Corte declaró que ese *statu quo* era inconstitucional y puso énfasis en cuestiones que resultaban particularmente intolerables, como el alojamiento de menores y enfermos en comisarías. Y destaco esto porque la extensión del trabajo podría dar lugar a confusiones. En “Verbitsky” no se puso en discusión el sistema carcelario en su totalidad, ni tampoco hubo lugar para cuestiones calificadas por la Corte como “importantes pero no esenciales”. Las dos grandes preocupaciones de la Corte, acordes a una visión reformista del sistema, fueron el hacinamiento y los presos sin condena. Dos grandes problemas que se sintetizaron en una situación caracterizada como “genérica, colectiva y estructural”.

Sin tecnicismos ni formalismos, tal vez con una extrema sencillez, apunté que en esa caracterización radicó el fundamento de la acción colectiva. Acción colectiva cuyo rechazo por los jueces supremos bonaerenses hizo procedente la queja, a la luz de una interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional que significó el nacimiento del habeas corpus colectivo.

A esa situación genérica, colectiva y estructural la señalé también como legitimante de la intervención de la Corte, que entonces no podía dejar de fallar del modo en que lo hizo y que, aunque sin mencionarlo, nos metía en el campo del litigio de reforma estructural.

Efectivamente, la Corte no se limitó a declarar la inconstitucionalidad de las condiciones de detención denunciadas. Siguiendo a destacada doctrina, me permití examinar el complejo resolutorio de la mayoría a la luz del modelo experimental, resolutorio donde la Corte dio muestras de un activismo inédito hasta entonces, fijando estándares a alcanzar, ordenando diversas medidas a los poderes públicos provinciales y determinando un proceso abierto en el tiempo del que se reservara el control.

Pese a que no entendí el resolutorio como consecuencia razonada de los considerandos, adherí y deposité mis expectativas en que ese mecanismo esbozado sería capaz de romper con la inercia del sistema y emprender un camino tendiente a su transformación, a la generación de políticas respetuosas y garantizadoras de los derechos fundamentales, construidas y consensuadas en base a la participación y la deliberación; deposité mis expectativas fundamentalmente en la Mesa de Diálogo encomendada y en el especial rol de control y supervisión en el que la Corte se posicionaba.

Por todo lo dicho, “Verbitsky” es un verdadero *leading case*. Personalmente creo que en la potencialidad del fallo se evidencian más luces que sombras. Sin embargo, también planteé que la verdadera dimensión de la sentencia en el caso, se vería en la etapa de la ejecución, donde podríamos observar los efectos del experimentalismo en acción.

Con la intención de describir el camino transitado inicié esta etapa con las repercusiones inmediatas en los tres poderes provinciales, que en los primeros meses se vieron convulsionados.

La respuesta inaugural fue del Poder Legislativo local, quien había sido exhortado a adecuar la legislación en materia de excarcelación y prisión preventiva y de ejecución penal. Aquél convocó a una mesa de trabajo que, aunque sumaba participación en su propio seno, importó en alguna medida un desdoblamiento de la “Mesa de Diálogo” ordenada por el resolutorio de la Corte, vaciándola en parte de contenidos y excluyendo la participación de los *amici curiae* al efecto.

No obstante ello, y aunque al analizar la sentencia objeté los argumentos esgrimidos por la Corte, no caben dudas de que la Ley 13.449 que adecua el régimen de excarcelación y prisión preventiva a los estándares constitucionales constituye el primer efecto positivo relevante de “Verbitsky”.

El Poder Judicial bonaerense tampoco tardó en sus respuestas. Aunque critiqué a una Suprema Corte Provincial, inicialmente más preocupada en excusarse que en facilitar la implementación de “Verbitsky”, destacué luego que fue reproduciendo las órdenes de la Corte en una serie de resoluciones que pusieron en movimiento el mecanismo experimental. Aunque no se dio cabal cumplimiento a los plazos, ni se instaló con la periodicidad establecida por la Corte, se generaron los informes

requeridos, se revisaron medidas cautelares y se comenzaron a advertir las falencias de infraestructura penitenciaria.

El Poder Ejecutivo, por su parte, también cumplió con la convocatoria a la “Mesa de Diálogo” y durante los ocho primeros meses se reunieron el CELS, los *amici* y representantes de los Ministerios de Justicia y de Seguridad entre otros funcionarios. Sin embargo, luego de lograr la determinación de ciertos criterios que facilitarían la toma de algunas medidas, el CELS suspendió su participación en la Mesa por la falta de producción de información clara y específica que imposibilitaba seguir avanzando, lo que revelaría cierta ausencia de voluntad política, no sé si para modificar las políticas implementadas, pero al menos para consensuarlas en la Mesa.

En términos generales se podría afirmar que los primeros meses resultaron una suerte de “revolución”, la dinámica no estaba del todo establecida pero se evidenció un mayor activismo; hacia finales de 2005 ya no había menores y enfermos alojados en comisarías, y se produjo un leve descenso en la cantidad de detenidos. Además la invocación y las citas de “Verbitsky” replicado en innumerables habeas corpus individuales generaron tensión e incomodidad en los operadores provinciales del sistema carcelario.

Sin embargo, durante el año 2006, pareciera que las repercusiones del fallo se fueron parcialmente diluyendo. Sobre todo el mecanismo delineado por la Corte.

El CELS había presentado un informe ante la CSJN en diciembre de 2005, y en octubre de 2006 hizo una nueva presentación dando cuenta de los avances y retrocesos, insistiendo en el pedido de información relevante y solicitando nuevas medidas. La Corte no se expidió al respecto. En noviembre, el CELS presentó, junto con los *amici*, un pedido de audiencia pública ante la SCBA.

El año 2006 finalizó sin novedades relevantes, sin reforma de la ley de ejecución penal y sin el restablecimiento de la “Mesa de Diálogo”, lo que permitiría pensar que si los operadores estatales estaban trabajando sobre algo de lo ordenado en “Verbitsky”, no lo hacían al menos dentro del marco que había establecido la Corte.

En el año 2007 la agenda fue marcada por la SCBA en respuesta a la presentación del CELS. Reiteró el exhorto al poder legislativo, requirió al ejecutivo informe sobre los resultados de la Mesa y convocó luego a una Audiencia Pública que se celebró en noviembre, y que significó la más activa intervención -inédita- del máximo tribunal provincial.

En diciembre dictó la Resolución N° 250/07, la decisión de mayor relevancia en esta etapa, pero al igual que el camino transitado, con luces y sombras: creó el Área de Derechos Humanos de las personas privadas de libertad; estableció un nuevo mecanismo de visitas de los jueces en los establecimientos de detención (ambas medidas para controlar y sistematizar el cumplimiento de “Verbitsky”) y requirió al Poder Ejecutivo un Plan Operativo Integral que tienda a normalizar las disfuncionalidades edilicias y de servicios.

Paradójicamente, dio por concluido el trámite regular del habeas corpus respecto de los menores y enfermos alojados en comisarías y a la adecuación legislativa en materia excarcelatoria y de prisión preventiva; medida que *per se* contraría la lógica de “Verbitsky”, con el agravante además de no establecer un mecanismo institucional que impida nuevas regresiones.

La “Mesa de Diálogo” se había restablecido en agosto y avanzó sobre la determinación de criterios para fijar el cupo de los centros de detención, la implementación definitiva del Registro Único de Detenidos, la elaboración de un plan de descongestionamiento de comisarías, la identificación de categorías susceptibles de recibir morigeraciones y acciones tendientes a obtenerlas. Además, se consensuó un reglamento para el funcionamiento de la Mesa a propuesta del CELS.

Así, con avances, rupturas y retornos, finalizó el mandato del gobernador Solá, gestión que se vio atravesada por “Verbitsky” y que en alguna medida importó un cambio de rumbo en la política criminal y penitenciaria, cambio que se habría reflejado en una importante disminución de la población en cárceles y comisarías, alcanzando en estas últimas a reducirse en más de un 50%.

En mayo de 2008, el Poder Ejecutivo presentó el Plan Edificio requerido, y parecía que se seguiría el rumbo de la gestión anterior. Aunque critiqué genéricamente que el Plan no se veía ni tan operativo ni tan integral, que se limitaba a las cárceles excluyendo a las comisarías -que estaban en un estado más crítico-, y que era ambiguo al incluir a las alcaidías como ampliatorias del cupo penitenciario a la vez que se publicitaba su finalidad de descongestionar la comisarías -cuya población no se contabilizaba-, marqué positivamente que fijó un cupo total ideal y que operaba como un reconocimiento implícito de alrededor de un 33% de sobrepoblación, sin incluir a las personas alojadas en comisarías.

Pese a la vaguedad y ambigüedad reveladas, dicho reconocimiento significó para mí, una posibilidad real de trabajar para revertirlo. El Plan fue puesto a consideración en la “Mesa de Diálogo”, pero las observaciones que efectuara el CELS no fueron receptadas. Al poco tiempo, el gobierno asumía manejarse con el “cupó ideal” de 25.000 plazas que manejaron las gestiones anteriores, para luego contundentemente, calificar a la fijación de cupo como una tarea en su base impróspera.

Aunque en abril de 2008 se volvió a reunir la “Mesa de Diálogo”, no logró articularse como un espacio de generación y discusión de ideas y soluciones, menos aún para alcanzar consensos. Las tres reuniones celebradas en 2009 evidenciarían la falta de voluntad política del gobierno para consensuar políticas y medidas a tomar.

Si en la gestión anterior la información proporcionada a los actores no estatales se caracterizó por su escasez y precariedad, durante la presente se agudizó. La discusión más relevante de la Mesa giró entorno a la fijación del cupo, al plan edilicio y a sus avances, en los que no se alcanzó ni un solo consenso, ni parcial ni provisional, al punto que en 2009 fue la última reunión y pasados más de dos años la Mesa no volvió a reunirse.

Si bien no puedo afirmar que nada se ha hecho en el período diciembre 2007 - octubre 2011 en relación a las directivas de “Verbitsky”, si me atrevo a sostener que poco se ha logrado a través del mecanismo establecido en él, que se ha neutralizado.

Las visiones sobre la situación actual del CELS y del gobierno provincial son completamente antagónicas y no se vislumbra la posibilidad de un cambio sin una fuerte intervención judicial.

En octubre 2009, el CELS volvió a solicitar la intervención de la Corte mediante una presentación en la que además de denunciar los retrocesos y regresiones en relación a “Verbitsky”, propuso diversas medidas tendientes a reencauzar el camino iniciado en mayo de 2005.

La Corte Federal se limitó a poner en conocimiento a la Suprema Corte Provincial para que “tome intervención a la luz del pronunciamiento dictado el 19 de diciembre de 2007” y requiriendo sobre las condiciones inhumanas de detención denunciadas, se considere especialmente la preservación de la seguridad e integridad física de la personas privadas de la libertad y la prevención de incendios.

La SCBA corrió traslado de la presentación del CELS al Poder Ejecutivo, quien la contestó en abril de 2010 y aún no existe un pronunciamiento (Febrero 2012).

Hasta aquí, en más o en menos, lo reseñado en este trabajo. Si concluyera genéricamente que “Verbitsky” ha fracasado, difícilmente se objete mi afirmación. Sin embargo, tal conclusión implicaría una obvia contradicción con las premisas que elegí para desarrollarlo.

Afirmé que aquella sentencia del 3 de mayo de 2005 no ponía fin a un litigio sino que inauguraba un proceso abierto en el tiempo. Y desde tal afirmación pude advertir que se transitó un camino, un camino con luces y con sombras. Un camino que creo, está desdibujado y en penumbras pero que no ha finalizado.

En estos seis años, por momentos, divisé más sombras que luces. Sin embargo, al contrario de lo que la lógica indicaría, me hace potenciar las expectativas que había depositado en el mecanismo ideado por la Corte, por ello retomaré algunos puntos con el fin que una reflexión quizás más simple pero también más profunda deje a las claras algunas parciales, provisionales y personales conclusiones.

La primera, por más obvio que pudiera parecer, es que la mayoría de la Corte nos enseñó a pensar en la relación entre las políticas públicas y los resultados.

Así, en base a lo que las partes llevaron a su conocimiento, dejó bien en claro que no se llega a la superpoblación, al hacinamiento y a un 75% de presos sin condena por generación espontánea.

Nos advirtió sobre la legislación excarcelatoria y penitenciaria, y sobre el uso excesivo de la prisión preventiva. Procuró, ni más ni menos, abrir parcialmente el diseño de las políticas públicas a la participación de la sociedad civil para alcanzar soluciones consensuadas y sustentables.

Con citas de diversos instrumentos y jurisprudencia internacionales, mencionando su propia doctrina o explicándolo con sus palabras, la mayoría de la Corte también nos dijo que la superpoblación carcelaria produce descontrol y violencia, que el hacinamiento genera muy serios peligros para la vida y la integridad física de las personas; que importan trato cruel, inhumano o degradante.

La mayoría de la Corte nos dijo, entonces, que el hacinamiento carcelario es tortura. Ninguna duda cabe que tamaña declaración vino a poner luz a un estado de cosas inconstitucional, a visibilizar la más cruel realidad de las cárceles y comisarías bonaerenses.

Sin embargo, tal encomiable enseñanza también puede entrañar un peligro: el de su naturalización. Después de semejante revelación, y pasados tantos años, si no se logró revertir el estado de hacinamiento, si no se ha hecho lo que se debía hacer, se podría pensar que se tiende a su naturalización.

Correspondería preguntar y responder, si se ha revertido o no ese estado inconstitucional de hacinamiento y del 75% de presos sin condena. Para ello, se debería volver al momento de la sentencia, o al de las audiencias públicas. Aquí insisto otra vez con la idea de luces y sombras.

Superpoblación, hacinamiento y 75% de presos sin condena, son los hechos no controvertidos en autos, información aportada por la actora con datos oficiales, reconocidos por el gobierno provincial con “encomiable consideración”, y tomados por la Corte.

Lo que entonces era una absoluta revelación y un gran logro de la Corte, potenciado porque ciertamente tenía vedadas las cuestiones de hecho y prueba, nos muestra también una actitud confiada: ¿cómo saber cuántos eran esos tantos?, ¿por qué no menos, por qué no más? Igualmente, hasta entonces, diría que aunque ni precisos ni confiables, los datos proporcionados dieron algo de luz...

En su ejecución innovadora, la sentencia sí podía colaborar para la producción de datos, de información objetiva, certera, sistematizada, confiable... Y desde esa perspectiva analicé el novedoso resolutorio, aunque aclaré que no fue muy preciso, y probablemente por ello el indispensable dato empírico no se produjo. Tal vez, hubiese sido conveniente una medida que obligara a definir específicamente cómo generar información, una medida que posibilite crear una cifra aceptable y confiable de allí en adelante.

Pero también se sabía que la Corte estaba incursionando en el experimentalismo, y nada menos que con el álgido problema carcelario, y entonces era lógico pensar que para una primera sentencia lo decidido era probó y no lo empañaban ni omisiones ni escasez. Además, la provisionalidad de las medidas caracteriza el experimentalismo, por lo que, *a posteriori*, bien podría haber divisado la Corte -aún puede- que la información buscada no se estaba generando y en consecuencia, revisar las órdenes dadas.

¿Y por qué tanto énfasis en el dato, en la información? Aclaro que cuando me refiero a “información buscada” no coloco a ésta como el objetivo de “Verbitsky”. Quedó claro, creo, que su finalidad es el mejoramiento en las condiciones de detención

en base a las “Reglas Mínimas”; poner fin al hacinamiento y al 75 % de presos con prisión preventiva. Pero, si no se cuenta con información veraz y confiable, ¿cómo aseverar su existencia o inexistencia?, ¿cómo comprobar si disminuyó o se incrementó?

Desde esa perspectiva, se puede afirmar que la intervención de la Corte no ha logrado todavía generar esa información seria, certera, confiable; pero también podemos confirmar que ha puesto sobre el tapete la cuestión, convirtiéndose en el tema central de la ejecución.

El Registro Único de Detenidos había monopolizado todas las expectativas al respecto, pero pasado un tiempo considerable desde su puesta en funcionamiento, si está generando información, al menos no se publica.

Y la discusión del CELS y los *amici* con el gobierno lógicamente, se focalizó en los datos, en los datos que faltan, que no se proporcionan, o lo que es peor aún, el ruido en la comunicación. ¿De qué manera consensuar políticas públicas si no existe dato empírico fundado?

En lo personal, la información fue una de las dificultades más grandes que tuve en el trabajo, en el desarrollo de la etapa postsentencia.

Intenté ser descriptiva, reproducir las posiciones y los datos apuntados por las partes, pero la tonalidad sesgada de muchas afirmaciones resultaron evidentes y entonces el dato más que oficiar de información se convirtió en ruido en la comunicación -en número interpretado, comparado, manipulado-. Y lo advierto como una ciudadana común y corriente que creyó en un fallo que prometía apertura, participación y transparencia.

Desde esa posición, retomar la idea de que lo transitado hasta aquí me hace potenciar mis expectativas sobre “Verbitsky” bien podría acarrear que quien lea estas palabras dude sobre la coherencia de quien las escribe. Asumiendo ese riesgo, me atrevo a sostener que **tres ausencias** condicionaron y dificultaron este camino abierto; y que sus tres opuestas presencias deberían colaborar a encauzarlo.

Por ello, retorno a las repercusiones inmediatas del fallo, allí se vislumbraba el experimentalismo en acción, lo decidido por la Corte había penetrado en el impermeable sistema penitenciario, había convulsionado a los tres poderes del estado provincial, pero también empezaban a verse las primeras limitaciones de lo decidido y se tornaban necesarias nuevas evaluaciones y más ajustadas decisiones..., que -a mi entender- no se dieron debidamente.

En base a lo apuntado sobre la información, se podría coincidir en que es la primera gran carencia de la ejecución, la **ausencia n° 1**. Tanto es así, que -según planteara- creer en los datos publicitados se convierte en un trabajo de fe, en querer creer.

La **ausencia n° 2** -que está íntimamente relacionada y se infiere también de lo dicho-, sería la del propio Tribunal Supremo de la Nación. Luego de haber hecho suya la causa, de asumir el triple rol de acercar a las partes en las audiencias públicas, de guardián de los derechos constitucionales y de supervisor del mecanismo que ella misma había creado, pareciera que hubo dejado librada su ejecución a la buena voluntad de las partes y demás operadores jurídicos provinciales.

Exigió informes que le fueron elevados, y no volvió a requerirlos pese a que los puntos 6 y 8 del resolutorio fijaron una periodicidad de 60 días. Ante los informes, las denuncias de incumplimientos del fallo y solicitudes de medidas presentados por el CELS -al menos cuatro en casi cinco años-, la Corte se expidió en la última librando oficio a la Suprema Corte Provincial para que tome intervención, por lo que podríamos concluir que la labor *per se* de control y supervisión fue insuficiente.

Podría pensarse que ese rol que especialmente se había reservado, se vio obligada a “delegarlo”... Y podría pensarse que no es la tarea específica de una Corte supervisar periódicamente la ejecución de tamaña sentencia, aunque en ese caso, lo hubiese advertido antes de fallar como lo hizo. Pero además la “delegación” no fue explícita; parecería que fue a la SCBA, y aquí también la dificultad, ya que el problema con ésta no dista en demasía en cuanto a la función, a lo que se suma que la Corte Provincial es el mismo tribunal que había rechazado los recursos de autos y que había dado muestras de gran deferencia con los poderes políticos antes de “Verbitsky”.

Por último, la **ausencia n° 3**, es la última y gran ausencia, la menos obvia que generalmente es obviada. Decía la mayoría de la Corte, allá por el considerando 26, que “es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego...” Se refería, según entiendo, a la “Mesa de Diálogo”, que se caracterizaba como participativa. No voy a reiterar los problemas que tuvo su funcionamiento, pero si quiero hacer hincapié en lo que para mí lejos de ser una nimiedad refleja lo que pasa, en general, con gran parte de los conflictos sociales y muy especialmente en este caso.

Al igual que durante las audiencias públicas, hubo una voz “representada”, o bien, desde mi perspectiva “silenciada”. Y cuando digo “voz” me refiero a “voces”, a las de 30, 25, 35 mil, no podría precisarlo... Los grandes ausentes del caso y su ejecución, paradójicamente excesivamente presentes en las comisarías y cárceles provinciales, son las personas privadas de su libertad.

Entre otras cuestiones, en la “Mesa de Diálogo” se discutió sobre quiénes deberían participar de la misma y sobre la publicidad de sus actas. De esto último, el Ejecutivo planteó el peligro a la gobernabilidad que podía implicar, posición a la que claramente se opuso el CELS. Ahora bien, parecería que sobre la participación sí hubo acuerdos, la Mesa se abrió a diferentes operadores estatales y también a organizaciones que no se habían presentado en la causa como *amicus curiae*. Probablemente a nadie le resultó necesario contar con la presencia de quien es el sujeto más importante en la problemática, el que padece el hacinamiento, el maltrato, víctima del sistema y no sólo del sistema penitenciario.

Mi planteo requeriría un análisis más amplio y sobre todo más profundo. Sólo quiero compartir algunas de las preguntas que me quedan, unas con respuestas obvias, otras no tanto. Seguramente un largo camino a transitar, no sólo en este caso sino, fundamentalmente, como sociedad.

“En justo equilibrio y con participación de la sociedad civil” decía la mayoría de la Corte... Entonces, ¿fue justa y equilibrada la participación?, ¿es lo mismo representación que participación?, ¿los representantes deben elegir a los representados, o viceversa?, ¿de quiénes hablamos cuando hablamos de sociedad civil?, ¿son los presos parte de nuestra sociedad civil?

Con tantas preguntas pendientes, menos consistentes parecerían mis expectativas potenciadas sobre “Verbitsky”. Por ello -reitero- que se sabía que había un estado de cosas inconstitucional que revertir pero no se sabía cómo; que visibilizar ese estado, ponerlo en la “agenda pública” como dicen algunos, es un primer y gran paso; que lo transitado hasta ahora bien puede servir de experiencia para saber que en lo que sigue no debe faltar información relevante, precisa y confiable, el trabajo sería definir y consensuar cómo generarla; tampoco debe faltar la Corte que se había reservado un rol y debería, a mi entender, redefinirlo, explicitar la “delegación” que incluso también podría consensuarse; y por último, no debería faltar la voz de las personas privadas de su libertad, de las personas de carne y hueso cuyos derechos son vulnerados

sistemáticamente, pues no existe verdadera participación si su palabra es silenciada, y aunque arduo, el trabajo más importante sería consensuar la manera de incluirlos.

Alguna vez alguien dijo, que a veces es preferible dar un paso hacia atrás para poder dar dos hacia adelante. Creo que una buena manera de avanzar en el camino iniciado en “Verbitsky” es volviendo a “Verbitsky”; nuevas audiencias públicas facilitarían volver a su sentido para redefinir lo técnico, para encontrar los “cuánto”, “qué”, “cómo” y “por qué” que permitan erradicar definitivamente el maltrato, el hacinamiento, la tortura en las cárceles y comisarías de las provincia de Buenos Aires.

Mi trabajo hasta aquí con alguna luz y demasiadas sombras, en algunas partes es descriptivo, en la mayoría subjetivo, aunque la evaluación no corresponde ya a quien escribe.

Sin embargo debo confesar que, tal vez, lo más sombrío y paradójico no sólo del trabajo sino de mi propia vida, es que no hay momento en el que deje de pensar, como suele decir Nils Christie, que “la prisión es el pariente más cercano a la pena de muerte”, y en mi más íntima convicción resulta inaceptable (2006:126).

Para finalizar, vuelvo a las palabras iniciales de este trabajo para hacer una breve, muy breve mención, sobre el que sin dudas merece todos los reconocimientos:

Nacido hace más de siete siglos en Inglaterra, parecía que perdería gran parte de su campo de acción con el inicio del amparo en Argentina. Fue él quien abrió este camino en 2001, cuestionando y poniendo sobre el tapete gran parte de la impenetrable problemática penitenciaria, fue por él que se abrió la instancia de la Corte y es ese camino el que se sigue transitando hoy, diez años más tarde. Nunca deja de sorprender, mutando, reinventándose a sí mismo, demostrando que tiene una capacidad increíble para cuestionar y una vocación intacta al servicio de la sociedad.

El habeas corpus hoy está más vivo e indócil que nunca, a pesar de los fracasos, luchando contra la violencia institucional.-

La Plata, verano 2012.

BIBLIOGRAFIA

- Abramovich, Víctor** (2006) “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, número 2, pp. 1177-1190.
- Bergallo, Paola** (2005) “Justicia y Experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina” Seminario Latinoamericano de Teoría Política y Derecho Constitucional. (SELA), mayo de 2005, Río de Janeiro.
- Bergallo, Paola** (2006) “Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de Derecho Público”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, número 2, pp. 1165-1176.
- Bidart Campos, Germán J.** (2006) *Manual de la constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, Tomo II.
- Carrió, Alejandro D.** (1997) *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 3ª. ed. actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires.
- Courtis, Christian** (2005) “El caso “Verbitsky”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, número 2, pp. 529-565.
- Courtis, Christian** (2006) “Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, número 2, pp. 1215-1230.
- Christie, Nils** (2006) “La política criminal como política cultural”, en *Derechos fundamentales y derecho penal*, Advocatus, Córdoba, pp. 120-129.
- Filippini, Leonardo** (2007) “La ejecución del fallo Verbitsky: Una propuesta metodológica para su evaluación”. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* 3, Leonardo Pitlevnik (ed.) Hammurabi, Buenos Aires, pp. 148-175.
- Foucault, Michel** (2006) *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, 1a ed. 5ª reimp. Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires.
- Gargarella, Roberto** (1996) *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ed. Ariel, Barcelona.
- Gargarella, Roberto** (2007) “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución”. Disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com/2007/12/ganamo.html>
- Gelli, María Angélica** (2005) *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires.
- Puga, Mariela** (2007) “¿A dónde va la Corte en las causas Verbitsky y Riachuelo? Ni unas, ni dientes”, intervenciones experimentalistas”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata, doctrina -legislación jurisprudencia*, año L - N° 69, Editorial Universitaria de La Plata, pp. 151-165.
- Sagües, Néstor Pedro** (2006) “Las sentencias constitucionales exhortativas”, en *Revista Estudios Constitucionales*, año 4 N° 2, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, pp. 189-202.

Quiroga Lavié, Humberto - Benedetti, Miguel Ángel - Cenicacelaya María de las Nieves (2001) *Derecho Constitucional Argentino*, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, Tomo I.

PAGINAS DE CONSULTA

www.csjn.gov.ar
www.cij.gov.ar
www.cels.org.ar
www.mjus.gba.gov.ar
www.spb.gba.gov.ar
www.gba.gov.ar
www.scba.gov.ar
www.mpba.gov.ar/web/rud.php
www.hcdiputados-ba.gov.ar
www.senado-ba.gov.ar
www.seminariogargarella.blogspot.com
www.página12.com.ar
www.perfil.com.ar
www.clarin.com.ar
www.lanacion.com.ar

OTRAS FUENTES DE CONSULTA

- Jornadas sobre Habeas Corpus en la Universidad Notarial Argentina, La Plata, mayo y junio de 2007.
- Cuadernillo del Ministerio de Justicia y Seguridad de la provincia de Buenos Aires: Mesa - Taller “Sistema Penitenciario y Ejecución de la Pena” 23 de junio de 2010, La Plata.
- “Situación de las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires. Diciembre 2007- Octubre 2011” Publicado en el sitio web del Ministerio de Justicia y Seguridad.
- “Nuevos Modelos de detención” Publicado en el sitio web del Ministerio de Justicia y Seguridad.-