



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

Cesano, José Daniel

Hacia un sistema integral de protección jurídica de los derechos de los reclusos. Reflexiones a partir  
del ordenamiento jurídico argentino

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XL, núm. 118, enero-abril, 2007, pp. 27-69

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42711802>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

HACIA UN SISTEMA INTEGRAL DE PROTECCIÓN  
JURÍDICA DE LOS DERECHOS  
DE LOS RECLUSOS. REFLEXIONES  
A PARTIR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
ARGENTINO

José Daniel CESANO\*

**RESUMEN:** El presente trabajo pretende reflejar el estado actual de la protección de los derechos de los reclusos en el ordenamiento jurídico argentino. Con esta finalidad se parte de la delimitación de aquellos derechos que el interno no pierde como consecuencia de la ejecución de la pena privativa de la libertad, lo que supone el análisis de la garantía de legalidad ejecutiva. Con esto el autor confecciona una tipología de los organismos de control; para lo cual toma en cuenta, por una parte, su alcance (interno y supranacional) y, por otra, los poderes públicos que la practican. De esta manera, se intenta trazar un cuadro actual de dichos controles; sin olvidar la perspectiva diacrónica, indispensable para ponderar el grado de evolución alcanzado.

**Palabras clave:** sistema carcelario, pena, derechos de los prisioneros.

**ABSTRACT:** *This essay seeks to give an explanation of the status of the protection of the human rights of prisoners in the Argentine legal order. With this purpose in mind, the author identifies the rights that the prisoners does not lose as a result of the execution of the prison sentence, which supposes the analysis of the guarantee of executive legality. On the basis of the latter, the author puts forward a typology about control organisms; to do so, he takes into account the application of domestic law and supranational regulation (international protection to human rights), and considers the way in which these instruments have evolved throughout the years.*

**Descriptors:** *prison system, penalty, rights of prisoners.*

\* Doctor en derecho y ciencias sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor de posgrado en las universidades nacionales de Córdoba (Carrera de Especialización en Derecho Penal), Cuyo (Diplomado en Derecho Procesal Penal) y La Rioja (Diplomado en Ciencias Penales) y en la Universidad Siglo 21 (Diplomado en Derecho Penal Económico). Profesor de la cátedra de Derecho penal I en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta (sede regional Neuquén). Miembro del Comité Científico de "L'Altro Diritto. Centro di Documentazione su Carcere, Devianza e Marginalità", Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto, Università degli Studi di Firenze. Codirector de "Ley, Razón y Justicia". Dirección electrónica: [cesano@ciudad.com.ar](mailto:cesano@ciudad.com.ar).

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,  
nueva serie, año XL, núm. 118,  
enero-abril de 2007, pp. 27-64

SUMARIO: I. *Introducción. Garantía de legalidad y derechos no afectados por la condena.* II. *Mecanismos de protección.* III. *Conclusiones.*

#### I. INTRODUCCIÓN. GARANTÍA DE LEGALIDAD Y DERECHOS NO AFECTADOS POR LA CONDENA

Integrando la garantía de legalidad ejecutiva (artículo 18 de la Constitución Nacional —CN—) y enraizado en los artículos 19, 2o. párrafo, de la CN y 2o. de la ley 24.660, el principio de reserva penitenciaria pone de manifiesto “que el penado puede gozar de todos aquellos derechos que no se encuentren afectados por el ordenamiento jurídico o por la sentencia condenatoria, reafirmando así su condición de sujeto de derecho”.<sup>1</sup> De esta forma, puede advertirse cómo la Constitución y la ley han dejado intactos todos los derechos fundamentales del interno, con excepción de aquellos que resulten incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la pena.<sup>2</sup>

Más allá de la claridad de la garantía, en no pocas ocasiones, sea ya a través de la praxis de la administración penitenciaria, de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo, por obra del mismo legislador o, incluso, a través de la convalidación de las actitudes anteriores por parte de los órganos jurisdiccionales, se torna borrosa la determinación de aquellos derechos fundamentales que deben permanecer incólumes en la ejecución de la pena privativa de libertad.

En efecto, si bien el estado natural de los derechos fundamentales no afectados por la ley o la sentencia de condena debiera ser el de su plena vigencia, no es infrecuente apreciar incorrectas limitaciones a su disfrute.<sup>3</sup> Derechos como el de la libertad de comunicación episto-

<sup>1</sup> *Cfr.* Guillamondegui, Luis R., “Los principios rectores de la ejecución penal”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, LexisNexis, núm. 12, 2005, p. 1107.

<sup>2</sup> *Cfr.* Rodríguez Núñez, Alicia, “Fórmulas para la resocialización del delincuente en la legislación y en el sistema penitenciario españoles”, en varios autores, *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología. Libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 737 y 738.

<sup>3</sup> *Cfr.* Posada Segura, Juan David, “La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal”, *Nuevo Foro Penal*, Medellín, Universidad EAFIT, 3a. época, año I, enero-abril de 2003, p. 119.

lar, el de cierta expectativa de intimidad o el del ejercicio de la sexualidad de quienes se encuentran privados de su libertad, suelen ser severamente limitados; devaluándose, así, el contenido esencial de los mismos, en flagrante violación a la garantía de legalidad y reserva.

Al sólo título de ejemplo, permítasenos recordar el voto disidente de los ministros de la Corte Federal, doctores Belluscio, Nazareno y Levene, quienes al fallar el precedente “Dessy”<sup>4</sup> toleraron una grave restricción a la comunicación epistolar por parte de un interno condenado sobre la base de que las limitaciones circunscriptas al correo que entra y sale del penal, constituyen medidas de orden elemental que hacen a la buena marcha del establecimiento; las cuales no conforman una penalidad que exceda lo que lógicamente debe soportar quien se halla privado de su libertad.<sup>5</sup> De esta manera se justificaba la restricción, por cuanto se trataba de un caso en el que —se dijo— debía primar el interés estatal para resguardar la seguridad interna del establecimiento.<sup>6</sup>

Ciertamente, este tema merecería una investigación particular que escape a los objetivos que perseguimos con esta contribución. Empero, pareciera que una línea fecunda para afrontar este problema podría partir de *negar toda posibilidad a restricciones implícitas*<sup>7</sup> a los derechos fundamentales no afectados por la naturaleza de la pena que se ejecuta (restricción que, en el voto disidente recién mencionado, encuentra justificación en un interés *sin correlato constitucional alguno que lo avale*);<sup>8</sup> *y siempre en la medida que dicha limitación encuentre su fundamento en un*

<sup>4</sup> Cfr., para su texto, Suplemento de Jurisprudencia Penal del 26 de junio de 1996, pp. 18-38.

<sup>5</sup> Cfr. *Fundamento Jurídico*, núm. 12.

<sup>6</sup> Cfr. *Fundamento Jurídico*, núm. 11. Felizmente, la mayoría de la Corte hizo lugar a la acción de *habeas corpus*; declarándose la inconstitucionalidad de los artículos 3, 4 y 5 del régimen de correspondencia para los internos condenados e, incluso (voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano) del artículo 92 del decreto-ley 412/1958 (vigente al momento del dictado del pronunciamiento). Sobre la importancia de este precedente, cfr. Cesano, José Daniel, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1997, pp. 129-134, 140 y 141.

<sup>7</sup> Al respecto, cfr. Correa Henao, Magdalena, *La limitación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”, 2003, pp. 82-88.

<sup>8</sup> Cual es la salvaguarda del orden interno del establecimiento.

*precepto legal*<sup>9</sup> constitucionalmente razonable. Esta última aclaración se impone por cuanto consideramos que la satisfacción de la exigencia vinculada con la base *legal de la restricción* no exime al órgano jurisdiccional de su insoslayable deber de controlar la constitucionalidad de la norma; control que no se cumple adecuadamente si se limita a examinar la validez de la misma desde una mera perspectiva formal (identificada con el procedimiento de formación o sanción de ella) sino que se completa con un criterio de validez sustancial que guarda relación con el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales<sup>10</sup> que el interno, por su condición de persona, no pierde y que encuentra un parámetro interpretativo básico en el respeto a su dignidad humana.<sup>11</sup>

De todo cuanto venimos sosteniendo puede colegirse que existe una nutrida gama de derechos fundamentales que no deben sufrir menoscabo alguno en cuanto a su exigibilidad, aún estando en ejecución una pena privativa de libertad (la que —por su naturaleza— sólo tendría que afectar el derecho de libertad de abandono de la institución penitenciaria hasta el cumplimiento de la pena o el acceso a alguno de los institutos propios del régimen de progresividad).<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Es decir, producto de una intervención del Congreso de la Nación y no de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

<sup>10</sup> La distinción la formula Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 20 y 21. En idéntico sentido, *cf.* Cesano, José Daniel y Perano, Jorge, *El derecho de ejecución penal. Un análisis del ordenamiento jurídico de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2005, pp. 49 y 50.

<sup>11</sup> Así, Posada Segura, *op. cit.*, nota 3, pp. 120-123. Por su parte, en la doctrina británica, Andrew Coyle (*cf.* *Humanity in Prison. Questions of Definition and Audit*, Londres, International Centre for Prison Studies, 2003, pp. 36-38) considera la preservación del derecho a la dignidad como uno de los cuatro elementos centrales que utiliza para definir el trato humano en prisión (los otros son: respeto a la individualidad del interno, promover su desarrollo y responsabilidad personal y acompañamiento familiar).

<sup>12</sup> Como bien lo sostiene Posada Segura (*cf.* *op. cit.*, nota 3, pp. 124 y 125): “La sentencia que condena a pena privativa de la libertad sólo se refiere a la privación del derecho de libertad de abandono y ésta sólo va hasta la privación del derecho de abandonar el centro penitenciario donde se ha de cumplir la condena. La privación de libertad no implica pues la privación de la libertad de locomoción, entendida como la libertad de moverse o caminar dentro de un área determinada. Sin embargo, esta libertad de locomoción resulta ilegítimamente restringida en los casos conocidos como sanción de aislamiento (reclusión en calabozos de reducido espacio) aplicada por las autoridades penitenciarias como sanción de carácter disciplinario”. Con res-

Si se acepta la premisa anterior, y como una consecuencia natural de la misma, nadie podrá discutir, seriamente, la trascendencia que asumen los mecanismos de tutela o protección de esos derechos que no se deben ver vulnerados por la condena; mecanismos esenciales, en todo caso, si es que se pretende evitar la permanente erosión de aquellos derechos —fruto de las mentadas malas prácticas administrativas y legislativas o, en algunas situaciones, de la propia tolerancia de la instancia judicial— y que se explican, a su vez, a partir de otro derecho fundamental no afectado por la ejecución, que es el del acceso a la justicia y a otros mecanismos de control por parte de las personas privadas de su libertad.<sup>13</sup>

No ha pasado mucho tiempo desde que se afirmaba —con absoluta corrección— que el acceso a estas instancias de tutela constituían “una de las garantías más descuidadas”, pues por regla la resolución judicial que disponía el encierro daba comienzo a una etapa en la cual la persona sometida a la coerción penal permanecía desvinculada del sistema judicial. Los jueces —expresa Marcos Salt— delegaban “la ejecución del encierro y la determinación de sus condiciones cualitativas de cumplimiento en la administración penitenciaria”, sin que existiera en los hechos un adecuado control.<sup>14</sup> No obstante lo anterior, en los últimos años es posible advertir una cierta reversión de esta situación; la que se explica a partir de una constelación de factores, entre los cuales ocupan un lugar preponderante la constitucionalización de diversos documentos protectores de derechos, y la adhesión, por parte del Estado argentino, a nuevas instancias internacionales de control de las condiciones de ejecución. Precisamente al examen del sistema de protección jurídica, que deriva de nuestro modelo constitucional (notablemente enriquecido por la reforma de 1994) y legal, dedicaremos el siguiente capítulo de este trabajo.

pecto a la sanción de aislamiento en nuestro sistema positivo (incluyendo valoraciones relativas a su dudosa constitucionalidad) *cfr.* Cesano, *Los objetivos...*, *cit.*, nota 6, pp. 166 y 167.

<sup>13</sup> *Cfr.* Rivera Beiras, Iñaki y Salt, Marcos G., *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, pp. 259 y ss.

<sup>14</sup> *Cfr. ibidem*, p. 259.

## II. MECANISMOS DE PROTECCIÓN

### 1. *Tipología de los mecanismos de protección*

Desde nuestra perspectiva, la construcción de una tipología para sistematizar los distintos mecanismos de tutela de los derechos de los reclusos exige tomar dos puntos de referencia: el primero, vinculado con el carácter doméstico o no de ese control (y así tendremos una instancia interna y otra supranacional), y el segundo, acotado a la instancia interna, relacionado con el órgano estatal que lo ejerce (control judicial o control mixto).

### 2. *Los mecanismos de protección en el sistema jurídico argentino*

#### A. *La instancia interna*

##### a. *Características*

Hasta 1993 puede decirse que, en nuestro país, el único mecanismo de control interno estaba representado por la instancia judicial. A partir de tal fecha, y al menos en el ámbito federal, nos encontramos ante un control mixto. Por tal entendemos aquél que se realiza, al menos, por dos poderes distintos del Estado. En efecto, más allá del mecanismo de tutela jurisdiccional existente, a través del decreto del Poder Ejecutivo Nacional núm. 1.598, del 29 de julio de 1993, se creó en el ámbito del entonces Ministerio de Justicia de la Nación la figura del procurador penitenciario; una suerte de “*ombudsman* sectorial”, dedicado exclusivamente a la protección, difusión y profundización de los derechos humanos de las personas privadas de libertad (artículo 13, inciso “a” del decreto citado). En la actualidad, merced a la ley 25.875, dicha institución pasó a depender funcionalmente del Poder Legislativo de la Nación.

Por su parte, en el ámbito de los estados provinciales, si bien el procurador penitenciario carece por regla de competencia, puede advertirse que en algunos casos el control jurisdiccional también se comparte —al igual que sucede en el ámbito federal (artículo 209,

ley 24.660)— con mecanismos de control ubicados institucionalmente dentro del propio Poder Ejecutivo. Así, por ejemplo, al menos como previsión normativa, el decreto núm. 1293 (reglamentario de la ley 8.812 de la Provincia de Córdoba) instituye, dentro de la estructura del Ministerio de Justicia, la figura de un inspector con el fin de que “verifique periódicamente si el tratamiento de los condenados y la organización de los establecimientos de ejecución se ajustan a las pautas de la ley nacional 24.660, y las leyes y reglamentos que se dicten en consecuencia”.<sup>15</sup>

De lo dicho puede inferirse que en la actualidad la tutela de los derechos de los detenidos, en cuanto a los poderes que pueden realizarla, es plural (y, por tanto, mixta; de acuerdo a la tipología propuesta); hay ciertamente un control jurisdiccional, pero junto a él ahora se erige un contralor administrativo del propio Servicio Penitenciario Federal (a través del inspector) y del legislativo por medio del procurador penitenciario.

Tal diversidad representa —ya desde el plano normativo— un adelanto significativo que se inscribe en las modernas orientaciones de que da cuenta la experiencia iuscomparada. Así, en el caso de España, y junto con la tutela dispensada por el juez de vigilancia penitenciaria, se habla de una suerte de “control político del sistema penitenciario”. Éste, en lo esencial, se lleva a cabo “a través del Parlamento español y de los parlamentos o asambleas legislativas de las comunidades autónomas competentes en materia de ejecución penitenciaria. Periódicamente, grupos de parlamentarios visitan los establecimientos, entrevistándose con los internos”.<sup>16</sup> Igualmente, en aquel país, con ocasión de la presentación anual del informe por parte del defensor del pueblo se suscita un fuerte debate general; en el que siempre está presente la situación de las prisiones. En tal sentido, De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero refieren que:

<sup>15</sup> Para el texto del decreto, *cfr.* Santi, José L. y Griotto, Erik N., *Ejecución de la pena privativa de la libertad. Problemática. Normativa. Concordancias*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2005, pp. 234 y ss. Se trata de una previsión idéntica a la del citado artículo 209 de la ley 24.660.

<sup>16</sup> *Cfr.* Cuesta Arzamendi, José Luis de la y Blanco Cordero, Isidoro, “El sistema prisional en España”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, núm. 12, 1998, p. 253.

Un supuesto particular del control del sistema penitenciario, cercano al control político, aún cuando independiente de éste, es el realizado a través del defensor del pueblo (*ombudsman*). Alto comisionado de las Cortes Generales, su cometido es la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en particular, frente a la administración (artículo 54 de la Constitución). Los internos tienen derecho a dirigirles peticiones y quejas ‘que no podrán ser objeto de censura de ningún tipo’ (artículo 53,4 del Reglamento Penitenciario). De hecho, utilizan frecuentemente esta vía, como lo ponen de manifiesto los informes que el defensor del pueblo eleva al Parlamento. El propio defensor del pueblo (y algunos defensores del pueblo de las comunidades autónomas) han realizado, además, informes periódicos específicos sobre la situación de las prisiones, de gran interés para el conocimiento de la realidad.<sup>17</sup>

Por su parte, en Italia, y más allá del control realizado a través del magistrado de vigilancia, desde hace tiempo se viene insistiendo en la conveniencia de la creación “de nuevos sujetos institucionales a los cuales las personas reclusas puedan dirigirse sin vínculos de forma, para activar un control y una verificación de las condiciones de detención”.<sup>18</sup> En tal sentido, y como una muestra de la maduración de esta tendencia, puede mencionarse la propuesta de instrumentación del defensor cívico de las personas privadas de la libertad personal, presentada con fecha 1o. de junio de 2001 en la Cámara de Diputados de aquel país.<sup>19</sup>

#### b. El control jurisdiccional

Una de las innovaciones más significativas traída por la ley 24.660, fue la de consagrar el principio de un control jurisdiccional permanente de la ejecución.<sup>20</sup> En tal sentido, la evolución que representa esta ley (merced a las previsiones contenidas en sus artículos 3o. y

<sup>17</sup> *Cfr. ibidem*, p. 253.

<sup>18</sup> *Cfr.* Ruotolo, Marco, *Derechos de los detenidos y Constitución*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, p. 294.

<sup>19</sup> Al respecto, *cfr. ibidem*, pp. 329-334.

<sup>20</sup> Al respecto, *cfr.* Cesano, *Los objetivos...*, *cit.*, nota 6, pp. 153-163.

4o.) aparece como algo indiscutible; sobre todo si se la compara con su precedente legislativo anterior.<sup>21</sup>

¿Qué características asume, en nuestro ordenamiento jurídico, este control jurisdiccional?

De acuerdo al diseño de la competencia que surge de los precitados artículos 3o. y 4o. de la ley, el juez cumplirá su cometido de tutela *inmediata a lo largo de toda la etapa de ejecución. Se trata, pues, de un sistema de control propio o directo*; en el sentido que el órgano jurisdiccional no actúa como una simple instancia de revisión de las decisiones de la autoridad administrativa,<sup>22</sup> sino que por el contrario —y sin desconocer las competencias propias de ésta— la función de la judicatura se traduce en la realización de la concreta efectivización directa de los derechos que les acuerda la ley a los condenados, y al respeto de las garantías que emergen de la Constitución Nacional relativas al debido trato que merecen las personas privadas de la libertad.<sup>23</sup>

Esta tutela se ha visto fortalecida, por vía de un explícito reconocimiento jurisprudencial, a través de un precedente que se ha encargado no sólo de señalar el valor que asume esta forma de control (el jurisdiccional) sino que además ha remarcado la necesidad de que el mismo tenga una extensión más significativa al asegurar a los internos el derecho a una segunda instancia revisora (a su vez) de lo resuelto por los jueces con competencia en la ejecución.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> En efecto, debe recordarse que el decreto-ley 412-1958 sólo aludía a un control judicial a “periodos regulares” (artículo 121). Sobre esta evolución, *cf.* Cesano, José Daniel, “De garantías, reglamentos y jueces de ejecución: algunas cuestiones de derecho penitenciario”, en varios autores, *Evitando y humanizando el castigo*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 171 y 172.

<sup>22</sup> Como sucede en los denominados sistemas impropios o indirectos. Sobre esta distinción, *cf.* Cesano, José Daniel, “Legalidad y control jurisdiccional. Construcción de garantías para lograr un ‘trato humano’ en prisión. Reflexiones a partir de la realidad carcelaria argentina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pp. 792 y 793.

<sup>23</sup> *Cfr.* López, Axel y Machado, Ricardo, *Análisis del régimen de ejecución penal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 2004, pp. 44 y 45.

<sup>24</sup> Nos referimos al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Romero Cacharane”. Para un análisis de lo allí resuelto, *cf.* Cesano, José Daniel, “Sancciones disciplinarias penitenciarias, control jurisdiccional y el principio del doble conforme (a propósito del fallo de la Corte *in re* ‘Romero Cacharane’)”, *Ley, Razón y Justicia*, Córdoba, Alveroni Ediciones, núm. 9, 2005, pp. 281-292. Este fallo, asimismo —y ahora desde una perspectiva vinculada con los comportamientos de la agen-

Ahora bien, dicho órgano jurisdiccional no se diferenciará *necesariamente* del tribunal sentenciador. En efecto, la creación de una magistratura especializada con atribuciones exclusivas en esta etapa del proceso no aparece impuesta por la ley; la cual indistintamente refiere al juez de ejecución o juez competente. De acuerdo a nuestra dogmática constitucional, la previsión o no de un órgano jurisdiccional *específico (distinto del juez de sentencia)* corresponde —por importar una cuestión procesal— a la legislatura de cada estado provincial o, para el ámbito federal, al Congreso Nacional (artículos 1o., 75, inciso 12, a *contrario sensu*, y 121 de la Constitución Nacional).

Pese a ello, y a nuestro juicio correctamente,<sup>25</sup> cada vez son más los estados que adoptan la figura del juez de ejecución penal: primero lo hizo Salta desde 1986; luego, en la esfera federal, fue implementado desde 1991, y actualmente se advierte su gradual expansión en distintas provincias (Buenos Aires, Santa Fe, Mendoza, Chaco, Catamarca, Córdoba, La Rioja y San Juan).<sup>26</sup>

cia judicial—, marca, también, un punto de inflexión en torno a una mayor sensibilidad de la máxima instancia federal al abordar cuestiones propias del derecho de ejecución. En efecto, en 1997, Jorge de la Rúa (al prologar nuestro libro *Los objetivos constitucionales...*), refería —con todo acierto— que la Corte era uno de los tribunales “más reacios [al momento de defender] los derechos humanos” en el ámbito del sistema penal y, en particular, con respecto al derecho penitenciario (p. 14). Afirmación muy justa si se repara en que los fallos de aquel tribunal, durante años —y con algunas excepciones (como lo fueron lo resuelto en los casos “Dessy”, “Gallardo” y “Mignone”)— se enrolaron en lo que en la doctrina estadounidense se conoció como *hands off doctrine*; esto es *doctrina de manos afuera*; gráfica expresión con la cual se quería significar la no interferencia de los órganos jurisdiccionales con la administración penitenciaria (*cfr.* Rotman, Edgardo, “El sistema carcelario en los Estados Unidos. Régimen legal de las cárceles y derechos de los presos”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 66, 1996, p. 150). La tendencia hacia una mayor preocupación alrededor de estos asuntos, pareciera confirmarse a la luz de los precedentes posteriores *in re* “Méndez” y “Verbitsky”; fallados, respectivamente, el 22 de febrero del 2005 y el 3 de mayo del mismo año.

<sup>25</sup> Hemos expuesto las razones por las cuales resulta conveniente la creación de una magistratura especializada en Cesano, “De garantías, reglamentos...”, *cit.*, nota 21, pp. 177-179.

<sup>26</sup> En algunos casos, ya en plena actividad (por ejemplo: Salta, Mendoza, Catamarca, etcétera) y, en otros, sólo plasmados en textos legales, pero a la espera de su puesta en funcionamiento (verbigracia: Córdoba, La Rioja, San Juan). Una situación particular se planteó en Chubut, a través del Código Procesal Penal sancionado por ley 4566 (en vacancia legislativa), en donde se estableció como órgano ejecutor inmediato

c. El procurador penitenciario

Originariamente —y según ya lo anticipamos— la figura del procurador tuvo su origen en el decreto del Poder Ejecutivo Nacional núm. 1.598. Desde 1993 viene realizando su tarea como un órgano de control externo del sistema penitenciario; acotado, en su diseño primigenio, al control y protección de derechos fundamentales de personas privadas de libertad alojadas en instituciones carcelarias del régimen penitenciario federal o de los internos alojados en cárceles provinciales, en virtud de decisiones emanadas de las autoridades de la justicia nacional (artículos 2 y 9, decreto 1.598).

No obstante el significativo adelanto que representó su creación, la doctrina especializada —sin desconocer la trascendente actividad de la nueva figura— hizo escuchar sus críticas con relación a su ubicación institucional. Lo anterior, debido a que —se afirmaba— si el Servicio Penitenciario Federal depende funcional y políticamente del Ministerio de Justicia, tal circunstancia podría “actuar como un límite a la libertad de acción del procurador cuya designación depende del mismo órgano al que debe controlar”.<sup>27</sup> De allí que correctamente se postulase la necesidad de que la institución dependiese de modo funcional del Congreso de la Nación.<sup>28</sup>

Haciéndose eco de tal crítica, finalmente se sancionó la ley 25.875<sup>29</sup> en donde se prevé su actuación en la órbita del Poder Legislativo.<sup>30</sup> Como valoración general, es posible afirmar que a través del

al ministerio público fiscal. Sobre el estado de estas cuestiones, *cf.* Guillamondegui, *op. cit.*, nota 1, pp. 1113 y 1114.

<sup>27</sup> *Cfr.* Rivera y Salt, *Los derechos fundamentales...*, *cit.*, nota 13, p. 290 (nota 280).

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> Publicada en el *Boletín Oficial de la Nación* del 22 de enero de 2004.

<sup>30</sup> En nuestra región, esta técnica de control mixto (con intervención del Poder Legislativo) reconoce un antecedente en el Comisionado Parlamentario para el Sistema Carcelario, establecido en la República Oriental del Uruguay desde mayo de 2003. La ley que crea esta institución dispone en su artículo 1o. que el cometido del Comisionado es “asesorar al Poder Legislativo en su función de control del cumplimiento de la normativa constitucional, legal y reglamentaria vigente, y de los convenios internacionales ratificados por la República, referidos a la situación de las personas privadas de libertad en virtud de proceso judicial. Igualmente le competará la supervisión de la actividad de los organismos encargados de la administración de los establecimientos carcelarios y de la reinserción del recluso o liberado”. Sobre tal antecedente,

nuevo diseño legal se han ampliado considerablemente las facultades del procurador y también la jurisdicción de su competencia. Como una clara manifestación del primer aspecto, debemos mencionar en particular la facultad conferida para constituirse en parte querellante (artículo 18, inciso “d”) y no limitarse —como sucedía durante la vigencia del decreto núm. 1.598— a la mera realización de la denuncia (frente a conductas presuntamente delictivas de integrantes de la administración penitenciaria en perjuicio de los internos). Desde otra perspectiva —y ahora con relación a la extensión del control— la ley, en su artículo 15, 1er. párrafo, la hace operativa respecto a “todas las personas privadas de su libertad por cualquier motivo en jurisdicción federal”; con lo cual, actualmente, el contralor también se realiza en lugares de detención pertenecientes no sólo al Servicio Penitenciario Federal sino a dependencias policiales (comisarías) y de otras fuerzas de seguridad como Prefectura o Gendarmería.<sup>31</sup>

Si tuviésemos que sistematizar las funciones que desarrolla el procurador,<sup>32</sup> deberíamos aglutinarlas en torno a dos ejes centrales.<sup>33</sup>

a) Por una parte, la solución de problemas coyunturales a través de la recepción de denuncias o quejas formuladas por los internos (sus apoderados, defensores o sus familiares hasta el cuarto grado de

*cfr.* Gass, Raquel, “Mecanismos de control externo al sistema carcelario: ‘la procuración penitenciaria’”, en varios autores, *Criminalidad y ciencia penitenciaria*, Buenos Aires, Jamp, 2005, pp. 186 y 187.

<sup>31</sup> *Cfr. ibidem*, pp. 187 y 188. Tal extensión se debió a las modificaciones propuestas (con respecto al despacho aprobado en la Cámara de origen) en el Senado. En efecto, durante el transcurso del breve tratamiento parlamentario, el senador Agúndez fundó este agregado de la siguiente manera: “El proyecto aprobado en la Cámara de Diputados tan sólo incluía a los internos comprendidos en el régimen penitenciario nacional. Aquí lo modificamos y, con muy buen criterio, se amplió el alcance del proyecto, incluyendo a todas las personas detenidas también en comisarías, que es el problema de la provincia de Buenos Aires” (*cfr.* Cámara de Senadores de la Nación, 40a. reunión, 20a. sesión ordinaria, 4 de diciembre de 2003, versión taquigráfica provisional).

<sup>32</sup> Quién, de acuerdo al artículo 2 de la ley 25.875, es elegido por ambas cámaras por el voto de dos tercios de sus miembros presentes, y entre una nómina (que puede oscilar entre uno a tres candidatos) elaborada por la comisión bicameral permanente que se hubiese formado para elegir el defensor del pueblo. El procurador penitenciario dura en su cargo cinco años, pudiendo ser reelegido por una sola vez (artículo 3).

<sup>33</sup> De acuerdo con esta sistematización, Freixas, Eugenio, “La procuración penitenciaria. Balance y perspectivas”, en varios autores, *Jornadas sobre el sistema penitenciario y derechos humanos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1997, p. 48.

consanguinidad) de manera individual o colectiva, o advertidas a partir de investigaciones iniciadas oficiosamente por la propia Procuración con motivo de las visitas carcelarias periódicas que se realizan. En estos casos, la actuación de la institución se orienta a subsanar la situación de violación de la garantía fundamental que se observa como conculcada. Para ello, además de las recomendaciones de alcance general o particular que puede emitir (artículos 17 y 23),<sup>34</sup> el procurador penitenciario realiza diversas presentaciones judiciales con el fin de proteger los derechos de los reclusos. Como lo expresa Gass: puede interponer *habeas corpus* correctivos, presentar amparos colectivos a favor de la población penal y comparecer como “amigo del tribunal”, peticionando el efectivo goce de derechos y garantías por parte de los internos o acompañando una petición formulada por un recluso o por su defensa técnica.<sup>35</sup> Las cuestiones en que se puede materializar esta forma de intervención resultan variadísimas. Empero, la lectura de los informes anuales, que el procurador debe presentar al Congreso (artículo 25), permite apreciar como planteos recurrentes los vinculados con: duración excesiva de los procesos con personas privadas de libertad a título cautelar; indefensión por falta de comunicación o visita del defensor oficial;<sup>36</sup> imposición de sanciones disciplinarias penitenciarias sin observancia de las reglas del debido proceso; maltrato físico recibido por los internos durante las requisas; traslados a unidades de detención alejadas del núcleo familiar

<sup>34</sup> Estas recomendaciones carecen de imperio, y pueden dirigirse a todos los organismos de la administración pública nacional; y entre ellos, en especial, al Servicio Penitenciario Federal (*cf. ibidem*, p. 49).

<sup>35</sup> *Cfr.* Gass, “Mecanismos de control...”, *cit.*, nota 30, p. 188.

<sup>36</sup> Sobre la relevancia que adquiere la asistencia letrada en esta etapa del proceso (ejecución) la bibliografía es vastísima. *Cfr.*, en especial, López Llagües, Verónica, *El derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2002, pp. 230 y ss. De hecho, por resolución núm. 158/1998 de la Defensoría General de la Nación, se creó la Comisión de Cárceles; organismo que, más allá de sus atribuciones específicas, actúa “como canal de comunicación entre el defensor público oficial correspondiente y su asistido, haciéndole saber a quien lo asiste técnicamente el pedido o el problema que lo aqueja”. Al respecto, *cf.* Guardia, Diego, “La Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación. Un eficaz instrumento de control sobre las unidades penitenciarias federales de la República Argentina”, en varios autores, *Criminalidad y ciencia penitenciaria...*, *cit.*, nota 30, pp. 114 y 115.

del penado; necesidades de tratamiento médico especializado; etcétera.<sup>37</sup>

b) El segundo tipo de tareas que se realiza en la procuración<sup>38</sup> ya no se relaciona con quejas puntuales de los internos “sino que, antes bien, está destinada a la elaboración de políticas globales de mejoramiento del sistema”.<sup>39</sup> Se trata de una participación activa en la formulación de líneas de política penitenciaria, sea ya a través del diseño de proyectos legislativos o reglamentarios o de la formulación de recomendaciones de tipo estructural tendentes a mejorar el funcionamiento del sistema carcelario.<sup>40</sup>

## B. *La instancia supranacional*

### a. Características

Hemos puntualizado en trabajos anteriores<sup>41</sup> que la constitucionalización de ciertos documentos internacionales de derechos humanos

<sup>37</sup> *Cfr.* Informes anuales correspondientes a los periodos 1994-1995 (publicado en *Lecciones y Ensayos*, núm. 66, pp. 113-147); 1998-1999 (publicado en Gambier, Beltrán y Rossi, Alejandro, *Derecho administrativo penitenciario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 85-145) y 2002-2003 (Edición del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, 117 pp.). Salt ha destacado la relevancia de estos informes por cuanto constituyen “documentos sumamente importantes para comprender la problemática carcelaria argentina” (*cf.* *Los derechos fundamentales...*, *cit.*, nota 13, p. 293).

<sup>38</sup> Y en íntima relación con la anterior, ya que las denuncias de todos los días conforman el material que permite averiguar cuáles son los problemas estructurales a los que se debe prestar atención al diagramar políticas globales. Freixas, acertadamente, refiere que “ambas líneas de actuación se enriquecen mutuamente” (*cf.* “La procuración...”, *cit.*, nota 33, p. 53).

<sup>39</sup> *Cfr. ibidem*, p. 48.

<sup>40</sup> *Cfr. idem.* Al sólo efecto ilustrativo, es dable mencionar —como una manifestación de esta línea de trabajo— el proyecto de ley presentado por el entonces procurador penitenciario, doctor Óscar L. Fappiano, con respecto al régimen recursivo en los procesos disciplinarios. Al respecto, *cf.* Bolotnikoff, Pablo, “Sanciones disciplinarias penitenciarias impuestas a los presos preventivos y su forma de impugnación”, *Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Ejecución Penal*, año IX, núm. 17, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, pp. 185-187. Sobre la necesidad de modificar este aspecto de la ley 24.660, *cf.* Cesano, José Daniel, *Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2002, pp. 66-76.

<sup>41</sup> *Cfr.* Cesano, José Daniel, *Estudios de derecho penitenciario*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 22 y ss.

(por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) que tuvo lugar en 1994 debería producir un fuerte sismo en las actitudes futuras de los poderes públicos; con proyección inmediata, principalmente, en tres ámbitos centrales:

a) En relación al Poder Legislativo (y con repercusiones en la actividad reglamentaria consiguiente) eliminando las actuales incompatibilidades que se observan en la regulación de la ejecución con las normas internacionales y, por ende, adecuando el sistema normativo a la totalidad de garantías que emergen del nuevo tejido tutelar de los pactos.

b) Por otra parte, las disposiciones internacionales constitucionalizadas generan una clara responsabilidad de control del cumplimiento de sus demandas por parte del Poder Judicial. Ello, también, desde una doble perspectiva:

- En primer lugar, con relación al contralor permanente hacia la administración penitenciaria, en su carácter de encargada material de la ejecución.<sup>42</sup>
- En segundo término, a través del control de constitucionalidad de las normas legales y reglamentarias; perspectiva que siempre debe ser muy enfatizada desde que, en el cumplimiento de esa función, la jurisprudencia se transforma —en

<sup>42</sup> Sostiene Alberto Bovino que el control jurisdiccional de la actividad de la autoridad penitenciaria debe ser sometida al control de la legalidad de sus actos como cualquier otro organismo estatal. “La diferencia que justifica una necesidad de control más atento, en todo caso, está dada por la especial situación que se pretende regular. Esta situación se caracteriza por: *a)* Una estrecha y continua interrelación entre agente penitenciario y preso, en circunstancias que favorecen la generación de conflictos y un manejo violento de algunos de ellos; *b)* El peligro constante de afectación de derechos fundamentales; y *c)* La distancia entre el preso y el Poder Judicial, que es mucho mayor que la distancia geográfica existente entre la prisión y los tribunales” (*cf.* “Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, *¿Más derecho?*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, año 1, noviembre de 2001, p. 237). Para que en la práctica esto sea efectivo, será necesario formar, en la judicatura, una conciencia sobre la importancia del control; una “cultura del control” que no depende, por cierto, en forma exclusiva de las estructuras académicas sino que también debería ser una preocupación de los medios de comunicación. Sobre estos aspectos, *cf.* Cesano, José Daniel, “El control jurisdiccional de la ejecución penitenciaria”, *Zeus*, Rosario, año XXIX, núm. 7076, t. 90, 12 de diciembre de 2002, p. 3 (nota 4).

ocasiones— en fuente de posibles cambios legislativos, al detectar situaciones anómalas que merecen corregirse u omisiones de los poderes públicos competentes, configurativas de casos de inconstitucionalidad por omisión.<sup>43</sup>

c) Por fin, y en orden al Poder Ejecutivo, los pactos constitucionalizados no sólo le exigen velar por su cumplimiento directo (en lo que respecta a la actuación de la administración penitenciaria); sino, además, una profunda e intensa labor pedagógica que debe quedar necesariamente a cargo de quienes, desde ese poder del Estado, ejercen la delicada responsabilidad de diseñar la política penitenciaria. En otras palabras: el derecho internacional de los derechos humanos tiene que estar presente en los contenidos curriculares de la capacitación del personal y funcionarios que tendrán a cargo la ejecución.

Sin embargo, los órganos estatales, en no pocas ocasiones, no cumplen —o, al menos, no con la eficacia deseable— con las obligaciones que emanan de las normas internacionales. Precisamente, éste es uno de los aspectos más preocupantes desde que muestra lo vulnerable o débil del derecho internacional, ya que deja el cumplimiento de sus obligaciones, en última instancia, a los órganos domésticos.

La característica señalada “crea una relación dialéctica con el derecho interno. Éste último debe aplicar los compromisos internacionales adquiridos a través de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole que sean necesarias y eficaces para garantizar su cumplimiento. Mientras que el derecho internacional, a través de distintas técnicas, fiscaliza el accionar estatal con relación a las

<sup>43</sup> Klaus Tiedemann ilustra esta función a partir de un caso resuelto por el Tribunal Constitucional alemán: “El Tribunal Constitucional ha asumido una verdadera función de impulso sobre todo en materia penitenciaria a partir de una sentencia de 1972 en la que declaró que la carencia de un fundamento de rango de Ley en esta materia sólo resultaba aceptable desde un punto de vista constitucional tan sólo como algo transitorio, de modo tal que con este motivo y tras cien años de reclamarlo la doctrina científica y la opinión pública, el legislador se vio obligado a promulgar una Ley general penitenciaria que entró en vigor el 1o. de enero de 1977. Así, un asunto de tan poca monta como la retención de una carta injuriosa de un preso por parte de la dirección de una cárcel dio lugar al abandono de la teoría tradicional de la ‘relación especial de sujeción’ como base de legitimación para la restricción de derechos fundamentales en el sistema penitenciario” (*cf.* “La Constitución y el derecho penal”, en varios autores, *Derecho penal. Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1991, p. 654).

obligaciones internacionales”.<sup>44</sup> En lo que sigue, analizaremos algunos de los mecanismos supranacionales que permiten controlar el cumplimiento de las obligaciones del Estado argentino en esta materia.

*b.* La denuncia ante la Comisión Interamericana

1) Introducción

Con la finalidad de que el individuo pueda acceder al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, los documentos internacionales regionales han consagrado el derecho de petición; esto es: le han reconocido la facultad de prevalerse de sus derechos frente al Estado ante una instancia internacional. De esta forma, en el marco de la Organización de los Estados Americanos, cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más estados miembros, puede peticionar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con denuncias respecto a violaciones de los derechos protegidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o en la Convención Americana de Derechos Humanos.

La petición —en la que se materializa la queja— debe formalizarse por escrito, con indicación de los datos del denunciante, la víctima, el Estado al que se atribuye la alegada violación, la descripción de los hechos que motivan la denuncia y la indicación de las gestiones realizadas en el ámbito interno a los fines de restablecer el ejercicio del derecho que se estima conculcado. Asimismo —y ya como recaudo sustancial— el acceso a la Comisión exige la verificación de otras tres exigencias: *a)* El agotamiento de los recursos en el ámbito de la jurisdicción interna del afectado; *b)* Que no hayan pasado más de seis meses entre la notificación de la resolución necesaria para agotar la instancia interna y la presentación ante la Comisión y *c)* Con la finalidad de evitar la litispendencia, que la materia de la denuncia no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional ante

<sup>44</sup> *Cfr.* Dulitzky, Ariel E., “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en varios autores, *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 2a. ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 51.

un órgano con competencia semejante a la de la Comisión (por ejemplo, Comité contra la tortura).<sup>45</sup>

El procedimiento ante la Comisión —que es de carácter contradictorio (peticionante-Estado denunciado)—<sup>46</sup> puede tener algunas de estas derivaciones:<sup>47</sup> *a)* Solución amistosa; *b)* Si no subsisten los motivos de la denuncia, el archivo del expediente; *c)* Si el caso está inactivo porque el reclamante o porque el Estado no brindan informaciones adecuadas, se puede disponer la suspensión del trámite; *d)* Si nada de lo anterior ocurre, la Comisión deberá pronunciarse sobre el asunto sometido a su consideración.

En virtud de la última derivación apuntada,<sup>48</sup> la Comisión tiene la obligación de elaborar un informe confidencial exponiendo los hechos y sus conclusiones; esto es, si tales hechos resultan o no en una violación de derechos protegidos y tiene la facultad de proponer recomendaciones fijando un plazo para su cumplimiento. Vencido el plazo de tres meses desde la remisión del informe a las partes, pueden suceder, a su vez, diversas alternativas: *a)* Que el caso se solucione a satisfacción y, por ende, se cierre; *b)* Que no se solucione y que la Comisión decida remitirlo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos porque el Estado involucrado ha aceptado la jurisdicción de ésta; o *c)* Que el caso no sea remitido a la Corte porque el Estado no ha aceptado su jurisdicción o porque no resulte susceptible de solución judicial. Ante esta última alternativa, el Comité elabora un segundo informe, esta vez definitivo, que debe obligatoriamente incluir recomendaciones a ser cumplidas en un plazo fijado, transcurrido el cual la Comisión debe decidir si lo publica o no.

<sup>45</sup> Sobre estos requisitos, es exhaustivo el trabajo de Pinto, Mónica, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, *cf.* en especial pp. 55-79.

<sup>46</sup> *Cfr. ibidem*, pp. 99 y ss.

<sup>47</sup> *Cfr.* Pinto, “Mecanismos de protección...”, *cit.*, p. 84.

<sup>48</sup> Seguimos, también, en lo sucesivo la exposición de Pinto: *ibidem*, pp. 84 y 85.

- 2) Algunas manifestaciones del funcionamiento de este mecanismo de protección en materia penitenciaria (casos en los que se encuentra involucrado el Estado argentino)<sup>49</sup>

El número de denuncias formuladas con relación a nuestro país ha sido y es muy elevado.<sup>50</sup> Empero, de esto no debe deducirse que, en Argentina, se presente el peor panorama (en la perspectiva regional) en lo concerniente a la violación de derechos humanos; sino que, más bien, ello se debe a otros factores tales como: *a)* La larga tradición jurídica de nuestro país; *b)* La importante difusión dada al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; *c)* El rango constitucional reconocido a la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 75, inciso 22, CN) y *d)* La actividad incesante de ciertos organismos no gubernamentales de derechos humanos (entre ellos el CELS-CEJIL).<sup>51</sup>

No obstante lo expresado, dentro de los casos denunciados la materia penitenciaria (de manera específica) representa un universo muy reducido.<sup>52</sup> En lo que sigue nos ocuparemos de los dos casos registra-

<sup>49</sup> Ciertamente, los casos aquí reseñados no son los únicos ocurridos en Latinoamérica. Por el contrario, varios Estados han sido denunciados ante la Comisión por cuestiones vinculadas con violaciones de derechos fundamentales con motivo de la ejecución de penas privativas de libertad. Así, en el caso de la República Federativa del Brasil, debe mencionarse la intervención del organismo supranacional por el episodio ocurrido en la casa de detención de Carandirú, el 2 de octubre de 1992. Al respecto, *cfr.* Zurita Leão, Carolina, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la masacre de la casa de detención Carandirú”, en varios autores, *Criminalidad y ciencia penitenciaria...*, *cit.*, nota 30, pp. 82-91.

<sup>50</sup> Cuantitativamente, en el período comprendido entre 1987-2000, 32 informes publicados en casos individuales se refirieron a nuestro país; cifra sólo superada por Perú con 60 informes. Por otra parte, hasta marzo del 2000, existían 63 casos en trámite ante la Comisión. Al respecto, *cfr.* Kawabata, Juan Alejandro, “Casos argentinos ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, año 1, núm. 0, 2001, pp. 209 y ss.

<sup>51</sup> *Cfr. ibidem*, p. 211.

<sup>52</sup> Kawabata (*ibidem*, pp. 212 y ss.) señala tres etapas con relación a la naturaleza de las denuncias presentadas: *a)* Una primera etapa estuvo signada por peticiones vinculadas con las violaciones a los derechos humanos cometidas por la pasada dictadura militar; *b)* A partir de 1994 se inicia un segundo período en donde se presentaron casos “referidos a los resabios autoritarios sobre los que hubo que trabajar para fortalecer el proceso de democratización” (por ejemplo, libertad de expresión y delito de desacato), que se “mezclaron con casos referidos a garantías judiciales” (por ejemplo:

dos; el primero mereció un informe individual de fondo; en tanto que el segundo se encuentra actualmente en trámite.

*El Informe núm 38-1996 (Caso 10.506-República Argentina)*

La señora X concurre a una unidad penitenciaria de la ciudad de Buenos Aires con la intención de visitar a su esposo. La acompaña una hija del matrimonio de trece años de edad. Ambas mujeres pretenden visitar a su familiar privado de libertad en un contacto de los denominados “directo”, esto es, sin medios físicos de separación entre los visitantes y el visitado.

Las autoridades penitenciarias autorizan las visitas pero la subordinan a una condición: ambas mujeres (madre e hija) deben desnudarse y soportar una revisión vaginal antes de ingresar al establecimiento penitenciario.

La señora X ya había aceptado someterse a este tipo de inspecciones corporales en visitas anteriores. Sin embargo, en esta oportunidad, se niega a la medida violatoria de su intimidad corporal y recurre la decisión de las autoridades del Servicio Penitenciario Federal ante los tribunales locales mediante una acción de amparo. El recurso es denegado en primera instancia, admitido posteriormente por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal que ordenó el cese de las inspecciones, y finalmente rechazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que por mayoría de votos (y con la disidencia del juez Fayt) revocó la decisión de la Cámara Federal.<sup>53</sup> La señora X, al no obtener una respuesta satisfactoria por parte de la justicia argentina, presenta el caso ante la Comisión Interamericana-

duración del proceso penal, prolongación de la prisión preventiva, funcionamiento del servicio penitenciario) y c) Una tercera etapa caracterizada por una mayor complejidad ya que permite emparentar las presentaciones de la región con las que se formulan ante el sistema europeo, y que poco tienen que ver con los casos flagrantes y palmarios de violaciones a derechos humanos que predominan respecto de otros países latinoamericanos, y que se vinculan con situaciones novedosas (por ejemplo, afectación de la garantía de la propiedad en una hipótesis de expropiación luego revertida; duración excesiva de un proceso en el que se reivindican inmuebles en el marco de un juicio sucesorio, etcétera).

<sup>53</sup> Para la argumentación de la Cámara y de la Corte, *cf.* Cesano, *Los objetivos...*, *cit.*, nota 6, pp. 61-63.

na de Derechos Humanos que, tras de seguir el procedimiento respectivo, concluye al dictar un informe sobre el fondo del asunto.

La Comisión, luego del análisis jurídico de la situación denunciada, formula las siguientes conclusiones:<sup>54</sup>

a) Reconoce las medidas tomadas por el Estado argentino para modificar su sistema penitenciario (en alusión al artículo 163 de la ley 24.660 [a la sazón, todavía proyecto]), específicamente en lo referente a la violación denunciada en el presente caso.

b) Considera que el Estado ha tomado la iniciativa para el cumplimiento de algunas de las conclusiones y recomendaciones del Informe núm. 16/95, concretamente en cuanto a la necesidad de establecer por ley las restricciones a los derechos y garantías consagrados en la Convención.

c) Concluye, igualmente a como lo hiciera en su Informe núm. 16/95, que para establecer la legitimidad de una revisión o inspección vaginal, en un caso en particular, es necesario que se verifiquen estos requisitos:

1) Tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo legítimo en el caso específico.

2) No debe existir medida alternativa alguna.

3) Debería, en principio, ser autorizada por orden judicial.

4) Debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud.

d) El artículo 163 del proyecto de ley (hoy Ley 24.660) que se refiere a la sustitución del registro manual por sensores no intensivos u otras técnicas no táctiles apropiadas y eficaces es, en principio, consistente con las recomendaciones de la Comisión. No obstante, el artículo citado no menciona expresamente el tipo de inspección corporal invasiva que ha sido analizada en el presente informe. La Comisión reitera que las inspecciones vaginales, u otras inspecciones corporales de tipo invasivo, deben ser realizadas por personal médico acreditado.

<sup>54</sup> Para el texto completo del Informe, *cfr.* el sitio *Web* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.cidh.oas.org/anual.esp.htm>. Las conclusiones y las recomendaciones fueron publicadas, igualmente, en *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A, con un comentario de Marcos G. Salt: "La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre registros corporales a las visitas de establecimientos carcelarios", pp. 445 y ss.

e) Por lo tanto, la Comisión concluye que al imponer una condición ilegal a la realización de las visitas a la unidad de detención sin disponer de una orden judicial ni ofrecer las garantías médicas apropiadas y al realizar revisiones e inspecciones en esas condiciones, el Estado argentino ha violado los derechos de la señora X y su hija Y consagrados en los artículos 5, 11 y 17 de la CADH con relación al artículo 1.1 que dispone la obligación del Estado argentino de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de todas las disposiciones reconocidas en la Convención. En el caso de Y, la Comisión concluye que el Estado argentino también violó el artículo 19 de la misma Convención.

Asimismo, la Comisión recomendó al Estado argentino, con base en las conclusiones que acabamos de reseñar:

- a) Adoptar las medidas legislativas o de otro carácter para ajustar sus previsiones a las obligaciones establecidas por la Convención.
- b) Mantener informada a la Comisión del proceso de estudio y sanción de las medidas mencionadas en el párrafo anterior.
- c) Recomienda que las víctimas sean compensadas adecuadamente.
- d) Decide publicar el presente informe en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

#### *Cumplimiento de pena fuera del territorio de la Provincia*

En virtud de un convenio celebrado entre la Provincia de Neuquén y el Ministerio de Justicia de la Nación, un número significativo de condenados a penas privativas de libertad por la justicia provincial son enviados a cumplir su pena en la cárcel federal existente en esta ciudad (Unidad Federal núm. 9). Tal actitud es justificada por la Provincia, sobre la base de la carencia de unidades carcelarias adecuadas para alojar a los condenados. A su vez, una vez producido el ingreso del interno a la prisión federal, es frecuente que la autoridad penitenciaria, invocando atribuciones propias, disponga (con conocimiento del juez competente) el traslado de los internos a otros territorios dentro del país; distantes, en algunos casos, a 2.000 kilómetros<sup>55</sup> del

<sup>55</sup> Por ejemplo, traslados a unidades federales ubicadas en provincia como Chaco (a 2000 kilómetros de Neuquén) o a Rawson, en Chubut (aproximadamente a 1000 kilómetros).

asiento de sus familiares, allegados y de sus órganos judiciales de ejecución (jueces y defensores).

En virtud de esta situación, se comenzaron a presentar (ante estos traslados) habeas corpus correctivos, fundados en un agravamiento de las condiciones de detención. Los mismos fueron rechazados por los jueces competentes. Frente a esta solución adversa, se interpusieron recursos de casación que, igualmente, fueron declarados improcedentes por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia. Finalmente, se intentó llevar el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la queja por recurso extraordinario federal denegado; estrategia que, también, mereció el rechazo de la máxima instancia federal.

Ante tal situación, el asunto fue llevado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la una denuncia que dio origen al caso “Néstor Rolando López y otros” (pp. 491-98, Argentina), actualmente en trámite de estudio de admisibilidad.<sup>56</sup>

En concreto, a través de la denuncia se persigue que la Comisión:<sup>57</sup>

a) Adopte las medidas necesarias para que el Estado argentino y la Provincia de Neuquén: 1) Reintegren al territorio de esa provincia a todos y cada uno de los condenados trasladados fuera de dicho ámbito; y 2) Garanticen el cese definitivo de los traslados de presos condenados por dicha provincia fuera de su jurisdicción territorial.

b) Que se condene al Estado argentino y, como parte de él, a la Provincia de Neuquén, a indemnizar todos los daños y perjuicios materiales y morales causados tanto a los condenados trasladados ilegítimamente, como a sus familiares y allegados.

<sup>56</sup> El origen de esta presentación debe buscarse en la clínica jurídica de interés público llevada a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue sobre “Traslado ilegítimo de presos”. La misma tuvo lugar durante 1998, bajo la dirección del profesor Gustavo L. Vitale. Para una descripción de la génesis de esta muy loable iniciativa, *cf.* “Traslado ilegítimo de presos”, *Cuadernos de Análisis Jurídico, Defensa Jurídica del Interés Público. Enseñanza, Estrategias, Experiencias*, Santiago, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, núm. 9, 1999, serie Publicaciones especiales, pp. 229 y ss. Para el texto de la denuncia, *cf.* *Pensamiento Penal del Sur*, Buenos Aires, Fabián Di Plácido Editor, año 1, núm.1, 2004, pp. 854-867.

<sup>57</sup> En lo que sigue reproducimos, en las partes respectivas, el texto de la denuncia. Para su consulta, *cf.* *Pensamiento Penal...*, *cit.*, nota anterior.

Los fundamentos jurídicos centrales —que, por cierto, compartimos plenamente— fueron los siguientes:<sup>58</sup>

Los traslados referidos han provocado la seria afectación de una serie de derechos y garantías constitucionales. Ello se funda en la circunstancia de significar estos traslados (ocurridos muchos e inminentes otros) una suerte de reinstauración de la no vigente ni impuesta pena de relegación o destierro, que causa a los seres humanos privados de su libertad perjuicios irreparables, que se suman a los ya propios de su situación de encarcelado (y que no forman parte necesaria de la pena). Entre otras afectaciones ilegítimas y adicionales a la propia pena carcelaria, se destaca la imposibilidad de mantener visitas con sus familiares y allegados, el impedimento de ser asistidos por sus defensores ante cada cuestión que se les presente en la etapa de ejecución de sus penas y nada menos que la imposibilidad de contar con sus jueces de ejecución (lo que no sólo les impide hacer llegar oportunamente los planteos que necesiten a dichos jueces, sino que, a su vez, los coloca en una situación de abandono de sus propios jueces de ejecución de la pena, con los que no cuentan al encontrarse a demasiados kilómetros de distancia como para poder cumplir con sus facultades y deberes propios de esta etapa tan descuidada del proceso penal en sentido amplio). Lo que aquí se propone lograr no es más que el cumplimiento de una serie de disposiciones expresas de nuestro derecho positivo, incluida nuestra Constitución de la Provincia de Neuquén, pero, fundamentalmente, expresas disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones ratificadas por Argentina (y que actualmente tienen incluso rango constitucional, en virtud de lo establecido por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional reformada en 1994). En primer lugar, la Constitución de Neuquén es demasiado clara como para tener alguna duda al respecto, pues ella establece en forma contundente la prohibición de hacer precisamente lo que se viene haciendo, y lo que existe aquí es el serio riesgo de reiteración en otros casos. Ella expresa que *‘en ningún caso los penados serán enviados a establecimientos carcelarios existentes fuera del territorio de la Provincia’* (artículo 41 de la Constitución neuquina). Ningún convenio firmado por la provincia para hacer cumplir la pena carcelaria en una cárcel federal ubicada en la

<sup>58</sup> Pese a su extensión, los transcribimos con la finalidad de dar difusión a tan importante iniciativa. Por lo demás, sus argumentos dan excelentes razones respecto de los derechos y garantías violados por tal situación fáctica.

misma ciudad de Neuquén puede importar la renuncia a garantías, en favor de la población, consagradas por la Constitución que nos rige a todos los habitantes de este territorio provincial. La citada garantía, a pesar de encontrarse consagrada en una norma provincial (dentro de nuestro sistema de estado federal), debe ser respetada y aplicada por cualquier órgano estatal argentino dentro de la Provincia de Neuquén por aplicación directa del *artículo 29, inciso b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en cuanto dispone que ‘ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en sentido de... limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido *de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*’. Al respecto, cabe señalar que dicha Convención no puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio del derecho al no traslado de presos fuera de la provincia de Neuquén, garantizado a sus habitantes por el artículo 41 citado de la Ley Suprema de Neuquén, como parte del Estado argentino.

Por otro lado, tampoco puede interpretarse la Convención Americana como limitativa de los derechos acordados por otra convención en que sea parte la Provincia de Neuquén como integrante del Estado argentino, y, en tal sentido, el artículo 13 de la Constitución de Neuquén expresa que ‘los habitantes de la provincia gozan en su territorio de todos los derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional y en esta Constitución, con arreglo... de los derechos del hombre sancionados por la Organización de las Naciones Unidas en París en 1948, los que se dan por incorporados al presente texto constitucional’. Con esto último queremos decir que las expresas garantías de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (NU, París, 1948) que mencionaremos como violadas por los traslados de presos denunciados aquí, son de obligatoria aplicación por los órganos estatales del Estado neuquino (tanto por aplicación directa del texto de la Constitución de la provincia, como de la Constitución Nacional y del citado artículo 29, inciso b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por ello es que tiene razón el *procurador penitenciario nacional, doctor Óscar L. Fappiano*, al expresar que ‘la circunstancia de que el derecho constitucional local garantice de mejor manera el goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales o reconozca otros no previstos en la Constitución Nacional, hace ineludible su cumplimiento en virtud de la regla de la cláusula de la persona más favorecida del derecho de los derechos humanos (véase artículo 29, inciso b) de la CADH’ (*cf.* punto 4 del Dictamen del Procurador Penitenciario de

la Nación, del 29 de junio de 1998...). Los traslados de personas privadas de libertad aludidos violentan, entre otros derechos del penado, el de recibir un trato respetuoso de su dignidad como ser humano. Tal respeto exige el reconocimiento del contacto con sus familiares, amigos, abogados y jueces de ejecución, del que se ven imposibilitados en los casos que hacemos llegar a la Comisión por la absoluta carencia de medios económicos de los familiares y por el propio impedimento de la distancia. El derecho a un trato acorde con su *dignidad humana* se encuentra amparado por una serie de disposiciones jurídicas, como es el caso del artículo 1o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 5,2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Al mismo tiempo, se viola con los traslados el derecho de los condenados a obtener la ‘satisfacción de sus *necesidades naturales y culturales*’ (artículo 41, 1er. párrafo, de la Constitución de Neuquén, de obligatorio respeto por el Estado argentino en virtud de lo prescripto por el artículo 29, b, de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. No hay duda alguna que el mantenimiento del contacto con los hijos, padres, hermanos y allegados en general es una necesidad imperiosa para todo ser humano, y, más aún, cuando éste se encuentra encerrado en una cárcel. Tales necesidades resultan afectadas por el envío de seres humanos a una prisión tan lejana al lugar de residencia del condenado y de su familia. Ese primer párrafo del artículo 41, incluso, precede (en su texto) la prohibición absoluta de trasladar condenados fuera del territorio de Neuquén. Por supuesto, estos ‘traslados’ (que vienen funcionando como sanciones encubiertas) importan en los hechos para quienes vienen sufriendolos, un ilegítimo *trato cruel, inhumano y degradante* (categóricamente prohibido, entre otras normas, por el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 5 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Basta imaginarse postrado en una cárcel tan alejada de sus seres queridos para entender esta situación como un sufrimiento cruel que no debe formar parte de la pena privativa de libertad (que, por propia disposición de la Convención, busca la reinserción social del condenado). Los traslados constituyen, entonces, una pena accesoria no impuesta al condenado, importando su destierro, generador de sufrimientos atroces y muchas veces inimaginables. Al mismo tiempo, existe con ello una verdadera lesión del *principio de intranscendencia de la pena* a personas ajenas a la condena (artículo 5, apartado 3, de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), por cuanto la fami-

lia del condenado no tiene por qué verse privada de su derecho a visitarlo (aunque más no sea como una mínima manifestación de su voluntad de no resquebrajar los necesarios vínculos familiares, protegidos por el Estado). Estos traslados afectan, por ende, directamente a personas no condenadas que tienen una real necesidad de mantener los vínculos con su familia. Por otra parte, los traslados denunciados transgreden el derecho a la *protección de la familia* (garantizado por el artículo 24 de la Constitución de Neuquén y *artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Resulta indudable que existe una flagrante desprotección estatal de la familia al enviar a los condenados a lugares muy alejados como los de los casos que hacemos llegar con esta denuncia. Los traslados de los presos neuquinos fuera de su provincia violan también el proclamado fin de *reinserción social de la pena privativa de la libertad*, consagrado en forma expresa tanto en las normas de derecho interno argentino (artículo 1o. de la Ley 24660-96, artículo 38 de la Constitución de Neuquén, artículos 18 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, y en particular —entre otros— *artículo 5, apartado 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Es elemental que nadie tiene posibilidades reales de reinserción social alejado completamente de sus familiares, defensores y jueces de ejecución de la pena.

La responsabilidad del Estado que motiva esta denuncia se funda, incluso, en una expresa disposición de la carta magna de la Provincia de Neuquén, que se encarga de aclarar que ‘toda medida que, so pretexto de precaución, conduzca a mortificar a presos o detenidos, hará responsable civil y criminalmente al juez que la autoriza o consienta, por actos u omisiones, y será causa de inmediata destitución de los funcionarios y empleados que la ordenen, apliquen, instiguen o consientan, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran’ (artículo 40 de la Constitución de Neuquén). Para mayor claridad (y para fundar el deber estatal de indemnizar el daño causado a todos los afectados por traslados como los que expresamente prohíbe en su artículo 41), el artículo 40, última oración, de la Constitución de Neuquén, agrega que ‘la Provincia indemnizará los perjuicios que ocasionen las privaciones de la libertad por error o con notoria violación de las disposiciones constitucionales’. Es claro, por lo desarrollado en esta denuncia, que los traslados fuera del territorio neuquino (y con mayor razón cuando se vinculan con lugares demasiado lejanos, como en nuestros casos) han ocasionado perjuicios con notoria violación de la disposición constitucional que prohíbe terminantemente dichos traslados (no admitiéndolos ‘en ningún caso’). Además de resultar aplicable

dicha norma local por imperio de lo preceptuado por el artículo 29, inciso b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la responsabilidad del Estado surge de la cláusula contenida en el artículo 28 del Pacto de San José de Costa Rica, al sostener que ‘1. cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, con el fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta convención’.

### c. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

#### 1) Introducción

Cualquier descripción del sistema regional de protección de los derechos humanos luciría incompleta si no se mencionara la labor de la Corte. Al respecto, debe tenerse presente que la Corte Interamericana constituye la culminación del sistema regional de tutela de los derechos fundamentales; desarrollando su actividad bajo la forma de dos atribuciones esenciales:<sup>59</sup> a) Una, de naturaleza consultiva; consistente en su competencia para interpretar disposiciones de la Convención Americana,<sup>60</sup> así como de otros tratados concernientes a la pro-

<sup>59</sup> *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en varios autores, *The Modern World of Human Rights. Essays in Honour of Thomas Buergenthal*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 179.

<sup>60</sup> Así, guardando cierta relación con nuestra materia (aunque no identidad, porque el tema sometido a consulta se vinculaba con el hábeas corpus bajo suspensión de garantías) la Corte a través de la opinión consultiva O.C. 8/87, del 30 de enero de 1987, enfatizó la necesidad de “intervención de un órgano judicial independiente e imparcial”, sobre todo cuando se trate de la ejecución de la pena de prisión o reclusión, procurando —por medio de esa intervención— garantizar el derecho del penado de “recibir un tratamiento humano durante la privación de libertad”. Para el tex-

tección de derechos humanos en los Estados de la región; y *b*) La segunda, en cambio, de carácter jurisdiccional, para resolver las controversias que se le planteen respecto a la interpretación o aplicación de la propia Convención Americana.

Precisamente, con relación a esta competencia jurisdiccional, han existido diversos pronunciamientos vinculados con violaciones a derechos fundamentales de condenados a penas privativas de libertad. En tal sentido, y a sólo título ilustrativo, la Corte encontró violaciones del derecho a la vida (artículo 4, apartado 1o. de la CADH) y del derecho de *habeas corpus* (artículo 7, apartado 6o. de la CADH) en el caso “Neira Alegría y otros”, fallado el 19 de enero de 1995, encontrando responsable al Estado de Perú, con motivo de la masacre que tuvo lugar en el penal de “El Frontón”, por parte de autoridades militares de aquél país.

En forma más reciente (2-9-2004), el organismo supranacional dictó un importante precedente al emitir sentencia en el asunto “Instituto de Menores ‘Panchito López’” (Paraguay). Los sucesos que motivaron la intervención de la Corte (previo paso por la Comisión) ocurrieron el 11 de febrero de 2000, debido a un incendio en donde fallecieron once menores detenidos.<sup>61</sup> La Corte consideró que el Estado paraguayo había violado, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 de la CADH, el artículo 4 (derecho a la vida) de aquel mismo documento. De este importante pronunciamiento destacamos —por su indudable valor para construir estándares interpretativos—<sup>62</sup> las siguientes argumentaciones:<sup>63</sup> La Corte dejó en claro que quien “sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garanti-

to de las opiniones consultivas de la Corte y sus fallos, *cfr.* el sitio *Web* de esa institución (dirección del sitio: <http://www.corteidh.or.cr/juris/index.html>).

<sup>61</sup> Diez a consecuencia de quemaduras e inhalación de gases tóxicos y uno por disparo de arma de fuego a manos de un funcionario del Instituto.

<sup>62</sup> A su vez, de gran utilidad para la elaboración de interpretaciones jurisprudenciales locales.

<sup>63</sup> Seguimos, en esta parte, la síntesis realizada por Moscato, Claudia, “La responsabilidad internacional del Estado frente a las personas detenidas: los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Instituto de Menores ‘Panchito López’ y ‘Penitenciarias de Mendoza’”, en varios autores, *Criminalidad y ciencia penitenciaria...*, *cit.*, nota 30, p. 95.

zarle el derecho a la vida y a la integridad personal”, remarcando que frente a ellas “el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia”. Y enseguida se enfatizaba que en las circunstancias propias al encierro carcelario “se produce una relación de interacción especial de particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones... en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna”. En suma, según lo expresa la Corte, el Estado “debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible”.<sup>64</sup>

- 2) La intervención de la Corte Interamericana frente a violaciones a derechos de los internos ocurridos en nuestro país

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido una intervención directa con relación a la Argentina en el marco de la causa conocida como “Penitenciarias de Mendoza”<sup>65</sup> (18-6-2005). Destacamos, empero, que esta intervención no se debe al conocimiento contencioso de la Corte sino a que, estando en trámite una denuncia ante la Comisión, aquella intervino a solicitud de ésta respecto al dictado de medidas provisionales en los términos del artículo 63.2 de la CADH.<sup>66</sup> La génesis de esta actuación debe conectarse con una peti-

<sup>64</sup> Como sucede, por ejemplo (y así lo destaca la sentencia de la Corte Interamericana) con el derecho a la vida, integridad personal, libertad religiosa y el debido proceso.

<sup>65</sup> El texto de la última resolución adoptada por la Corte puede consultarse en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, LexisNexis, núm. 12, agosto de 2005, pp. 1203-1220.

<sup>66</sup> Dispone dicha norma que: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte en los asuntos que esté conociendo podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si

ción que, en octubre del 2004, efectuara la Comisión Interamericana, específicamente con el fin de que —a través de medidas provisionales— se protegiese la vida e integridad personal de las personas reclusas en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como las de todas las que ingresaren en tales centros carcelarios.<sup>67</sup> La petición se fundó en la obligación internacional asumida por el Estado argentino respecto de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, y como corolario de ello, en su deber de diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas para evitar mayores riesgos. La Corte hizo lugar al pedido de la Comisión requiriéndole a nuestro país que tome, en forma inmediata, las medidas necesarias para proteger la vida e integridad de las personas privadas de su libertad en esos centros.

Con posterioridad a esta primera intervención, y luego de una visita *in loco* realizada por la Comisión, se celebró una audiencia pública en Asunción (Paraguay). Realizada la misma, la Corte dictó la resolución de fecha 18 de junio de 2005 en donde resolvió reiterar al Estado argentino que mantenga las medidas provisionales adoptadas por la misma Corte en noviembre de 2004. Entre las medidas a adoptar se incluyen las contenidas en el acuerdo suscrito por la Comisión, los representantes de los beneficiarios de las medidas y el Estado; en particular, en cuanto a: *a*) Personal penitenciario (incrementar el personal destinado a garantizar la seguridad; variar los patrones de vigilancia para asegurar la presencia y el adecuado control en los pabellones; llevar a cabo un proceso de depuración del cuerpo de agentes que garantice una adecuada prestación del servicio y capacitación y formación continua del personal penitenciario); *b*) Separación de los internos por categorías; *c*) Régimen disciplinario (en especial, resguardo del derecho de defensa); *d*) Mejoras progresivas en las condiciones de detención; *e*) Activación del sistema judicial (reducción

se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

<sup>67</sup> Seguimos aquí la reseña realizada en dos excelentes trabajos: Moscato, “La responsabilidad...”, *cit.*, nota 63, pp. 103-108, y Salinas, Pablo Gabriel, “Penitenciarias de Mendoza”. Comentario a una resolución histórica” y “Sociodisea”, *Revista de Enfoque Crítico del Derecho y la Justicia Penal*, Córdoba, Incip, año III, núm. 5, agosto-septiembre de 2005, pp. 24-26.

de los plazos de duración de los procesos); *f*) Investigación judicial de los hechos de violencia de los que han sido víctimas los internos allí alojados y *g*) Cumplimiento de la obligación de asistir periódicamente a las cárceles por parte de jueces, fiscales y defensores.

Sin duda, la argumentación desplegada por la Corte resulta rica en estándares aprovechables para la construcción de criterios jurisprudenciales domésticos. Más allá de reiterarse algunos conceptos ya vertidos en otros precedentes del mismo tribunal,<sup>68</sup> deben destacarse dos aspectos:

a) Por una parte, el presidente de la Corte, Sergio García Ramírez, al fundar su voto concurrente manifestó que: el problema planteado en este caso se vincula no tanto con cuestiones de infraestructura sino, más bien, de régimen carcelario. “Se ha dicho, y convengo —expresó el magistrado—, que hay que establecer un sistema penitenciario. Esto implica más que piedras y ladrillos. Implica un espíritu, un espíritu del Estado, un espíritu público, en relación con los hombres privados de libertad. En suma, quizá a partir de aquí, con las iniciativas que resulten de aquí y con el ejemplo que pueda lograr en condiciones críticas la República Argentina, se pueda emprender un vasto proceso de reforma penitenciaria, que pasa por convenciones y por instrumentos, por discursos y por declaraciones, pero que necesariamente transita también... por la conducta, por la actitud de los Estados, estimulados unos por otros, para establecer una nueva circunstancia carcelaria”.<sup>69</sup>

b) Asimismo resulta importante un pasaje del voto concurrente del juez Cançado Trindade en donde analiza la inconsistencia del argumento del gobierno federal para intentar eludir su responsabilidad

<sup>68</sup> Así, por ejemplo, el juez Antonio Augusto Cançado Trindade enfatizó (tal cual se hiciese en el precedente “Instituto de menores ‘Panchito López’”) que “las personas detenidas se encuentran en una posición vulnerable y las autoridades tienen el deber de protegerlas”; con lo cual se insistió, nuevamente, en la posición de garante que le incumbe al Estado con respecto a las personas privadas de libertad.

<sup>69</sup> Lleva razón Salinas (*cf.* “Penitenciarías de Mendoza’...”, *cit.*, nota 67, p. 26) cuando, al comentar este argumento de la resolución refiere que: “El problema carcelario depende necesariamente de la actitud del Estado, una actitud comprometida con la dignidad humana y se trata justamente de una actitud distinta a la mera obra pública. Esta actitud pasa por reconocer en primer término que ‘los presos’ pertenecen a la clase ‘seres humanos’, y como tales, son sujetos de derechos”.

(en esta materia) sobre la base de la jurisdicción provincial en donde se han producido los hechos denunciados. El magistrado refiere que “un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”; con lo que queda clara “la responsabilidad del Estado Nacional en cuanto a conseguir que el gobierno de Mendoza o de cualquier provincia cumpla (con) lo que firma el Estado Nacional a nivel internacional”.<sup>70</sup>

*d.* El Protocolo facultativo de la Convención para la prevención de la tortura y penas crueles, inhumanas o degradantes

Nuestro país, a través de la Ley 23.338,<sup>71</sup> incorporó al derecho interno la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Para el respaldo del cumplimiento de lo allí estatuido, se creó un Comité contra la Tortura, integrado por diez expertos; obligándose a los Estados parte a proporcionar los informes periódicos y aquellos que le fuesen solicitados. En virtud del artículo 2o. de la Ley 23.338, la República Argentina reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado parte de las disposiciones de la Convención.<sup>72</sup> Con la reforma de 1994, este instrumento fue elevado a la jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, 2a. cláusula).

Debe destacarse, empero, que la actuación de este Comité se caracteriza por ser posterior al hecho que provocó la violación del derecho reconocido por la Convención. Es decir: el Comité interviene una vez recibida la denuncia de un particular (o a nombre de éste) contra un Estado parte que haya aceptado esta posibilidad; comenzando, recién, un procedimiento confidencial que concluye con una

<sup>70</sup> *Cfr.* Salinas, “‘Penitenciarias de Mendoza’...”, *cit.*, nota 67, p. 26.

<sup>71</sup> Sancionada el 30 de julio de 1986; promulgada el 19 de agosto, y publicada en el B.O.N. del 26 de febrero de 1987.

<sup>72</sup> *Cfr.* Vega, Juan Carlos y Graham, Marisa Adriana, *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 302.

comunicación, que emana del organismo supranacional, con respecto a ambas partes, de donde surge una solución.<sup>73</sup>

Precisamente, y con la finalidad específica de adelantarse a las situaciones de violación efectiva de las normas de la Convención, en el ámbito de las Naciones Unidas se aprobó<sup>74</sup> el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; en virtud del cual se estableció un Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

La misión de este Subcomité, respecto de aquellos Estados que admiten su competencia, gira alrededor de tres ámbitos centrales (artículo 11): *a)* Realizar visitas en los lugares en donde se encuentran (o pudieran encontrarse) personas privadas de su libertad, haciendo las recomendaciones pertinentes en lo que concierne a la protección de las personas detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; *b)* Asesorar y mantener contacto directo con los mecanismos nacionales de prevención, efectuando recomendaciones y observaciones a los Estados parte, con miras a reforzar la capacidad y el mandato de estas instancias de control interno y *c)* Cooperar, para la prevención de la tortura en general, con los órga-

<sup>73</sup> *Cfr.* Salas, Graciela R., “Los pactos internacionales incorporados a la Constitución Nacional”, en Caro, Ernesto J. Rey *et al.*, *Los tratados internacionales y la Constitución Nacional*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, p. 78.

<sup>74</sup> En Nueva York, con fecha 18 de diciembre de 2002. En el ámbito del sistema europeo de protección de los derechos humanos, se advirtió con antelación la importancia de esta labor preventiva. Fue así que, en el marco del Convenio del Consejo de Europa de 1987, se estableció el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT). La labor del CPT se concibe como parte integrante del sistema del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos, al prever un mecanismo no judicial, paralelamente al mecanismo judicial de control *a posteriori* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El CPT ejerce sus funciones, fundamentalmente preventivas, a través de dos tipos de visitas: periódicas y *ad hoc*. Para una visión del funcionamiento del Comité, *cfr.* Mahiques, Carlos A., *La noción jurídica de tortura y de penas y tratamientos crueles, inhumanos o degradantes en el derecho penal internacional. Un nuevo Jus commune*, Buenos Aires, Educa, 2003, pp. 168-182. Sobre la labor del CPT, en comparación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto a la cuestión carcelaria, *cfr.* el exhaustivo análisis de Petrini, Silvia, “El estado de las cárceles en Europa, según los informes del Comité para la Prevención de la Tortura y la jurisprudencia de la Corte Europea”, *Ley, Razón y Justicia*, Córdoba, Alveroni Ediciones, núm. 8, 2004, pp. 217-321.

nos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas, así como con instituciones u organizaciones internacionales, regionales y nacionales, cuyo objeto sea fortalecer la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

De estas atribuciones que sintetizamos, dos aspectos nos parecen relevantes:

a) Por una parte, los efectos que pueden derivarse de las visitas que realiza el Subcomité. De conformidad al artículo 16, efectuada la misma, se elevará al Estado respectivo las observaciones que correspondan. Si éste no toma las medidas destinadas a mejorar la situación, el Comité contra la Tortura podrá, a instancias del Subcomité, decidir (por mayoría de sus miembros) hacer una declaración pública sobre la cuestión o publicar el informe del Subcomité.

b) Merece, asimismo, destacarse las exigencias que contiene el Protocolo (dirigida a los Estados parte) con respecto a los mecanismos internos de control. En tal sentido, se establecen concretas previsiones destinadas a resguardar su independencia funcional (artículo 18.1), suministrar los recursos económicos necesarios para el funcionamiento (artículo 18.3) y a que no se obstaculice el ejercicio de su actividad (artículo 20).

La breve descripción anterior se justifica en razón de que nuestro país, a través de la Ley 25.932,<sup>75</sup> incorporó (a su derecho interno) este Protocolo facultativo con lo cual, actualmente, también se reconoce (en esta materia) la competencia del Subcomité.<sup>76</sup>

Sin duda que la posible intervención de este órgano supranacional (merced a sus visitas) constituye una nueva forma de control externo. Empero, en este caso, y a diferencia de lo que sucede con la Comisión y la Corte Interamericana, debe destacarse el carácter preventi-

<sup>75</sup> Sancionada el 8 de septiembre de 2004 y promulgada de hecho el 30 de septiembre del mismo año.

<sup>76</sup> Al tratarse este documento en la Cámara de Senadores, el senador Eduardo Menem expresó: “las naciones signatarias tienen la obligación de abrirle las puertas (al Subcomité) y de indicarle dónde hay lugares de detención, a los efectos de que pueda ver la forma en que son tratadas las personas privadas de su libertad, y si ellas aceptan, pueden conversar en privado con los funcionarios” (*cf.* Cámara de Senadores de la Nación, 6a. reunión, 4a. sesión ordinaria, 14 de abril de 2004, versión taquigráfica provisional).

vo de su actuación.<sup>77</sup> Esta última nota no deja de ser relevante si se observa que muy calificada doctrina europea confirma la mayor eficacia de los sistemas de protección preventivos; sobre todo, si se tiene en cuenta la incidencia del *public statement* (publicidad de los informes) respecto de la opinión pública. Como lo sostiene Petrini (desde un enfoque comparativo): “una tutela de los derechos humanos que de verdad pretenda desarrollarse con eficacia debe apoyarse sobre la prevención, más que sobre la acción de reparación de órganos jurisdiccionales o, en todo caso, creados para intervenir con posterioridad a las violaciones. Es cierto que también la Corte y el Comité de los Ministros (en el ámbito europeo) pueden expresar, en algunas situaciones, opiniones que pretenden ser interpretadas como orientaciones políticas a las cuales deberían adecuarse los Estados, pero ninguno de los instrumentos en su poder tiene el impacto propio del *public statement*, sobre todo en lo que se refiere a su relevancia y difusión hacia la opinión pública. Si queremos individualizar al principal artífice del mayor éxito logrado por la acción del Comité para la Prevención de la Tortura, éste coincide seguramente con el instrumento de la declaración pública, que ha resultado un arma más flexible y directa que la sentencia internacional y sus complicadas relaciones con el derecho interno de cada Estado”.<sup>78</sup>

### III. CONCLUSIONES

1. Todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana que no resultan afectados por el título de la condena continúan en plena vigencia y son dignos de protección mediante la acción de

<sup>77</sup> Durante el debate parlamentario de la ley 25.932 se destacó, especialmente, este carácter. En efecto, el senador Menem afirmó: “la experiencia internacional ha demostrado que el Comité contra la Tortura, en función de las facultades que tiene, siempre interviene en forma reactiva; es decir, después de producida la tortura. Por ello, se contempló la posibilidad de establecer un mecanismo que actúe en forma preventiva para evitar que se produzca la tortura —es decir, anticipándose a los hechos—, a través de un denominado protocolo facultativo”.

<sup>78</sup> *Cfr.* Petrini, “La evolución de la tutela internacional de los derechos humanos: entre prevención y condena”, *Ley, Razón y Justicia*, Córdoba, Alveroni Ediciones, núm. 7, 2003, pp. 140 y 141.

tutela ante las autoridades judiciales y de las demás instancias de control domésticas y supranacionales.

2. El sistema de protección de los derechos de las personas privadas de su libertad diseñado por nuestro sistema jurídico puede caracterizarse como mixto. Por tal se entiende aquellos mecanismos de tutela que son ejercidos por poderes públicos diversos. En la República Argentina (en el ámbito federal), y desde 1993, este control es llevado a cabo por la Procuración Penitenciaria (creada en aquella fecha), los inspectores del Ministerio de Justicia y el Poder Judicial.

3. La Procuración Penitenciaria es un órgano de control externo, con independencia funcional. Esta última característica se ha visto satisfecha, en especial, con la sanción de la Ley 25.875, por la cual se determina la actuación de este organismo en el ámbito del Congreso de la Nación.

4. A su vez, el control jurisdiccional de la ejecución, desde la sanción de la Ley 24.660, asume el carácter de permanente. De acuerdo a la competencia que emana de los artículos 3o. y 4o. de la precitada ley; este contralor, además, se ajusta a los denominados sistemas propios o directos; en el sentido de que el órgano jurisdiccional no actúa como una simple instancia de revisión de las decisiones de la autoridad administrativa, sino que, por el contrario —y sin desconocer las competencias propias de ésta—, la función de la judicatura se traduce en la realización de la concreta efectivización directa de los derechos que les acuerda la ley a los condenados y al respeto de las garantías que emergen de la Constitución Nacional relativas al debido trato que merecen las personas privadas de la libertad.

5. A esta instancia de control interno se adiciona otra supranacional, ejercida por distintos organismos. Concretamente: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos y, a partir de la sanción de la Ley 25.932, Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes.

6. La tutela supranacional se caracteriza por tener dos modalidades posibles de actuación: por una parte, como mecanismo reactivo frente a la lesión de un derecho (Comisión Interamericana y Corte) y, de otra, de manera preventiva, tratando de señalar los aspectos deficitarios de las condiciones de detención, con antelación a que se

produzcan afectaciones concretas (Subcomité para la Prevención de la Tortura).

7. Desde una perspectiva diacrónica debe subrayarse el incremento de los mecanismos de control; primero, por cuanto cuantitativamente se han creado nuevas instancias de tutela interna (por ejemplo: procuración penitenciaria) y se ha dotado de permanencia al contralor jurisdiccional (lo que no sucedía durante la vigencia del Decreto-Ley 412-1958); y, en segundo término, al prodigarse diversos mecanismos de control supranacional.

8. La coexistencia, en la instancia local, de mecanismos de control diversos (jueces, inspectores y procuración penitenciaria) demanda una necesaria coordinación de los diferentes segmentos, con la finalidad de evitar superposiciones en su competencia. Esto, a su vez, requiere la existencia de una auténtica política penitenciaria diagramada como verdadera política de Estado.