

NOS PRESENTAMOS COMO *AMICUS CURIAE*

Ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires,

Marcelo Alegre, Javier Teodoro Álvarez, Iñaki Anitua, Gustavo Arballo, Fernando Basch, Paola Bergallo, Juan González Bertomeu, Eduardo Bertoni, Alberto Binder, Martín Böhmer, Juan Pablo Bohoslavsky, Alberto Bovino, Marcelo Buigo, Ariel Cejas Meliare, Alejandro Chehtman, Sergio Delgado, Carlos Elbert, Marcelo Ferrante, Leonardo Filippini, Roberto Gargarella, Manuel Garrido, Martín Hevia, Paula Honisch, Rosana Locascio, Mauricio Ernesto Macagno, José M. Martocci, Gustavo Maurino, Ezequiel Nino, Roberto Saba, Martín Sigal, Máximo Sozzo, Ignacio Tedesco y Diego Zysman, profesores de Derecho que firmamos afiliados a las universidades que se indican en las firmas, nos presentamos en el Expediente P. 83.909 Verbitsky, Horacio.-representante del Centro de Estudios Legales y Sociales- s/ Habeas Corpus, constituimos domicilio en la calle 54 N° 487 de la ciudad de La Plata, Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria, y respetuosamente solicitamos ser admitidos como *amicus curiae*.

Desde hace décadas, miles de personas están detenidas a disposición de la Justicia de la Provincia de Buenos Aires en establecimientos inadecuados y en condiciones de hacinamiento. El hábeas corpus colectivo correctivo en estudio se presenta como una instancia judicial inédita para que la Suprema Corte de Justicia (SCBA) establezca frente a ello un remedio eficaz y duradero, y reclama, por ello, una profunda reflexión y compromiso. A fin de colaborar a la labor del tribunal, ofrecemos estas observaciones en derecho en torno a las alternativas de intervención judicial, en casos, como el presente, que implican el litigio estructural frente a políticas públicas cuya implementación afecta la vigencia plena de los derechos humanos.

I. Nuestro interés en el caso

El 23 de febrero último, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) remitió a la Suprema Corte provincial la presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) del 29 de octubre de 2009 que denunció el incumplimiento de lo ordenado en la causa n° 856/02 RHE, “Verbitsky, Horacio s/Habeas Corpus”, del 3 de mayo de 2005.

El inminente tratamiento de dicho planteo por parte de la SCBA nos impulsa acercar al tribunal nuestras observaciones en derecho, dirigidas a colaborar con la labor judicial en este caso, de manifiesto interés público y vinculado al necesario remedio del persistente problema de la superpoblación en los establecimientos de detención bonaerenses.

Somos profesores vinculados al derecho internacional de los derechos humanos, el derecho constitucional y el derecho penal y procesal penal que hemos discutido y observado con interés el trámite del presente caso hasta esta instancia, no sólo por su interés dogmático, sino también por la gravedad del asunto que trata. Diversos tribunales nacionales —incluida la SCBA— han reconocido ampliamente ya la vigencia del instituto del *amicus curiae* y en esa condición, y sobre la base de los argumentos ya adoptados por la jurisprudencia nacional e internacional que recepta pacíficamente el instituto solicitamos se considere este aporte.

II. La situación descrita por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La situación que la SCBA debe ordenar, y a cuyo remedio debe proveer, en el marco de la ejecución de la sentencia remitida por la CSJN ha sido recientemente descrita por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su 98° período de sesiones, al evaluar el informe del Estado argentino con arreglo al artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

En sus “Observaciones finales” el Comité de Derechos Humanos destacó, en lo esencial¹:

1. Que no obstante la importancia del fallo de la CSJN en *Verbitsky* no existían medidas tendientes a la implementación de los estándares allí fijados.
2. Que la legislación procesal penal y la práctica de la prisión preventiva y penitenciaria a nivel provincial no se adecuaban a estándares internacionales.
3. Que persistía una alta proporción de reclusos en detención preventiva prolongada.
4. Que el Estado debía tomar medidas con celeridad para reducir el número de personas en detención preventiva y el tiempo de su detención en esta situación.
5. Que pese las medidas adoptadas para mejorar la capacidad de alojamiento, persistían condiciones de hacinamiento, violencia y mala calidad en la prestación de servicios, en particular, en materia de higiene, alimentación y atención médica.
6. Que funciones como las atribuidas al Procurador Penitenciario deberían abarcar a todo el territorio nacional.
7. Que el Estado debía tomar medidas para garantizar que todas las lesiones y muertes ocurridas en centros de detención sean debidamente investigados, así como garantizar el cumplimiento de las sentencias que ordenan la clausura de algunos centros.
8. Que había abundante información sobre el uso frecuente de la tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes en las comisarías y en los establecimientos penitenciarios, especialmente en provincias tales como Buenos Aires.
9. Que muy pocos casos denunciados son objeto de investigación y juicio y aún menos aquéllos que terminan en condena, lo que genera altos índices de impunidad.
10. Que existía una práctica judicial que asimilaba frecuentemente el delito de tortura a tipos penales de menor gravedad, tales como apremios ilegales.
11. Que el Estado Parte debía tomar medidas inmediatas y eficaces contra dichas prácticas, vigilar, investigar y, cuando proceda, enjuiciar y sancionar a los miembros de las fuerzas del orden responsables de hechos de tortura y reparar a las víctimas.
12. Que el Estado Parte debía crear registros sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o, en su caso, reforzar los existentes, con miras a tener información fidedigna sobre la dimensión del problema, observar su evolución y tomar medidas adecuadas.
13. Que el Estado Parte debía redoblar las medidas de formación en derechos humanos de las fuerzas del orden, a fin de que sus miembros no incurran en las mencionadas conductas.
14. Que el Estado debía acelerar las medidas necesarias para el establecimiento del mecanismo previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

La Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también emitió recientemente un comunicado, luego de su visita al país del 7 al 10 de junio de 2010, donde remarcó como puntos de especial preocupación, en un sentido similar al Comité, las denuncias sobre torturas y malos tratos en los lugares de detención; el uso abusivo de la detención preventiva; el alojamiento en dependencias policiales que, debido al déficit de plazas en el Servicio Penitenciario Bonaerense, puede incluso superar el año de duración; la incompatibilidad de las condiciones de alojamiento con el principio de trato humano; la existencia de una política de traslados como forma de control del orden interno de los penales o sanción disciplinaria; y las graves deficiencias en la atención médica, la alimentación y los programas de rehabilitación y educación.

Por ello, exhortó a las autoridades a:

1. Dedicar atención prioritaria y voluntad política a la situación de las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires;
2. Diseñar e implementar una política penitenciaria acorde con los principios internacionales que rigen la materia;

¹ Parágrafos 16 a 18., 22 de marzo de 2010.

3. Tomar las medidas necesarias para prevenir la tortura; y en particular, investigar, juzgar y sancionar a los responsables, teniendo en cuenta, para su calificación jurídica, la gravedad de los hechos y los estándares internacionales;
4. Aplicar la detención preventiva excepcionalmente e implementar medidas alternativas, y adecuar la legislación procesal de la provincia a los estándares internacionales de derechos humanos;
5. Adoptar las medidas necesarias para que cese la utilización de las dependencias policiales como centros de detención permanentes;
6. Establecer mecanismos para remediar el alojamiento por encima del número plazas, de conformidad con los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas de la CIDH.

En este marco, la CIDH requirió al Estado argentino y en particular a la provincia de Buenos Aires, la formulación de “*un plan general orientado a superar la grave situación que padecen las personas privadas de la libertad y a asegurar el goce efectivo de sus derechos humanos*”².

La ejecución de la sentencia del caso en análisis impactará decididamente —para bien o para mal— en el desempeño del Estado Argentino respecto del mandato de ambas instancias internacionales de protección de los derechos humanos. La Suprema Corte, tiene ahora frente a sí una atribución directa, concreta e indelegable para encauzar y dirigir la remediación de la situación estructural de violación de derechos humanos implícita en el hacinamiento, superpoblación y condiciones de detención en los establecimientos penitenciarios.

III. El papel de los jueces en los litigios estructurales

La Corte Suprema ya había anticipado en su propio fallo *Verbitsky* (2005) la complejidad de la ejecución de su decisión y había establecido la línea rectora que debía guiar la configuración de la posible intervención judicial ante la comprobación de la violación estructural de un derecho.

En efecto, la CSJN, señaló que:

[...] las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso.

[Y que] [e]n tal contexto y en el marco de lo que aquí se decide, 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 dialogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires (cons. 26).

Precisó además,

Que a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias.

Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa

2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado N° 64/10, “Relatoría de la CIDH constata graves condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires”, 21 de junio de 2010. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2010/64-10sp.htm>

sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad (cons. 27).

En consecuencia, dijo la CSJN,

[...] se plantea como disyuntiva, qué circunstancias ponderar al momento de decidir; pues no resulta sencillo determinar en qué medida el fallo que se dicte, según el temperamento escogido y su fuerza ejecutoria, pueda contribuir a solucionar el conflicto, manteniendo el equilibrio y el respeto armónico que los principios republicano y federal demandan, como así también para garantizar el funcionamiento correcto de las instituciones y sus objetivos, sin sacrificar en aras de ellos otros derechos y deberes (cons. 29).

Efectivamente, la aceptación de la posibilidad del reclamo colectivo por lesiones a derechos fundamentales que no responden exclusivamente a uno, o varios actos ilegítimos fácilmente identificables y atribuibles a algunas personas plantea una pregunta compleja acerca de la medida y forma de la adecuada intervención judicial.

Como sugiere Owen Fiss en su muy citado trabajo sobre litigio estructural en EEUU —en muchos puntos, coincidente con lo que la SCBA enfrenta hoy— esta clase de procesos parece exigir un papel distinto de los tribunales, más activo que el que reclama la solución de una contienda ordinaria:

La etapa remedial en el litigio estructural está lejos de ser episódica. Tiene un comienzo, quizá un medio, pero no un final —bueno, al menos casi no tiene un final—. Implica una relación extendida, y continua entre el juez y la institución; está preocupada no con la ejecutoriedad de un remedio ya dado, sino con el otorgamiento o diseño del remedio mismo. La tarea no es declarar quién está en lo correcto y quién no, tampoco calcular la extensión del daño, o dictar un proveído para detener un acto particular. La tarea es remover la condición que amenaza los valores constitucionales. En algunos casos, donde la desinstitucionalización es posible, como en campo de la salud mental, cerrar una institución puede ser una opción viable. En la mayoría de los casos, escuelas, prisiones, agencias de seguridad social, departamentos de policía y autoridades en materia de vivienda, por ejemplo, la opción no está disponible. Entonces el remedio supone a un tribunal nada menos que envuelto en la reorganización de una institución en funcionamiento, de modo de remover la amenaza que ella presenta a los valores constitucionales. La jurisdicción de la corte durará cuanto persista la amenaza”³.

En lo que sigue, presentaremos algunos ejemplos acerca del modo en que la propia CSJN y otros tribunales han enfrentado el problema de la creación de un remedio complejo en casos estructurales, intentando destacar, con ello, la potencialidad de una intervención activa del poder judicial para la solución de la cuestión de la superpoblación en el caso bonaerense.

IV. Evolución de la CSJN en casos posteriores a *Verbitsky*

La jurisprudencia de la CSJN posterior a *Verbitsky* ha confirmado la importancia y necesidad de que el poder judicial asuma un indelegable papel de garante ante las afectaciones estructurales y generalizadas, pero concretas y graves, a derechos fundamentales producidas por políticas públicas deficientes.

El camino trazado por *Verbitsky* ha logrado cierto nivel de mayor concreción en decisiones posteriores de la Corte, en situaciones donde, también, una política pública defectuosa, o la omisión total de cualquier política de estado fue objetada a través de intervenciones que podríamos juzgar como relativamente novedosas frente al esquema tradicional de respuesta judicial. La mayor novedad en esas intervenciones se advierte precisamente en la etapa de remediación de las afectaciones, luego de la declaración sobre los derechos afectados.

Luego de *Verbitsky*, el caso que mayor atención concitó por involucrar al Poder Judicial en la evaluación periódica y la promoción del rediseño de una política pública parece haber

³ Fiss, Owen, “The Supreme Court, 1978—Foreword: The Forms of Justice”, 93 HARV. L. REV. 1 (1979), en LAW AS JUSTICE, Irwin P. Stotzky (ed.), Twelve Table Press, New York (2009), p. 142.

sido *Mendoza*⁴. Allí, el máximo tribunal intervino a través de su jurisdicción originaria, en un conflicto que afecta la salud y la vida de más de 2 millones de habitantes de la Ciudad y de la Provincia de Buenos Aires por la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo. La Corte entendió que existía un daño a un derecho colectivo que exigía su intervención para encontrar remedios colectivos.

Como en *Verbitsky*, la Corte tomó intervención bajo la idea de que existía una violación continua de derechos, originada en deficientes políticas públicas, y que la reforma estructural de políticas era necesaria para salir de la “situación inconstitucional”. Por otro lado, aquí también el tribunal dio comienzo a un proceso deliberativo inclusivo de todas las partes del caso y otros actores interesados en la problemática —que se habían presentado en calidad de *amici curiae*— y buscó que de esta interacción surgieran propuestas superadoras del estado de cosas existente. Como en *Verbitsky*, la Corte también concluyó aquí que la necesaria reforma de políticas debía producirse como consecuencia de decisiones de los poderes políticos que estuvieran inspiradas en la discusión pública y el consenso. Esto se evidenció en las distintas audiencias públicas que la Corte celebró, y en la continua promoción de las negociaciones y la búsqueda de acuerdos entre los distintos actores involucrados que evidenció durante su desarrollo. Por otro lado, a través de la amplia publicidad que dio a sus intervenciones y a las audiencias del caso, el tribunal logró instalar la problemática ambiental en un lugar destacado del debate público, elemento también de interés cuando se trata de remediar situaciones de violación estructural de derechos.

Si bien en *Mendoza* la Corte no ordenó la creación de una mesa de diálogo, tomó distintas iniciativas dirigidas a promover el debate entre las distintas autoridades públicas involucradas, las otras partes del caso y expertos en la materia. En primer lugar exhortó a los tres gobiernos demandados (el de la ciudad de Buenos Aires, el de la provincia de Buenos Aires y el nacional) a elaborar programas de educación y de información pública ambiental, y a preparar un plan (unificado) para sanear la cuenca. Una vez que éste fue completado y presentado⁵, celebró audiencias públicas para que los representantes estatales lo presenten y expliquen. Luego hizo que todas las partes y expertos de la Universidad de Buenos Aires lo analizaran⁶, y llevó adelante nuevas audiencias públicas para que el plan fuera discutido por todas las partes y actores interesados del caso.⁷ Movilizados por el activismo del máximo tribunal, tanto el Congreso Nacional como las legislaturas locales discutieron reformas legislativas dirigidas a mejorar la situación ambiental. Entre otros avances, el Congreso sancionó una ley que creó la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo, a cargo de implementar y monitorear una nueva política ambiental.⁸

De todas maneras, la vaguedad del plan presentado por los gobiernos y las críticas que respecto de éste formularon los expertos convocados y demás partes condujeron al máximo tribunal a tomar una actitud más activa. A través de una sentencia innovadora, si bien sosteniendo que sus decisiones sólo formulaban principios generales dirigidas a guiar las reformas que los gobiernos demandados debían llevar adelante, la Corte ordenó a los gobiernos una larga serie de acciones específicas como la detención de la contaminación, el saneamiento y la erradicación de basurales, la limpieza de la ribera del río, la construcción de desagües y cloacas y la expansión de la red de agua potable. Incluso hizo responsable personalmente por su cumplimiento, y sujeta a multas, a la recientemente designada autoridad de la cuenca, y encargó a un Juzgado Federal de Quilmes la supervisión del cumplimiento de las medidas. Por otro lado, el máximo tribunal encargó a la Auditoría General de la Nación el control de la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria del plan de saneamiento, y creó un cuerpo colegiado de monitoreo integrado por el Defensor del Pueblo de la Nación y distintas organizaciones de la sociedad civil.⁹

Como se ve, el trámite que la Corte dio al caso lo enmarca en el modelo del *litigio de reforma estructural*. El tribunal asumió un rol protagónico llamando la atención de los

⁴ CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo)”, Fallos: 329:2316, sentencia del 20/06/2006.

⁵ “Plan Integrado para el Saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo”, presentado ante la Corte en fecha 5/09/2006.

⁶ CSJN, “Mendoza”, sentencia del 23/02/2007.

⁷ CSJN, “Mendoza”, sentencia del 12/06/2007. Las audiencias públicas celebradas con los fines mencionados se realizaron el 20/02/2007, el 04/07/2007 y los días 28, 29 y 30/11/2007.

⁸ Ley 26.168 (“Ley de Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR)”), sancionada el 15/11/2006.

⁹ CSJN, “Mendoza”, sentencia del 8/07/2008.

poderes públicos de los tres estados demandados acerca de infracciones constitucionales resultantes de su mora en decidir políticas o de la mala ejecución de éstas. Y en lugar de recolectar prueba para dictar sentencia decidiendo por sí misma la solución y los remedios adecuados, buscó que éstos surgieran del diálogo entre los distintos actores –tanto estatales como no estatales- involucrados. Asimismo, puso especial énfasis en crear sistemas de control y monitoreo de la ejecución de las políticas dirigidas a remediar la situación inconstitucional.

Otro caso colectivo de gran relevancia para guiar la intervención judicial en instancias en que los derechos resultan violados por la falta de políticas o su deficiente ejecución es el que la Corte dictó respecto del Ministerio de Salud de la provincia de Salta¹⁰. En este caso, un grupo de médicos del Hospital Materno Infantil de la provincia de Salta y dos asociaciones profesionales habían presentado un amparo para que todas las instalaciones y áreas del hospital fueran reestructuradas, reequipadas, reconstruidas y reacondicionadas de manera urgente. Pidieron también que se suministraran medicamentos indispensables y se prestara un servicio de higiene adecuado.

El reclamo había sido exitoso en primera instancia pero fue rechazado por la Corte de Justicia provincial, que sostuvo que el amparo no era la vía adecuada y que una situación de hecho como la denunciada no podía suscitar la intervención judicial, pues, de acuerdo con una concepción restringida del concepto de “causa judicial”, la justicia sólo podía intervenir ante la existencia de un perjuicio concreto, que aquí consideraron no evidenciado. La Corte, sin embargo, revocó esta decisión y argumentó que los tribunales de justicia no pueden evadir su intervención sobre la base de fundamentos procesales estrictos y formalistas. Sostuvo que la situación de hecho existente —la gran precariedad que mostraba el hospital— configuraba en sí misma una “causa judicial” y que la justicia debía tomar cartas en el asunto. De esta manera devolvió el expediente a la Corte local para que dictara una nueva sentencia que hiciera lugar al reclamo de saneamiento del hospital.

La vocación de la Corte por intervenir en el escenario público con el fin de promover la actuación de los poderes públicos y así lograr la reforma de políticas que afectan derechos se vio ilustrada también en *Badaro*¹¹. Aquí la Corte intervino intentando encontrar un equilibrio adecuado entre la protección del derecho afectado y el respeto por el ámbito de competencias de cada uno de los poderes estatales. El máximo tribunal resolvió que la ausencia de aumentos en las jubilaciones superiores a mil pesos no podía ser considerada el resultado de un sistema de movilidad válido, y que la previsión constitucional sobre este punto (art. 14 bis CN) venía siendo violada como consecuencia de la inacción del Congreso Nacional.

Lo novedoso del caso fue que, en lugar de determinar el índice de movilidad aplicable para la actualización de las jubilaciones, la Corte comunicó su sentencia a los poderes ejecutivo y legislativo a fin de que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas necesarias para solucionar la situación inconstitucional existente. Así, por un lado reconoció la existencia de una postergación injusta generada por la falta de mecanismos de movilidad de jubilaciones y pensiones, y por otro lado comprendió que para reparar el daño, quienes debían tomar medidas eran los poderes legislativo y ejecutivo del estado.

Sin embargo, las medidas exigidas por la Corte no fueron tomadas a tiempo ni de acuerdo con los estándares fijados por el máximo tribunal (en lugar de la creación de un mecanismo para garantizar la movilidad de las prestaciones provisionales, el Congreso sólo otorgó un aumento fijo del 13% para todos los jubilados). Por esto, en una nueva sentencia¹², y habiendo considerado agotado el plazo impuesto en su anterior decisión, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la nueva norma¹³. Los efectos de esta decisión, sin embargo, afectan únicamente la posición del demandante, pues el caso consistía en un reclamo individual; no colectivo. Pese a ello, como consecuencia de las intervenciones del máximo tribunal y la política de diálogo que a través de sus fallos desarrolló con los poderes

¹⁰ CSJN, “Ministerio de Salud y/o Gobernación s/ acción de amparo”. Fallos: 329:4741, sentencia del 31/10/2006.

¹¹ CSJN, “Badaro, Adolfo Agustín c/ ANSES s/ reajustes varios”, sentencia del 8/08/2006.

¹² CSJN, “Badaro”, sentencia del 26/11/2007.

¹³ Se trataba del artículo 7, inciso 2 de la ley 24.463.

políticos, el Congreso Nacional sancionó una nueva ley¹⁴ que ahora sí —aun con una regulación opinable— contempla un mecanismo de movilidad para la actualización de las jubilaciones.

La jurisprudencia de la Corte ofrece más casos de relieve para tener en cuenta en el expediente aquí tramitado. Ante una grave crisis sanitaria, económica y social que afectó a pueblos originarios de la provincia del Chaco —en su mayoría pertenecientes a la etnia Toba— que generó 11 muertes por desnutrición y otras violaciones a sus derechos fundamentales (desnutrición aguda, carencia de asistencia médica adecuada, etc.), el Defensor del Pueblo de la Nación inició ante la Corte una demanda contra el Estado nacional y la provincia de Chaco a fin de que dieran asistencia a los integrantes de esta comunidad. La Corte decidió que debía intervenir en consideración de la gravedad y la urgencia de los hechos denunciados, sin perjuicio de lo que posteriormente pudiera decidir sobre su competencia¹⁵.

De forma rápida ordenó a los gobiernos demandados que suministraran agua potable y alimentos a los afectados, así como un medio de transporte y comunicación para cada uno de los puestos sanitarios de la región. Además, el tribunal requirió al Estado Nacional y a la provincia de Chaco que informaran en el plazo de 30 días, entre otras cosas, sobre la ejecución de los programas de salud, de agua potable, de educación y de vivienda en las regiones habitadas por las comunidades víctimas de desprotección. Para esto convocó a una audiencia pública. En su decisión, la Corte destacó que corresponde al Poder Judicial buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, sobre todo cuando se trata del derecho a la vida y a la integridad física. Luego de dictar la sentencia, el tribunal realizó tres nuevas audiencias públicas para que los demandados informaran acerca de las medidas adoptadas para hacer frente a la situación de emergencia vivida por las comunidades aborígenes.

Finalmente, la Corte parece haber consolidado su postura amplia en cuanto al deber de los tribunales de justicia de tramitar acciones colectivas en *Halabi*¹⁶, donde fijó las bases para una regulación de estas acciones y consolidó el criterio de que la justicia debe intervenir cuando ello es necesario para reparar vulneraciones extensas y dispersas de derechos por prácticas discriminatorias o alejadas de principios constitucionales que afectan a grupos vulnerables. Esta sentencia ofrece una guía para todos los tribunales del país y comprometió al poder judicial a fortalecer una concepción amplia de causa judicial y cierta flexibilidad en materia procesal que permita encontrar remedios adecuados para situaciones de privaciones de derechos derivadas de la inexistencia o deficiencia de políticas públicas.

V. Órdenes judiciales para el desalojo de cárceles

El litigio estructural en materia de superpoblación no es una completa novedad en otras jurisdicciones y existen modelos sobre la base de los cuales la SCBA podría delinear su propia intervención. El cumplimiento de las obligaciones estatales requiere la organización de una infraestructura institucional estable (personas, procedimientos, recursos, indicadores, información y rendición de cuentas) activa, pública, estable y de largo plazo.

Sin ello, parece *a priori* imposible cualquier intento de avance sensible en el remedio de las violaciones ya declaradas. La experiencia comparada acerca de la gestión del remedio en casos estructurales de violación de derechos sugiere con fuerza que el encuadre de este proceso de ejecución de sentencia, como una instancia episódica, individual, abocada a una o unas pocas órdenes de hacer, o genéricas exhortaciones a los órganos judiciales y políticos de la Provincia, es inoperante para cumplir las atribuciones relativas a la ejecución.

a. Los casos *Plata y Coleman c. Schwarzenegger*

¹⁴ Ley 26.417, del 1/10/2008.

¹⁵ CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento.”, sentencia del 18/09/2007.

¹⁶ CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 -dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24/02/2009.

Entre los casos más conocidos, sin dudas se encuentran *Plata y Coleman* en California. El 4 de agosto de 2009, un panel de tres jueces **ordenó** al estado de California, que **en el plazo de 45 días presentara un plan de reducción de población carcelaria que en menos de dos años llevara a un 137,5 % la ocupación** de las instituciones para adultos¹⁷. El tribunal, además, resolvió **conservar su jurisdicción** sobre el caso para asegurar el cumplimiento del plan de reducción de la población penal, así como para considerar toda subsecuente modificación.

Plata v. Schwarzenegger es una acción federal de clase presentada en el año 2001. En ella se alegó que los servicios médicos del Departamento de California de Corrección y Rehabilitación (CDCR) eran inadecuados y violaban la Enmienda Octava de la Constitución de los EEUU, el Acta para Americanos con Discapacidades y la sección 504 del Acta de Rehabilitación de 1973. Las deficiencias del servicio médico incluían entre otras: la falta de chequeo de los nuevos internos, la lentitud o la falta de atención de salud, las tardías respuestas a emergencias médicas, la falta de *staff* competente, las historias clínicas desorganizadas e incompletas y la ausencia de protocolos para tratar enfermedades crónicas. En el caso se resolvió que las condiciones violaban la Enmienda Octava de la Constitución y se autorizó una negociación entre las partes, en 2002, que aseguraba un mínimo piso en el servicio de salud. Luego de continuas violaciones al acuerdo y dado el poco progreso logrado, el sistema de salud de las prisiones fue puesto bajo administración judicial (*receivership*), en 2005, aunque se mantuvieron las deficiencias fundamentales.

Coleman v. Schwarzenegger es otra acción federal de clase presentada en 1990, en la que alegaba que la atención psiquiátrica proporcionada por la CDCR violaba el Acta de derechos Civiles de 1871, la enmienda Octava y Catorceava de la Constitución de Estados Unidos y el Acta de Rehabilitación de 1971. Un juez resolvió en 1994 que el servicio de salud psiquiátrica brindado a los internos efectivamente violaba la Constitución de los Estados Unidos y en 1995 se emitió una medida cautelar bajo el monitoreo de un *Special Master*. Para el 2006, los informes mostraban que había habido un retroceso en la calidad del servicio de salud causado por el aumento de la población carcelaria.

En el 2006, el gobernador Schwarzenegger declaró en **estado de emergencia** por sobrepoblación a las prisiones del estado de California y los demandantes de los casos Coleman y Plata presentaron sendos pedidos para que los casos se tramitasen de acuerdo al Estatuto 3626, creado por la *Violent crime Control and Law Enforcement Act*, ante una corte de 3 jueces y con el fin de limitar la población carcelaria. En Julio de 2007, las cortes de ambos casos aceptaron el pedido de los demandantes y recomendaron que los casos fuesen asignados a la misma Corte. El juicio empezó en noviembre de 2008. Finalmente, la Corte concluyó que la mala atención medica y psiquiátrica de los internos obedecía a la superpoblación y tomó acciones para remediar la situación.

Para la Corte, todos los anteriores intentos fallidos dejaban en claro que **no podía lograrse una solución sin una orden de liberación** (*prison release order*). Analizó otras alternativas como la construcción de nuevas cárceles, la expansión de las existentes, el aumento de contrataciones de *staff* médico, o la transferencia de presos a establecimientos penitenciarios de otros estados, pero concluyó que nada de ello era suficiente y que la única manera de crear un ambiente propicio para asegurar la adecuada atención médica era reducir la población carcelaria. Entre las medidas disponibles para morigerar la tasa de encierro, el tribunal señaló:

- i. La expansión de los créditos para reducir condena:

California posee un sistema de créditos que permite a los internos reducir su tiempo de condena al cumplir con las reglas de los establecimientos carcelarios, o a través de la participación en programas de educación, trabajo o rehabilitación. Los expertos apoyaron la expansión de los créditos, como una medida que no afectaría la seguridad pública y permitiría reducir la reincidencia. La Corte analizó y rechazó algunas críticas a los créditos, por ejemplo, aquella que dice que reducir la condena aumentaría la reincidencia, al reducirse la oportunidad de los internos de completar los programas de rehabilitación. La prueba demostró que sólo la mitad de los presos liberados por año habían realizado algún

¹⁷ El porcentaje se explica por la existencia de fallos anteriores de la Corte federal en los que una cifra de ocupación apenas superior había sido cuestionada.

tipo de programa de rehabilitación. La Corte también consideró que no había relación probada entre el tiempo de detención y la reincidencia.

ii. Diferentes sanciones para quienes violan condiciones de su libertad condicionada

California tiene una práctica expandida de re-encarcelar a personas por *violaciones técnicas* a su libertad condicionada. La prueba presentada demostró que esta práctica implica la prisión durante cortos periodos (*catch and release*) en establecimientos superpoblados y que ello no tenía sentido ni disuasorio ni económico. Al contrario, impedía a los internos participar en actividades de rehabilitación o, en los casos de los enfermos mentales, de tratamientos continuados. El fallo planteó alternativas. Una es el *Parole Violation Decision Making Instrument*, una estrategia para determinar la sanción con base en la peligrosidad de la persona en libertad condicional y la gravedad de su infracción.

Otras alternativas sugeridas fueron la prohibición del nuevo encarcelamiento de personas por infracciones *técnicas*, la reducción del periodo de libertad condicional y la creación de un programa de incentivos para los encargados de las personas liberadas. Al reducir la cantidad de re-encarcelaciones se mejoraría el sistema de libertad condicional y se reduciría la sobrepoblación. Los centros de recepción, de tal forma, podrían cumplir su función correctamente y clasificar y dividir a los internos en diferentes establecimientos. Además, se permitiría a los liberados bajo condición (*parolees*) realizar y completar programas de rehabilitación y darles la oportunidad de ser miembros productivos de su comunidad. La seguridad pública, para la corte, también mejoraría si se aplicaran sanciones alternativas como tratamientos por adicciones, o monitoreo electrónico. O, de ser necesario el re-encarcelamiento, el empleo de establecimientos locales menos rigurosos (*county jails*). Para la Corte, el uso de sanciones alternativas y graduales tendría el mismo efecto disuasorio que la prisión y además reduciría la reincidencia.

iii. Diferentes sanciones para delincuentes de bajo riesgo con condenas cortas:

Los demandantes también propusieron que aquellos delincuentes de bajo riesgo, con condenas de prisión cortas, recibieran sanciones comunitarias. La mayor cantidad de internos en California cumplía condenas de menos de 24 meses. Una mayoría con condenas de hasta 16 meses. De acuerdo con las normas actuales, dijo el tribunal, los internos pueden reducir sus condenas con créditos y cumplir condenas comparables a las de los infractores de la libertad condicional. Al igual que estos últimos, los internos no logran realizar programas de de rehabilitación significativos en el corto tiempo en prisión. La alternativa es que aquellos delincuentes de baja peligrosidad cumplan sus sentencias en correccionales comunitarios. Con base en testimonios, el Tribunal dijo que California encarcela a más personas que las necesarias para la seguridad pública, a pesar de que existen medidas intermedias aplicables que crearían una California más segura. Las personas que no han sido expuestas a las prisiones estatales son más fáciles de tratar y rehabilitar que aquellos que ya han estado en prisión. Las alternativas permitirían al delincuente participar de programas de rehabilitación en la comunidad facilitando la reinserción social.

iv. Expansión de Programas de rehabilitación

Otra medida que sugiere el fallo es que se aumente la cantidad de programas de rehabilitación en prisiones o centros comunitarios ya que está demostrado que ello reduce la reincidencia. Esta medida, implementada junto a las medidas enunciadas antes, reduciría la reincidencia y la sobrepoblación en las cárceles y tendría un impacto positivo en la seguridad pública.

v. Otras medidas

La Corte también señaló que otras medidas además de las propuestas por los demandantes pueden reducir la sobrepoblación carcelaria y que el Estado no está limitado por las propuestas de los actores. Por ejemplo, la reforma al régimen de sentencia (*sentencing regime*) de modo de permitir premiar a los internos que participen en programas de rehabilitación o de retener a los presos que creen un riesgo para la sociedad. Una comisión debería diseñar un sistema que equilibre la uniformidad en las condenas con la flexibilidad

necesaria para la individualización del castigo, creando subgrupos como mujeres, enfermos y mayores que puedan ser derivados a otros establecimientos.

Para la Corte, las leyes vigentes carecen de lógica estratégica y filosófica. Como los internos saben que su libertad tendrá lugar en una fecha determinada, tienen pocos incentivos para mejorar en prisión, o durante la libertad condicional. Por otro lado, los internos deben ser liberados a pesar de que constituyan un peligro serio para la sociedad. Para la Corte, los jueces y las autoridades penitenciarias tienen pocos mecanismos para que las sentencias reflejen las características particulares de cierto crimen y cierto delincuente y las leyes tratan muchos crímenes de igual forma, a pesar de que las circunstancias exijan sanciones diferentes.

La Corte también mencionó que el aumento en las escalas penales en las últimas décadas no reflejaba una política criminal coherente. La seguridad pública no mejoraba con el aumento de la encarcelación de personas y propuso que el Estado considere reformar la ley penal, por ejemplo, para que personas mayores puedan cumplir sus condenas en establecimientos comunitarios correccionales, o en arresto domiciliario.

La Corte hizo explícito también su rechazo a las opiniones que cuestionan la liberación por considerar que aumentaría la cantidad de crímenes y arrestos. Estos argumentos, para la Corte, surgen de quienes creen que una orden de liberación implica liberar presos en masa, o no permitir la entrada de nuevos delincuentes a las prisiones.

Por otro lado, la Corte hizo referencia a la crisis económica del país para concluir que sus conclusiones no se verían alteradas. Al contrario, consideró la reducción de la sobrepoblación carcelaria implicaría un ahorro importante y opinó que si bien una mayor inversión del Estado, para la ejecución de las medidas alternativas propuestas, sería beneficiosa, no era necesaria. Finalmente, extendió las conclusiones a los internos con enfermedades mentales y citó a especialistas que consideran que es mejor y más económico tratar a los pacientes fuera de las prisiones, y que un paciente bajo tratamiento es igual de riesgoso y tiene iguales posibilidades de reincidir que un interno normal.

b. La jurisprudencia de Costa Rica

El litigio estructural en materia penitenciaria tampoco es completamente novedoso en América Latina. La experiencia desarrollada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica es sumamente interesante. En varias sentencias la Sala Constitucional le ha otorgado un plazo al Estado a fin de que incluya las partidas presupuestarias necesarias para resolver el problema de higiene, falta de colchones y otras carencias, y ha sido enérgica acerca de la obligación de cumplir con los compromisos de las *Reglas mínimas de Naciones Unidas* y de garantizar condiciones dignas a los reclusos.

Ha decidido, por ejemplo, en la sentencia 709/91 lo siguiente:

[...] que en el caso que nos ocupa, se plantea el conflicto entre el valor “seguridad pública”, protegido por la acción del Estado y el valor “dignidad humana”, ya que el recurrente se queja de haber sido encarcelado en unas celdas... que no reúnen siquiera las condiciones mínimas higiénicas, de comodidad y arquitectónicas para mantener detenida a una personas aunque sea por pocas horas... La Sala considera que... la actividad del Estado no tiene porqué producir transgresiones a los derechos fundamentales, ya que la existencia misma del Estado responde precisamente a la necesidad de satisfacer los problemas colectivos de una comunidad y no al contrario, que implicaría que la sociedad existe para preservar al Estado. Por esto, no pueden existir en un Estado de Derecho, consecuentemente respetuoso de los derechos humanos, tratamientos degradantes inflingidos a una persona bajo el pretexto de cumplir con una función pública, como lo es entre otras, la seguridad ciudadana...¹⁸

Sin dejar de reconocer la complejidad del problema estructural y los ámbitos de actuación que competen a cada poder del Estado, la Sala estableció que:

¹⁸ Cf. Mora Mora, Luis Paulino, “Sobrepoblación penitenciaria y derechos humanos: la experiencia constitucional” en AAVV *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, Carranza Elías (Coordinador), ILANUD, Naciones Unidas y Siglo XXI, 2001: México. P. 65.

[...] el problema de la construcción y el mantenimiento de cárceles, ha sido tradicionalmente relegado por muchas sociedades por una concepción errada de la materia, considerándose que la inversión en este tipo de edificaciones no es una prioridad, y por ello... el problema existe y es grave... La Sala, dentro de sus funciones de resguardo de los derechos fundamentales de los costarricenses, tiene que declarar con lugar el recurso... al haberse sometido a un ciudadano a un tratamiento contrario a su dignidad... por el mal estado físico de la cárcel (en) la que fue detenido, debido a la omisión inaceptable del estado de construir adecuados centros de detención.”¹⁹

Por otra parte, la Sala reconoció que la solución del problema requiere de una acción progresiva y sostenida que no puede lograrse en un tiempo breve. Y en consecuencia, decidió otorgar un plazo perentorio de tres años para que la gobernación ponga la totalidad de las cárceles que utiliza en condiciones que no ofendan la dignidad de los detenidos en ellas.

Las decisiones de la Sala Constitucional han tenido en cuenta la dimensión real del problema relativo a las condiciones de alojamiento de las personas privadas de libertad y la necesaria efectividad en el cumplimiento de las sentencias. De ese modo, los plazos para la ejecución permiten al Estado contar con un tiempo para llevar a cabo una adecuada planificación y asegurar el efectivo cumplimiento del fallo.

En otro precedente de gran trascendencia, este tribunal ordenó a la ministra de justicia que no reciba más personas detenidas en el Centro de Atención Institucional de San José y que inicie un proceso de disminución paulatina hasta llegar a la capacidad real de alojamiento de ese centro (470 plazas, según las propias autoridades penitenciarias); para lo cual otorgó el plazo de un año.

La situación verificada fue calificada como de *hacinamiento crítico*, en tanto se encontraban albergados 1200 internos, que debían dormir encimados, sin camas, a la par o dentro de los servicios sanitarios; rodeados de humedad; con atención médica deficiente; en donde se producen robos y actos de violencia, se paga por protección, etc. El tribunal tuvo en cuenta que de acuerdo con los estándares fijados por el Comité Europeo para los Problemas Criminales²⁰ un índice mayor al 120% de sobrepoblación constituye tratos crueles, degradantes e inhumanos, lesivos de los derechos constitucionales de los detenidos.

En la sentencia 2000-07484 se afirmó que:

[...] ante la magnitud de la denuncia... no puede al Sala Constitucional soslayar su deber como garante de los derechos fundamentales de los habitantes del país, permitiendo que un estado de flagrante violación a la dignidad humana continúe en el centro penal... con la consecuente transgresión a compromisos internacionales adquiridos por el país, por ejemplo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.... Y es que no se trata de una situación simple de sobrepoblación penal que provoca incomodidad... sino un franco hacinamiento... lo que aparte de poner al país en situación de incumplimiento con convenios internacionales, eventualmente podría poner en peligro la salud física y mental de las personas privadas de libertad, así como convertirse en un medio propicio para acrecentar el clima de violencia...”²¹

c. El Caso Mestrín en la jurisdicción de Mar del Plata

Ya en la jurisdicción de la Provincia de Buenos aires, el 20 de abril de 2010, en la Causa n° 14.355; "*Mestrín, María Fernanda; Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*", la Sala Iª de la Excm. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata en Acuerdo ordinario, hizo lugar a un hábeas corpus colectivo luego de verificar un 50 % de sobrepoblación sobre la base de peritajes practicados en el establecimiento.

Sobre esa base, y en un sentido que compartimos, ordenó:

¹⁹ Cf. Mora Mora, Luis Paulino, op. cit., p. 66

²⁰ Reporte final de actividad, 13 de julio de 1999, p.50. Citado por Mora Mora, Luis Paulino, o. cit., p. 68.

²¹ Cf. Mora Mora, Luis Paulino, op. cit., p. 68-6

I. REQUERIR al Ministerio de Justicia la adopción de las medidas necesarias para que, gradualmente y en un plazo máximo de 360 días, produzca la efectiva adecuación de los niveles ocupacionales de las instalaciones de la Unidad Penal 15, determinados por el informe pericial de la SCJBA (fs. 949 vta. y Recomendación n° 12).

II. REQUERIR al Ministerio de Justicia, de conformidad con la pauta de gradualidad referida en el punto anterior, que en el lapso tope de 180 días produzca una efectiva disminución de internos que alcance, cuanto menos, a una reducción de la constatada superpoblación al promedio nacional (no deberá exceder el 30 %, aproximadamente la mitad de su nivel actual).

III. INSTAR al Ministerio de Justicia que, en el cumplimiento de las medidas anteriores, se priorice la disminución de internos provenientes de otras jurisdicciones, que no sólo generan el hacinamiento pericialmente verificado, sino también graves conflictos de convivencia y problemas de seguridad en la cárcel de Batán (UP 15). A estos fines, se deberá tener especialmente en cuenta la necesidad de preservar el acercamiento familiar previsto en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos como criterio favorecedor de los fines preventivo-especiales de las penas de encierro.

IV. INSTAR al Ministerio de Justicia, como modo paliativo de la situación descrita, a que se finalicen los trabajos y se habilite con urgencia la utilización de las casas para detenidos con régimen abierto, así como se implemente con mayor extensión la posibilidad de medios alternativos al encarcelamiento cautelar como el uso de brazaletes, pulsera o medio similar de control y monitoreo electrónico.

La decisión supone una novedad en la jurisdicción pero sin dudas se inscribe en la línea marcada por los precedentes de la CSJN y establece un mecanismo de control de la actividad del Poder Ejecutivo que merece atención.

VI. El potencial de la Subsecretaría de la Personas privadas de su libertad en el ámbito de la SCBA

Algunas medidas al interior del Poder Judicial deben acompañar el trabajo jurisdiccional de la SCBA. Por ejemplo, la puesta en funcionamiento del *Área de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad* —creada con rango de Subsecretaría por resolución SCBA 250/07 del 19 de diciembre de 2007, en el marco de esta causa— que podría coadyuvar a la efectiva implementación del remedio jurisdiccional.

Por supuesto, poner en marcha una oficina de superintendencia no es suficiente solución al enorme problema a la vista, ni la jurisdicción del caso puede agotarse en modo alguno por las acciones desplegadas en el ámbito administrativo del tribunal. Con todo, en el contexto de las decisiones que la SCBA debe emitir a fin de identificar y poner en marcha remedios adecuados, la Subsecretaría, en tanto reciba atención e instrucciones precisas de la SCBA, puede servir de órgano asesoramiento técnico, o monitoreo, de modo de potenciar la indelegable labor jurisdiccional del tribunal. En esta inteligencia, la subsecretaría, puede ser vista como una entre tantas otras herramientas a las que debe recurrir la SCBA en el marco del proceso de ejecución. En la medida en que la SCBA decida ejecutar su jurisdicción por esa vía, podrá ser una herramienta más útil.

La SCBA especificó que la Subsecretaría tendría a su cargo **organizar un programa de actividades**, un **sistema de seguimiento** y un **modelo de organización** que permitiese **sistematizar y controlar el proceso de implementación y ejecución de las condiciones de detención** de las personas alojadas en comisarías y establecimientos del sistema penitenciario, conforme las pautas establecidas en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 5 de mayo de 2005 (apartados 2 y 4 del citado fallo) dictada en esta causa. El objetivo, conforme el punto 5 de la parte resolutive es:

optimizar las visitas carcelarias y penitenciarias a cargo de magistrados, adecuándolas a un protocolo estándar, en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, que permita al Tribunal sistematizar la información allí asentada, temática sobre la cual también podrán formular sugerencias los actores de la

causa, los jueces penales de esta Provincia y las restantes instituciones públicas o no gubernamentales interesadas en la defensa de los derechos humanos.

Luego de casi dos años y medio desde su creación, el *Área de Derechos Humanos* no ha sido puesta aún en funciones.

La Resolución S.C. n° 836/08, de 16 de abril de 2008 llamó a concurso para cubrir el cargo de *Subsecretario de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad* (expediente S.P. 76/08). Y más tarde, el Acuerdo n° 3390 del 8 de octubre de 2008 reglamentó funciones y facultades de la Subsecretaría para el cumplimiento de sus fines. Estableció, por un lado, su estructura orgánica, indicando que dependerá de la Presidencia de la SCBA y que estará a cargo de un Subsecretario, junto a un funcionario letrado y tres empleados administrativos, uno de los cuales deberá contar con formación en informática. Por otro, se le asignó la función de controlar el cumplimiento de las visitas a los centros de privación de libertad por parte de los jueces y confeccionar un Protocolo de Actuación para ello; capacitar a los operadores; mantener actualizado un Registro de las visitas institucionales; recibir los informes de las visitas realizadas y efectuarles observaciones a los mismos; diseñar y mantener actualizado un registro de hábeas corpus por condiciones de detención; elaborar conclusiones sobre la información recibida y propuestas de medidas judiciales, legislativas, administrativas o de otra especie; hacer observaciones acerca de la legislación vigente y de los proyectos de ley en la materia; entre muchas otras (artículo 1, Acordada 3390/08). Para ello, la Subsecretaría puede solicitar informes a organismos públicos o privados; coordinar actividades con organismos e instituciones y con instancias de protección internacional, proponiendo a la SCBA la celebración de convenios con los mismos; y visitar establecimientos donde se encuentren personas privadas de la libertad.

El 4 de marzo de 2009, la Resolución S.C. n° 387/09 designó una Comisión Asesora para dictaminar en el concurso de elección del Subsecretario. El 10 de junio del mismo año se resolvió que las diez primeras personas en el orden de mérito del concurso serían entrevistadas por la Comisión Asesora y por el jurista consultor. Se fijaron los días 12, 13 y 14 de agosto de 2009 como fechas de inscripción al concurso, y el examen escrito se llevó adelante el día 16 de octubre de aquel año.

La creación del *Área* por parte de esa Suprema Corte en la resolución del 19 de diciembre de 2007 puede haber sido un paso hacia la regularización paulatina de la condición de los privados de la libertad en la provincia, por su posición institucional y las funciones y atribuciones que se le asignaron. El carácter necesariamente interanual y estructural del procedimiento de remediación que la SCBA debe llevar adelante requiere la organización y puesta en marcha de un sistema de indicadores del grado de avances en el cumplimiento, realistas pero efectivos, y de instancias eficaces de verificación, que pueden consistir en la atribución de tales competencias a oficinas especialmente convocadas a tal efecto.

Más allá de que ciertos aspectos de la sentencia pueden encomendarse a la gestión descentralizada de los tribunales de instancias inferiores, el remedio estructural debe gestionarse en alguna medida por medio de mecanismos centralizados, ya que no resulta recomendable que la SCBA personalmente realice la gestión cotidiana de un proceso estructural y plurianual, o supervise cada detalle. El *Área*, en ese marco, podría desempeñar un papel de relevancia en la articulación y coordinación de un adecuado sistema de control de las visitas carcelarias que se lleven adelante en la provincia, facilitando de esa manera la detección de situaciones violatorias de los derechos fundamentales, y permitiendo asimismo formar adecuadamente a los actores más relevantes, quienes muchas veces carecen de experiencia en dicha tarea.

La utilidad última de esta oficina, está claro, queda supeditada al compromiso jurisdiccional que la SCBA asuma, a las pautas de trabajo que fije y a la estrategia de intervención que la Corte, como cúspide del poder judicial provincial debe definir.

VII. Observaciones finales

La evolución de la jurisprudencia y de la práctica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las experiencias comparadas citadas y el propio camino que la SCBA parece haber comenzado a transitar con la creación de un área específica en su estructura, con la

potencialidad de colaborar en la ejecución del remedio judicial, llaman la atención sobre la efectiva posibilidad de que los tribunales de justicia, sin lesión a la división de poderes, y sin inmiscuirse indebidamente en las esferas propias de los otros poderes de estado tengan un papel activo y creativo dentro del espacio jurisdiccional.

La objeción tradicional a la intervención de los jueces en la definición de políticas públicas ya ha sido respondida de modo plausible por la Corte Suprema en *Verbitsky*, donde señaló que:

[...] a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias.

Y que

[...] No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas. (cons. 27°).

En *Verbitsky* la Corte ofreció un argumento sobre la objeción también en torno a la carencia de recursos materiales del Estado. Nuevamente, no se trata de ordenar a los poderes políticos cómo gastar los fondos públicos, sino de investigar cómo lo hacen, exigir una rendición de cuentas transparente y pública, y censurar aquéllas decisiones que violan derechos sin encontrar adecuada justificación:

“Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5°, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” (Fallos: 318:2002) (cons. 28).

Las limitaciones técnicas de los tribunales, finalmente, si bien son atendibles, encuentran solución, al igual que en muchos otros tipos de litigio, a través de la consulta con expertos, las audiencias, las visitas *in loco*, los pedidos de informe y otras tantas medidas similares. Se trata, al fin, de la misma pluralidad de medidas a las que los jueces habitualmente recurren para sortear sus naturales carencias epistémicas.

Dada la vinculación de las tres referidas cuestiones con alguna aparente opinión dominante en contra de una intervención judicial vigorosa a favor de los derechos de los presos, caben dos últimas reflexiones sobre otras posibles objeciones fundadas en una aparente demanda social contraria al avance del derecho de los presos.

Por un lado, no existe ninguna comprobación fundada acerca de que exista una decisión colectiva uniformemente dirigida a reclamar de modo constante mayores tasas de encarcelamiento, o malas condiciones de encierro. Mucho menos defendible, por cierto, es que incluso existiendo semejante decisión colectiva los jueces deban simplemente limitarse a ejecutarla, olvidando su papel de garantes de derechos. Nuestra experiencia, por lo contrario, sugiere que incluso las víctimas de delitos graves pueden aceptar la idea de punición y encierro acotados, cuando ellos son fijados por los jueces en procesos justos. Como es público y notorio, además, incluso las víctimas del terrorismo de estado aceptan la imposición de penas acotadas y hasta la absolución de quienes consideran autores de los crímenes más graves que un Estado puede cometer. Cualquier argumento que sólo repose en una intuición acerca del sentir y obrar concreto de la población, o que considere a ésta una unidad homogénea, sólo en apariencia se puede acercar a una decisión fundada en la consideración seria de las opiniones de la ciudadanía.

Por otro lado, sería absurdo reposar en la existencia de una supuesta demanda social punitiva uniformemente modelada y no considerar, al mismo tiempo, que muchos darían por cierto que la opinión mayoritaria cree que las cárceles son *escuelas del delito*. Si esto es

así, y si aun se piensa que los jueces deben ser deferentes a las consideraciones sociales dominantes, tampoco estaría exenta la labor judicial de la necesidad de dar cuenta de los enormes déficits que en materia de nutrición, salud, educación, trabajo y contención familiar presenta la cárcel de hoy. Sencillamente, si estamos dispuestos a reconocer un clamor social por más penas, deberíamos ser consecuentes y advertir también que las penas que el Estado impone, no son las penas que se reclaman.

Lo correcto, en tal caso, sería reconocer también que todos esperan de la cárcel un espacio útil a la disminución del delito y que no existe algo así como un reclamo colectivo por cárceles criminógenas, sino todo lo contrario. Tampoco podemos perder de vista que las tasas de homicidios cada cien mil habitantes no son en Argentina muy diferentes a las tasas de otros países de tradiciones y conformaciones similares. Y las tasas de encarcelamiento en la provincia de Buenos Aires, tampoco sugieren que la provincia experimente un fenómeno único o excepcional.

Frente a ello, como mínimo, sólo cabe trabajar seriamente en pos de las cárceles sanas y limpias que la Constitución le reclama al Estado y a los jueces en particular desde 1853.

Por supuesto, la existencia de directrices políticas de la administración u opiniones sociales intensas en la ciudadanía que reclamen políticas de hostilidad, castigo vindicadorio, olvido institucional y mortificación de las personas condenadas o sujetas a investigación judicial criminal debe ser tenida en cuenta por la SCBA en esta instancia de remediación. Pero no para postergar, atenuar o minimizar el ejercicio de su atribución; sino para identificar adecuadamente los variados niveles en los que debe proyectar su acción estructural, que debe ser intensa e inmediata.

En tal sentido, y recogiendo las experiencias de otros procesos de ejecución estructural, consideramos imprescindible que el Tribunal organice y encauce un diálogo institucional y social abierto, robusto y público en el que los prejuicios y opiniones sociales, así como las posiciones políticas y estatales contrarias al avance estructural en el cambio de la política carcelaria sean contrastadas y de las que resulte una toma de conciencia pública sobre las obligaciones, compromisos y responsabilidades que implica el progreso constitucional en la materia. Esa dimensión del diálogo público que debe acompañar de manera permanente el desarrollo de la ejecución de un remedio no debería ser obviada ni ignorada por el Tribunal, pues sin el compromiso participativo explícito de todas las dependencias y agencias públicas relevantes ningún avance podrá realizarse productivamente.

Es fundamental también que la SCBA evite imponer en las víctimas —especialmente las más vulnerables y ultrajadas como resultado de la política inconstitucional, como son los niños, las personas con discapacidad y las personas enfermas— el costo de soportar y subsidiar con su mortificación y humillación constitucional la demora, la falta de voluntad política, la insuficiencia de los recursos destinados por el Gobierno, y la incapacidad institucional para cumplir con los mínimos constitucionales y de derecho internacional.

La vulneración verificada y reconocida por la Corte Suprema, y ratificada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no debe ser multiplicada por otra vulneración más, consistente en cargar sobre los afectados las consecuencias de la falta de consenso social, voluntad política o capacidad institucional para hacer efectiva la Constitución. Si ese balance no es modificado por los jueces, nunca se establecerán los incentivos suficientes para que las autoridades públicas y la sociedad toda internalice el costo de vivir bajo las reglas del estado de derecho y la supremacía de los derechos humanos. Y si esa internalización social no se produce, la vulneración que debe ser remediada no sólo permanecerá, sino que se agravará, y con ello abdicará en la elevada misión constitucional del poder judicial.

La internalización social y gubernamental de las cargas de la vigencia de la Constitución debería incluir medidas de morigeración inmediatas para las víctimas de las condiciones inhumanas de detención en mayor estado de vulnerabilidad y de menor peligrosidad social; la ordenación de un plazo específico con metas de descongestión, y mejora en las condiciones penitenciarias mensurables, que en caso de incumplimiento de lugar a ampliación de las medidas de morigeración, indemnizaciones a los afectados y otra clase de respuestas que obliguen a la rendición de cuentas.

Pero además, dicha internalización social e institucional de la responsabilidad se debe consolidar a partir de la construcción del diálogo público mencionado precedentemente, y que la SCBA está en inmejorable posición para conducir y encauzar.

VIII. Petitorio

Por las consideraciones expresadas, solicitamos

- i. Se nos tenga por presentados en calidad de *amicus curie*.
- ii. Se consideren los argumentos vertidos.
- iii. Se adopte, en definitiva, una decisión jurisdiccional que limite los efectos ilegales de las políticas penales de la provincia de Buenos Aires y establezca un mecanismo de remediación idóneo, eficaz, y capaz de prevenir nuevas violaciones constitucionales.

Martín Böhmer
Profesor de Derecho
Universidad de San Andrés

Roberto Gargarella
Profesor Escuela de Derecho
Universidad Torcuato Di Tella

Gustavo Arballo
Prof. de Derecho Público Provincial y Municipal
Universidad Nacional de La Pampa

Roberto P. Saba
Decano
Facultad de Derecho
Universidad de Palermo

Alberto Binder
CEPPAS, INECIP, ILSED

Manuel Garrido
Prof. Titular de Derecho Penal de la UNLP y Nac. del Noroeste de la Pcia. de Bs.As

Leonardo Filippini
Prof. de Derecho, Univ. de Palermo y Univ. de San Andrés e Investigador del ICTJ

Gabriel Ignacio Anitua
Prof. Adj. Dpto. Derecho Penal y Criminología, UBA

Eduardo Bertoni
Prof. Fac. de Derecho, Univ. de Palermo

Juan Pablo Bohoslavsky
Director de la Maestría de Derecho Administrativo Global
Universidad Nacional de Río Negro

Ignacio Tedesco
Prof. Adj. Regular Depto. de Derecho Penal y Criminología, Fac. Derecho, UBA

Carlos Elbert
Prof. Asociado regular de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, UBA

Fernando Basch
Profesor de Derecho – U.B.A. y U.P.

Sergio Delgado
Prof. Adj. regular de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal de la Fac. de Derecho
UBA

Ezequiel Nino
Profesor de Derecho Constitucional, UP

Gustavo Maurino
Prof. de Derecho UdeSA y UP

Martín Sigal
Prof. de Derecho UdeSA y UP

Martín Hevia
Director de la carrera de Abogacía y Prof. Investigador, Escuela de Derecho, UTDT

Marcelo Alegre
Prof. de Filosofía del Derecho, UBA, y Pte. de Igualitaria

Máximo Sozzo
Prof. Titular Ordinario Sociología y Criminología
Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales
Univ. Nac. del Litoral

Alberto Bovino
Prof. Fac. de Derecho, UBA

Paola Bergallo
Profesora e Investigadora
Univ. de San Andrés

Marcelo Ferrante
Director de la Maestría y Espec. en Derecho Penal, UTDT

Ariel Cejas Meliare
Prof. CBC, Complejo Penitenciario Ezeiza

Diego Zysman
Prof. Adjunto, Fac. de Derecho UBA
Prof. Posgrado, Univ. De Palermo

Alejandro Chethman
Research Associate, Faculty of Laws, y
Prof. Invitado de la Maestría en Der. Penal de la UTDT

José M. Martocci
Director, Clínica de DDHH
Facultad de Ciencias Sociales, UNLP

Javier T. Álvarez
Asoc. Arg. de Profesores de Derecho Penal, Prof. U.P., Univ. Abierta Interamericana y
UBA

Paula Honisch
Profesora de Derecho
Universidad de Palermo

Juan González Bertomeu
Prof. de Derecho

Univ. de Palermo

Mauricio Macagno

Prof. Adj. Regular de Derecho Penal II, UNLP

Secretario del Inst. de Derecho Proc. Penal del Colegio de Abogados de La Plata.

Marcelo Buigo

Prof. Adj. Regular del Dpto. de Der. Penal y Criminología de la Fac. de Derecho, UBA

Miembro Asoc. Arg. de Prof. de Der. Penal

Rosana Alicia Locascio

Prof. Adj. Regular del Dpto. de Der. Penal y Criminología de la Fac. de Derecho, UBA