

**“VERBITSKY”, EL PROBLEMA ESTRUCTURAL DE LAS CONDICIONES DE DETENCIÓN EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Y EL PODER POLÍTICO DE LOS JUECES EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL MENGUADA.**

**DANIEL EDUARDO VICENTE Y GABRIEL ADRIAN BOMBINI**

**FACULTAD DE DERECHO**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE MAR DEL PLATA**

**1. Introducción. Curso y Recursos de la presentación del CELS**

**a) Incidencias judiciales previas**

Largo ha sido el derrotero de la presentación efectuada antes de lograr el pronunciamiento en comentario.

En efecto, si bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en el caso "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ *habeas corpus*", con fecha 3 de Mayo de 2005; el caso se iniciaba el 15 de noviembre de 2001, cuando Horacio Verbitsky, en su carácter de representante legal del CELS, interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de *habeas corpus* correctivo y colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarias sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su

alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados, describiendo con precisión un sinnúmero de situaciones constituyentes de agravamientos arbitrarios de las condiciones de detención legal, que hacían procedente la acción en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional por tratarse de un colectivo de personas, y a los efectos de repararla como así también para que se determinara un mecanismo que sea capaz de evitar la reiteración de estas irregularidades en el futuro; requiriéndose igualmente 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 pueda hacer efectivo el cese de esas condiciones oprobiosas de detención; modo éste que debía ser controlado por el Tribunal.

En ese trámite, y a pesar de la presentación conjunta favorable efectuada por el fiscal y el defensor oficial ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, la Sala III de ese organismo jurisdiccional, decidió rechazar la acción con el formal argumento de considerarse incompetente en los hechos denunciados, otorgando a la problemática una dimensión individual al resolver que era competencia de los respectivos órganos jurisdiccionales a cuya disposición se hallaban los detenidos revisar las situaciones descriptas cercenando de ese modo la impronta de tutela colectiva de derechos que con evidencia planteaban los accionantes, con sustento en el art. 43, párrafo segundo de la Constitución Nacional.

La decisión resultó impugnada ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley previstos en la Constitución provincial y en el procedimiento penal local, por considerar que se había omitido el tratamiento de las cuestiones planteadas por razones formales de competencia, sin tomar en cuenta la gravedad institucional que los hechos denunciados acarrearán, y sosteniendo con claridad la legitimación procesal activa para accionar en forma colectiva, en cuanto no se buscaba una solución de la situación individual de cada detenido, sino, antes bien, una respuesta concreta al conflicto colectivo que comprometía al Estado provincial, en virtud de la violación permanente y sistemática de los estándares jurídicos en materia penitenciaria fijados por la Constitución Nacional y diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. No obstante, el máximo Tribunal Provincial, por mayoría, decidió declarar inadmisibles los recursos del accionante, en tanto estimó que la resolución impugnada no revestía carácter de definitiva, yendo aún más lejos en su argumentación al indicar que no podía alterarse la competencia respectiva, *por supuestos que no pasaban de ser una conjetura del recurrente*, en tanto se planteaba la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal de Casación provincial, ante la imposibilidad de arribar a una solución del conflicto por parte de los magistrados legalmente habilitados en cada caso concreto.

Finalmente, frente a tal resolución se interpuso el correspondiente recurso federal, que habilitó la intervención de la CSJN.

**b) La situación fáctica**

La situación de hecho que motivaba la presentación en alcance lejos estaba de ser una hipótesis imaginaria, sino por el contrario se encontraba palmariamente sustentada en datos empíricos que mostraban la insuficiencia de la actividad jurisdiccional difusa en la especie.

El accionante indicaba en su presentación inicial que en el territorio provincial funcionan 340 comisarías cuyas instalaciones permiten albergar a 3178 personas, pero que en la realidad alojan 6364; haciendo hincapié en que esta situación se agravaba notablemente en las seccionales del conurbano bonaerense, en las cuales a la fecha de la presentación se hallaban detenidas 5080 personas en celdas que sólo podían cubrir 2068 plazas, asimismo en calabozos que se encontraban en un estado deplorable de conservación e higiene, que carecían por lo general de ventilación y luz natural, que no contaban con ningún tipo de mobiliario —por lo que toda actividad (comer, dormir, etc.) que desarrollaban los internos, debía llevarse a cabo en el piso—, que los sanitarios no eran suficientes para todos y que no se garantizaba la alimentación adecuada de los reclusos. Igualmente, se sostuvo el riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas y de

casos de violencia física y sexual entre los propios internos, como así también el riesgo del personal asignado a la custodia.

Una clara prueba de la situación, también era mencionada en la presentación y tenía que ver con el reconocimiento del propio Poder Ejecutivo Provincial al declarar la emergencia físico-funcional del Sistema Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires mediante el decreto 1132/01.

Mencionó especialmente la situación de las mujeres y menores detenidos en establecimientos policiales como una violación flagrante de las normas internacionales que rigen la materia.

### **c) El trámite ante la CSJN**

La Corte Suprema, recibido el recurso, resolvió, en los términos del art. 34, inc. 4°, ap. a, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación convocar a las partes a dos audiencias públicas, que se llevaron a cabo el 1° de diciembre del año 2004 y el 14 de abril del año 2005, en las que tanto el CELS como el Poder Ejecutivo provincial presentaron sus inquietudes y aportaron escritos en los que sostuvieron sus respectivas posiciones respecto de una problemática que actualizada demostraba no sólo su profundización sino que ratificaba por ello mismo lo equívoco de las posiciones asumidas por los Tribunales Provinciales.

Por una parte, el propio Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires proporcionó un informe del que se desprendía la existencia de un incremento notable (296,70%) en la

cantidad de detenidos procesados por la justicia provincial desde el año 1990 –acentuándose desde 1998–, los que representan el 75% del total de las personas privadas de su libertad, reconociendo la saturación de la capacidad de alojamiento, habiéndose dispuesto por ello la imposibilidad de incorporación de nuevos detenidos por la resolución ministerial 221/04. Igualmente anexó ante la Corte un programa de reformas y ampliación del patronato de liberados, que lo posicionaría como una alternativa al encierro; la adquisición de un mayor número de pulseras magnéticas, y el impulso para la construcción de nuevas cárceles y alcaldías.

Asimismo, reconoció que existe un abuso en la utilización del instituto de la prisión preventiva, el cual, sumado a la demora en la tramitación de los juicios, agregaba en las cárceles y comisarías una cantidad adicional de detenidos. A ese fin manifestó haber elaborado un proyecto de ley de control de cupo penitenciario, a los efectos de dotar de un mecanismo de corrección de las situaciones de detención que no se ajusten a las reglas internacionales, como así también de un sistema de comunicación con los jueces a cuya disposición se encuentren los detenidos que estén en condiciones de obtener su libertad o de ser incluidos en un régimen atenuado o alternativo de la prisión; y finalmente propuso también la introducción de medidas de oportunidad e instancias de mediación penal para solucionar estos inconvenientes, pero que aún no fueron aprobadas legislativamente.

Por el otro lado, el CELS actualizó el estado de situación, denunciando su agravamiento en cuanto el número de privados de

libertad ascendió de 23.264 en noviembre del año 2001, a 30.414 para el mismo mes del año 2004, lo que implicaba un incremento del 31% en el término de tres años; argumentó que pese a haberse construido en el lapso señalado *ut supra* 6810 plazas carcelarias, continuaban detenidas en comisarias 5441 personas a julio del pasado año; y que la cantidad de personas alojadas en las dependencias penitenciarias provinciales excedía en más del 30% la capacidad máxima prevista, llegando incluso –según otras mediciones– al 50% de superpoblación.

Por último, cuestionó las medidas llevadas a cabo por la provincia por cuanto ellas no sólo no habían tenido como resultado una variación sustancial de la situación, sino que ésta se había agravado, desautorizando la política de construcción carcelaria como asimismo las reformas restrictivas en materia excarcelatoria y ejecutiva como factor significativo en la situación descripta, afirmando que en virtud de estas reformas legislativas, se incrementó significativamente el número de condenas de prisión o reclusión por más de 3 años, pasando del 20% del total de condenas pronunciadas en 1998, al 31,4% en el año 2003; aún cuando reconoció que la situación más gravosa se vincula con las detenciones preventivas, puesto que la gran mayoría de las personas privadas de la libertad aún no tienen condena firme.

Asimismo, cabe mencionar las *presentaciones en carácter de amicus curiae*, articuladas por 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 Agora", la Asociación Civil "Casa del Liberado" de Córdoba, y el "Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal".

## 2. Contenido de la decisión

La mayoría de la Corte<sup>1</sup>, previo dictamen favorable del Procurador General, al declarar admisible la queja y procedente el recurso extraordinario, resolvió diversos aspectos que pueden circunscribirse a cuatro puntos específicos dirigidos a los distintos poderes provinciales:

a) En primer lugar, una afirmación con contenido meramente declarativo en cuanto afirmó "**...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...**".

b) Seguidamente, y ya con carácter plenamente dispositivo, dirigiéndose al Poder Judicial, ordenó a la "**...Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que 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...**", instruyéndola como a todos los jueces de la provincia para que, "**...en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual**

---

<sup>1</sup> Constituida por PETRACCHI, MAQUEDA, ZAFFARONI, HIGHTON De NOLASCO, LORENZETTI, con disidencias parciales de ARGIBAY y FAYT y un voto en disidencia de BOGGIANO.



*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...".*

c) Por otra parte, con dirección exclusiva al Ejecutivo Provincial, resolvió *"...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...",* y que *"...cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia..."*.

Igualmente, le encomendó *"...que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amicus curie, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados..."*.

d) Finalmente, con relación a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires, los exhortó, *"...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...".*

### **3. La tutela de los derechos colectivos de los presos**

Uno de los puntos de trascendencia decisiva en el fallo en comentario tiene que ver con el reconocimiento de la necesidad de situar el problema del encierro en la provincia de Buenos Aires en el plano estructural y reconocer al colectivo de las personas privadas de libertad un derecho de tutela como tal, atacando una tradición jurídica sentada sobre la lógica del caso individual que hace -para el supuesto- absolutamente ineficaz cualquier pretensión jurídica tuitiva.

Ello, fundamentalmente en cuanto al reconocer la legitimación activa del presentante para la tutela colectiva de los derechos, situación que expresa -aún cuando también puede notarse que resultaba una ocasión para profundizar en ciertas perspectivas con miras a la satisfacción concreta de los derechos de las personas privadas de su libertad- la cabal función que le ocupa al Poder Judicial en aras al reconocimiento de los mayores derechos de tutela que detentan tales ciudadanos precisamente por pertenecer a ese colectivo hacinado brutalmente en dependencias policiales nunca aptas para el "alojamiento?" de seres humanos.

Vale decir que, al enfrentar jurídicamente la cuestión, le atribuyó el marco situacional estructural necesario para que las

aspiraciones normativas no queden restringidas a resultar meras formulaciones vacuas o expresiones de deseos insatisfechas al pretender ser canalizadas individualmente. El resolver el problema de las condiciones de detención desde la perspectiva meramente individual de cada uno de los sujetos implicados mengua notablemente la eficacia las normas de distinto rango que se supone regulan la cuestión, y se traduce en la *vigencia* fáctica de la negación de los derechos de esa personas.

Para llegar a esta perspectiva ha de tenerse presente la utilización de un concepto remozado de gravedad institucional que no solamente aspira a determinar que la cuestión que se debate en autos trasciende el mero interés de las partes para proyectarse sobre toda la comunidad (ver tal sentido el tradicional concepto de origen pretoriano que se utiliza en el trámite del recurso extraordinario federal para permitir el acceso a su conocimiento ante la falta de algunos recaudos exigidos por la ley), sino también pretende dejar a salvo la responsabilidad internacional del Estado Federal de cara al sistema continental de promoción, protección y defensa de los derechos humanos (ver en tal sentido lo avanzado de la cuestión tras el fallo "*Espósito*"<sup>2</sup>).

Esa pretensión de considerar el caso desde la perspectiva individual había resultado el argumento central para el rechazo del recurso por parte de la Sala III del Tribunal de

---

<sup>2</sup> Cfr. "*Espósito, Miguel Angel*", fallado por la CSJN el 23 de diciembre de 2004 en el que se dejan de lado disposiciones contenidas en el Código Penal Argentino sobre extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo sobre la base de la responsabilidad internacional que la aplicación de tales disposiciones acarrearía al Estado Argentino en el sistema interamericano de promoción, protección y defensa de los derechos humanos. Ver sobre la relación entre derecho internacional y derecho interno en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires al interpretar el art. 43 de la CN, en cuanto resolvió que se debía accionar caso por caso, desconociendo la posibilidad de hacerlo en beneficio de intereses colectivos.

En concreto, entonces la Corte Suprema estableció que: *"...Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla..."*, agregando que: *"...debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros)..."*.

No debemos olvidar en este punto que el habeas corpus, una de las modalidades más antiguas de lo que hoy conocemos como "proceso constitucional", en cuanto manifestación de la tutela

judicial efectiva cuyo centro de acción está en la materia constitucional, sea para guarecer inmediatamente los derechos humanos fundamentales, así como el correcto desempeño de la dinámica de los órganos del Estado democrático de derecho, tiende a hacer efectiva la supremacía constitucional en un sistema de control judicial difuso como el que se instaurara por los constituyente argentinos en el diseño constitucional federal.

Así, en el caso, esta acción en su modalidad colectiva<sup>3</sup> se presentaba como el modo más eficiente de peticionar respeto por los derechos vulnerados de un colectivo determinado con bastante aproximación y certeza (sea por su condición unitaria de personas privadas legalmente de su libertad física, sea por la jurisdicción territorial en la que se encuentran asentados los establecimientos en los que se practica la misma, sea por la autoridad administrativa y judicial que implementan la política que se denuncia por violatoria de sus derechos), por parte de un pretensor a quien indudablemente le asiste legitimación en cuanto organización no gubernamental establecida legalmente en el territorio y dedicada globalmente a propugnar un mayor y más eficiente grado de goce y ejercicio de los derechos por parte de los seres humanos sometidos a la jurisdicción de este Estado (por utilizar un molde de reconocimiento similar al que se requiere para denunciar a un Estado por la presunta violación de derechos humanos en el sistema interamericano, noción ésta perfectamente

---

derecho interno en el caso "Poblete" en NDP, 2005/b: 595 y ss.

<sup>3</sup> Un interesante y extenso análisis sobre el punto en Curtis, Christian, "El caso Verbitsky": ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos? en Nueva Doctrina Penal, 2005/b: 529 y ss.

compatible con la ampliación de legitimación que marca el art. 43 CN segunda parte).

No resulta discutible que esta toma de conciencia generalizada que se desarrolla con mayor intensidad en los últimos veinte años de la vida pública de la Argentina, acerca de la necesidad de proveer tutela adecuada y efectiva frente a las violaciones de derechos humanos individualmente considerados, es extensible a la necesidad de evitar violaciones masivas y sistemáticas, que son aquellas que aparecen como consecuencia de la implementación de una política pública que por motivos diversos, desoye las obligaciones estatales de respeto y garantía de los derechos en cabeza de los habitantes sometidos a su jurisdicción.

En este camino, hay que distinguir un conjunto de habeas corpus *individuales*, de habeas corpus *masivos*, y éstos de un hábeas corpus *colectivo*.

Resulta claro que en el primer caso se está ante intentos individuales que no alcanzan para someter a cuestionamiento la política pública que viola masiva y sistemáticamente derechos de la colectividad de que se trate. Si bien ese proceso constitucional puede poner solución a un caso, no se puede ignorar que tales soluciones, por parciales puede traer efectos negativos tales como el traslado de presos de un lado a otro perjudicando a parte del total para beneficiar a algunos, sin reales soluciones para el conjunto.

Tampoco logra satisfacer el objetivo buscado la modalidad masiva, sea que se plantee en beneficio de una categoría limitada (ej. los detenidos en comisarias superpobladas, mas no respecto de los detenidos en unidades penitenciarias con el mismo problema, o solamente para determinado departamento judicial) desde que la cantidad no hace calidad y podemos enfrentarnos a verdaderos problemas divergencias en el enfoque del planteo, que lleven a ineficacias de las soluciones.

Sólo se satisface en este punto una pretensión como la esgrimida por el CELS mediante la interposición de una acción con alcance colectivo lo más amplio posible y abarcativo de una categoría compleja pero determinable a partir precisamente de tratarse de la totalidad de los destinatarios de la política pública que se denuncia como violatoria masiva y sistemáticamente de los derechos de ese colectivo y es saludable desde todo punto de vista que la CSJN la haya acogido en su regazo dando entidad constitucional a una acción absolutamente ligada desde el origen mismo del constitucionalismo a su preservación como sistema político en cuyo centro de acción se encuentra el hombre.

#### **4. Un decisorio llamativo: ¿El "Brown" argentino?**

El fallo de la CSJN presenta una gran variedad de aristas a considerar, de las que sólo abordaremos una que nos presenta especial interés, por la toma de posición que implica ante la nueva y reciente integración del Tribunal.

Esta cuestión es aquella derivada del rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto Tribunal de Constitucionalidad con las modalidades propias del sistema de control instaurado en la Argentina.

Es que a nuestro juicio la Corte pretendió pararse frente al problema como Casación Constitucional<sup>4</sup>.

En esto tuvo que traer a consideración la importancia, en sistemas de separación de poderes o funciones y con control difuso de constitucionalidad, de la tarea de los jueces puestos a analizar los cursos de acción tomados por los poderes políticos (ejecutivo y legislativo), cuando ello se encuentra en cuestión por importar violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

La Corte mantuvo en este punto su tradicional standard en el Considerando 25 y en el siguiente avanzó en una línea que no es de lo más tradicional, pero que ya se avizoraba en el precedente "San Luis" para casos "difíciles", no ya por sus implicancias argumentales, sino políticas.

Así, consideró prudente la implementación de un sistema de ejecución de sentencia (cabe entender de la sentencia a dictarse en esta causa) que permita a los diversos actores del problema (no sólo de la causa) dialogar y consensuar soluciones sustentables para lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Pcia. de Buenos Aires.

---

<sup>4</sup> Ver SAGÜÉS, Néstor *RECURSO EXTRAORDINARIO*, Tomo I, parag. 134, pág. 268/270, Ed. Depalma, Bs. As., 1984



Tenemos aquí a nuestro juicio una de las mayores novedades que la jurisprudencia de la CSJN ha dado desde su cambio de integración.

Para negar su competencia para evaluar las políticas públicas diseñadas y ejecutadas por los poderes políticos, ha dado una pauta más que importante acerca de cómo deben diseñarse e implementarse las mismas.

De esta forma el juez parece situarse ante el conflicto (menguado en el caso de este proceso de habeas corpus por el acuerdo parcial entre actor e informante, pero existente al fin<sup>5</sup>) tratando de mediar entre los diversos intereses en pugna y prefiriendo la solución armonizante del mismo aunque aquella, para ser definitiva, deba posponerse hasta tanto se tengan los acuerdos y consensos necesarios para ello.

Es aquí importante detenerse en el rol de la Corte como Tribunal Constitucional o de Garantías Constitucionales, que no es exactamente lo mismo.

---

<sup>5</sup> No coincidimos en este punto con visiones que tratan de criticar la decisión sobre la base de inexistencia de caso o causa que habilitara la tarea judicial. La particularidad del proceso de hábeas corpus, es que no tiene contraparte. Solo se requiere un informe a la autoridad indicada por el actor y con ello se resuelve. Por esta razón los jueces estaban habilitados por la ley a declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes en estos casos (art. 6 ley 23.098), aún cuando la jurisprudencia (hasta el año 2004) negaba tal facultad a los jueces en otros procesos. Aún se puede iniciar de oficio por la autoridad judicial y ello no le resta el carácter de caso o causa en términos del art. 116 de la CN. Por su parte, la acción colectiva no es una impugnación genérica de instituciones desligada de un caso concreto como lo pretendió la Casación. Sin embargo, la conexión con el caso concreto es distinta de la que se da en los casos contenciosos tradicionales ligados a derechos subjetivos. Hay veces en que la afectación colectiva (de los derechos de un colectivo indeterminado o sólo genéricamente determinado de personas) puede provenir de la forma en que se estructura una institución que satisface un interés público. Podríamos pensar en situaciones de monopolio legal que impiden la competencia (art. 42 CN), vulnerando el derecho a la selección del contratista por parte del usuario del servicio. No es idéntico caso, pero el instituto de la privación legal de la libertad que siempre es una actividad prestada por el Estado (federal o local) en forma monopólica legal podría verse bajo esta óptica.

Explicaba hace ya cerca de 20 años Jonathan MILLER en su trabajo sobre el poder político de los jueces<sup>6</sup> que la Corte en un sistema político constitucional como el nuestro debe actuar como *guardiana del proceso político* y no solamente como tribunal de garantías constitucionales. Que en dicho rol excede en mucho el de actuar sólo para la tutela de los derechos individuales o de una minoría.

Eso sí, exige una prudencia importante. Recuerda el autor citado que el Poder Judicial gana su poder solamente en base a su prestigio y que lo hace con actuaciones que muestren sabiduría política y sienten principios de acción de largo plazo.

Se referencia en dicho trabajo un precedente que resulta emblemático en tal sentido y es "*Brown vs Board of Education*"<sup>7</sup>, que si bien sentó principios indiscutibles, acompañó una preocupación popular creciente y fue acompañado por acciones positivas de los poderes políticos, resultando tributario de la nefasta experiencia derivada de la decisión adoptada el siglo pasado en "*Dred Scott vs. Stanford*"<sup>8</sup>.

Allí la Corte norteamericana actuó sentando un claro principio, según el cual la segregación en las escuelas viola la igual protección debida por la ley, que motorizó la actuación de la sociedad civil y de los tribunales inferiores, sin fisuras personales o argumentales (no hubo disidencias), y en dos etapas

---

<sup>6</sup> MILLER, Jonathan *Control de constitucionalidad: el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia*, ED 17 y 20 de octubre de 1986.

<sup>7</sup> Cfr. "Brown vs. Board of Education of Topeka", 347 US 483, de 1954. Puede verse una traducción al español en la obra *CONSTITUCION Y DERECHOS HUMANOS*, Tomo 2, págs. 1544 y ss., Ed. Astrea, Bs. As., 1991.

<sup>8</sup> Es claro que la SCUS condicionó seriamente el proceso de la guerra de secesión con ese fallo y no lo olvidó al dictar este.

de implementación, la segunda de las cuales se retroalimentó de la opinión pública obteniendo así mayores consensos para su aplicación, lo que dio a la Corte un gran prestigio.

En este punto, hay que replantearse si el rol de los jueces en un sistema de control de constitucionalidad difuso como el diseñado por el constituyente nacional y cada vez más plausible de generar responsabilidad internacional estatal e individual en caso de violaciones a los derechos humanos, no debe ceder al viejo temor nunca concretado del "gobierno de los jueces" que tan a maltraer tuvo a los científicos políticos europeos de fines del Siglo XIX y principios del XX<sup>9</sup> y dejar de lado también la visión de los jueces de la Corte como jueces meramente técnicos, asumiendo lo que de estadistas deben tener<sup>10</sup>.

Creemos sinceramente que esta nueva situación de la que debemos tomar conciencia, en la que todos los poderes del estado deben estar comprometidos en la salvaguarda de los derechos humanos, que con mayor intensidad se viene viviendo en los últimos veinte años en América y a la que nuestro país no resulta indiferente, exige de cada uno que afine su rol constitucional con miras a la satisfacción en la mayor medida posible de ese objetivo.

---

<sup>9</sup> Digo nunca concretado, porque en realidad, buceando en la experiencia jurisprudencial argentina y de conformidad con el modelo de sistema de control difuso diseñado, no creo que puedan obtenerse casos significativos en los que las políticas públicas trazadas por los poderes políticos dentro de los marcos de actuación constitucionales hubieran sido puestas en jaque por jueces imprudentes y que si así lo hubieran considerado, no las hubieran repuesto los políticos o hubieran sido confirmadas por éstos. Piénsese en precedentes como "Bazterrica" y la actuación posterior de los legisladores para imponerse a ella o en "Sejean" para apoyar sus decisiones políticas controvertidas; mucho más claramente en "Felicetti" ante el costo político de decisiones impopulares.

<sup>10</sup> Ver en tal sentido la vieja preocupación de Jorge VANOSSI en *TEORIA CONSTITUCIONAL*, Tomo II pág. 75 y ss., Ed. Depalma, Bs. As., 1976.

¿Nos hubiera gustado ver que la CSJN declaraba que la política trazada y ejecutada por las autoridades de Buenos Aires viola de modo masivo y sistemático los derechos humanos de jerarquía constitucional de un colectivo determinado generando con ello posibles responsabilidades para el estado federal? No lo dudamos.

Si una política pública excede el marco constitucional dado, lo que admiten actor e informante, lo que corresponde a quien se titula Tribunal de Garantías Constitucionales es así declararlo. Mucho más cuando el colectivo de que se trata no se encuentra en igualdad de condiciones con otros a quienes las políticas públicas puedan afectar por tener una disponibilidad de libertades mayor.

Pero veamos que obtuvimos en cambio.

Creemos que aquí resulta oportuno rescatar aquella visión tan clara que aportara en su momento el profesor Miller acerca del rol de una Corte Suprema como guardiana del proceso político.

Porque a poco que miremos, veremos que la Corte sentó al igual que en "Brown" un gran principio constitucional de largo alcance, a saber, "*...que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, se han convertido por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad*"<sup>11</sup> lo que nos lleva a creer con buen sustento que por ejemplo la superpoblación

---

<sup>11</sup> Ver considerando 39 in fine.

carcelaria (hecho no discutido por actor e informante) resulta ser una violación clara, palmaria, actual y manifiesta de derechos que por abarcar al colectivo del caso se trata de una violación masiva y por tratarse de la política permanente y de agravamiento constante y sostenido en el tiempo de un Estado respecto de ese colectivo, resulta también sistemática.

Por su parte, la decisión resulta también tributaria de aquella misma sabiduría política que sentando esta base permite a los activistas reclamar ante los jueces inferiores, que cuentan ahora con la directiva de la Corte para resolver, y obliga a los políticos a rediseñar con base en el consenso las políticas públicas necesarias para implementar en tiempo prudencial la máxima.

Decir menos sería renegar de ese rol de Poder de Estado que le fuera asignado por el constituyente y decir más sería poner en riesgo un poder que, por construirse sobre la base del prestigio ganado con el tiempo, esta Corte no posee más allá del brillo individual de sus integrantes<sup>12</sup>.

Parece gris. Parece poco. Pero sin embargo, bien leído es mucho para un Poder Judicial en proceso de recuperación de su valor institucional, que cuenta con un fuerte descrédito social y que más que amenazar con el gobierno de los jueces, ha jugado en

---

<sup>12</sup> No se trata de hacer política ficción, pero ¿se opinaría de la SCUS lo que se opina, si no se hubiera jugado todo su prestigio institucional acumulado en decisiones como la del precedente "Nixon"? ¿Habría respondido un presidente o gobernador argentino como Nixon, ante una Corte Suprema tan vilipendiada institucionalmente, como lo ha sido la nuestra en la década del 90?

variadas ocasiones el rol de Cenicienta frente a su madrastra ejecutiva y sus hermanastras legislativas<sup>13</sup>.

Sin perjuicio de lo dicho, no podemos menos que señalar que nos queda el gusto amargo de quienes por vivenciar lo cotidiano, tenemos una certeza y es que esta archi-conocida, admitida e impugnada violación prolongada, masiva y sistemática de derechos humanos de las personas privadas de la libertad, no es el producto de una política pública encaminada en sentido contrario pero inexplicablemente ineficaz. La creemos deliberadamente ineficaz. Nos parece que la clase política tiene un consenso formado consistente en gestar paulatinamente un catálogo de ilusiones acerca de los derechos de las personas privadas de libertad y, por otro lado, abonar una praxis política absolutamente despreocupada del tema desde diversos e imprescindibles ángulos tales como el presupuestario, educativo, sanitario, represivo, discursivo, etc.

Nos quedan muchos interrogantes que no abordamos porque exceden el marco de este trabajo<sup>14</sup>, dado que preferimos realizar

---

<sup>13</sup> Sobre el punto, ver el detallado análisis de Courtis, (cit. 557 y ss.), avizorando nuevos mecanismos de control de la actividad de los poderes políticos. También sobre la actividad política de los tribunales, consultar del mismo: "Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales" en Bergalli, R./ Martiniuk, C. (comps.) Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí, Prometeo, Buenos Aires: 2004: 305 y ss.

<sup>14</sup> Por ejemplo, si una acción colectiva debe contemplar también los intereses de terceros alcanzados indirectamente por la situación impugnada, como lo aproximan los consid. 37 y 38 en relación a las condiciones de labor de los funcionarios policiales y penitenciarios y la situación de vecinos y familiares en los centros de detención; o la vaga referencia al pasar y en el final del primer párrafo del consid 57 acerca de si es plausible sostener siempre y a todo evento que "...un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía", sobre lo que importantes filósofos del derecho han debatido largamente; o la mención en el considerando 58 a la ley nacional 24660 como marco mínimo en el juego bases-desarrollo dentro del esquema de federalismo de concertación; o el uso por remisión a los órganos del sistema interamericano de una categoría lógico jurídica discutible cuando hablamos de los derechos de los reclusos, cual es la *relación de sujeción especial* (propia del administrativismo) aplicada en el caso del Instituto Paraguayo, así como la salvable disidencia de la jueza Argibay, que debió ser mayoría a nuestro juicio en la medida en que lo que sí es predicable para la ley 24660, no lo puede ser en nuestro modelo complejo de Estado para el Código de Procedimiento Penal federal, entre otras.

una reflexión político institucional con base en el decisorio de la Corte al que le auguramos larga vida, en caso de que los actores políticos de este proceso (activistas, jueces inferiores, ejecutores y legisladores locales y nacionales y el pueblo en general), no olviden lo pendiente.

## **5. Perspectivas del fallo**

Culminando entonces, podemos volver a reseñar que, en el fallo al intimar a la Provincia de Buenos Aires a revisar su legislación en materia de privación procesal y ejecutiva de la libertad; a -en un plazo relativamente corto de tiempo- la evacuación de individuos enfermos y menores de edad de esas comisariás; y finalmente a concertar mesas de diálogos con los distintos actores y sectores involucrados en la cuestión, el superior tribunal no sólo realizó implícitamente un duro cuestionamiento a la política penal oficial, sino que dio muestra de la efectiva existencia de un poder jurisdiccional -tan repetidamente negado por otras experiencias cotidianas en diversas materias-, aún cuando también dejó abierto el camino -pero también el interrogante- para otras transformaciones que deberán evaluarse en el tiempo próximo venidero<sup>15</sup>.

No existen o no conocemos -por el momento- evaluaciones concretas del impacto que ha venido generando el fallo, sin perjuicio de poder advertir ciertas transformaciones iniciales en

---

<sup>15</sup> En ese sentido, lo pone en duda, SALT, quien menciona que "...dependerá, en gran medida, de la forma en que se ejecuten los puntos del resolutorio..." en *El derecho a condiciones carcelarias dignas: ¿un nuevo*

las prácticas judiciales cotidianas de los tribunales de la Provincia, derivadas del propio texto del fallo y complementadas por un decisorio de la S.C.J.B.A.<sup>16</sup>, como así también la constitución de la mesa de diálogo, una actividad de reflexión multiinstitucional celebrada en Abril de 2005 en Mar del Plata, y la existencia de algunos proyectos legislativos de reforma en materia excarcelatoria y ejecutiva todavía no concretados en ley.

Es absolutamente lógico que cualquier consecuencia que pueda ser valorada positivamente en este sentido, no implicará revertir las características apuntadas que dan configuración a nuestras sociedades actuales, pero también es oportuno afirmar que el "futuro no es inevitable"<sup>17</sup>, y que deben resultar leídos forjando una, tan necesaria en nuestros tiempos, "cultura de la resistencia", encabezada -qué menos!!!- por el máximo Tribunal de Justicia de la Nación.-

---

*modelo de control judicial? Certezas y dudas a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en* Revista de Derecho Penal y Procesal Penal nº12, Agosto 2005, págs. 1193 y ss.

<sup>16</sup> Ver su texto en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal nº12, Agosto 2005, págs. 1181/1184.-

<sup>17</sup> La expresión es tomada de las conclusiones de la obra "La Cultura del Control" de David Garland, 2001, Chicago Press; hay versión castellana publicada en Gedisa, 2004, trad. Máximo Sozzo.