

LA EJECUCIÓN DEL FALLO *VERBITSKY*

UNA PROPUESTA METODOLÓGICA PARA SU EVALUACIÓN

Leonardo G. Filippini*

Presentación

El fallo *Verbitsky*¹ parece haber iniciado un camino para el litigio colectivo en materia de condiciones de detención. De hecho, otras decisiones posteriores de la Corte Suprema, como en *Defensor General de La Plata*², o la serie de fallos sobre la situación en Mendoza (los casos *Lavado*³) ratifican, expresa o implícitamente, la jurisprudencia del tribunal favorable a una mirada colectiva sobre los problemas de las personas privadas de su libertad. Ya han pasado dos años desde de la sentencia en el caso *Verbitsky* —dictada en mayo de 2005— y es una buena ocasión para reflexionar acerca de algunas ventajas y desventajas del camino elegido por la Corte sobre la base de la experiencia recogida hasta hoy⁴.

Como afirmé en un trabajo anterior, creo que la ejecución de lo resuelto hace dos años terminará de definir cuál es el grado de compromiso que el máximo tribunal ha asumido frente a la defensa

* Abogado, UBA '98; Master en Derecho UP '04; LL.M. '06 y J.S.D. (candidato) Yale Law School. Quiero agradecer a Rodrigo Borda, apoderado de la parte actora en el caso, la detallada respuesta a todas mis consultas y sus agudas críticas a un primer borrador. También agradezco al Director de esta colección Leonardo Pitlevnik sus observaciones.

¹ Fallos: 328:1146 (3 de mayo de 2005).

² CSN, D. 744. XL. RECURSO DE HECHO “Defensor General del Departamento Judicial de La Plata s/ recurso de casación” causa N° 90.082C (31 de octubre de 2006).

³ CSN, “Lavado, Diego Jorge y otros c/Mendoza, Provincia de y otro s/acción declarativa de certeza”, L. 733. XLII; 20 de marzo 2007. Íd, 13 de febrero de 2007 y 6 de septiembre de 2006.

⁴ La mayoría de los trabajos sobre el caso son relativamente contemporáneos a su dictado, Marcela I. Basterra, “Procesos Colectivos: La Consagración Jurisprudencial del Habeas Corpus colectivo en un valioso precedente de la CSJN. El fallo *Verbitsky*”, en Revista La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional, 27/7/2005; Pedro Bertolino, “Desde un habeas corpus correctivo hacia el proceso penal estatalmente debido”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 12, Lexis-Nexis, Agosto del 2005, pp. 1184-1193; Walter F. Carnota, “Un problemático supuesto de *habeas corpus* colectivo (nota al fallo *Verbitsky*)”, en El Dial, www.eldial.com, Suplemento de Derecho Público. Año VIII-N° 1811, 21/6/2005; Christian Courtis, “El caso “*Verbitsky*”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”, en *Colapso del sistema carcelario*, Buenos Aires, CELS-Siglo XXI Editores (2005); Leonardo G. Filippini, “Superpoblación carcelaria y *habeas corpus* colectivo”, en Revista Lexis-Nexis Buenos Aires N° 2, agosto de 2005, pp. 260-270; Jorge Alejandro Pratto, “La crisis del sistema penitenciario argentino: a propósito del fallo *Verbitsky* de la C.S.J.N.”, en El Dial, www.eldial.com, Suplemento de derecho penal. Año VIII-N° 1818, 30/6/2005; Jeremy Robbins, *Re-leyendo los casos “Brown v. Board of Education”, “Marbury v. Madison” y “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”*: lecciones para el litigio estratégico en la Argentina, en Nueva Doctrina Penal, del Puerto 2007-A; Daniel Alberto Sabsay, “Una decisión que amplía el acceso a la justicia para garantizar la igualdad y el cumplimiento de compromisos internacionales”, en Revista La Ley, 25/08/2005; Marcos G. Salt, “El derecho a condiciones carcelarias dignas: ¿un nuevo modelo de control judicial? Certezas y dudas a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 12, Lexis-Nexis, Agosto del 2005, pp. 1193-1202.

de los derechos fundamentales en la cárcel⁵. *Verbitsky* trajo el gran acierto de hablar llanamente de un problema que no necesitaba mayores elaboraciones. El alojamiento en condiciones de hacinamiento es inconstitucional y los jueces deben remediarlo. La Corte ha dado un paso imprescindible al hacer propia esta preocupación. Pero esa afirmación también encierra un desafío pues el máximo tribunal ha denunciado tan enfáticamente la situación que la pervivencia de condiciones deplorables de encierro en la provincia de Buenos Aires va a desafiar más temprano que tarde el compromiso del renovado tribunal con sus propias afirmaciones. La Corte debe demostrar que está tomando muy en serio la Constitución y que el activismo amagado no es retórico. El tribunal tomó sus riesgos al involucrarse en una materia compleja y eso fue un buen comienzo. Sin embargo, creo que aunque el balance es positivo, hay espacio para pensar que la Corte quizá hizo menos de lo que podría haber hecho hasta ahora. La situación de los detenidos en la provincia de Buenos Aires, además, sigue siendo un problema casi tan grave como lo era hace dos años.

En esta nota quiero reflexionar sobre la ejecución de la sentencia *Verbitsky*. Mi principal preocupación gira en torno al modo correcto de evaluar el impacto concreto del fallo en la formulación de políticas públicas útiles para poner fin al problema del hacinamiento. La Corte ha fijado una meta clara que es la adecuación constitucional del programa penitenciario provincial. En este sentido, parece que no podría haber cumplimiento del fallo hasta que podamos afirmar que las cárceles bonaerenses son sanas y limpias y hoy, en general, no lo son. Más allá de cierta vaguedad en contenido último de esa obligación estatal, no hace falta ir mucho más allá del uso coloquial del par “sano y limpio” para llegar a esa conclusión.

Sin embargo, la Corte está andando un camino novedoso y necesitamos herramientas sofisticadas para calibrar nuestras expectativas. Está claro que la situación aún no es satisfactoria, pero ¿estamos avanzando en la dirección correcta? ¿El fallo efectivamente contribuye en algo a la solución del problema? ¿Qué es lo que podría esperarse de un tribunal que se decide a intervenir de algún modo en el control de una política pública? ¿Qué podemos esperar de *Verbitsky*? La novedad del camino elegido por la Corte torna complejo responder a estas preguntas y la diada *cumplimiento-incumplimiento* tiene un rendimiento bastante limitado sobre la dirección del proceso en marcha. Desde una perspectiva, puede decirse que el fallo es exitoso, por ejemplo, porque contribuyó a la reforma de la ley procesal penal bonaerense y porque, en efecto, el porcentaje de detenidos en comisarías ha descendido desde el dictado de la sentencia. En contra, sin embargo, también puede decirse que el fallo ha sido infructuoso porque, a pesar de sus encendidas ambiciones, ha tenido consecuencias bastante módicas durante los dos años siguientes a su dictado y, en líneas generales, seguimos sin poder afirmar que las cárceles bonaerenses son sanas y limpias.

La idea es trascender el par éxito-fracaso e intentar definir un marco conceptual útil para medir los efectos del fallo evitando hablar de cualquier modo que implique definiciones binarias y tajantes sobre las virtudes o vicios de la decisión. No descarto el posible valor de plantear la cuestión como cumplimiento o incumplimiento, pero la perspectiva que adopto aquí es distinta. En esta nota, asumo que la situación de cumplimiento total es una meta y que lo que la Corte ha hecho con *Verbitsky* no es sólo fijar estándares sustantivos y dar órdenes concretas e inmediatas

⁵ Leonardo Filippini, cit.

Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Nro. 2, Agosto 2005; pp. 260-270.

para lograrla, sino también establecer un procedimiento institucional para la formulación de políticas públicas capaces de alcanzarla. Tal como la propia Corte afirmó, “las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso” y por ello el tribunal justificó una etapa de ejecución peculiar, de avance progresivo:

[...] es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al diálogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires.

Por ello, se estima procedente que esta Corte encomiende a la Provincia de Buenos Aires para 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 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”⁶.

Dentro de este marco, quiero explorar la posibilidad de definir mecanismos concretos de medición de los efectos del fallo. Me interesa sugerir criterios para mensurar de algún modo, la dirección e intensidad del proceso en marcha y su grado de proximidad al objetivo señalado. Una segunda exigencia que voy a intentar satisfacer, es la de hacer que este marco sea tan concreto como sea posible, de modo de permitirnos juzgar en la práctica, si efectivamente el proceso emprendido avanza o no. Este enfoque debería servir para aportar propuestas concretas a los funcionarios involucrados en el cumplimiento de la decisión.

Esta indagación será presentada en dos partes. En la primera, voy a referirme de modo genérico al resolutorio del fallo *Verbitsky* a fin de enmarcar la discusión y de presentar la comprensión general del asunto en la que inscribo mis observaciones. Luego me referiré a tres cuestiones relacionadas con la ejecución del fallo que muestran la complejidad del análisis de la etapa de ejecución y la necesidad de contar con una mirada más sofisticada para evaluar una decisión de este tipo. Estos tres aspectos son la cuestión del federalismo, al uso de la normativa internacional y el posible papel de las instituciones internacionales en la discusión y el mecanismo de diálogo específico que estableció el fallo —la llamada Mesa de Diálogo—. En la segunda parte, y teniendo en mente esas experiencias, defenderé un enfoque posible para evaluar el proceso de formulación de políticas públicas que abrió *Verbitsky*. Voy a presentar las dimensiones de ese proceso que creo debemos observar y voy presentar algunas ideas acerca de cómo construir indicadores concretos para testear regularmente la calidad de dicho proceso en cada una de esas dimensiones y por, por ende, de la sentencia. Las pautas para el modelo de observación que postulo son provisionales y exploratorias. Ellas son, fundamentalmente, un ejemplo posible del tipo de investigación que creo es necesario empezar a producir.

I. PRIMERA PARTE

⁶ Cfr. considerando 26.

1. El fallo es un intento serio de reforma institucional

En *Verbitsky* la Corte decidió intervenir sobre el fondo de la cuestión de las condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires. El problema que encontró con ello, fue el de los límites de su propia actuación pues se trataba de un asunto que, en principio, correspondía primordialmente a los tres poderes provinciales. Este camino elegido por la Corte fue original y multifacético. Fue original porque dispuso un mecanismo de ejecución distinto a la actuación tradicional del máximo tribunal. En efecto, incluso en casos donde la Corte se ha expedido, en forma individual o colectiva, sobre asuntos que de modo general afectaban a toda la población penal, como *Dessy*⁷ —sobre la privacidad de la correspondencia— o *Mignone*⁸—sobre el derecho a voto de los internos procesados— la Corte intervino en el marco habitual de su actuación, es decir declarando una contradicción entre una norma o un acto administrativo y el derecho federal que debía prevalecer. En *Verbitsky* en cambio, la Corte hizo más que eso. Creó una instancia sin precedentes y se atribuyó a sí misma un papel novedoso en la tutela del derecho federal.

El enfoque elegido también fue multifacético, en el sentido de que el tribunal fijó diversos modos de intervención sobre el problema. Además de la declaración del derecho que debía prevalecer y de la fijación de estándares en el sentido más tradicional de la jurisprudencia de la Corte, el tribunal estableció un procedimiento *ad hoc* para encargarse del problema; creó una institución —la Mesa de Diálogo—; impuso obligaciones de distinto tenor sobre otros actores institucionales, fundamentalmente, los tres poderes provinciales, y se reservó a sí misma un papel de supervisión en ese nuevo procedimiento. En otras palabras, la Corte hizo algo que nunca había hecho y dispuso una variedad de medidas de muy diverso tipo con el fin de adecuar la detención de personas en una provincia a los estándares federales.

El resolutorio de *Verbitsky*, en el marco de la competencia que le atribuye a la Corte la segunda parte del artículo 16 de la ley 48, respecto del fondo, resolvió:

[...]

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 60 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 y por disposición de esta Corte Suprema, 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.

⁷ Fallos: 318:1894 (19 de octubre de 1995).

⁸ Fallos: T. 325 P. 524 (9 de abril de 2002).

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. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada.

6. Disponer que cada 60 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.

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 a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amici curie, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada 60 días de los avances logrados [...].

Como se ve, la Corte ordenó la sujeción del accionar provincial a una serie de contenidos sustantivos y, a la vez, estableció varios procedimientos para la consecución de tal fin. Así, por un lado, dispuso cuestiones tales como el cese de la detención de menores de edad y enfermos, y de toda situación que agravara de modo cruel o inhumano o degradante la situación de alguna persona; o la adecuación de la legislación provincial a la ley nacional. Y por otro, estableció un sistema de informes periódicos y una mesa de diálogo, con actores estatales y no gubernamentales.

Tales indicaciones son imprecisas en muchos sentidos, pues, por ejemplo, no queda claro cuál es la exacta relación entre las metas sustantivas y los procedimientos que la Corte estableció, ni tampoco se explicó demasiado cuáles eran las funciones de la mesa de diálogo, ni se desprende de los fundamentos del fallo si, en efecto, ésta era la mejor institución *ad hoc* posible para enfrentar el problema de la superpoblación. Tampoco queda claro qué era lo que debíamos esperar del Poder Judicial y de los demás poderes provinciales luego del fallo. Sin embargo, sería errado juzgar el decisivo sobre la sola base de estas inconsistencias pues el camino emprendido por la Corte debe juzgarse también desde otra perspectiva. En primer lugar, el problema es estructural y su correcta comprensión no puede lograrse por vía de focalizar la atención de modo aislado sobre una decisión de uno de los varios actores involucrados. Hasta cierto punto, además, hay que reconocer que era imposible una definición mucho más acabada del procedimiento que se encaraba, pues, sencillamente, la Corte no tenía muchas más herramientas disponibles para un mejor diseño. La Corte falló *Verbitsky* en el marco de la abulia de otras instituciones llamadas a tener alguna participación sobre la situación penitenciaria y todavía en el contexto de los efectos

de la desastrosa política criminal provincial, que había impulsado, entre otros, de modo destacado, el ex gobernador bonaerense Carlos Ruckauf.

El fallo, un verdadero *leading case*, interrumpió la práctica ineficaz y monocorde de la sola declaración de derechos y se adentró en un sendero exploratorio sin precedentes. Esta decisión de fijar un nuevo rumbo para el control judicial de la detención encierra, creo yo, la virtud del fallo. *Verbitsky* cambió un paradigma institucional luego de décadas de comprobada ineficacia del control judicial sobre las condiciones de detención y del repetido fracaso del litigio individual frente a la cuestión de la superpoblación. Bajo esta luz, *Verbitsky*, debe leerse con los mismos ojos con los que leemos fallos como *Siri*⁹ y *Kot*¹⁰. De hecho, el fallo generó varias peticiones similares en otras provincias, en un proceso que parece consolidar un nuevo rumbo para el litigio penitenciario. Podemos desafiar la conveniencia del activismo del tribunal, detectar tensiones entre los distintos poderes de Estado, o mencionar los problemas que acarrea la construcción judicial de vías de reclamo no legisladas, pero no podemos limitarnos a ello, sin correr el riesgo de no comprender la dimensión más profunda de un fallo que intenta tutelar de modo efectivo y a través de un camino que vale la pena explorar, los derechos fundamentales de las personas.

Es cierto, como dije, que el fallo exige una activa participación del Poder Judicial en el control de las políticas públicas de privación de la libertad y que ello genera múltiples dilemas respecto de las posibilidades y atributos de cada poder de Estado. De hecho, la mayoría osciló entre aceptar que no podía definir la solución para enfrentar el problema del hacinamiento y la sugerencia de algunas medidas concretas y discutibles, como la de adecuar la legislación penitenciaria y de excarcelación provincial a los estándares nacionales. Sin embargo, ninguna de estas imprecisiones debería empañar el mérito de *Verbitsky*. El fallo quebró la inercia judicial e innovó de modo plausible en un territorio donde casi ninguna otra institución o tribunal había hecho demasiado por décadas, aun frente a la comprobada situación de las personas privadas de su libertad. Y cualquier debate sobre *Verbitsky*, al menos por un tiempo, debe darse en este marco. La decisión de la Corte de explorar un camino plausible después de largos años de comprobada ineficacia de los arreglos institucionales vigentes ha sido un paso valioso.

Las características centrales del camino que abrió el fallo, además, parecen correctas. El fallo ataca un problema crítico y de alta trascendencia, presupone un compromiso institucional fuerte con la protección de los derechos humanos, trata de modo colectivo un problema que no había logrado solución alguna a través del litigio individual, innova sobre el papel de la Corte, contrastando con la ineficacia de los enfoques tradicionales y confía en el diálogo con diversos interesados, como estrategia para la identificación de posibles soluciones. Desde otra perspectiva, la Corte planteó una idea fuerza indiscutible, puso el tema en la agenda de los poderes políticos y trató de encauzar la deliberación¹¹.

Con todo, quiero describir tres aspectos de la ejecución del fallo que muestran algunas de las complejidades del camino elegido y que concurren a justificar, a mi modo de ver, que hagamos un esfuerzo por contar con una elaboración adecuada para el análisis de este tipo de decisiones. Estas menciones, además, sintetizan de modo somero qué ha ocurrido durante los últimos dos

⁹ Fallos: 239:459 (1 de enero de 1957).

¹⁰ Fallos: 241: 291 (1 de enero de 1958).

¹¹ Sobre estos aspectos, ver el trabajo de Jeremy Robbins citado.

años. Primero, voy a referirme a la cuestión del federalismo; luego me referiré a la utilización del derecho internacional en el fallo y por último marcaré algunas cuestiones sobre el trabajo de la Mesa de Diálogo. La mención a estos tres asuntos resalta importancia central de atender a la ejecución de la sentencia tanto como al litigio mismo. Dos años de ejecución dejan claro que sólo algunas cuestiones fueron exactamente tal y como podían preverse al momento de la sentencia. Por ello, sin un patrón más o menos estable de evaluación en el tiempo, nunca podremos decir mucho sobre las efectivas contribuciones de un fallo de estas características a la solución de un problema estructural.

2. Lecciones aprendidas de la ejecución del fallo

a. El diálogo federal

Algunos comentarios a poco de dictado el fallo sugerían que las afirmaciones de la Corte en *Verbitsky* podrían no haber sido una buena decisión frente a algunas cautelas federales que aconsejaban una mayor deferencia a las autoridades provinciales¹². Además de la exhortación a conformar la Mesa de Diálogo, la Corte hizo sugerencias de otras medidas igualmente concretas como la de adecuar la legislación penitenciaria y de excarcelación provincial a los estándares federales sobre la base de la ley nacional. Incluso dejó sugerido que el principio de igualdad constitucional podría verse afectado ante la disparidad de reglamentaciones provinciales. Esto último es bien dudoso y motivó la disidencia parcial de la jueza Carmen Argibay. A ello se suma que la Corte no aclaró a qué supuesto excarcelatorio se había referido y dado que el fallo culminó con una exhortación a la reforma legislativa, el tribunal podría haber sido mucho más minucioso respecto de cuáles aspectos de la ley local eran discutibles. Además, por cierto, el supuesto valor de una suerte de marco mínimo federal conformado por la ley nacional como valor de referencia tampoco parecía responder a ninguna evidencia al tiempo del fallo. En *Bramajo*¹³ la Corte federal había demostrado que ella misma no era la mejor intérprete de la ley excarcelatoria y en *Erika Nápoli*¹⁴ quedó en evidencia que la ley nacional o federal puede padecer de los mismos vicios que las legislaciones de otras jurisdicciones. Las prácticas nacionales tampoco son necesariamente mejores, ni la propiedad de establecimientos vergonzantes es patrimonio exclusivo de ninguna jurisdicción.

Sin embargo, en general, ninguna de las preocupaciones supuestamente fundadas en el celo federal de la provincia ha sido un gran inconveniente, a pesar de que, en su momento, ese aspecto del fallo era visto como problemático. La reforma de la ley procesal provincial terminó siendo uno de los pasos menos problemáticos en la ejecución del fallo. O con más precisión, entre las dificultades que existieron para la reforma del régimen procesal las objeciones fundadas en la autonomía provincial no tuvieron un lugar central. La reforma de la ley procesal ocurrió de acuerdo con los lineamientos de *Verbitsky*, sin que se presentaran demasiados conflictos por el

¹² Por ejemplo, Marcos Salt, cit. Punto II.2.

¹³ Fallos 319:1840 (1996).

¹⁴ Fallos 321:3630 (1998).

hecho de que la iniciativa hubiera partido de un modo más o menos compulsivo de un órgano del poder federal.

La Suprema Corte provincial tampoco cuestionó la competencia de la Corte federal y muchos tribunales de la provincia aplicaron *Verbitsky* en la definición de varios asuntos, empezando por la propia Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) que poco después de fallado *Verbitsky*, el 11 de mayo de 2005¹⁵, dispuso su implementación en la provincia “atendiendo a la directa operatividad del decisorio del cimero tribunal federal, y a efectos de dar cumplimiento a cabalidad y en tiempo oportuno —de acuerdo a los plazos determinados por dicho Alto Cuerpo Jurisdiccional— a los puntos 3º, 4º y 5º del dispositivo de la sentencia”¹⁶. La SCBA, en su resolución, aclaró que ese tribunal sólo había declarado inadmisibile el recurso en el caso *Verbitsky*, es decir, que no había rechazado el fondo del asunto, y que por varios otros caminos, que enumeró en detalle, se había ocupado seriamente de la situación de las personas privadas de su libertad en la provincia. Probablemente, no era necesaria semejante explicación y es bien discutible la conclusión de la SCBA según la cual era “manifiesto palmariamente la permanente preocupación y ocupación del Poder Judicial de la Provincia en la subsanación de un tema que afecta las más elementales garantías constitucionales”¹⁷. En cualquier caso, la reacción de la SCBA, a mi modo de ver, muestra que las diferencias respecto del modo en que la Corte federal presentó el asunto no tuvieron que ver tanto con la cuestión del federalismo, como con la construcción de la imagen institucional del tribunal provincial y con algunas disonancias jurisprudenciales entre los dos cuerpos —por ejemplo, en torno al carácter definitivo o no de algunas decisiones sobre prisión preventiva. La SCBA aclaró expresamente que compartía la preocupación de su par federal y en diciembre de 2006 ratificó sus términos en un caso por la situación de los detenidos en San Nicolás reafirmando la aplicación de *Verbitsky* en la provincia sin mayores remilgos¹⁸. Por supuesto, mi lectura puede ser errada, pero como mínimo, tengo a mi favor que si existe una objeción federal fuerte no ha sido expresa, ni resulta fácilmente reconocible.

El Ejecutivo provincial, por su parte, no sólo asistió a las audiencias, también aceptó la iniciativa de conformar una Mesa de Diálogo, a sugerencia del poder federal. De hecho, ya durante el litigio previo a la sentencia la presencia del Ministro de Justicia provincial en la audiencia convocada por la presidencia de la Corte, de algún modo, había tomado por sorpresa a algunos que esperaban un diálogo menos fluido con la provincia. En síntesis, el inicio de la ejecución provincial del fallo no parece haberse visto resentido por el hecho de que fue una iniciativa federal.

¹⁵ SCBA, Ac. 83.909 – “V., H. -representante del C. de E. L. y S.-. *Habeas corpus*. Rec. de casación. Rec. extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley”.

¹⁶ Punto VIII.

¹⁷ El fallo dice: “V- Que, en definitiva, los Acuerdos y Resoluciones referenciados, las denuncias incoadas por los Magistrados y Funcionarios que constataron las irregularidades expuestas, los reiterados requerimientos formalizados al Poder administrador y la multiplicidad de actuaciones y denuncias ejecutadas por el Presidente del Tribunal de Casación de la Provincia en el marco de las atribuciones que le son propias, **ponen de manifiesto palmariamente la permanente preocupación y ocupación del Poder Judicial de la Provincia en la subsanación de un tema que afecta las más elementales garantías constitucionales**” (con negrita en el original).

¹⁸ SCBA, P. 96.544, “Detenidos en la Unidad Penal N° 3 de San Nicolás. Recurso de casación”. 27 de diciembre de 2006.

Me atrevería a decir que pocos imaginaban que el debate en los tres poderes provinciales pudiera abrirse a instancias de un fallo federal, sin generar mayores resquemores u objeciones fundadas en la autonomía de los procesos locales. La innovación de la Corte, en este aspecto, fue fructífera. La ejecución del fallo, en lugar de confrontar con los procesos institucionales de la provincia, parece haber colaborado a avivar el debate y, de algún modo, a postular objetivos comunes para las autoridades locales, ahorrándoles los costos asociados a ubicar el tema en la agenda del debate público. Podemos especular que la Corte federal correctamente aprovechó el tema para forjar su nueva imagen como actor relevante en el control de las políticas públicas, y que esa jugada permitió a los poderes provinciales habilitar un debate urgente que nadie lograba poner en la agenda pública de la provincia, ni liderar con eficacia. Éstas son sólo especulaciones pero sirven para resaltar el alto grado de indeterminación previa que tiene la ejecución de fallos de este tipo. Una parte enorme de sus consecuencias depende del encadenamiento de las decisiones de otros actores que es muy difícil predecir. Esto implica, para la Corte que emprende este camino, un grado inevitable de incertidumbre inicial. Y para los observadores del proceso, la necesidad de contar con herramientas conceptuales que puedan capturar la dinámica de estos procesos. Mi sensación es que el enfoque de muchos que veían un óbice en la cuestión de la autonomía provincial fracasó en su aspecto prospectivo, pues se basó excesivamente en la consideración formal del reparto de competencias. La práctica inter-jurisdiccional de estos dos últimos años nos debería servir como punto de partida para un enfoque metodológico más receptivo de las prácticas efectivas de los participantes involucrados.

b. El componente internacional del diálogo

La experiencia de dos años de ejecución también sugiere que el uso de normas internacionales y la intervención de organismos internacionales no han sido completamente útiles en términos de favorecer la formulación de políticas públicas en el sentido que pretendía *Verbitsky*. Por un lado, las normas internacionales no sirvieron demasiado para clarificar los objetivos y cursos de acción. El derecho internacional aplicado en *Verbitsky* no ha sido discutido con prolijidad,¹⁹ ni el fallo, ni con posterioridad, y hubo cierta tendencia a exagerar la necesidad del derecho internacional para concurrir a fundar la conclusión más o menos transparente de que el hacinamiento es inaceptable a la luz del artículo 18 constitucional. No hubo grandes explicaciones acerca de por qué las Reglas Mínimas de Naciones Unidas eran la mejor interpretación de la Constitución y la Corte ofreció relativamente poco análisis del texto constitucional y de las Reglas mismas a fin de mostrar de qué manera esos principios pueden transformarse en reglas concretas. De tal forma, el derecho internacional no colaboró a homogenizar el lenguaje y con ello no logró minimizar los costos de la interacción.

Además, el fallo incluyó una cita del Comité contra la Tortura que parece meramente ilustrativa, sin que la Corte aclarara si sus conclusiones obligaban o no al Estado argentino, o si las consideraba también para fundar la conclusión sobre los hechos. Algo parecido ocurrió con la cita algo extensa al caso del instituto "Panchito López". Esta apelación de la Corte al papel de los órganos internacionales tampoco fue clara ni luego de dos años ha colaborado demasiado a un mejor diálogo. Por cierto, no encuentro cuestionable la inclusión de normas, principios o jurisprudencia que de modo consistente declaran la dignidad de la persona, ni la invitación a

¹⁹ Un muy buen análisis en Curtis, cit.

considerar a ciertos órganos internacionales como participantes del diálogo. Sin embargo, si se consideraba necesario ir más allá del claro texto del artículo 18, tal vez hubiera sido valioso que la Corte hiciera un repaso exhaustivo del derecho internacional aplicable y una dogmática más precisa respecto de su jerarquía y reglas de utilización, así como del papel de los órganos encargados de aplicarlas.

En términos del proceso de formulación de políticas abierto la evaluación del recurso a la vía internacional ofrece una conclusión ambigua. En general, va en línea con la jurisprudencia de la Corte en muchas otras áreas y, como mínimo, debemos concederle a la Corte que no es un elemento demasiado problemático. Ninguna crítica fuerte es posible por ese flanco y tampoco es problemático tener en mente la posibilidad de instancias de control internacional.

Sin embargo, un mensaje poco claro puede generar una innecesaria dispersión de los esfuerzos y éste sí podría ser un punto que debilitaría las posibilidades de una ejecución satisfactoria del fallo. Por caso, durante el curso de la ejecución de la sentencia, el gobierno provincial solicitó informar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre el estado de ejecución del fallo, a ojos de algunos observadores, a fin de prevenir una posible admonición. La audiencia finalmente, no fue demasiado valiosa en sí misma, no sirvió para generar ninguna propuesta relevante y más bien replicó el debate local en un foro que no era el más indicado, al menos no, en ese estado de cosas. Parece, no obstante, que a fin de mostrar algún grado de avance ante la CIDH, el gobierno provincial aceleró el proceso de sanción del proyecto de reforma procesal y esto podría hablar a favor de su intervención.

No obstante, si enfrentamos a este incidente con la modesta cantidad y frecuencia de las audiencias realizadas en la provincia, con la necesidad de que la Corte federal sea la principal guardiana de su fallo, con las mejores capacidades locales de producir cambios y con los costos administrativos de manejar este asunto internacionalmente advertiremos que dialogar en el foro inadecuado puede ser un problema. La disponibilidad de los participantes es limitada y, sencillamente, no se justifica perder el tiempo en instancias que no hacen avanzar una solución. La misma conclusión puede extenderse respecto del análisis de fuentes de autoridad internacionales tan diversas como las que citó la Corte. Si continuamos usando la metáfora del diálogo, nuestras herramientas de observación tendrían que poder distinguir la pluralidad de voces y foros, del ruido y la dispersión.

No tiene sentido ahondar mucho más sobre este asunto y lo dicho alcanza para presentar la cuestión que quiero sugerir. Así como la firme indicación federal dirigida a las autoridades de provincia sirvió para definir un mínimo marco conceptual y alinear algunas acciones de los órganos locales, tiendo a pensar que las apelaciones a la responsabilidad internacional del Estado y a una multiplicidad de estándares poco precisos no han logrado hasta ahora un efecto aglutinante similar. Nuestro modelo de evaluación del proceso de solución dispuesto por la Corte, entonces, también debe considerar la textura abierta del remedio elegido y ofrecernos herramientas para evaluar las posibles bifurcaciones que pueden modificar la dirección y la intensidad del diálogo buscado. La experiencia de dos años nos enseña que cualquiera fuere el modelo de evaluación que adoptemos, debe ofrecer parámetros estables para observar críticamente el papel y la relevancia de los actores involucrados a lo largo del tiempo.

c. La Mesa de Diálogo

El fallo también introdujo la posibilidad de un acuerdo entre las partes en la llamada Mesa de Diálogo. La mesa es una oportunidad para aprovechar de cara a la solución del problema y debe extremarse la atención sobre ese foro a fin de que su trabajo resulte productivo. La mayoría, con todo, podría haber sido más cuidadosa para decir por qué creía que esa mesa y no otro espacio era el remedio más adecuado y cómo debería funcionar. Los “informes periódicos” que la Corte pide también quedan un poco a la deriva, pues la Corte no ha especificado demasiado qué tipo de información requiere y ha dejado de algún modo librada a los actores la definición de su contenido. Hasta ahora, la Mesa de Diálogo ha tenido un desarrollo irregular. Empezó, de acuerdo a las pautas del fallo, pero el trabajo en su ámbito no fue del todo fructífero. En varias reuniones no contó con toda la información necesaria para trabajar y, de hecho, por largos meses las organizaciones que formaban parte de ella dejaron de participar, decepcionadas por la ausencia de resultados. Su reactivación ocurrió recién hace poco, el 2 de agosto de 2007. En términos concretos, hasta ahora, las pocas propuestas elaboradas al abrigo de la Mesa de Diálogo no han logrado una implementación exitosa—si bien es cierto que quizá ello no es debido exclusivamente a la calidad del trabajo en este foro—.

La Corte no obstante, ha presenciado sin mayor reacción los altibajos del trabajo de la Mesa de Diálogo. No hizo nada cuando dejó de funcionar y no hizo nada para impulsar su reactivación. ¿De que modo esta actitud colaboró o no al fortalecimiento del proceso de formulación de políticas? Quizá es correcto ser deferente a la propia dinámica de esa institución *ad hoc* y el silencio de la Corte fue adecuado; o quizá, en cambio, es un enorme contrasentido dejar librada a su suerte a la misma institución que el propio tribunal generó apenas dos años atrás. Por cierto, la desatención de la Corte ha sido vista más bien en tono crítico. Para quienes eran escépticos desde el principio, este incidente tiende a confirmar que el activismo de la Corte no era mucho, que el interés por la situación de los detenidos no era tan intenso y que, en definitiva, la Corte no se está tomando muy en serio su propio fallo ni tiene gran entusiasmo por la nueva criatura.

La experiencia ganada hasta hoy respecto del trabajo de la Mesa de Dialogo y del sistema de informes periódicos conduce a una tercera observación acerca del mejor método de evaluar este clase de procesos. Todo parece sugerir que el debate debe tener cierta conducción o liderazgo, al menos, para marcar el incumpliendo de las reglas del debate mismo y para adoptar nuevos cursos de acción verificado un incumplimiento de las expectativas. La observación sugiere que cuando se defraudan las expectativas de quienes participan, la voluntad de debatir decrece. Además, la Mesa trabajó sin los insumos necesarios mucho tiempo y produjo pocos resultados. Todos éstos son otros aspectos que tendríamos que poder evaluar de un modo constante en el tiempo. La experiencia hasta hoy muestra que no todo podía preverse al inicio, que no todo lo que ocurre en el marco del proceso abierto es útil y lo que el trabajo sin insumos y sin el respeto de ciertas expectativas mínimas tiende a no prosperar. Las lecciones de los tres asuntos tratados arriba deben servirnos para identificar las dimensiones del problema que queremos evaluar y sobre esa base voy a sugerir un enfoque posible en la segunda parte²⁰.

²⁰ Las cuestiones que he marcado no son las únicas que deberían analizarse. Algo arbitrariamente he seleccionado estas tres para mostrar algunos aspectos del proceso de formulación de políticas públicas. Otras cuestiones podrían

II. SEGUNDA PARTE

1. Evaluación de procesos y resultados²¹

El primer desafío a *Verbitsky* es la comprobación —todavía simple, lamentablemente— de que los hechos que motivaron la decisión continúan vigentes, en toda su crueldad. Las comisarías y cárceles siguen superpobladas, alrededor del ochenta por ciento de las personas detenidas no tiene condena firme y las condiciones de encierro siguen siendo malas. Un fallo ambicioso, podría decirse, sólo ha hecho de su fracaso algo más sonado. No obstante, algunos signos parecen indicar una situación diversa. Por ejemplo, el último informe del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), parte actora en el caso, afirma en contra de la primera reacción pesimista que:

Luego de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictara el fallo “Verbitsky”, se ha verificado una disminución de la cantidad de personas privadas de su libertad en la provincia de Buenos Aires. Si bien la variación no es muy pronunciada, lo significativo es que se logró quebrar la tendencia constante al incremento de presos de los últimos años. Así, la cifra total de personas detenidas en la provincia, que el día de la sentencia era de 30.721, descendió un mes después a menos de 30.000. Esta cantidad siguió reduciéndose, hasta llegar a 28.129 personas en noviembre de 2006,2 lo que representa casi un 9% menos desde el día de la sentencia de la CSJN²².

La sanción de la ley provincial 13.449 que reformó el régimen de excarcelaciones en línea con lo que la Corte había ordenado en *Verbitsky* parece haber tenido un efecto apreciable sobre la práctica del encarcelamiento preventivo en la provincia, descomprimiendo, parcialmente, la situación en las comisarías. De acuerdo con el informe citado, en noviembre de 2006, había 3.823 personas detenidas en las 333 dependencias de la Policía Bonaerense, un 37% menos que la cantidad que había en mayo de 2005. La disminución del número de detenidos, al menos, nos permite no abandonar la confianza en el camino emprendido. El fallo y la modificación en las cifras más generales parecen estar asociados y la reforma procesal adoptada en línea con *Verbitsky* es, a primera vista, una de las condiciones del cambio. La vinculación significativa entre la sentencia y la disminución del número de detenidos debería poder acreditarse de modo independiente. Pero la percepción generalizada hasta hoy, al menos, indica que existe tal relación y nos sugiere avanzar sobre el análisis de otras posibles implicancias de la sentencia.

ser exploradas también. Rodrigo Borda me ha sugerido, por ejemplo, que sería clave observar el comportamiento del poder judicial provincial y las capacidades de *Verbitsky* para generar decisiones en casos individuales.

²¹ Para una lectura general sobre la formulación de una investigación en el campo de las ciencias sociales, ver Gary King, Robert Keohane, y Sidney Verba, *DESIGNING SOCIAL INQUIRY: SCIENTIFIC INFERENCE IN QUALITATIVE RESEARCH*. Princeton, NJ: Princeton University Press (1994).

²² CELS; Informe Anual 2007, Capítulo VIII, Sobrepoblación y hacinamiento carcelario. La instrumentación del fallo “Verbitsky” y otras estrategias para solucionar el problema”, punto 1. disponible en http://www.cels.org.ar/Site_cels/index.html. Las estadísticas del Servicio Penitenciario Bonaerense pueden consultarse en: <http://www.spb.gba.gov.ar/estadisticas/estadisticas.html>

Un primer fenómeno a observar, y el más obvio, es la situación concreta de las personas privadas de su libertad. Un fallo dirigido a remediar la situación de alojamiento irregular no puede dejar de ser juzgado bajo esa luz, pues la constitucionalidad de la situación, en definitiva, se juzga por sus resultados —v.gr., número de internos y número de plazas—.

Sin embargo, observación de esos resultados no es la única manera de evaluar las consecuencias de un caso como *Verbtsky*. Como mínimo, no es la forma de evaluar todas las dimensiones del fallo que podemos considerar. A mi modo de ver, el valor central de *Verbtsky* está ligado, fundamentalmente, a su aptitud para generar políticas útiles a solucionar el problema de la superpoblación. Y este aspecto de las consecuencias del fallo es lo que deberíamos observar. Digamos, arbitrariamente, la *calidad del proceso*, es decir, la aptitud del debate institucional generado por el fallo para producir políticas públicas en línea con lo planteado por la Corte.

Evaluar este proceso es más desafiante, en este caso, que evaluar sus resultados, y sobre este aspecto creo que deberíamos dirigir nuestros esfuerzos futuros. Al fin de cuentas, la innovación de que Corte eligió hacer en *Verbtsky*, puede ser descrita como el diseño de un sistema institucional especializado²³. La Corte se arrogó algunas facultades y conformó un sistema para la definición de políticas públicas: fijó el objetivo, identificó a algunos de los participantes necesarios, les atribuyó competencias, más o menos claras y puso algunas condiciones de funcionamiento. Observar críticamente este fallo, en consecuencia, es observar críticamente el funcionamiento de ese sistema peculiar y para ello debemos identificar qué facetas del proceso generado por la Corte debemos observar y cómo podríamos hacerlo.

2. Un modelo tentativo para la evaluación de *Verbtsky*

El primer paso para el tipo de enfoque que quiero proponer es descomponer el proceso de formulación de políticas públicas abierto por el fallo en dimensiones o planos analíticos. Es decir, debemos poder organizar categorías, o grupos de cuestiones, que nos permitan abordar, desde distintos ángulos, la pregunta principal acerca de qué significa, en concreto, que un proceso de deliberación sea fuerte, en el sentido en que venimos hablando.

En otros contextos, las dimensiones o elementos relevantes de este tipo de litigios estructurales han sido identificados de manera diversa. Por ejemplo, Charles Sabel y William H. Simon, han identificado la negociación entre las partes interesadas, su continuidad y evolución y la transparencia del proceso para desarrollar una caracterización que demostraría un giro en el tipo de intervención de los jueces hacia soluciones experimentales en los EEUU²⁴. Christian Courtis, por su parte, al comentar el fallo *Verbtsky*, señaló, cuatro notas: a) la multiplicidad de actores e intereses en juego; b) el carácter estructural de la violación bajo análisis; c) la necesidad de diseño de un remedio que requiere planificación e implementación de largo alcance y d) la necesidad de respeto de la división de poderes para caracterizar a *Verbtsky* como un caso de

²³ Estoy dejando de lado, intencionalmente, las otras cosas que la Corte hizo en el marco más habitual de su intervención.

²⁴ Charles Sabel y William H. Simon, “Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, 117 Harvard Law Review 1015 (2004), pp. 1067-1072.

litigio complejo o estructural²⁵. Paola Bergallo, por su parte, ha identificado aspectos similares al organizar el análisis de una serie de casos argentinos relativos al derecho a la salud²⁶.

Esta nota, sin embargo, persigue una finalidad distinta a la de los tres trabajos recién citados. La observación del proceso abierto con *Verbitsky* que creo tenemos que explorar debe tener un objetivo más próximo o “aplicado” —es decir, enfocado en razón de su utilidad—. *Verbitsky* abrió un camino para formular políticas públicas. Y siguiendo a la Corte asumimos como premisa de trabajo que “las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso”. Pues bien, ¿cuáles son los aspectos relevantes de un proceso cuya observación nos permiten saber si en efecto es o no de una discusión que va a producir una política pública eficaz? ¿Cómo saber, si efectivamente hay discusión y consenso en el proceso que abrió *Verbitsky*?

Sobre la base de las lecciones aprendidas hasta ahora —que describí en la primera parte— entiendo que para responder a estas preguntas necesitamos descomponer la observación del proceso que abrió *Verbitsky* en seis dimensiones, o grupos de cuestiones: i) la correcta formulación de los objetivos de ese proceso; ii) la adecuada selección de sus participantes y la calidad de su intervención; iii) los medios e insumos a disposición del proceso de discusión y su adecuación; iv) la existencia de reglas formales o informales que minimicen los problemas de las acciones colectivas; v) el funcionamiento efectivo de un mecanismo de control y reforma de todos los aspectos y vi) la consecución de resultados de acuerdo a los objetivos. Estas seis dimensiones nos permitirían considerar todos los aspectos relevantes para observar críticamente el proceso abierto y concluir si marcha o no en la dirección que pretende *Verbitsky*.

Por *objetivo* entiendo el fin al que se dirigen o encaminan las acciones de los participantes en el proceso que generó la Corte, en este caso, la formulación de políticas públicas que generen la adecuación de la práctica del encierro a los límites legales y constitucionales. Los *participantes* son quienes toman parte en este proceso, no todos tienen papeles centrales, y no todos toma decisiones. Aquí hay dos aspectos centrales a verificar, que estén representadas todas las voces y que quienes estén cumplan el papel que se espera cumplan. Cuando hablo de *medios e insumos* me refiero al conjunto de bienes y servicios necesarios para que el proceso pueda lograr su fin, por ejemplo, la información que es necesaria para discutir. Las *reglas* aluden a la definición de las expectativas de comportamiento de los participantes y del funcionamiento del proceso mismo. No estoy pensando en reglamentos concretos, sino en pautas sociales aceptadas por los participantes que hagan que las complejidades de una discusión colectiva no oscurezcan o impidan que el debate efectivamente sea rico. Los mecanismos de *controles* pueden existir o no, con ellos aludo a prácticas de verificación sobre todos los elementos del proceso y de reacción y reforma cuando algo no funciona. En el caso concreto, la propia Corte se ha atribuido un papel muy importante en este sentido. El *resultado* es el producto de ese proceso, que debe ser algo distinto de la actividad misma de los participantes y, si todo es satisfactorio, conforme al objetivo fijado. En esta nota he usado la expresión resultado en dos sentidos: el *resultado* del proceso es

²⁵ “La Corte ha penetrado, tal vez sin advertirlo plenamente, en el terreno de lo que en la tradición del movimiento de los derechos civiles estadounidense se denomina *litigio complejo* (*complex litigation*) o *litigio de reforma estructural* (*structural reform*)”. Cfr. Courtis, cit. punto 4).

²⁶ Paola Bergallo, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, ponencia presentada en el SELA 2005.

la formulación concreta de una política pública seria, y el *resultado* de la implementación de esas políticas deben ser cárceles sanas y limpias.

Para alguien que esté ligeramente familiarizado con el análisis de procesos, los aspectos señalados no son novedosos. De hecho, las ciencias sociales tienen mucho más para decir aquí. Lo novedoso, en todo caso, es sugerir que avancemos en el uso de un modelo concreto para tratar de llevar la discusión sobre este fallo hacia indagaciones acerca de lo logrado hasta ahora y del curso de acción a seguir en el futuro. Creo que desde una mirada más comprometida con la praxis, no tiene sentido discutir qué clase de proceso es éste, sino si, en efecto, está yendo en la dirección que debería ir y con la intensidad adecuada. Si el proceso que abrió *Verbitsky* tiene objetivos claros, si participan en él todos los participantes que deben participar, contando con los medios e insumos necesarios, interactuado sobre la base de reglas apropiadas y con un adecuado control de todos los aspectos, deberíamos poder esperar resultados afines a los objetivos propuestos. La evaluación satisfactoria de todas estas dimensiones nos permitiría afirmar una evaluación satisfactoria del todo el proceso en su conjunto. Si el modelo está bien formulado, además, la evaluación satisfactoria, a su vez, debería poder confrontarse con la objetiva verificación de resultados que satisfacen los objetivos fijados.

Por supuesto, la idea según la cual estas seis dimensiones cubren todos los planos relevantes parte de consideraciones que se pueden discutir mejor y probablemente de muchas intuiciones que no estoy haciendo explícitas aquí acerca de por qué esos seis planos —y no otros— cubren todos los aspectos necesarios para evaluar la robustez del diálogo abierto. Sin embargo, como cualquier modelo de análisis, se trata de una simplificación cuya virtud, precisamente, debería ser el hacer más sencilla la observación de un fenómeno y la comprobación de distintas hipótesis.

Sobre la base de esos seis ejes, podemos avanzar en la indagación acerca de cuáles son sus aspectos mensurables. Debemos identificar de qué modo los aspectos del proceso que queremos evaluar pueden ser reconocidos a través de algunas manifestaciones exteriores que podemos cuantificar y comparar en el tiempo. Y por supuesto, debemos poder asegurarnos de que la fuente de esa información nos es accesible. Nuevamente, estas nociones no son novedosas en modo alguno y la novedad parte de sugerir que empecemos a utilizar estas herramientas para discutir los efectos de este fallo, algo que no hemos hecho hasta ahora.

Tomemos por ejemplo, la cuestión acerca de los participantes y su grado de compromiso. El tipo de proceso que impulsó la Corte parece exigir un nivel presencial importante y es posible medirlo tal como se miden otras actividades intelectuales, como las educativas o las tareas jurídicas profesionales. En principio, cuanto mayor sea el tiempo invertido en el proceso, mejores serán las probabilidades de que el proceso produzca un resultado conforme a los objetivos planteados. Sin dudas, podríamos decir algo significativo por medio del análisis de los registros formales sobre la cantidad de encuentros, su periodicidad, la asistencia y el grado de organización de sus tareas podríamos. La fuente de dicha información, además, es accesible, son los registros públicos de los encuentros, así como toda otra documentación similar, como las actas judiciales, que puede dar cuenta de las audiencias. En una línea similar puede verificarse también si el proceso es regularmente documentado, pues la existencia de una hoja de ruta es un indicador razonable del grado de organización de los encuentros.

Hallar indicadores cualitativos a fin de completar el juicio puede ser un poco más complejo, pero parece una cuestión ineludible. Un camino posible podría ser una encuesta de percepción entre los propios participantes acerca de la calidad del proceso en el que están participando, o incluso, acerca de la calidad de la participación de cada uno de los que intervienen. Más allá de sus limitaciones, es un indicador sencillo conocer la percepción de los demás y la propia acerca de la calidad de la participación de cada uno.

Los defectos que pueden tener esquemas de este tipo son evidentes, pero el objetivo aquí es presentar un camino de evaluación posible en un terreno en el cual, hasta hoy, no ha habido demasiado. A pesar de sus falencias, el análisis regular de esta información permitiría decir bastantes cosas acerca del proceso que la Corte inició, incluso responder sistemáticamente a algunas cuestiones que la intuición marcan como problemática pero que son difíciles de aprehender y de demostrar. Por ejemplo, detectar voces ausentes del debate —como expertos sanitarios y arquitectos—, identificar mejoras posibles en las pautas de trabajo —por ejemplo, sobre la base de la sistematización de la periodicidad de los encuentros—, señalar la falta de compromiso de algunos actores —de lo cual las ausencias puede ser un indicador fuerte— y controlar de algún modo la calidad de las discusiones —en principio, pocos encuentros con pobre asistencia, justifican pensar que la discusión no es sólida—. Además, dado que la lectura de estos elementos deber hacerse junto a un análisis similar de todas las demás dimensiones que he propuesto me atrevo a decir que significaría un avance en el modo en que hasta ahora hemos venido discutiendo este caso —al menos, en cuanto a la organización de la información disponible, no tengo duda alguna—.

3. Propuesta y posibilidades

Hasta aquí he dicho que un aspecto central del fallo *Verbitsky* es el haber abierto un camino institucional inédito para la formulación de políticas públicas en materia de condiciones de detención y que esto, a mi juicio, era justificable. El camino elegido por la Corte, sin embargo, presenta problemas particulares para aquellos observadores que queremos evaluar los avances efectivamente logrados en dirección hacia una solución al problema de la superpoblación en la provincia de Buenos Aires. Frente a ello, he sugerido que para que esa evaluación sea significativa debe atender no sólo a una serie de indicadores sobre las condiciones de encierro efectivamente sufridas por los internos —por ejemplo, espacio por persona, relación entre la cantidad de personal penitenciario y la cantidad de detenidos, etc.— sino que también debe observar la calidad del proceso de formulación de políticas públicas que el fallo ha iniciado, incluso con relativa independencia del primer nivel de observación.

El enfoque sobre los resultados, es decir, sobre las condiciones concretas de encarcelamiento es relativamente habitual entre nosotros. Si bien está lejos de hacerse adecuadamente —por ejemplo, entre muchas otras falencias, porque la provincia no produce todavía información al instante sobre la cantidad y composición del universo de personas detenidas en comisarías y dependencias penitenciarias²⁷— se trata de un enfoque más o menos conocido para quienes se ocupan del análisis de fallos judiciales desde una perspectiva jurídica.

²⁷ Situación que, en algún momento la efectiva implementación del Registro Único de Detenidos debería erradicar.

En cambio, el enfoque sobre de la calidad del proceso de formulación de políticas públicas que aquí he planteado es una posibilidad casi inexplorada. En parte esto se explica porque el camino elegido por la Corte es novedoso. *Verbitsky* —junto a su par contemporáneo por el saneamiento del Riachuelo— está definiendo un nuevo papel para la Corte y este camino no tiene demasiados antecedentes locales. La excepción más notable es el caso *Viceconte*²⁸ en el cual una Cámara actuó como instancia de contralor sobre otras autoridades del Estado en el proceso que culminó con la producción nacional de una vacuna. Quizá algunos litigios colectivos de acuerdo con la Constitución de 1994, presentan notas similares también²⁹. Por cierto, tampoco es una práctica del todo definida en otros países, si bien hay bastantes referencias disponibles sobre casos de los EEUU, Colombia y Sudáfrica. Incluso podría decirse que de algún modo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre ejecución de sentencias va en un sentido similar. En cualquier caso, todas éstas son experiencias que habría que analizar más detenidamente antes de afirmar su parentesco con *Verbitsky*. Por ahora, creo que sigue siendo ajustado decir que estamos frente a una línea de jurisprudencia nueva y que el análisis de la calidad del proceso de formación de políticas públicas que *Verbitsky* abrió, no ha sido demasiado explorado entre nosotros. Y pienso que es una omisión que hay que salvar, pues se trata de un aspecto indispensable para la evaluación del fallo.

Mi propuesta, en línea con la Corte, supone que un proceso de formulación de políticas que podríamos calificar como fuerte —es decir, transparente, participativo, inclusivo, robusto, documentado, etcétera— parece tener mejores probabilidades de producir cambios efectivamente concordantes con los objetivos planteados que un proceso, por lo contrario débil. Sobre esa base, lo que debemos lograr aprehender del arco de efectos de *Verbitsky* es, entonces, la calidad del proceso de formulación de políticas públicas abierto por el fallo. Mensurar esto es complejo y, hasta donde puedo ver, no es habitual que el análisis jurídico de una decisión considere la cuestión de este modo. A fin de mostrar un modo posible de enfrentar la tarea he postulado un modelo que identifica seis dimensiones o planos de análisis del proceso de formulación de políticas que atrapan las notas de aquello que deberíamos ver para concluir que un debate es robusto. He sugerido algo arbitrariamente, que ellas son: que haya un objetivo, que participen quienes tienen una voz relevante, que la discusión se desarrolle con los medios e insumos necesarios, que existan reglas acerca del funcionamiento del proceso y controles de esas reglas y, por último, que podamos identificar cuáles son los resultados que esperamos.

Respecto de cada una de estas dimensiones del proceso de formación de políticas públicas deberíamos poder identificar —como intenté hacerlo respecto de los participantes— manifestaciones registrables que nos permitan graduar de manera coherente a través del tiempo los cambios, y confrontar las observaciones frente aquellos valores que creemos son los óptimos. No estoy seguro de que los ejemplos concretos que he presentado sean del todo persuasivos, o estén suficientemente elaborados. De todas formas, muestran con claridad el tipo de teoría aplicada que hoy está ausente en la discusión jurídica.

²⁸ CNac. en lo Contenciosoadministrativo Fed., Sala IV, *Viceconte, Mariela c/Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986*, de 2 de junio de 1998.

²⁹ Para una descripción y análisis de varios de esos casos respecto en relación con el derecho a la salud, ver Paola Bergallo, cit.

Las respuestas que hoy podemos obtener a la pregunta sobre la efectividad de un proceso como el abierto por *Verbitsky* son, por lo general, altamente subjetivas y todavía ligadas a conceptos igualmente amplios como, división de poderes, transparencia, o autonomía provincial. A mi modo de ver, esto ha sido uno de los escollos para encontrar, luego de dos años ya, un lenguaje común, más próximo a las necesidades de la práctica institucional y coherente, que nos ofrezca un terreno más firme para emitir juicios y tomar decisiones. Volviendo al ejemplo del punto anterior, acerca del grado compromiso de cada actor con el proceso, no es lo mismo una valoración eminentemente subjetiva, que una graduación tabulada sobre las presencias, asistencias y duración de los encuentros. Creo que un método para el análisis de procesos, con elementos cuantitativos, sería hoy, uno de los principales aportes a la lectura de *Verbitsky*. Por supuesto, cualquier modelo cuantitativo pierde notas del fenómeno que describe, pero en ocasiones, el costo de ello es menor que el de fundar un juicio sobre la sola base de una descripción cualitativa y fuera de un marco metodológico.

La línea que sugiero tiene un potencial de rendimiento importante. Por ejemplo, respecto de los insumos, podría servir para calificar la calidad de la información que es considerada en el proceso. La calificación actual debería ser baja, y reflejar la ausencia de información al instante y accesible sobre la composición del universo carcelario y debería ser más favorable luego de la puesta en marcha del Registro Único de Detenidos, por poner un ejemplo. En la misma línea, deberíamos poder desafiar que la estrategia actual de la SCBA de requerir información por oficio es anticuada y poco efectiva.

Un modo muy sencillo de empezar a trabajar en la línea que propongo es tabular una calificación regular, aunque sea sobre la base de un juicio subjetivo, de cada una de las seis dimensiones que he definido. Sencillamente, calificar del cero al cien, digamos bimestralmente, la calidad de cada una de las dimensiones identificadas. De hecho, el escrutinio de muchos otros procesos complejos, con múltiples actores y de largo plazo —tal como los procesos educativos— depende de la observación regular del desempeño de los participantes por parte de terceras personas. Ello sugiere que incluso una idea tan discutible como la de hacer evaluaciones regulares tiene posibilidades que valdría la pena explorar.

En otros aspectos, no obstante, aun un fenómeno tan difícil de asir como el proceso que abrió *Verbitsky* ofrece aristas cuya cuantificación no es difícil y parece significativa. Además de los parámetros de regularidad, duración y asistencia a las reuniones, que ya marqué uno podría formular muchas otras preguntas cuya respuesta es cuantificable: ¿cuántas propuestas elaboró la Mesa de Diálogo? ¿Cuántas de ellas fueron implementadas? ¿Cuál es la tasa de litigiosidad por condiciones de encierro —es decir, cuántas personas critican formalmente sus condiciones de encierro? ¿Cuántas decisiones de tribunales inferiores sobre condiciones de encierro han sido revocadas por tribunales superiores? ¿Cuántos jueces no han respondido los pedidos de informe? ¿Cuántos funcionarios del gobierno participan en las reuniones?

Por supuesto, un modelo de análisis eficaz exige un poco más de discusión acerca de la significación de cada una de estas preguntas y sus respuestas, así como de la posibilidad de contar con la fuente de información necesaria para contestarlas. Sin embargo, aun con todas sus dificultades, creo que podríamos coincidir en torno a treinta indicadores —digamos, cinco por cada dimensión que identifique—. La confección regular de este listado de treinta indicadores

nos dirían algo relevante sobre la calidad del proceso iniciado. Se trata, creo de un camino plausible para analizar el desenvolvimiento del proceso de formación de políticas públicas que inauguró *Verbitsky* y ayudaría a sortear cierta ambigüedad que los análisis puramente subjetivos generan.

Para terminar, creo que parte del compromiso que la Corte debe consolidar es el de su propio papel como órgano de supervisión. El contar con una metodología apropiada para auditar el proceso que ella misma ordenó y eligió supervisar podría facilitar esa tarea. La ausencia de su desarrollo, sin embargo, sugiere, por ahora, que el papel del máximo tribunal no ha sido en estos dos años tan vigoroso como *Verbitsky* hacía esperar.