

Neuquén, de mayo de 2005.

VISTOS: Estas actuaciones que se caratulan: “SANDOVAL, Elsa M s/ Ley de Estupefacientes” – Expte. N°493-Fo.44-Año 2004 del Registro del Tribunal, y

CONSIDERANDO:

I) Que a fs. 89/96 de autos, la Sra. Defensora Oficial ante el Tribunal Dra. Emilce Muñoz de la Rosa en representación de la imputada Elsa M. Sandoval plantea nulidad de la requisita practicada en perjuicio de su pupila, y de los actos cumplidos en consecuencia. Además ofrece pruebas en forma subsidiaria y el cumplimiento de una medida de instrucción suplementaria.

Refiere que la empleada del Servicio Penitenciario Federal Graciela Edith Moreira declaró a fs. 43 relatando que comenzó a requisar a las personas que ingresaban, cuando requisó a Sandoval primero la parte de arriba de su cuerpo, esta se desvistió y luego le solicitó que se sacara la ropa de la parte de abajo, fue allí cuando se bajó la bombacha, le observó algo anormal y le solicitó que sacara lo que allí tenía, dijo que no tenía nada y luego ante su insistencia se sacó el envoltorio.

Agrega que el procedimiento de requisita para las visitas a los establecimientos carcelarios se encuentra regulado por las normas internas del establecimiento que expresamente establecen que debe hacerse saber a la visita que será requisado. En esa ocasión el visitante tiene dos opciones: prestarse voluntariamente a ella o negarse, en cuyo caso no se le permite el ingreso al establecimiento carcelario.

También dice que no obra en autos constancia alguna de que tal procedimiento se haya cumplido, considerando inverosímil que la propia encartada haya entregado en forma voluntaria un elemento que tenía bien guardado.

Requiere se declare la nulidad de tal acto por considerar que viola derechos consagrados en la Constitución Nacional en su art. 75 inc. 22, tratándose de un acto irreproducible que se cumplió sin orden judicial y en abierta violación a la intimidad de su defendida.

Afirma que resulta imposible utilizar como elementos de convicción en un proceso penal, pruebas obtenidas mediante la violación de garantías constitucionales. Invoca doctrina al respecto.

Corrido traslado al Sr. Fiscal General, a fs. 122/124 dictamina aconsejando se rechace la pretensión de la defensa.

En primer término señala que el personal del Servicio Penitenciario Federal constituye una fuerza de seguridad de la Nación, destinada a la custodia y guarda de los procesados, condenados, así como a la ejecución de las sanciones penales privativas de libertad, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes (ley Nacional N°20.416); por lo que el personal que requisó a Sandoval no necesitaba requerir una orden judicial.

En segundo lugar refiere que la Resolución N°42 de la Subsecretaría de Justicia en su art. 2° dispone que para efectuar la requisa de los visitantes se debe requerir su consentimiento y de no mediar el mismo no se admitirá su ingreso al establecimiento, salvo que cuente con locutorios o lugares adecuados que no permitan el contacto directo entre el interno y el visitante, pero la norma no establece que deba dejarse constancia escrita del consentimiento del visitante.

Agrega que las requisas que se practican en las unidades carcelarias son de tipo administrativo, de rutina, sin estar fundadas en sospecha alguna y no constituyen una medida procesal realizada para averiguar delitos sino simplemente para controlar que no se introduzcan elementos que puedan amenazar la integridad física de las personas o la seguridad de establecimiento.

Puntualiza que este procedimiento no era desconocido por la Sra. Sandoval ya que no era la primera vez que visitaba al interno Salles, según surge de la ficha de visita cuya copia obra agregada a la causa a fs. 10, para concluir de ello que el sometimiento voluntario de la imputada a la requisita importa asentimiento. Cita jurisprudencia de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal al respecto.

Que ante la falta de locutorios, las visitas a los internos deben permanecer en sectores comunes que posibilitan el contacto físico con aquellos, situación que facilita que los visitantes intenten introducir subrepticamente sustancias estupefacientes

Además expresa que según lo normado por el art. 163 de la ley 24.660 el visitante y sus pertenencias serán registrados por razones de seguridad. El registro, dentro del respeto a la dignidad de la persona humana será realizado o dirigido, según el procedimiento previsto en los reglamentos, por el personal del mismo sexo del visitante.

Concluye que siendo ello así no se ha vulnerado derecho alguno en la requisita practicada, toda vez que los mismos se encuentran sujetos a leyes que reglamentan su ejercicio y en el caso se ha actuado de conformidad con lo dispuesto en la ley 24.660 y en las Normas Generales para la Función Requisa.

II) Que ingresando al análisis del fundamento de la nulidad articulada, hemos de consignar en primer término que el procedimiento se efectuó en dependencias de la Prisión Regional del Sur, unidad de detención de máxima seguridad del Servicio Penitenciario Federal, habiendo concurrido la encausada a visitar al interno Fabián Salles, allí alojado (informe de fs. 7 y acta de fs.8).

Que según consta en el informe producido por la División Seguridad Interna de la U-9, la Ayte de 3° Graciela Moreira en oportunidad de efectuar una requisita de rutina para el ingreso a la prisión,

observó que Elsa M. Sandoval ocultaba algo en la cavidad vaginal, razón por la cual solicitó la entrega, sacando la visitante un envoltorio. Ante esta circunstancia la agente penitenciaria comunicó a su superior y solicitó la presencia de testigos para la apertura del paquete, que luego se comprobó contenía tres envoltorios, uno con una hoja tipo carta, otro con 25 pastillas y el tercero con una sustancia color verde grisácea. Ante ese hallazgo, se solicitó la colaboración de personal de la Delegación Neuquén de la Policía Federal.

Que esta actuación fue cumplida de conformidad con lo dispuesto por el art. 163 de la ley 24.660 y la Guía de Procedimientos de la Función Requisa, es decir con sustento en una norma administrativa a la que estaban obligados los agentes actuantes (Resolución N°42 dictada el 15 de marzo de 1991 por el Subsecretario de Justicia de la Nación), y ratificada ante el Sr. Juez Federal por los funcionarios penitenciarios intervinientes que declararon durante la instrucción.

Que las circunstancias que se encuentran comprobadas hasta el momento en el sumario, resultan diferentes a las relatadas por la Sra. Defensora para fundamentar la nulidad que intenta. Ello así pues no consta que su representada haya sido sometida a una requisa profunda en la zona vaginal, sino que le fue solicitada la entrega del envoltorio que ocultaba en esa zona, lo que hizo en forma voluntaria. Además la acusada ya había ingresado al sector de requisa y comenzado a desvestirse, es decir que ya había prestado su consentimiento para tal acto, previo a la visita de su concubino.

Que este Tribunal ha tenido oportunidad de resolver planteos similares formulados por la Sra. Defensora (“Pino, Ricardo”- Sentencia N°78/00), en los que intentara obtener la declaración de invalidez de la diligencia de requisa, siendo rechazados por las razones allí expresadas.

Al respecto la Excma. Cám Nac. de Casación Penal, Sala III en marzo de 1996 en autos “Carreño Roca, Jorge”, resolvió que: “Las requisas personales y registros dispuestos con carácter de prevención general no constituyen una medida procesal realizada con el fin de averiguar delitos, son

lícitos y deben responder a las exigencias de razonabilidad y respeto, no siendo aplicables las reglas procesales cuando se trata de requisas dispuestas como medida de prevención general en lugares de acceso restringido” (Sup. Jurisp. Penal, 28 abril de 1997, pág.9/13).

Que la Sala I de la misma Cámara c.1239. Reg.1581 “Carena J.G.”- 29/5/97 ha resuelto que corresponde hacer lugar al recurso de casación fiscal y anular el fallo del Tribunal de juicio que absolvió por el delito de tentativa de suministro de estupefacientes agravada por haberse cometido en el lugar de detención, si la sentencia se fundó en la invalidez de la requisita e inspección corporal practicadas sin orden judicial en una dependencia policial, de cuyas resultas se incautó clorhidrato de cocaína bajo las ropas de una persona que había concurrido al lugar para visitar a un detenido.

También la Cám. Nac. Crim. y Corr. Fed. –Sala 1º, (4/18/2002 – Benítez del Valle, Adelaida /procesamiento y nulidad) en un supuesto similar como el que se analiza referido a la requisita de quien ingresa a una unidad carcelaria con fines de visita a un interno, ha dicho que: “... este tipo de controles se prevén para lugares que tienen habitualmente el acceso restringido, por razones de seguridad y que son de conocimiento público. El sometimiento voluntario de las personas constituye asentimiento, respecto de tales diligencias, en grado suficiente para flexibilizar la protección del derecho a la intimidad que tutela la Constitución”.

La Corte Suprema ha dicho que “... ningún derecho reconocido por la Constitución reviste el carácter de absoluto” (Fallos t.136, p.161). La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Esta doctrina ha sido mantenida por el Alto Tribunal cuando estableció que “El goce de todos y cada uno de los derechos será conforme a las leyes que los reglamentan. Con este principio se resguarda la subordinación de su ejercicio al orden y al bien de la comunidad en todos los casos” (Fallos T.217 p.145)

Además el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 32 reconoce que los derechos de cada persona “están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las exigencias del bien común en una sociedad democrática”

En este caso cabe señalar que se trata de una prisión de máxima seguridad por lo cual los controles para prevenir el posible ingreso de sustancias estupefacientes deben efectuarse en forma permanente de acuerdo a las disposiciones legales y administrativas que así lo ordenan. Tampoco debe dejarse de lado el resultado del procedimiento que permitió impedir el ingreso a la Prisión Regional del Sur de 18,11 gramos de marihuana, 25 pastillas y una carta.

En concordancia con lo expuesto, la Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica ha establecido la doctrina de que las exigencias de la Cuarta Enmienda, en especial la que requiere causa probable para una requisita, no son aplicables cuando la expectativa de privacidad del requisado deba ceder ante intereses superiores de seguridad (conf. Almeida-Sánchez vs. US”- 413 US 266-1973 respecto de inspecciones en zonas fronterizas; “US vs. Ramsey” -431 US 606-1977 respecto de similares diligencias en el interior de aeropuertos y “Hudson vs. Palmer” 468 US517-1984 en punto a las requisas carcelarias)- (JPBA Tomo 99, pág.82/83 F.215).-

Todo lo dicho permite afirmar que no se produjo afectación al derecho constitucional invocado por la defensa para fundar la nulidad del procedimiento que diera origen a estos obrados.

En consecuencia, por todo lo expuesto, doctrina y jurisprudencia invocadas, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, por mayoría,

RESUELVE:

I) RECHAZAR la nulidad articulada a fs. 89/96 por la Sra. Defensora Oficial Dra. Emilce Muñoz de la Rosa.

II) REGISTRESE, notifíquese y prosigan estos autos según su estado.

Disidencia del Sr. Orlando Coscia:

La mayoría expuesta por la reunión concordante de los votos que anteceden, me lleva a sentar mi disidencia en relación al temperamento postulado por mis Distinguidos Colegas. DOY RAZONES.-

I. Razones de método me imponen transcribir el hecho por el cual se requirió a juicio a SANDOVAL: “Resulta objeto de atribución la conducta perpetrada por la imputada consistente en la tenencia de marihuana en cantidad de 18,11 gramos, preservada dentro de un envoltorio de nylon. Dicho material era portado por la inculpada oculto en el interior de su vagina, habiendo sido incautado el 23/05/03 en circunstancias en que la nombrada fue requisada por personal femenino en dependencias de la Prisión Regional del Sur (U-9) del Servicio Penitenciario Federal con asiento en ésta ciudad, en diligencia de rutina en razón que la nombrada concurrió a dicho establecimiento carcelario en calidad de visitante de un interno allí alojado.” (ver fs. 70).-

Que, ya en etapa de juicio la Defensora Pública ante el Tribunal, Dra. EMILSE MUÑOZ DE LA ROSA, interpuso “nulidad de la requisa...” que fuera efectuada a SANDOVAL (artículo 170 y concordantes CPPN), como también la de “...todos los actos dictados en su consecuencia...”.-

En su escrito formuló una crítica al procedimiento de requisa para visitas, interpretando inverosímil la versión dada por las autoridades del penal; sostuvo

la existencia de un atentado al pudor de su cliente, “... una violación grosera a la intimidad...”.-

Interpretó violado un derecho de rango constitucional (art. 75, inc. 22). Calificó a la actividad desplegada en la emergencia como un acto irreproducible, realizado sin orden judicial, lo que torna ilegal la prueba. Anexó doctrina y citas de la CIDH (caso conocido como “Señora X”), destacando la calidad de “recomendaciones” específicas efectuadas al Estado Argentino.-

II. A su turno, el Fiscal General Dr. MANUEL DE REYES BALBOA sostuvo que “...no se ha vulnerado derecho constitucional alguno, toda vez que, los derechos previstos en la Carta Magna, se encuentran sujetos a leyes que reglamentan su ejercicio, y en el caso que nos ocupa, se ha actuado de conformidad con lo dispuesto por el Art. 163. de la Ley 24.660 y las “Normas Generales para la Función Requisa” (cfr. fs. 122/124).-

Ofreció los siguientes fundamentos: 1) La Ley 20.416, Orgánica del Servicio Penitenciario Federal, dispone que dicho organismo es “una fuerza de seguridad”, no requiriendo por tanto orden judicial para practicar una requisa; 2) la norma dictada por la Subsecretaría de Justicia nada dice acerca de la necesidad de “consentimiento” del interesado para efectuar éste tipo de requisas; 3) las requisas son una actividad “ordinaria”, de “tipo administrativo o de seguridad”; 4) se practican de manera sistemática, sin estar fundadas en sospecha y no constituyen una medida procesal en pos de averiguar delito alguno; 5) el procedimiento de requisa era conocido y admitido aún anteriormente por la imputada; 6) de no autorizarlo, bastaba con su negativa al acto, lo que explica que su realización fue con “consentimiento” de la interesada; 7) no fue violado el derecho a la intimidad; 8) en algunos casos se detectaron ingresos de estupefacientes a través de la visita; 9) la falta de medios alternativos para la detección de elementos impone la examinación física de la visita; 10) el artículo 163 de la Ley 24.660 dispone la obligación de registro personal del visitante y 11) la “Guía de Procedimientos de la Función Requisa” del SPF dispone como debe efectuarse la acción hoy cuestionada.-

III. Así dispuesto el legajo anuncio mi voto en el sentido defendido por la Sra. Defensora, esto es declarando la nulidad de la requisita efectuada a ELSA MONICA SANDOVAL, y de todos los actos producidos en consecuencia por afectación de garantías constitucionales. DOY RAZONES.-

Que, tal lo afirmado por el Sr. Fiscal, el Servicio Penitenciario Federal es una fuerza de seguridad. Entre innumerables actividades, la fuerza está autorizada a realizar el registro de personas alojadas en sus establecimientos, como también de quienes pretendan ingresar a un penal bajo su jurisdicción.

En ese entendimiento, como afirmación preliminar y a título rector, tengo para mí que – no por poco – la Corte Suprema de Justicia de la Nación advirtió severamente que la sola o vacía invocación de “razones de seguridad”, “....sin un andamiaje objetivo que lo motive no puede justificar nunca la privación del goce de los derechos constitucionales (Fallos 306-126, causa “DESSY, Gustavo Gastón s/ habeas corpus”. ED. t. 165, p. 459 y ss.), y aquí el derecho constitución garantido, y afectado en el caso, es, resumidamente expuesto, el respeto a dignidad de la persona por una lado, y por el otro el acatamiento al debido proceso legal, en el vector “fe de los actos pasados ante la autoridad de funcionarios públicos”, en virtud de lo se pretenden probar.-

Así las cosas, desde las posiciones esgrimidas por las partes y considerando especialmente la doctrina superior de la CSJN citada, propongo por mi voto tres cuestiones a tratar:

- a) ¿Se encuentra vigente en el ámbito del SPF la “Guía de Procedimiento de la Función Requisa” invocada por la Fiscalía como instrumento validante de esa actividad?. En su caso, ¿cómo debe interpretarse en relación al artículo 163 de la ley 24.660?
- b) A partir de la consideración conjunta de la ley orgánica del SPF, normas administrativas, y ley 24.660 ¿es legal la inspección corporal (vaginal y/o anal) de la visita al establecimiento penitenciario federal? y,

c) Luego ¿es prueba legal para el proceso penal la obtenida por el SPF en una inspección corporal realizada a una “visita” en ejercicio de facultades administrativas?

A. Primer cuestión:

1. Anticipo respuesta por la negativa. Es necesariamente entonces identificar el conjunto de normas que regulan el procedimiento de “registro de la visitas” del Servicio Penitenciario Federal.-

Ya desde el ámbito supranacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 17, inc. 1 y 2 que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia.. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Normas de redacción similares se encuentran en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Arts. 11, inc. 2 y 3; en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12; y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Arts. V, IX y X.-

Las citadas normas fueron incorporadas a la Constitución Nacional en el año 1994 erigiéndose, desde entonces, como un límite infranqueable para el ejercicio de toda potestad de la administración pública.-

La observación anterior, reviste importancia debido a que en el año 1991, la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal aprobó la “Guía de Procedimientos de la Función Requisa” (Res. N° 330/91), norma complementaria del Reglamento de Procesados (Decreto N° 1787/83) y de la antigua Ley Penitenciaria Federal (Decreto ley N° 412/58, ratificado por ley N° 14.467). Todo ello, a su vez, posee base inmediata en la Resolución N° 42 de fecha 15/03/1991 de la ex Subsecretaría de Justicia de la Nación.-

La mencionada “Guía de Procedimientos de la Función Requisa”, establece que “el agente requisador pondrá especial atención durante la actividad concreta aquellas partes del cuerpo, vestimenta y accesorios susceptibles de

ocultar elementos no permitidos, entre las cuales se citan: cabello y barba (peluca, cabellos procesados, etc.), eventuales adherencias detrás de la oreja, interior del oído, nariz o boca, debajo de la lengua o prótesis dental, adherencia bajo los senos, axilas y palma de las manos, debajo de los genitales, nalgas, ano y vagina, adherencia a la planta de los pies, ballenas de los cuellos, forros de corbata, interior y debajo de los vendajes, interior y debajo de los portasenos, puños y cuellos de camisa, forros y costura de la vestimenta (incluyendo las prendas íntimas), solapas y hombreras de abrigos, interior y debajo del corset, interior de bolsillos, hebillas y cinturones, e interior de cinturones tipo “cremalleras” o “monedero”, pañuelos (incluyendo los de los niños), ruedos y dobladillos de prendas diversas (incluyendo prendas íntimas), suspensores atléticos, interior de elementos ortopédicos, interior de toallas o tampones higiénicos, tacos de zapatos y plantillas, interior de bastones y paraguas ahuecados, pañales de niños, apliques, o emblemas o enseñas adheridas a las prendas, botones forrados, interior de alhajas ahuecadas, etc.” (Capítulo IV “Perfil de Actitudes de la Visita”, punto N° 3, a la vista en el acto a fs. 112).-

Es palmario que la norma transcripta permite a los agentes del Servicio Penitenciario Federal inmiscuirse en la vida privada de las personas sin límite alguno, cuando la reforma Constitucional a plasmado el derecho a la intimidad de las personas, condicionando, severamente, la vigencia de la “Guía” mencionada.-

Pero un dato aparece con mayor volumen para responder a la cuestión planteada. En el año 1996 la Ley 24.660 estableció un nuevo régimen de ejecución penal, derogando expresamente la anterior Ley Penitenciaria Federal (artículo 230, ley 24.660, en función del Decreto ley N° 412/58, ratificado por ley N° 14.467). En consecuencia de ello, la reglamentación de la Ley Penitenciaria Federal (Decreto. ley N° 412/58, ratificado por ley N° 14.467), el Reglamento de Procesados (Decreto N° 1787/83) y la “Guía de Procedimientos de la Función Requisa” (Res. N° 330/91), han quedado sin efecto alguno en atención a su menor jerarquía normativa que exhiben.-

Tal derogación es expresa (artículo 230 de la Ley 24.660) aunque también se infiere de la redacción del artículo 163 cuando establece el “registro” y no la “requisita” de la visita, imponiendo un claro límite al órgano del estado en resguardo al derecho a la intimidad, en armonía con la normativa supranacional citada.-

Esta interpretación ha sido explicada por el Procurador Penitenciario Nacional al señalar que “... la entrada en vigor de la Ley N° 24.660 en el año 1996 , dejó sin efecto esta reglamentación, ya que el artículo 163 cuando se refiere a que el registro del visitante, debe realizarse dentro del respeto a la dignidad de la persona humana, alude a formas superficiales de examen, que descartan inequívocamente el desvestido, la inspección ocular minuciosa del cuerpo y de las prendas íntimas, así como también la revisión de la parte del bajo vientre, o la palpación sobre el vestido o enagua de la zona vaginal. La interpretación correcta del artículo 163, tampoco otorga potestad a la administración para que en el registro pueda exigir a los visitantes la exhibición de los genitales, nalgas, ano y vagina, o de las toallas y tampones higiénicos, suspensores atléticos etc. la misma conclusión se desprende, respecto de la requisita de los pañales de los bebés o niños de corta edad (“Informe sobre el modo en que se realiza el registro del visitante de establecimientos penitenciarios (art. 163 de la ley 24.660)”, presentado ante la ONU, Comité Internacional contra la Tortura, año 2004).-

Resulta, entonces patente que la “Guía de Procedimientos de la Función Requisita” carece de vigencia pues, sin perjuicio de las múltiples objeciones constitucionales que se le pudieran realizar, fue derogada con la entrada en vigencia de la Ley 24.660, en lo pertinente por el propio artículo 163 de la misma ley.

Y derogada una ley quedan sin efecto los reglamentos que resultaron necesarios para su ejecución. La potestad del Poder Ejecutivo Nacional para expedir reglamentos (art. 99 inc. 2 CN) no ampara la ultraactividad de los mismos, al hallarse expresamente vedado, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo (art. 99 inc. 3 CN). En

consecuencia, la pretendida vigencia de la “Guía de Procedimientos de la Función Requisa” carece de sustento legal a la luz de las limitaciones constitucionales que pesan sobre el Poder Ejecutivo, aplicables, transitivamente, a los organismos responsables de la función administrativa que de él dependan. Por ello, mal puede predicarse que aquel texto administrativo sea una razón legal para motivar el rechazo de la pretensión defensiva, según argumentara el Ministerio Público Fiscal.-

2. Vale anexar una última reflexión. Para el supuesto de considerarse vigente la “Guía de Procedimientos de la Función Requisa”, es apropiado indicar que, en la indebida mezcla que realiza la norma administrativa entre “requisa a internos y a “visitas” (equiparándolos en calidades) la agencia penitenciaria incumplió – llamativamente – su propia disposición interna.-

En efecto, en un título dedicado a la problemática de la drogadependencia en las cárceles (Capítulo IV, Consideraciones Particulares), en un texto redactado de manera poco feliz destinado a protegerse ante planteos en la temática “requisa íntima”, desde el año 1991 el SPF establecía lo siguiente: “...Ante la necesidad de un examen a zonas corporales íntimas, en virtud de tales antecedentes, se requerirá para realizar dicha tarea al médico de guardia. Resulta claro que los indicios deberán exteriorizarse como evidentes, requisito éste que permitirá actuar con cierta seguridad y lograr “a posteriori” su justificación.”.-

Este conjunto de razones explican y fundamentan la decisión por nulificar la totalidad del procedimiento. **MI VOTO.-**

B. Segunda cuestión:

A partir de la consideración conjunta de la ley orgánica del SPF, normas administrativas, y ley 24.660 me he propuesto responder la siguiente cuestión ¿es legal la inspección corporal (vaginal y/o anal) de la visita al establecimiento penitenciario federal?.-

Sin perjuicio de lo dicho precedentemente, vale también reflexionar que, en el caso concreto, la detección de elementos sospechados de criminalidad en poder de inculpa fue fruto de su desnudez operada como forma de inspeccionar su cuerpo (vid. Informe de fs. 07 y declaraciones de fs. 39, 40, 43 respectivamente). Amen del “cacheo” como sistema ordinario de registro del cuerpo, la experiencia general informa que en el caso de mujeres, la puesta en cuquillas o posición similar para observar sus partes pudendas es comúnmente exigida en las cárceles del país. Este dato, no colectado con precisión en los primeros pasos de la instrucción, es presumido fundadamente por la Defensa en su presentación, sin respuesta convictiva suficiente de parte de su contradictor.-

En tal contexto, corresponderá evaluar entonces la legalidad de la acción penitenciaria ejecutada como “rutina” para ingresar a la unidad “con visita de contacto” (léase, como mínimo, cacheo, desnudez y observación del cuerpo en zonas íntimas), y en su caso, decidir acerca del pretendido carácter denigratorio y ultrajante de la dignidad humana que dicho proceder pudiera denotar.-

En ese marco, una “visita” a un penal federal es, básicamente, una persona no “sospechada de criminalidad”. Es un ciudadano común con derechos y obligaciones, respecto de quien, nadie puede, ni mucho menos un órgano del estado, afectar su persona, intimidad o psiquis.-

Es claro que la revisión de los elementos a ingresar como “visita” hace a las obligaciones propias del SPF en su condición de único responsable del funcionamiento de la dependencia.-

Aunque de ello no puede concluirse autoridad para practicar sistemáticamente “inspecciones corporales en zonas íntimas” como rutina de ingreso. Es más, ese tipo de “requisas” ni siquiera se practican cotidianamente sobre la población de la cárcel, lo que hace inexplicable su realización sobre aquellos que no dependen de la autoridad del servicio. Más aún, cuando sin urgencias se dispone del interno a posteriori para practicar revisiones, de forma superficial y/o profunda, sobre elementos o cuerpo, según el caso y la necesidad.-

El deseo y la necesidad de visitar a un detenido no desanda el derecho a la indemnidad del propio cuerpo, cuando ese derecho, precisamente, encuentra protección en leyes de rango superior a las normas de organización y operación del Servicio Penitenciario Federal.-

En efecto, la ya citada Convención Americana Sobre Derecho Humanos – Pacto de San José de Costa Rica – ley n° 23.054 de la Nación Argentina (Adla. B.O. 27/03/1994), texto constitucionalizado por el Artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna, dice que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física.... (Artículo 5.1). Nadie debe ser sometido a tratos.... degradantes.... (Artículo 5.2.)..... Toda persona tiene derecho al respetoy al reconocimiento de su dignidad (Artículo 11.1)”.-

Y el enfrentamiento entre “los derechos individuales y normas de organización y operación del Servicio Penitenciario Federal” en punto a “requisas vaginales”, fue laudado con resolución adversa al Estado Argentino, por la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (informe n° 38/96, caso n° 10.506, “ARGENTINA” del 15/10/1996).-

En efecto, el 29/12/1989 la Comisión recibió una denuncia en contra del Gobierno de la República Argentina en relación a la situación de la Sra. “X” y su hija “Y” de 13 años. La denuncia decía que el Estado argentino, y especialmente las autoridades penitenciarias del Gobierno Federal, en forma rutinaria han hecho revisiones vaginales de las mujeres que visitan la Unidad No. 1 del Servicio Penitenciario Federal, violando derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En todas las ocasiones que la Sra. X visitó a su esposo preso en la Capital Federal acompañada por la hija de ambos (de trece años de edad), fueron sometidas a revisiones vaginales.-

En abril de 1989 la Sra. X presentó un recurso de amparo solicitando el fin a esas revisiones. Alegó que la práctica del Servicio Penitenciario Federal comporta violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por cuanto lesiona la dignidad de las personas sometidas a tal procedimiento

(artículo 11), constituyendo una medida de carácter penal degradante que trasciende la persona del penado o procesado (artículo 5.3); y es, además, discriminatoria en perjuicio de las mujeres (artículo 24).-

Ese amparo fue resuelto favorablemente por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente n° 35972-X y otra; s/acción de amparo-17/151- Int. II, 25 de abril de 1989), ordenando al SPF el cese de las inspecciones corporales intrusivas respecto de la presentante y su hija. A posteriori, la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, (Fallos 207:105, sentencia 21/11/89, por mayoría) dejó sin efecto la sentencia.-

Llegado el caso ante la CIDH, en lo que aquí interesa, dijo:

1) Según el artículo 1.1. de la Convención los Estados deben respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de todos los derechos reconocidos por la Convención. Esas obligaciones limitan la autoridad del Estado para imponer restricciones sobre los derechos protegidos por la Convención. 2) El ejercicio de la autoridad pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos, inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. 3) Los Estados tienen el deber de organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. 4) Hay aspectos de la vida de una persona, y especialmente "ciertos atributos inviolables de la persona humana" que están más allá de la esfera de acción del Estado y "que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público". 5) El artículo 32.2 indica que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. 6) Al examinar ese artículo la CIDH ha dicho que la imposición de limitaciones se debe emplear siempre de manera estricta. De ninguna manera podría invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29.a) de la Convención). 7) Para establecer si las medidas cumplen con lo dispuesto en la

Convención deben cumplirse con tres condiciones específicas. Una medida que de alguna manera afecte los derechos protegidos por la Convención debe necesariamente: a. ser prescrita por la ley; b. ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; y c. su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2, y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos. 8) La Comisión no cuestionó la necesidad de requisas generales antes de permitir el ingreso a una penitenciaría. Sin embargo, las revisiones o inspecciones vaginales son un tipo de requisa excepcional y muy intrusiva. La Comisión quisiera subrayar que el visitante o miembro de la familia que procure ejercer su derecho a una vida familiar no debe convertirse automáticamente en sospechoso de un acto ilícito y no puede considerarse, en principio, que represente una amenaza grave para la seguridad. Aunque la medida en cuestión puede adoptarse excepcionalmente para garantizar la seguridad en ciertos casos específicos, no puede sostenerse que su aplicación sistemática a todos los visitantes sea una medida necesaria para garantizar la seguridad pública. 9) La restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. No basta invocar razones de seguridad. Después de todo, se trata de buscar un balance entre el interés legítimo de los familiares y de los presos de realizar visitas sin restricciones arbitrarias o abusivas, y el interés público de garantizar la seguridad en las penitenciarías. 10) Para establecer la legitimidad excepcional de una revisión o inspección vaginal, en un caso en particular, es necesario que se cumplan cuatro condiciones: a.) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en el caso específico; b) no debe existir alternativa alguna; c) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y d) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud. 11) La realización de inspecciones vaginales en ciertas circunstancias puede ser aceptable, siempre y cuando la aplicación de la medida se rija por los principios de debido proceso y salvaguardia de los derechos protegidos por la Convención. Sin embargo, si no se observan ciertas condiciones tales como legalidad, necesidad y proporcionalidad, y el procedimiento no se lleva a cabo sin el debido respeto por ciertos estándares mínimos que protegen la legitimidad de la acción y la integridad física de las personas que se someten a él, no puede considerarse que

se respetan los derechos y las garantías consagrados en la Convención. 12) En conclusión, la Comisión opina que cuando las autoridades del Estado argentino realizaron, en forma sistemática, inspecciones vaginales de X y Y, violaron sus derechos a la integridad física y moral, con lo cual incurrieron en una contravención del artículo 5 de la Convención. 13) Este caso representa un aspecto íntimo especial de la vida privada de una mujer y que el procedimiento en cuestión, sea justificable o no su aplicación, puede provocar sentimientos profundos de angustia y vergüenza en casi todas las personas que se ven sometidas a él.-

La decisión de la CIDH fue receptada el Procurador Penitenciario Federal. El 28 de junio de 2000, este organismo dictó la resolución n° 22/PP/00. Allí “recomendó” al Sr. Director Nacional del Servicio Penitenciario el cese inmediato de las revisiones vaginales en ocasión en que se efectúan los registros a visitantes, debiendo en caso de existir razones excepcionales que aconsejen la medida, ajustarse estrictamente a las recomendaciones expuestas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe N° 38/96, caso N° 10.506 – Argentina del 15/10/96.-

A partir de la “recomendación” la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal impartió directivas sobre el procedimiento de requisa para la visita de internos (Memorando N° 84/2000 SPF), ordenando que las mismas se efectuaran en forma diferenciada: superficial a los visitantes y profunda a la población penal una vez finalizadas la misma, y antes del reintegro a sus respectivos sectores de alojamiento.-

Posteriormente con motivo de la denuncia efectuada por la concubina de un interno respecto de la requisa a la que fuera sometida en el Complejo Penitenciario Federal II de Marcos Paz, el Procurador Penitenciario señaló, mediante RECOMENDACION N° 88 /PP/01, del 24 de abril de 2001 -Ref. Expte.7177 /PP-: “Que el suscripto ya se expidió en relación a la manera en que han de desarrollarse las requisas a los visitantes mediante la Recomendación N° 26/PP/00. En la misma recomendé *"el cese de inmediato de las revisiones vaginales en ocasión de que se efectúan registros a visitantes, debiendo en caso*

de existir razones excepcionales que aconsejen la medida, ajustarse estrictamente a las recomendaciones expuestas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N° 38/96, Caso 10.506 – Argentina – del 15-10-96. ... Que ni de la Ley ni del Reglamento se desprende la facultad del SPF para realizar este tipo de requisas. En efecto, no puede afirmarse que haya “respecto a la dignidad humana” si ha una persona se la obliga a desvestirse, agacharse y abrir sus labios vaginales.” (Publicado en el Informe Anual de la Procuración Penitenciaria, subrayado en el original).-

Fue así que la Dirección del Complejo Penitenciario Federal II ordenó el cese inmediato de requisas a mujeres visitantes en las que se las obligaba a desnudarse en forma total, ajustando el procedimiento a lo recomendado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N° 38/96, y a lo dispuesto en el Memorando N° 84 DGCP.-

De lo anterior resulta: a) que el modo mediante el cual se dispuso la requisas en el caso de autos contraviene las instrucciones de la Dirección del Servicio Penitenciario Federal, instrucciones que encontraron – y aún encuentran – cobijo en normativa superior; b) que la afirmación del Fiscal General en punto a que facultades administrativas autorizaban la cuestionada acción es inexacta, toda vez que la “Guía de Procedimiento de la Función Requisa”, fue no solo limitada por el artículo 163 la ley 24.660, sino además por el Memorando N° 84/2000, producido en acatamiento del informe de la CIDH (amén de los argumentos desarrollados en la primera cuestión sobre su falta de vigencia).-

Pero es más, debe tenerse bien presente que ningún texto legal vigente, sea administrativo, sustantivo, procesal, y menos aún decisiones de organismos internacionales, autorizan, en condiciones de “rutina”, la acción cuestionada, lo que de por sí habla de la ilegalidad y justifica la nulificación del acto y el proceso, en partes pertinentes, producidas a consecuencia de aquel.-

La nueva impronta establecida por Ley 24.660 tiene antecedente el fallo “A. M. y otra, s/ recurso de amparo”, (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II, reg. 17/151), donde ya se

indicaba que si bien las reglamentaciones permitían la requisas corporales, “... no es menos cierto que en el Boletín Público N° 1625 destacaba que “... el trato humanitario deberá ser prioritario en las requisas, evitando todo procedimiento que pueda implicar vejación al interno...”. Y agrega, en lo que importa, que “... igual proceder se deberá adoptar en las que se realicen a los visitantes de los internos...”.-

Es más, el Comité Contra la Tortura (ONU) se expidió acerca del carácter degradante de las requisas íntimas en Argentina, en reproche a la política penitenciaria nacional. Concretamente, en respuesta al “Cuarto informe brindado por la Nación Argentina” manifestó su preocupación por “las vejaciones y tratos degradantes que tienen lugar durante las requisas personales que se practican a las personas que visitan los centros de detención” (Comité Contra la Tortura, 33° período de sesiones, 15-26 de noviembre de 2004).-

Estas razones despejan cualquier duda sobre los límites de las funciones administrativas, de frente a la problemática “seguridad interna”. BIDART CAMPOS al comentar el fallo “DESSY” (CSJN 306:126, ya citado) dijo: “... no basta que entre el reglamento carcelario y los propósitos que persigue exista una relación en términos puramente lógicos, porque esa relación también se daría entre la disciplina en la prisión y el uso del látigo con los prisioneros... los valores no son entes lógicos, sino objetos culturales, que exigen ser usados, interpretados y comprendidos con y desde la valoración. Y valorar no es un acto de la lógica, sino del sentimiento racional de justicia...” (ED, t. 165, p. 460/1).

En forma coincidente publicistas han puesto en relieve el alcance de los principios constitucionales implicados en el caso. Así, se ha destacado que para atenuar el estado que genera la detención “... las modernas legislaciones penitenciarias introducen una serie de disposiciones que *intentan incrementar los espacios de relación entre el interno y el mundo exterior*. Estas disposiciones configuran lo que doctrinariamente se conoce como “principio de no marginación” [Nota del autor: Así lo denomina Enrique Ruiz Vadillo: “Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de la libertad. El sistema penitenciario”, en AA.VV., *Estudios penales II. La reforma penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, p.188.]. La ley 24.660, en éste

sentido, si se la compara con el sistema normativo anterior, representa una franca evolución ... No solo se potencia el mantenimiento de los vínculos sociales resguardando al interno de posibles restricciones arbitrarias de parte de la administración penitenciaria, sino que también, constituye una forma de salvaguardar este principio el debido trato de quienes asumen el carácter de “visitas”. Precisamente, el artículo 163 es un resguardo en relación al modo en que se han de practicar los registros a visitas En este sentido, la ley 24.660 introdujo, a través del artículo 163, un resguardo más concreto en relación al modo en que se han de practicar los registros a las visitas que recibe el interno...”. (José Daniel CESANO, *Los Objetivos Constitucionales De La Ejecución Penitenciaria*, ALVERONI Ediciones, Córdoba, 1997. P.145 y ss.. Ver también Jornadas Sobre Sistema Penitenciario Y Derechos Humanos, Editores del Puerto, 1997, Selección de trabajos presentados en las “Jornadas...” 1994, “Aspecto críticos de la realidad carcelaria: visitas, requisas y régimen disciplinario”, Luis NIÑO, Página 113.).-

En otro orden corresponde también señalar que cualquier procedimiento degradante al que fueran sometidas las visitas a presos (léase “registro vaginal” como en el presente caso) importa una clara afectación al principio constitucional de “intrascendencia de la pena”. Su vigencia se manifiesta impidiéndole al Estado menoscabar los derechos individuales de las personas allegadas al interno por la sola condición de “visita” que en relación al mismo detentan; no admitiendo tampoco cargas de ninguna especie contra aquellos por la mera invocación de genéricas razones de seguridad. (ALFANO - EPSZTEIN – ORTIZ ALMONACID. “Condenados sin condena. Análisis y reflexión del control social que producen las penas privativas de la libertad sobre familiares de los prisionizados y sus posibles explicaciones” en <http://www.derechopenalonline.com/index.>).

La CADH (junto a otros textos igualmente constitucionalizados), en su artículo 3º dice que : "La pena no puede trascender de la persona del delincuente", remarcando el art. 11 inc. 1º que "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.". Es en art. 17 inc. 1º donde se destaca que "La familia es el elemento natural y fundamental de la

sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado", por lo cual todo trato que menoscabe al grupo familiar en su intento de vincularse con el interno viene a constituirse a una concreta vulneración de los principios de la Convención regional. Normas de Naciones Unidas se expresan en la misma línea: "El estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del Estado y sus funcionarios públicos." (artículo 37 de la Convención sobre Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos. Ver también Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 17: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques ilegales contra su honra o su reputación.", y art. 23 inc. 1º: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.").-

Finalmente, bien se afirmó que “el examen vaginal como medida de registro general constituye una práctica degradante y que, además, resulta discriminatoria en perjuicio de la mujeres. La restricción a los derechos humanos debe ser autorizada de manera específica por la ley o por el magistrado competente mediante resolución fundada. Asimismo, debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. En las condiciones actuales, la medida de registro vaginal adoptada de manera general por la administración es ilegal, por cuanto no es autorizada de manera específica por la norma y, al no encontrarse amparada por una orden judicial dictada en el caso particular, representa una inadmisibles invasión del derecho a la intimidad que tiene toda persona y, por consiguiente, afecta su dignidad...” (LOPEZ – MACHADO. “Análisis del régimen de ejecución penal”. Página, 390. Editor DI PLACIDO, febrero 2004).

Si puede entonces predicarse que en el ámbito del sistema constitucional de garantías penales, un rasgo caracterizador “....consiste en que el ejercicio de un derecho fundamental por un individuo no necesita justificación alguna, [y que] por el contrario, la limitación por el Estado de los derechos fundamentales tiene que ser justificada. (BACIGALUPO, Enrique. “Principios Constitucionales

de derecho penal”, p. 13, HAMMURABI), fácil es colegir que el personal de la Unidad IX del SPF al ejecutar el registro de la “visita” en la forma en que lo hizo sobre sus zonas íntimas, más precisamente sobre su vagina como rutina de ingreso (previo exhibir la totalidad de su cuerpo desnudo a modo de condición para autorizar el contacto con el interno) actuó ilegalmente violando la normativa nacional (artículo 163 Ley 24.660, que no autoriza expresamente “requisas o registros vaginales y/o anales”), internacional (CIDH, informe N° 38/96, caso 10.506. Argentina, octubre 1996; y normas constitucionalizados), directivas internas del SPF (“nota N° 124/20 DC de la Dirección Nacional”; “memorando 84/00”) y “recomendaciones” emitidas por la Procuración Penitenciaria (N° 26/00/PP, y N° 88/01/PP).-

Todo lo expuesto indica también la obligación de nulificar el procedimiento que reclama la defensa, por afectación de garantías constitucionales, so riesgo de colocar al estado Argentino frente a nuevas y eventuales sanciones internacionales por parte de órganos competentes en caso de resolución adversa. **MI VOTO.-**

C. Tercera cuestión:

Con ello establecido cabe dar respuesta a la última cuestión postulada por el decisorio: ¿es prueba legal para el proceso penal la obtenida por el SPF en una inspección corporal realizada a una “visita” en ejercicio de facultades administrativas?

1. Pues bien, diferentes plexos normativos reglan, en apariencia, un mismo procedimiento, procedimiento éste que al solo efecto de otorgarle un encuadre lingüístico provisorio, podríamos denominar “requisa”.-

Y digo “encuadre lingüístico provisorio” porque fue precisamente el Legislador Federal quien introdujo una diferencia no menor, y que por tanto no pudo ser desatendida. En efecto, el Capítulo XI de la Ley 24.660, relativo a “relaciones familiares y sociales”, en el artículo 163, establece que “Los visitantes y sus pertenencias, por razones de seguridad, serán *registrados*”.

Luego, en momento alguno, se aparta de esa voz a lo largo de los diferentes parámetros que establece. Mucho menos utiliza la palabra “requisa”.-

Es evidente entonces que en punto a las “visitas” el texto ajusta su espíritu a los contenidos superiores en Derechos Humanos, optando por “registro” en defecto de “requisa”. Y, precisamente, el significado de éstas palabras aporta datos de alto valor. Mientras que “registrar” es “...examinar algo o alguien, minuciosamente, para encontrar algo que puede estar oculto”, la acción de “requisa” hace referencia al acto de “...autoridad de expropiar ciertos bienes...” (“Diccionario de la lengua española”. Real Academia Española, XXI Edición, 1992; segunda y tercera acepción, respectivamente). Tales diferencias, no deben pasar inadvertidas en punto a considerar el acto de autoridad que una y otra representan.-

Suma en derredor a la diferencia apuntada, que aún en el caso de personas privadas de libertad, el artículo 70 de la Ley 24.660 (título “Registro de internos y de instalaciones”) el Legislador preservó el término “requisa” para “instalaciones del establecimiento”, manteniendo, eso sí, “registro” para “personas” y “pertenencias y locales que ocupen” los internos, siempre vinculado ello a “seguridad general”, aunque anteponiendo la “dignidad humana” como valor supremo.-

Este cotejo permitirá por tanto discutir la factibilidad y acierto de la pretendida equiparación de los procedimientos de “registro” y “requisa” (ley 24.660) al de “requisa”, propiamente dicho establecido por el CPPN, y con ello decidir si el hallazgo de elementos ocultos por la visita (en el marco del art. 163 de la ley citada), autoriza a constituir automáticamente a los mismos en prueba de cargo admisible en un proceso penal. Anticipo que se trata de instituciones bien distintas, y por tanto mi respuesta por la negativa.-

Así, desde un punto de vista teleológico, la potestades que detenta el SPF para la realización de registros y requisas, reposan en los siguientes fundamentos: a) procuran mantener las condiciones de seguridad interna del establecimiento; b) hacen al conjunto de actividades estatales dirigidas a

preservar la función *preventiva* de acciones antirreglamentarias en la vida intramuros – o delictivas en el peor de los casos, con particulares a especificar – circunscribiéndose a ese ámbito, según disposiciones administrativas; c) anexan carácter sancionatorio administrativo a la conducta, tales como privación de beneficios, etc., siempre sujeto a contralor judicial posterior; y d) privilegian la dignidad humana antes que la satisfacción del fin “seguridad general”.-

En tanto, la “requisita” regulada en el Código de Procedimiento Penal de la Nación exhibe características propias, a saber: a) es un procedimiento destinado a la incorporación de prueba en una causa penal; b) su finalidad es la acreditación de hechos cuyo reproche fundamente la actividad *represiva* del Estado; c) no integra el denominado “derecho administrativo”, sino que surge por ley como una limitante al Poder Judicial en el ejercicio del *ius puniendi estatal*; d) se halla sujeta a la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes, circunstancias esas que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas, a realizarse siempre en la vía pública o en lugares de acceso público (según términos de mayor precariedad, artículo 230 bis CPPN).-

De las distinciones formuladas con relación a ambos procedimientos se desprende que las mayores exigencias del CPPN encuentran fundamento en la evidente gravedad de los efectos jurídicos que de ella se derivan: la constitución de prueba de cargo permitirá fundar una sentencia condenatoria. Contrariamente, las consecuencias sobre las personas, que emergen de las medidas dispuestas en razón de controlar la seguridad de un establecimiento penitenciario, encuentran soporte y vallado en la satisfacción del fin “seguridad” que declama, exclusivamente, el propio texto.-

De lo anterior se desprende una verdad incontrastable: no es posible emplear en contra del imputado el resultado de un registro administrativo, pues el mismo se efectúa con base en un procedimiento no destinado a producir prueba de cargo, y por ende no repara en garantías procesales constitucionales, sino que, simplemente responde necesidades ordinarias del establecimiento.

De lo anterior se deduce también que cualquier hallazgo de elementos sospechados de criminalidad en poder de una “visita”, en el contexto de su

“registro personal” (artículo 163, ley 24.660) deberá ser objeto ineludible de una “requisita judicial” en términos de la ley adjetiva, para su posterior utilización como prueba en causa penal. Es más, la opción “sin orden judicial”, artículo 230 bis CPPN – léase “...en la vía pública o en lugares de acceso público...” – aparece de imposible aplicación, atento acontecer los hechos en “... un establecimiento de seguridad restringido al acceso público...”, según definición penitenciaria (sic. Fs. 08) .-

Desde otra visión, las exigencias del CPPN se verían atemperadas por una normativa administrativa, hecho que resulta inadmisibles si se pretende construir un reproche respetuoso del debido proceso legal. Va de suyo que el mínimo de exigencias de calidad, de un procedimiento destinado a la producción de prueba de cargo, no puede estar fijado administrativamente por normas del Poder Ejecutivo.-

Este criterio fue sostenido en sentencia en éste mismo Tribunal (“in re” “URREA FLORES, María s/ley estupefacientes”, Expediente. N° 455 - F° 39 - Año 2.003 del registro del Tribunal, originaria N° 70/02 del Juzgado Federal N° 2). En la ocasión, por mi voto, dijo: “...No debe perderse de vista que el SPF actuando como fuerza de seguridad no exhibe a su favor excepciones de ley para no acatar las disposiciones del rito procesal penal relativas al levantamiento de “actas”, ante la posible comisión de delito. Estos es que sus funcionarios deberán actuar asistidos por “dos testigos, que en ningún caso podrán pertenecer a la repartición cuando se trate de las actas que acrediten los actos irreproducibles y definitivos, tales como el secuestro, inspecciones oculares, requisita personal” (artículo 138 CPPN). Aunque sin figuración en el legajo, ni planteado por las partes, va de suyo que tratándose de horario de visita y ocurrir el desaguisado en un sector destinado al tránsito de civiles, no era imposible la comparecencia de ciudadanos que ofrecieran fe de lo constatado por la autoridad del penal. Disponían además de la alternativa de no apropiarse del procedimiento, limitándose a “congelar la escena y la persona” dando intervención inmediata la Policía local y/o de la Delegación Federal con asiento en ésta ciudad, para que se hiciera cargo del caso, camino ese no constatado en la especie”.-

Y continuaba diciendo: “Entonces, del instrumento agregado a fs. 02 (de vital importancia atento ser el único elemento de cargo que supuestamente vincula a imputada con el material estupefaciente incautado) se constata la falta de los testigos indicados por ley, de explicaciones de justifiquen ese déficit, y muy especialmente, de un detalle claro de la diligencia efectuada y su correspondiente resultado. Por el contrario, solo se limita a transcribir casi textualmente el informe del Jefe de Sección al Director de la Unidad que consta a fs. 01. Por ello concluyo que corresponde sancionar a ese acto procesal con la nulidad prevista por el catálogo adjetivo atento la previsión específica dispuesta en tal sentido (artículo 140, primera parte, CPPN). Dicha nulidad expresa afecta definitivamente al instrumento de fs. 02 y todo otro acto que directa o indirectamente se hubiera producido en su consecuencia, no existiendo posibilidad de subsanación de ninguna especie por lo irreproducible del acto hoy cuestionado. Ello es declarable en cualquier estado de la causa por la palmaria afectación de garantías constitucionales y normas específicas del rito (artículos 138, 140, 166, 168, 171 y concordantes CPPN).”.-

Y en éste caso, la declinación a favor de la PFA en la factura del procedimiento, lleva a que en autos no exista “acta de secuestro” propiamente dicha, según términos de la ley procesal penal. Ello así en función que la otra fuerza llega al sitio una vez que la escena del crimen ya había sido desarticulada. En efecto, la lectura de los antecedentes no muestra ese vital documento, lo que invalida al legajo atento haber sido construido a partir de una prueba obtenida de forma ilegal.-

Concretamente, a fs. 02 obra comparecencia de la comisión PFA; fs. 03 despacho de instrucción; 04/05 entrega de actas y material incautado por la PFA; fs. 06 Acta de Detención y Notificación de Derechos, fs. 07 informe de División Seguridad Interna SPF y fs. 08 según título, “Acta de Secuestro”. Ahora bien, esta última solo predica la comparecencia de funcionarios públicos, con descripción de los objetos otrora requisados en soledad, sin asistencia de la imputada ni firma de la misma. Ese concierto, tal lo anticipado, debilita sin retorno la pretendida legalidad del acto.-

2. En tránsito de concluir, debo responder a un último planteo del Ministerio Público Fiscal: la posibilidad de fundar la validez de la requisita en el principio procesal de libertad probatoria.-

La doctrina ha destacado que el principio de la libertad probatoria significa que “*No se exige la utilización de un medio determinado* para probar un objeto específico, y si bien se debe recurrir al que ofrezca mayores garantías de eficacia, el no hacerlo (en virtud de algún impedimento práctico) carece de sanción alguna y no impide el descubrimiento de la verdad por otros medios [p.p. T.S.J. Córdoba, *Jurisprudencia...*, cit., t. II, p. 160. La Cámara de Acusación de Córdoba sostuvo que el C.P.P. no impone que la existencia material de un hecho delictivo sea demostrada de un modo determinado, y no por otros (autos “Contreras, n° 132/82).] (todos son admisibles al efecto). Sin embargo, la omisión de llevar a cabo aquél, pudiendo hacerlo, practicando, en cambio, uno que ofrezca menos garantía de eficacia... configurará un caso de arbitrariedad, ajeno al principio de libertad probatoria, pudiendo llegar a tener similar efecto nulificante que la omisión de valorar prueba ya practicada... Es que aquella libertad, como cualquier otra procesal que se acuerde a los jueces, tiene como condición de su existencia la responsabilidad de su ejercicio: ni la libertad probatoria ni la libre convicción pueden ser usadas como “patentes de corso” probatorias.” (LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL, José I. CAFFERATA NORES, LEXIS NEXIS – DEPALMA, Bs. As. 2003 ps. 30/31).- Es claro que la libertad probatoria no autoriza a desnaturalizar las exigencias procesales para la realización de una “requisita judicial” al amparo de “rutinas administrativas”.-

Por tanto, desde el plano argumentativo que surge ya expuesto en los fundamentos que anteceden, la autoridad penitenciaria, en los términos del artículo 163 de la ley 24.660, solo puede realizar “registro” de la “visita”, en el entendimiento y bajo la limitación anteriormente expuestas. La mera invocación de “razones de seguridad” para practicar, en defecto de aquella, una “requisita” propiamente dicha, es inadmisibles, toda vez que constituiría una acción no autorizada por ley, pero además fuera de icono de “razonabilidad” impuesto a

todo acto de gobierno, según directiva de la Carta Magna (doctrina del fallo “DEZZY”, CSJN, Fallos 306-126, ED t. 165, p.459).-

Por el contrario, sí el SPF en su condición de fuerza de seguridad, no actuando con poder de policía administrativo que lo autoriza a “registrar a la visita y efectos”, entiende necesario practicar una “requisa” propiamente dicha sobre la visita, deberá ajustarse, irremediabilmente, a las indicaciones del Código Procesal Penal de la Nación, en consonancia con disposiciones nacionales y supranacionales en la temática, en virtud de que ningún texto legal autoriza a la fuerza en sentido adverso.-

De allí en más, en punto a los internos, la denominada relación de “sujeción especial” torna admisible acciones de política carcelaria destinadas a controlar la utilización de sustancias prohibidas “intra muros”, según política de estado expresada en la ley 23.737 y compromisos internacionales suscriptos. Ahora bien, esas acciones preventivas no pueden ser distintas de las que se ejecutan fuera del medio carcelario, donde, en lo que nos interesa, ningún ciudadano puede ser “requisado” en sus pertenencias, cuerpo en general, y zonas pudendas en particular, sin una orden judicial expresa. Ello así, salvo excepciones y condiciones establecidas por ley federal (artículo 230 bis CPPN, que, en su factura parlamentaria, justificó una limitación a un derecho de rango constitución, aunque de difícil aplicación en este escenario, según se sostuvo en los párrafos que anteceden).-

Antes bien, los hechos y la realidad tiñen de dudas la eficacia de los procedimientos administrativos sobre las visitas tal como se vienen ejecutando; basta recordar que el Informe de la CIDH destacó que ni la más intrusivas requisas constatadas, pudieron evitar el hallazgo en poder de un interno una cantidad significativa de explosivo plástico (caso “Señora X, ya citado).-

En función de lo que llevo dicho, y como responde a la cuestión planteada, también se impone definitivamente la necesidad de aplicar la sanción de nulidad impetrada por la Defensa. **MI VOTO.-**

“Obiter dictum”, vale remarcar que este voto, en lo que sinceramente considera, no pretende desentenderse de la problemática carcelaria. Muy por el contrario, se adscribe a considerar al caso de autos como uno de los tantos conflictos que afectan a tan sensible asunto y que reclaman urgente solución.-

Bajo idéntico ideario supe expresarme en “URREA FLORES”, donde dije expresamente “Como aclaración final, aplicable a la totalidad de mis fundamentos, quede debidamente establecido para cualquier lector apresurado, que el Suscripto no sostiene – ni por asomo – que el SPF no dispone de razones fácticas y legales para realizar registros de personas y cosas, y aún requisas, tanto de visitas cuanto de internos. La política estatal destinada a perseguir la ilicitud en torno a los estupefacientes no amerita interpretaciones distintas, sea para el ciudadano en libertad, sea para aquel que se encuentra en detención. Pero tal actividad no puede sustraerse en momento alguno de la razonabilidad y de la legalidad del caso....”.-

A la fecha, desde aquellos primeros planteos en torno al tema “requisas vaginales” han transcurrido más de quince años, tiempo suficiente para desandar excusas administrativas para justificar estos claramente denigratorios de la dignidad humana. La atribución de un importante – aunque, de seguro, no suficiente – presupuesto al SPF, con más los avances tecnológicos, hacen impensable la prosecución de éste tipo de acciones sobre la “visita”. Solo puede interpretar esa persistencia como un diseño de “control” sobre el conjunto inseparable que representan “internos y visitas”, a título ejercer inadmisibles y solapados bolsones de poder.-

Las razones que fundamentan al Estado Constitucional de Derecho no pueden dar lugar a éste tipo de acciones, so riesgo de convertir una responsable actividad de “contralor” en un indeseable acto de “autoritarismo”. Por ello, a los fines pertinentes, la presente resolución será remitida a la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, al Sr. Procurador Penitenciario, y al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, invitando a los responsables de esos organismos a que activen los medios necesarios para el cese definitivo de las

acciones cuestionadas, con implementación de dispositivos respetuosos de la dignidad humana acordes a estos tiempos, según su mejor criterio. **MI VOTO.**