



Caso Verbitsky

Ignacio Márquez

Introducción y cuadro de la situación

El proceso se inició con la interposición por parte del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el 15/11/2001, de una acción de hábeas corpus colectivo, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, a favor de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos policiales superpoblados, y de todas aquellas personas detenidas en esos lugares pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

La accionante, representada por Horacio Verbitsky, expresó que “la superpoblación y el consecuente hacinamiento que deben padecer las personas privadas de su libertad es la nota distintiva de las 340 comisarías que funcionan en el territorio de la provincia de Buenos Aires”. Afirmó que “no obstante poseer una capacidad para 3178 detenidos, alojan 6364 [...] La situación se agrava en el conurbano, donde 5080 detenidos ocupan 2068 plazas”. Dijo, además, que “los calabozos se encuentran en un estado deplorable de conservación e higiene; carecen por lo general de ventilación y luz natural. La humedad y, en verano, el calor son agobiantes. No cuentan con ningún tipo de mobiliario, por lo que toda la actividad (comer, dormir, etc.) que desarrollan los internos debe llevarse a cabo en el piso. Los sanitarios no son suficientes para todos y no se garantiza la alimentación adecuada de los reclusos”. Por último, afirmó que “el riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas es, sin dudas, mucho mayor y el aumento de casos de violencia física y sexual entre los propios internos es más que significativo”.

La acción fue rechazada tanto por el Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, primero, como por la Suprema Corte de esa provincia, después. En 2004 el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Allí, la actora afirmó “que en los tres años transcurridos, la situación descripta por la acción originaria no sólo no se había modificado, sino que se había incrementado [...] mencionó que la cantidad de personas privadas de su libertad por la justicia provincial había crecido de 23.264 en noviembre del año 2001 a 30.414 para el mismo mes del año 2004, lo que implicaba un incremento del 31% en el término de tres años [y que] continuaban detenidas en comisarías 5441 personas

a julio del pasado año”. Recalcó que “la cantidad de personas alojadas en las dependencias penitenciarias provinciales excedía en más del 30% la capacidad máxima prevista, llegando incluso [...] al 50% de superpoblación”.

Refiriéndose a las políticas implementadas por el Estado provincial, la actora señaló que “una serie de acciones llevadas a cabo desde los poderes Ejecutivo provincial, reformas legislativas y decisiones judiciales han sido unas variables fundamentales del incremento de los niveles de privación de la libertad y de las condiciones en que éstas se cumplen en dependencias policiales y penitenciarias [...] Las decisiones de política criminal en la provincia de Buenos Aires están orientadas a promover, sin que la ilegalidad de las privaciones de la libertad actúe como límite, más privación de libertad tanto en su aspecto cuantitativo como cualitativo, es decir, más presos detenidos por lapsos cada vez más prolongados”.

La Corte también reconoció que “el 75% de la población privada de su libertad son procesados con prisión preventiva que todavía no han sido condenados, y por lo tanto gozan de la presunción de inocencia”, y concluyó, por último, que “si bien la cantidad de detenidos en la provincia ha aumentado año a año desde 1990, en los últimos seis años ha alcanzado un incremento exponencial que no guarda relación de proporcionalidad alguna ni con el aumento demográfico de la población ni con el aumento de los índices delictivos en la provincia”.

El hábeas corpus colectivo

El primer obstáculo que debió superar la Corte fue el de la admisibilidad de la acción, incoada en la forma de un hábeas corpus colectivo. El actor reiteró ante el Tribunal el planteo interpuesto en las anteriores instancias, en el sentido de la inconveniencia de iniciar acciones individuales por cada afectado ante los jueces que correspondiesen. Afirmó que ello generaba serias asimetrías en tanto las distintas soluciones que los pleitos acarreaban. Además, recalcó la imposibilidad de alcanzar, a través de esa estrategia procesal, una respuesta general y abarcativa, aplicable, en la forma de una auténtica política de Estado, al conjunto de afectados.

Explicó el actor que “el intento de resolución individual se veía frustrado porque la resolución individual de un caso afectaba necesariamente la situación de las demás personas que padecían la misma situación, generando evidentes problemas de igualdad”, a lo que agregó que “encauzar el reclamo por la vía de una acción colectiva permite que la orden judicial al Poder Ejecutivo para que solucione la situación provenga de un único órgano judicial y se refiera a la totalidad del problema”. Por último, afirmó que la persistencia, y, en algunos casos, el agravamiento de la situación en los últimos años, a

pesar del inicio de múltiples acciones individuales –algunas exitosas–, evidenciaban el fracaso de tal proceder procesal para lograr una solución de la problemática.

El argumento del actor traía a consideración elementos relativamente novedosos para el Tribunal, pues introducía en toda su extensión el lenguaje y la mecánica propia de las acciones del clase¹: en las tres instancias procesales, el actor habló específicamente de *colectivo de personas* y se refirió a la inconveniencia de iniciar acciones individuales por separado, en la inteligencia de que eran inútiles, de que no contribuían a una solución general y comprensiva del problema, y de que su pretensión estaba enfocada no a los efectos individuales que una sentencia favorable podría tener, sino a los colectivos; esto es, sobre los *miembros del colectivo* en su conjunto. Vale recordar, por lo demás, que la cuestión de la legitimidad procesal revestía una gran relevancia, pues fue el argumento de la inadmisibilidad de la acción colectiva el que condujo a las anteriores instancias, el Tribunal de Casación provincial, primero, y la Suprema Corte, luego, a rechazar la pretensión.

La Corte Suprema nacional, sin embargo, si bien admitió la procedencia del hábeas corpus colectivo, no adoptó expresamente los argumentos del actor, que habían sido efectivamente receptuados por el Procurador General en su dictamen favorable. La Corte, en cambio, fundó la admisibilidad de la acción en base a un criterio, podría decirse, *clásico*: “pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva (...) es lógico suponer que, si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo 2º [del art. 43 CN], con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial”, teniendo en cuenta, por lo demás, que “la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada”. Ello, empero, no quita importancia al hecho de que la Corte haya admitido, por primera vez en su historia jurisprudencial, la procedencia de una acción de hábeas corpus colectivo, al tiempo que, más allá de haber utilizado argumentos distintos de los del actor, efectivamente haya tenido en cuenta la naturaleza de la pretensión: no otra cosa puede entenderse cuando afirma que “debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad”, además de ponderar el tipo de “pretensiones como las esgrimidas por el recurrente”.

La decisión sobre el fondo

¹ Si bien es cierto que el juez Lorenzetti, en sendos votos concurrentes a los de la mayoría de la Corte [Fallos...], había hablado específicamente de las acciones de clase refiriéndose a ellas como pretensiones cuyo objeto eran *derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*.

El meollo del asunto, sin embargo, y si bien la cuestión de la procedencia del hábeas corpus colectivo devino en una suerte de “leading case” sobre ese punto, radicó en la indagación que realizó la Corte Suprema respecto a sus facultades para tratar el fondo de la cuestión, y, eventualmente, el tipo de solución que debería o podría adoptar. Entró en juego la vieja discusión referida a los límites de las potestades jurisdiccionales del Poder Judicial y la antigua doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. En concreto, se cuestionaba la facultad de la Corte para dictar una sentencia genérica, con alcance colectivo, que resolviera de manera general el problema de la superpoblación carcelaria y de las condiciones de encarcelamiento, sin que ello supusiera un avasallamiento del Tribunal en facultades de administración propias de otros poderes del Estado.

Parecía presentarse ante la Corte la opción entre dos soluciones típicas, aunque antagónicas entre sí. La primera consistía en declararse incompetente, alegando la existencia de límites constitucionales a sus potestades jurisdiccionales e invocando el riesgo de usurpación de facultades administrativas –incluso legislativas–, en violación del principio de división de poderes; aunque ello, por otro lado, significara desoír los argumentos, en principio, razonables acerca de la inconveniencia de iniciar múltiples acciones individuales, y relegar la solución de una problemática sumamente grave y en exceso manifiesta. La segunda opción era la antítesis de la recién mencionada: hacer lugar a la acción colectiva y dictar una sentencia comprensiva y general, con efectos sobre el conjunto del colectivo de afectados y que actuara de manera sistemática sobre la totalidad del problema. So riesgo, por supuesto, de excederse en las potestades que el sistema constitucional argentino otorga al Poder Judicial y contrariando reiterada –aunque no consistente ni coherente– jurisprudencia de la Corte según la cual le está vedado a los jueces el análisis de las llamadas “cuestiones políticas no justiciables”: o, para evitar el (ab)uso de un lenguaje un tanto trillado, el análisis de cuestiones típicamente administrativas o legislativas, fundadas en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, ajenas al Poder Judicial y concernientes a los otros dos poderes del Estado.

Enfrentada a la disyuntiva, la Corte evitó un pronunciamiento que recabara en alguno de los extremos del párrafo anterior. En cambio, y tras una prolija y pormenorizada descripción de las actuaciones en las anteriores instancias y de los argumentos esgrimidos por las partes a lo largo del proceso, adoptó un enfoque sumamente novedoso para la historia del Tribunal; un enfoque que, a la vez que tuvo en cuenta los reparos respecto a hipotéticas violaciones del principio de división de poderes, no hizo caso omiso de la gravísima situación traída ante sí, que motivó por parte de los jueces la toma de decisiones ejecutivas concretas y activas, dentro del límite de sus atribuciones constitucionales, tendientes a una solución integral del problema.

Insertémonos en el razonamiento de la Corte sobre el punto, condensado principalmente en los considerandos 26 y 27 del extenso fallo. Explicitó el Tribunal en primer lugar la postura de la actora, que fue, en algún sentido, profética de la decisión que

tomaría la Corte. Dijo el recurrente que reconocía que “la actuación judicial tiene sus límites y que en materias tales como la presente no puede imponer estrategias específicas, sino sólo exigir que se tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política llevada a cabo”. Por tanto, “acepta que no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse el problema, pues ésta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión”. Entonces, al “admitir como impracticable una solución total e inmediata a la pretensión (...) pide se establezcan instancias de ejecución en las que a través de mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pueda determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de la inapropiada detención de personas”.

Posteriormente, en el considerando 27, la Corte Suprema explicó su razonamiento. Vale la pena citar las palabras expresas del Tribunal, en mérito de su claridad y síntesis. Dijo la Corte 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, objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias”. En el párrafo siguiente arguyó que “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”.

De los párrafos vertidos por la Corte parece surgir la siguiente premisa: el Tribunal, como cualquier otro juez integrante del Poder Judicial, es incompetente para evaluar políticas –cuyo diseño corresponde a las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno–, pero dicha incompetencia cede cuando se comprobare, “con la prudencia debida en cada caso”, la violación de derechos amparados por la Constitución: en cuyo caso se entiende que la actuación de los jueces no constituye “una injerencia indebida del Poder Judicial en la política”, sino una consecuencia normal y directa de las funciones que la propia Constitución reconoce al Poder Judicial como garante de los derechos en ella reconocidos.

La propia Corte lo aclara en el tercer párrafo del considerando vigésimo séptimo, al afirmar 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 concluye al reconocer que “es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco [el de las garantías reconocidas por la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación] y como parte del

deber específico del Poder Judicial”, pues “desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad”.

En síntesis, la Corte no valora el diseño de políticas correspondientes a los demás poderes del Estado, salvo que aquellas lesionaran “clara y decididamente” derechos garantizados por la Constitución, caso en el cual corresponde al Poder Judicial, y a la Corte Suprema en el caso particular, en ejercicio de sus potestades específicas y exclusivas, “invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona”.

La singularidad del fallo de la Corte no termina allí, sino que se extiende a la parte resolutive de la sentencia. Allí reside, quizás, la novedad más rutilante del fallo. El Tribunal no se limita a declarar la invalidez constitucional de alguna norma general o particular – solución que, dicho sea de paso, difícilmente hubiese contribuido a superar el problema–, sino que, inspirado en los valores del diálogo y el consenso, ordenó “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”; Mesa de Diálogo que, cada sesenta días, informase a la Corte de los “avances logrados”.

Como se advierte, la resolución expresa del Tribunal se corresponde con el marco teórico previamente explicitado. La Corte no diseña y ordena la aplicación de una política específica que tienda a solucionar la problemática traída a su consideración: si lo hiciera, usurparía facultades exclusivas de la Administración, y acaso también del Poder Legislativo, en violación del principio de división de poderes. Sin embargo, tampoco se desentiende de la situación alegando su incompetencia: de lo contrario, dejaría incólume una patente, clara y decidida violación de derechos fundamentales amparados por la Constitución, en violación, a su vez, de su propio deber constitucional y del derecho a la tutela judicial.

En cambio, adopta una posición intermedia, conciliadora: emplaza a las partes competentes a que, bajo su supervisión, y en el espíritu del diálogo y el consenso, provean una solución eficaz que resuelva el problema de la superpoblación y de las condiciones de detención. Y, en ese sentido, la decisión respeta los límites jurisdiccionales del Poder Judicial, pues no es la Corte sino los órganos estatales competentes los encargados de diseñar la política correspondiente, a la vez que otorga un remedio eficaz en un contexto de vulneración grave y manifiesta de derechos constitucionales, ya que la propia Corte se compromete a encarrilar el proceso de diálogo y garantizar su consecución.

Se trata, en resumen, de una decisión que, más que redefinir los límites jurisdiccionales del Poder Judicial y sus efectivas potestades a la luz del sistema constitucional argentino, pone en práctica una metodología novedosa a la hora de resolver conflictos de incidencia colectiva. Una metodología, vale decir, inspirada en el diálogo y la deliberación entre los poderes estatales competentes, por un lado, y, por el otro, los sectores

de la sociedad civil que pudieran verse afectados: la constitución de una Mesa de Diálogo, por orden de la Corte y bajo supervisión de ella, es, en este sentido, paradigmática.

Es la afirmación de un objetivo y un anhelo que la propia Corte Suprema se encarga enfáticamente de respaldar: “las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso”.

Verbitsky, derechos sociales y deliberación

Más allá de la singular decisión ejecutiva diseñada por la Corte, quizás el rasgo más saliente del fallo consista en el hecho de que se refirió a la aplicación de derechos sociales. Ello es particularmente significativo si se tiene en cuenta que el Tribunal justificó expresamente su decisión en la necesidad de que las políticas públicas fueran discutidas y consensuadas, en un marco de diálogo y deliberación.

¿De qué manera se contradirían, aparentemente, estas dos premisas? Uno de los principales argumentos que esgrimen quienes se oponen a la aplicación judicial de derechos sociales consiste en recalcar su supuesto carácter antidemocrático: se trataría del caso, afirman, de un tribunal de justicia, un *comité de nueve miembros*, perteneciente al Poder Judicial —el menos democrático de los poderes del Estado—, imponiendo a los órganos estatales competentes, representantes de la voluntad popular, los remedios tendientes a solucionar distintas problemáticas sociales. El *argumento democrático*, sea que sitúe el concepto de voluntad popular en la Constitución o en la legislatura, conspira contra el “activismo judicial” en materia de derechos sociales: sostiene, resumidamente, que los tribunales de justicia no pueden tomar posición sobre el tema de los derechos sociales sin incurrir en un grave avasallamiento de las facultades de los demás poderes estatales, representantes de la autoridad del pueblo y únicos legitimados políticos para decidir sobre estos asuntos. El argumento, sin embargo, no se agota en el requerimiento de respetar el principio de separación de poderes; afirma, en cambio, que los jueces, que tienen la obligación de respetar la voluntad popular, al dar primacía a sus opiniones por sobre los criterios y las decisiones de los órganos que encarnan la voluntad popular, actuarían de manera manifiestamente antidemocrática (pues, se supone, el legislador no ha tomado ninguna iniciativa al respecto a los derechos sociales que se alegan vulnerados).²

² En apoyo de este argumento concurren otros que, si bien no son exactamente iguales, están conectados con el argumento democrático: la tradicional distinción entre derechos “negativos” y derechos “positivos”, que permitiría a los jueces obligar al Estado a que “deje de hacer algo” pero les impediría forzar al Estado a que actúe “positivamente”; la visión que considera muy costosa la aplicación de los derechos sociales en contraposición con los derechos civiles o políticos, cuyo reconocimiento no lo sería; y, finalmente, el argumento que afirma la necesidad de respetar el esquema constitucional de separación de poderes. Estos argumentos, sin embargo, no serán tratados.

El interrogante, entonces, sería el siguiente: ¿es compatible adoptar una posición firme respecto a los derechos sociales, y, a la vez, honrar el compromiso con los valores del diálogo? La cuestión, en otras palabras, está en preguntarse si es posible que los jueces asuman una actitud comprometida con los derechos sociales sin faltar a la deliberación y respetando la autoridad de los órganos que encarnan la voluntad popular.

La contradicción es, sin embargo, más aparente que real. Hemos visto en la sección anterior que no se presentó ante la Corte la disyuntiva entre dos caminos antagónicos e irreconciliables: un activismo extremo, ciego a consideraciones democráticas y al principio de división de poderes; o una pasividad que, en aras del respeto a la autoridad de los demás poderes del Estado, dejara incólume una clara situación de violación de derechos. La Corte, en cambio, optó por un camino alternativo, comprometido con los derechos sociales y, al mismo tiempo, respetuoso de la autoridad del legislador. Se trata de uno de los modelos de decisión entre los diversos que podría haber adoptado el Tribunal, todos respetuosos de los órganos políticos competentes. La Corte bien podría haber decidido, por ejemplo, que ...

Sin embargo, la decisión es, en el fondo, un claro ejemplo de cómo y por qué la revisión judicial no es, al revés de lo que podría pensarse en un principio, del todo incompatible con la deliberación democrática, incluso cuando el conflicto versare sobre derechos sociales. Pues es perfectamente dable que los defensores de una concepción de la democracia con un fuerte compromiso deliberativo desconfíen de la potestad de los jueces de revisar las decisiones adoptadas –o las decisiones no adoptadas– por los órganos representativos del pueblo.

Pero *Verbitsky* demuestra no sólo que es posible un compromiso con los derechos sociales respetuoso de la autoridad superior del pueblo y sus representantes. Es también un ejemplo de cómo los jueces pueden estimular la discusión de cuestiones sistemáticamente ignoradas por las otras ramas del Estado, en situaciones en que las omisiones del Estado, o sus acciones deficientes e ineficaces, vulneran derechos constitucionales –entre ellos, los derechos sociales.³ En este sentido, no hizo falta que la Corte impusiera sus opiniones a las autoridades políticas competentes, por ejemplo, definiendo específicamente qué remedios debían aplicarse. Por el contrario, la constitución de la Mesa de Diálogo contribuye a fomentar la discusión sobre un serio problema que era ignorado consistentemente por la autoridad política, o, como demostró la evidencia empírica, pésimamente abordado.

El mérito de la decisión, por tanto, consiste no sólo en el hecho de que la Corte haya logrado asumir, sin incurrir en actitudes antidemocráticas, una posición activa y tenaz frente a los derechos sociales. También reside en haber llamado la atención sobre una problemática urgente largamente dejada de lado por las autoridades competentes; es decir, por haber fomentado la discusión sobre un tema en el que los políticos, en gran medida,

³ En efecto, es harta conocida la precarísima situación en que se encuentra gran parte del sistema penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, y el hecho de que en los últimos años las condiciones de detención han empeorado ostensiblemente; las propias autoridades provinciales lo han reconocido.

habían rehusado sus responsabilidades. Y, así, la Corte adoptó una decisión que, en vez de socavar los mecanismos democráticos, enfatiza y refuerza el valor de la deliberación sobre los asuntos públicos.