

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 56451/2015/CA1 - "Q. H., T. y otros sobre habeas corpus..." - I. 1/S. 105

///nos Aires, 2 de noviembre de 2015.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. A fs. 68/78 vta. el juez de la instancia de origen dispuso en el marco de la acción de *habeas corpus* interpuesta por representantes de la Defensoría General de la Nación -a la que hizo lugar- una serie de medidas vinculadas con los comparendos judiciales de internas de la comunidad "trans" (transexuales, travestis, transgénero) en el Servicio Penitenciario Federal (punto dispositivo III), extraer testimonios de la presente para que se investiguen los delitos de acción pública denunciados por las accionantes (punto dispositivo IV) e imponer costas al Servicio Penitenciario Federal (punto dispositivo V).

II. Contra dicha decisión alzaron sus críticas el Dr. Emilio David Cucarese, en su carácter de Director de la Dirección de Auditoría General de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, con la asistencia letrada del Subprefecto Dr. Fernando Díaz, y el Sr. Prefecto Licenciado Jorge Luis Vassilion, en su carácter de Director del Servicio Central de Alcaidías, con el patrocinio letrado del Dr. Luis Ezequiel Castro, mediante el recurso de apelación de fs. 91/97 vta.

A los 6 días del mes de octubre de 2015 se celebró la audiencia oral y pública prevista por el art. 454 del CPPN (conf. ley 26.374), a la que asistieron, por la parte recurrente, los Dres. Emilio David Cucarese, Fernando Díaz, Jorge Luis Vassilion y Luis Ezequiel Castro. Por la contraria, concurrieron los Dres. Ricardo Richiello, Nicolás Laino y la Dra. Raquel Asensio (por la Defensoría General de la Nación), la Dra. Bárbara Franco (Subsecretaria Letrada del Área de Violencia e Instituciones de Encierro del Procuvin) y Nuria De Ansó, en representación de la Fiscalía General nro.3.

Concedida la palabra a la parte recurrente expuso en primer término el Licenciado Jorge Vassilion quien, en lo que aquí interesa, hizo saber al Tribunal que el 5 de octubre pasado -después de la resolución del juez *a quo*- se suscribió el Protocolo al que se hizo referencia en el punto III, apartado B) de la resolución recurrida, en el marco del cual se establecen pautas específicas relacionadas con la cuestión que aquí se ventila. Tras finalizar su exposición y luego de escuchar a la totalidad de los intervinientes, se acordó ordenar un cuarto intermedio, con el propósito de correr vista a la parte accionante de la nueva

reglamentación invocada por el recurrente, a los efectos que estimaren corresponder ante la entidad de esta resolución y el recurso interpuesto.

Vencido el plazo otorgado por el Tribunal, los Dres. Richiello, Laino y Mage contestaron la vista ordenada tras la celebración de la audiencia, exponiendo las observaciones formuladas en relación con el “Protocolo de Registro Corporal y Pertenencias de Personas Trans en la Órbita del Servicio Penitenciario Federal Argentino”, aprobado como Anexo IV de la Resolución nro. 1721 de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, de fecha 5 de octubre de 2015. Allí señalaron, en líneas generales, que la nueva regulación dispuesta por el Protocolo mantiene los principales agravios presentados en el escrito de interposición de la acción de *habeas corpus* (cfr. fs. 178/183).

Tras considerar que no resulta necesaria la celebración de una nueva audiencia, el Tribunal se encuentra en condiciones de resolver.

Antecedentes del caso

A fs. 1/11 representantes de distintas comisiones de la Defensoría General de la Nación interpusieron acción de *habeas corpus* colectivo, correctivo y preventivo a favor de la totalidad de las personas de la comunidad “*trans*” (travesti, transexual, transgénero) detenidas en la órbita del Servicio Penitenciario Federal, en virtud de que a partir de entrevistas mantenidas con esa población surgió un relato conteste respecto al modo en que son examinadas y requisadas al ingresar a la Alcaidía Penal Federal (Unidad 29) y al Centro de Detención Judicial (Unidad 28) procedentes de otras unidades, cuando deben comparecer ante la autoridad judicial.

En líneas generales, expusieron que son objeto de exámenes corporales y requisas degradantes, que comprometen distintos derechos de raigambre constitucional e internacional (derecho a la integridad personal, a la dignidad, a no sufrir tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la vida privada, a la no discriminación, a ser oídos y al acceso a la justicia) verificándose a través de esas prácticas una vulneración y restricción arbitraria de tales derechos, y por ende, un agravamiento ilegítimo en las condiciones de detención.

Concretamente, refirieron que los testimonios recabados permitieron advertir que eran sometidas a desnudos íntegros o parciales por orden de agentes penitenciarios del sexo masculino, en ocasiones sin presencia de personal médico o sanitario, que en ciertas oportunidades podían llegar a participar hasta cuatro agentes y que siquiera se realizaban a puertas cerradas,

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 56451/2015/CA1 - "Q. H., T. y otros sobre habeas corpus..." - I. 1/S. 105

siendo usual que recibieran insultos, malos tratos verbales y expresiones discriminatorias relacionadas con su identidad y expresión de género.

La acción fue ratificada por las internas Y. R. S. (fs. 46/vta.), M. R. M. (fs. 47/vta.), J. S. (fs. 48) y V. S. R. (fs. 49/vta.).

Resolución del juez de primera instancia

Celebrada la audiencia prevista en el artículo 14 de la Ley 23.098, con participación de los representantes de la Defensoría General de la Nación, del Ministerio Público Fiscal y del Director del Servicio Central de Alcaidías (fs. 65/67), el juez de la instancia de origen resolvió hacer lugar a la acción de *habeas corpus*, ordenar la cesación inmediata del acto lesivo, disponer una serie de medidas vinculadas con el ingreso para comparendos judiciales de personas "trans", extraer testimonios de estos actuados para investigar la posible comisión de delitos de acción pública e imponer las costas al Servicio Penitenciario Federal (fs. 68/78 vta.).

Para así decidir, sostuvo que tras la realización de diversas medidas ordenadas en autos y del testimonio de las internas, se corroboró la modalidad degradante a la que -a su entender- son sometidas en cada ocasión en que resultan trasladadas a las Unidades 28 y 29 del S.P.F., y que aquélla constituye un supuesto de agravamiento ilegítimo de las condiciones en las que se cumple su privación de la libertad.

En base a ello, dispuso específicamente hacer saber al Director del Servicio Penitenciario Federal que "*deberán arbitrarse los medios necesarios para que, en el caso de ingreso para comparendos judiciales de personas "trans" (transexuales, travestis o transgénero) y -por razones estrictamente de seguridad penitenciaria y/o de los internos- resulte necesario practicar requisas personales en forma invasiva, se adopten los siguientes recaudos: 1) Que tales requisas sean practicadas exclusivamente por personal penitenciario profesional de la salud -médico y/o sanitario-; 2) En casos de necesidad fundada, cuando sea necesario practicar un registro táctil sobre los requisados, se haga sobre las prendas de vestir y prescindiendo de los desnudos totales y parciales, previa consulta a la persona involucrada respecto de su preferencia sobre la identidad de género de quien lo llevará a cabo, respetando en todo momento la intimidad del requisado.- De igual manera, en situaciones en las cuales deba procederse al examen físico para constatar lesiones en estos casos, deberá garantizarse: 1) La participación exclusiva de personal médico o sanitario y sólo en la cantidad*

estrictamente necesaria para llevar a cabo la diligencia; 2) La prohibición de desnudos íntegros y parciales; 3) La consulta a la persona involucrada respecto de la preferencia sobre la identidad de género de la persona que hará el examen y; 4) La disposición en el ámbito de la unidad penitenciaria de un espacio adecuado que resguarde la privacidad del acto de requisa” (ver punto III de la resolución de fs. 68/78 vta.).

De la apelación interpuesta por los accionados

Conforme se desprende de la lectura del recurso introducido a fs. 91/97, los accionados expusieron que la importancia de la requisa por cuestiones de seguridad en el establecimiento penitenciario no debe soslayarse, por ser un eje central del protocolo de ingreso de cualquier interno, no sólo por la seguridad dentro del establecimiento sino por la propia de la persona privada de la libertad. Alegaron que el objetivo de la requisa es prevenir e impedir la introducción de elementos que posibiliten la ejecución de actividades no permitidas por parte de los internos o la utilización por éstos de materiales no permitidos.

Refirieron que los médicos del Servicio Penitenciario Federal tienen como misión garantizar el derecho a la salud de las personas, y no realizar tareas de seguridad impropias de su arte de curar, ya que para eso se cuenta con personal específicamente capacitado por la institución.

Por otro lado, manifestaron que desvestir a una persona para proceder a su requisa guarda estricta relación con una necesidad de intervención médica, a efectos de constatar su estado de salud y posibles lesiones corporales externas y que, de otorgar a las internas *trans* la posibilidad de optar acerca de la identidad de género de quien llevará a cabo la requisa, el personal femenino del servicio también debería poder optar por efectuar requisas sólo respecto de personas de sexo femenino y no de personas que, pese a haber adoptado identidad femenina, posean morfología masculina.

En relación con el examen físico, sostuvieron que es inconcebible que se practique únicamente en presencia de un profesional de la salud, pues no se le puede exigir a éste que actúe sin seguridad dentro de un establecimiento carcelario.

Además, en referencia a los desnudos (parciales o íntegros), explicaron que no existe tecnología alguna que permita identificar lesiones superficiales cuando la persona está vestida, y que su constatación al momento

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 56451/2015/CA1 - “Q. H., T. y otros sobre habeas corpus...” - I. 1/S. 105

del ingreso y egreso de los internos constituye una obligación que impone la normativa vigente.

Acerca de la consulta previa sobre la identidad de género de quien lo llevará a cabo, sostuvieron que en la vida fuera de la prisión, las personas son atendidas por profesionales de la salud indistintamente de su identidad sexual, y que ningún protocolo de procedimiento médico del Ministerio de Salud de la Nación o del extranjero hace referencia alguna a esa elección por parte de los pacientes.

Finalmente, respecto del espacio donde se realiza el examen, refirieron que sólo cabe una persona, y que el lugar posee una puerta de metal que, de mantenerse abierta, hace de separador con la celda contigua, por lo que es imposible la presencia multitudinaria de agentes o de otros internos como invocan los accionantes.

Por último se agravieron de la extracción de testimonios ordenada para que se investigue la posible comisión de delitos de acción pública que se desprende de esta acción (art. 144 *bis*, inciso 3 del CP), como de la imposición de costas a esa parte.

III. Sobre el fondo del asunto

Los jueces Mirta López González y Ricardo Pinto dijeron:

Llegado el momento de abordar la cuestión traída a estudio del tribunal, y circunscriptos a los agravios introducidos por la parte recurrente al momento de la interposición del recurso, se advierte que a partir de la sanción del “*Protocolo de Registro Corporal y Pertenencias de Personas Trans en la Órbita del Servicio Penitenciario Federal Argentino*” (en adelante “el Protocolo”), aprobado como Anexo IV de la Resolución nro. 1721 de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, de fecha 5 de octubre de 2015, gran parte de los agravios invocados por la recurrente carecen de virtualidad a la actualidad, pues, el Protocolo ha modificado sustancialmente la forma de proceder para el registro de personas *trans* que se encuentran dentro del ámbito del S.P.F.

En este aspecto, de su lectura se extrae la implementación de un procedimiento que conforme surge de la redacción de los arts. 12 y 16 del anexo, se presenta en dos etapas simultáneas: el *visu* corporal a cargo de personal médico, sin participación de personal de seguridad -cfr. incisos a) y c) del art. 12- y la entrega al personal de seguridad de las prendas que la interna lleva puestas para su control -inc. c) del mismo artículo-.

Como consecuencia de ello, se colige que la crítica esbozada originariamente por la parte accionada a la primera de las disposiciones del juez *a quo* vinculada con las *requisas personales en forma invasiva* carece, actualmente del efecto negativo invocado, por cuanto la sanción del Protocolo instaura una nueva dinámica con participación exclusiva de personal médico en lo atinente al registro (de *visu*) de la persona, y el personal de seguridad, que sólo procederá a la revisión de las prendas de vestir de aquélla.

De tal suerte, el procedimiento regulado en el Protocolo establece -aunque en forma imprecisa y asumiendo la requisa como regla, circunstancia a la que después nos referiremos- pautas similares a las propiciadas por el juez de grado en la resolución recurrida, pero que tiene en cuenta criterios de seguridad, y que si bien fueron motivo de agravio por parte del S.P.F al interponer el recurso, no pueden ocasionar gravamen a quien con posterioridad se allana, en gran parte, a lo decidido.

Es cierto, y en este punto estimamos que guarda razón la defensa oficial, que no se aclara ni se efectúan mayores precisiones en cuanto a cómo se llevará a cabo la división de tareas entre personal de salud y de seguridad, de modo de garantizar que este último no esté presente durante el *visu* corporal médico. Empero, tales cuestiones que han sobrevenido a la resolución impugnada, deberán ser planteadas por las partes y dirimidas en la instancia de origen, a cuyos fines se encomendará la convocatoria a una mesa de diálogo.

También lo es, como señalan los accionantes, que el Protocolo asume la necesidad de requisa como regla, sin distinguir supuestos ni situaciones específicas, como ser en el caso los traslados por comparendo judicial desde un Complejo Penitenciario hacia las Unidades 28 y 29 del S.P.F., en que las personas trasladadas nunca salen de la órbita del control penitenciario, por lo que no debería presumirse la necesidad de la requisa, sin perjuicio de la discusión sobre estos extremos particulares, en la mesa de diálogo que se propicia.

Sobre el tema, no podemos pasar por alto que al ser preguntados en la audiencia al respecto, los representantes del S.P.F sostuvieron que la razón de la requisa en estos casos radicaba en la necesidad de constatar si tenían lesiones o en su caso suplir eventuales deficiencias propias del personal a cargo de los procedimientos.

Sobre el punto, el Protocolo no efectúa distingo alguno, por lo cual luce acertado para el tribunal lo resuelto por el juez de grado en cuanto a la

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 56451/2015/CA1 - “Q. H., T. y otros sobre habeas corpus...” - I. 1/S. 105

necesidad de realización de requisas sólo *por razones estrictamente de seguridad penitenciaria y/o de los internos*, que claro está deberán ser delineadas, al evaluar las condiciones personales de este grupo accionante.

En lo que al examen físico respecta, siempre en oportunidad de ingreso o egreso de las Unidades 28 y 29 del S.P.F., se verifica la existencia de hechos no controvertidos en autos. El propio Servicio Penitenciario informó en la audiencia que el objetivo de dichos exámenes consiste en la constatación de que los internos que ingresan a una determinada unidad no posean lesiones físicas que puedan poner en peligro su salud. Concretamente, al practicar el examen físico sobre la persona, lo que se pretende es determinar si padece alguna lesión que pudo ser provocada en el Complejo Penitenciario del que proviene o, incluso, si fue lesionado en el móvil de traslado. A esos fines, profesionales de la salud examinan a la persona detenida, para lo cual se le exige que se desnude.

Respecto a esta cuestión corresponde efectuar las siguientes consideraciones. Nuestra Constitución establece en su artículo 18 que “*Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice*”. El ingreso de una persona en el ámbito carcelario no lo despoja de la protección de la ley y, menos aún, de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de la misma jerarquía.

Ya el Máximo Tribunal, con cita en un precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que “*quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal, y que es el Estado el que 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. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de su libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, 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*” (CSJN, “*Gatica, Susana Mercedes c/ Provincia de Buenos Aires*”, rta. 22/12/2009).

Y que es tal el respeto por la integridad de las personas privadas de su libertad que “*la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, inter alia, la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia. Agregó que el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en su artículo 1.1. de la Convención Americana*” (considerandos 44 y 45 de la causa “*Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*”, Fallos: 328:1146).

Se trata en definitiva en el caso en estudio de conciliar el derecho a la dignidad con aquellos aspectos necesarios para la seguridad penitenciaria, de forma tal de que ninguno de ellos sea sacrificado en pos del otro.

De este modo, al igual que sucede con las requisas personales, el examen físico de las internas *trans* al momento de su ingreso en las Unidades 28 y 29 del S.P.F. tiene entidad para comprometer la dignidad de su persona si no se justifica la necesidad y razonabilidad de su realización. Sobre este aspecto, el propio S.P.F. expuso que las internas son examinadas antes de egresar de su lugar de alojamiento, razón por la cual no se advertiría en términos generales motivo alguno que conduzca a presumir en abstracto la necesidad de una nueva revisión médica como regla al momento del ingreso de las Unidades 28 y 29, siempre respecto de personas que provienen de unidades dependientes del S.P.F. y que jamás salieron de la esfera de custodia de aquél.

El fundamento de este proceder radicaría, según lo manifestado por la parte en la audiencia, en la conveniencia de dejar asentado el estado en que se recibe a la interna, a fin de evitar futuras responsabilidades. De hecho, al ser indagados a este respecto, los representantes del S.P.F. sostuvieron que “*todos los funcionarios quieren que quede bien expuesta la cadena de hechos...*” y que “*luego le tenemos que dar explicaciones al Poder Judicial...*”.

La finalidad invocada por la parte recurrente, conjugada frente al derecho al trato digno de la persona privada de su libertad, resulta irrazonable y, por tanto, no puede asumirse como regla la necesidad de practicar a la interna que procede desde un Complejo Penitenciario hacia las Unidades 28 y 29 del S.P.F., un nuevo examen físico si no existen parámetros concretos.

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 56451/2015/CA1 - “Q. H., T. y otros sobre habeas corpus...” - I. 1/S. 105

Es que el mero hecho de exigirle a una persona privada de la libertad que se desnude frente a otra -que por lógica se halla en situación de superioridad frente a aquélla- puede constituir la lesión de derechos reconocidos en el plano constitucional e internacional; más aún, cuando afecta a una población vulnerable y discriminada históricamente por su identidad de género.

A propósito del tema, se sostuvo *“Que resulta necesario recordar, a los fines de la solución del caso, que un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas, proscribiendo toda medida “que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija” (art. 18 de la Constitución Nacional)... Aunque la realidad se empeñe muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene contenido operativo. Como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud, e integridad física y moral. La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia, sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario”* (CSJN, B. 142. XXIII, *“Balbín, Rubén y otros c/ Provincia de Buenos Aires”*, rta. 19/10/1995).

Y que *“Si los presos deben aprender a tener las responsabilidades de los ciudadanos, deben tener todos los derechos de los demás ciudadanos, excepto los que fueran específicamente retirados por una orden judicial. De modo general, solo significa que los presos deben mantener todos sus derechos, excepto el de la libertad ambulatoria (The oficial report of the New York State Special Comission, on Attica, Nueva York, 1072, XVI, cit. en Fragoso, Heleno Cláudio, “El Derecho de los Presos”, CSJN, “Dessy, Gustavo Gastón s/ habeas corpus”, D. 346. XXIV, rta. 19 de octubre de 1995).*

En definitiva, el acto cuestionado por los representantes de la Defensoría General de la Nación no logra superar, al establecerse como regla general, los estándares de necesidad y razonabilidad que debe guardar en tanto puede resultar lesiva de derechos constitucionales. Es que, al efectuar un balance entre la necesidad estatal de su producción para salvaguardar eventuales

responsabilidades y el grado de intromisión que sufren las internas en los derechos inherentes a su persona, debe erigirse este último por encima de la primera.

No podemos pasar por alto que la sanción de la ley 26.743 ha receptado el derecho que tiene toda persona al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género y a ser tratada de acuerdo con ésta (artículo 1 de la ley 26.743, sancionada el 9 de mayo de 2012).-

Se debe tener en cuenta que las integrantes del grupo no deben ser discriminadas en cuanto al trato y, específicamente, dada su identidad de género se requiere la adopción de medidas que impliquen excepcionalidad en las injerencias sobre su privacidad, interpretando esta situación como una discriminación positiva hacia ese grupo.

En este marco, la situación del grupo accionante requiere de una “acción afirmativa” para evitar su discriminación. Este concepto fue analizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en los precedentes “Gorbak, Erika” y “Grutter, Bárbara c. Bollinger, Lee y otros” (ver La Ley 2004-B, 282 y 2004-B, 283, respectivamente y Gelli, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Bs. As., 2005, pág. 198, 199 y sgs.).

Así ha sostenido la doctrina que “*La reforma constitucional de 1994 atribuyó al Congreso la competencia para legislar medidas de acción positiva, a fin de garantizar la igualdad real de trato, en particular respecto de niños, mujeres, ancianos y discapacitados. Por su parte, el art. 37 y la cláusula segunda de la Constitución garantizaron las acciones positivas a favor de mujeres, en materia electoral y partidaria asegurando, como mínimo, el mantenimiento de las ya establecidas por ley. Las disposiciones constitucionales y legales referidas al llamado cupo integran un tipo de las llamadas acciones afirmativas o de discriminación inversa o benigna en las que una categoría sospechosa, en este caso fundada en el sexo, es empleada para superar una desigualdad cultural y hasta tanto ésta se supere*” (Gelli, *op. cit.*, pág. 194 y 195).

La Corte americana utiliza la doctrina de las categorías sospechosas que son aquellas que originan una discriminación perversa, fundada en la raza, el sexo o la nacionalidad. Ese tribunal sometió a lo que llamó un

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 56451/2015/CA1 - “Q. H., T. y otros sobre habeas corpus...” - I. 1/S. 105

escrutinio o control estricto (*strict scrutiny*) a esas categorías sospechosas, exigiendo la existencia de un interés suficientemente probado -que no implique persecución o antagonismo contra la clase cuestionada-, para sustentar la constitucionalidad de la discriminación (cfr. “*Gorbak, Erika*”, La Ley 2004-B, 282).

Por su parte, en el fallo “*Ortega, Daniel Héctor*” del 15 de octubre de 2015, los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se remitieron al dictamen del Procurador General de la Nación que explicó “...según lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una parte importante de la obligación internacional asumida para la eliminación de prácticas sociales discriminatorias, como las que se expresan en la violencia de género, el asegurar que los procedimientos en los que se ventilan ataques discriminatorios sean conducidos de modo que no se socave la confianza de los miembros del grupo discriminado en la capacidad y disposición de las autoridades de protegerlos de la amenaza de violencia discriminatoria (Corte IDG, ‘Caso González y otras [‘Campo Algodonero’] vs. México’ cit., 293)”.

En la misma dirección, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo en el caso “*Bouyid v. Bélgica*” que incluso en las circunstancias más difíciles, la Convención Europea impone la absoluta prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes, independientemente de la conducta irrespetuosa de la persona implicada. Se remarcó que las personas bajo control de la policía o autoridad similar se encuentran en situación de vulnerabilidad, y en consecuencia las autoridades tienen el deber de protegerlas (cfr. T.E.D.H., 23380/09, rta. 28 de septiembre de 2015).

Como corolario de lo expuesto se extrae que, a los fines de resguardar y proteger los derechos del grupo accionante, se requiere necesariamente de políticas eficientes que se lleven a cabo mediante el consenso y la discusión de todos los actores involucrados, de forma tal de establecer un procedimiento que preserve los derechos de las personas afectadas.

A modo de ejemplo se evoca el precedente “*Verbitsky*”, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró prudente implementar un criterio de ejecución que, en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al diálogo con el propósito de lograr la efectiva mejora en las condiciones que en ese caso conculcaban los derechos de los detenidos (considerando 26° del fallo citado).

En igual sentido, se orienta la Recomendación V/2015 del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias de la Cámara Federal de Casación Penal, de fecha 17 de septiembre pasado, al sugerir que *“Los jueces podrán disponer la convocatoria a una mesa de diálogo para que las partes, con la colaboración de los organismos, funcionarios o expertos que correspondan, elaboren en forma consensuada propuestas para hacer cesar las vulneraciones de derechos verificadas. La mesa de diálogo funcionará bajo la supervisión del juez de habeas corpus, pudiendo delegarse la coordinación de su funcionamiento en un tercero con atribuciones de oficial de justicia...”* (ver último párrafo del considerando 20).

Bajo esta óptica, con apoyo en lo resuelto por el Máximo Tribunal en el fallo antes señalado y la Recomendación V/2015, resulta conveniente y necesaria la convocatoria a una mesa de diálogo entre los involucrados, debiendo darse intervención -atento al tema que se ventila- al Organismo de Salud correspondiente, a efectos de que se planteen y debatan ideas para la delimitación de un procedimiento que resguarde los derechos del colectivo de personas *trans*. Metodología que también fue satisfactoria en la acción de *habeas corpus* nro. 18.312/05 del registro informático, que tramitó ante el Juzgado de Instrucción nro. 25, Secretaría nro. 161.

A tal fin, resulta adecuado precisar pautas vinculadas con las reglas establecidas por el juez de instrucción acerca de cómo deben llevarse a cabo los exámenes físicos que, de acuerdo a lo precedentemente expuesto, deberán hallarse precedidos de razones de necesidad y razonabilidad que justifiquen su realización y que frente al nuevo Protocolo deben ser analizadas, difiriéndose lo restante para la mesa de diálogo.

La participación exclusiva de personal médico o sanitario y sólo en la cantidad estrictamente necesaria para llevar a cabo la diligencia

El Protocolo regula que el examen médico *“estará a cargo de un profesional de la salud”* (artículo 16) y *“no participando el personal de seguridad...”* (artículo 12), razón por la cual el agravio invocado originariamente por el S.P.F se ha tornado abstracto, pues su propia reglamentación contempla esa situación.

La prohibición de desnudos íntegros y parciales

Respecto a esta cuestión, si bien corresponde que sea abordada con mayor amplitud -y participación de personal sanitario y/o médico- en la mesa

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 56451/2015/CA1 - “Q. H., T. y otros sobre habeas corpus...” - I. 1/S. 105

de diálogo, no podemos dejar de señalar que a primera vista resultaría desmedida la prohibición absoluta de desnudos íntegros y parciales. Así lo ha entendido también la parte accionante en la audiencia, que al ser preguntada sostuvo que resultan admisibles en casos excepcionales.

La prohibición no es razonable en casos en los cuales por criterios médicos o situaciones excepcionales (denuncia de un delito contra la integridad sexual, por ejemplo) se requiera una revisión médica que importe la necesidad de que la interna se desnude.

Como se ve, en determinados casos resulta razonable y necesario que los derechos invocados por la defensa se vean limitados para no frustrar los fines médicos que el examen persigue.

Las precisiones sobre el tema, en tanto exceden el marco de este recurso, deberán ser discutidas en la mesa de diálogo, oportunidad en la cual los representantes de la Defensoría General de la Nación podrán acercar las propuestas formuladas, tanto al momento de la celebración de la audiencia como al contestar la vista, en relación al modo en que podría materializarse el retiro de las prendas en casos en que sea necesario, reduciendo al mínimo la exposición de la persona sometida a examen.

La consulta a la persona involucrada respecto de la preferencia sobre la identidad de género de la persona que hará el examen

Dicho recaudo fue ordenado por el juez de grado en ambos supuestos (requisas y exámenes físicos), siendo varios los instrumentos que han abordado distintas posibilidades vinculadas con esta cuestión.

Para comenzar, la resolución 1/08 “*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que “*La vigilancia y custodia de las mujeres privadas de libertad será ejercida exclusivamente por personal del sexo femenino, sin perjuicio de que funcionarios con otras capacidades o de otras disciplinas, tales como médicos, profesionales de enseñanza o personal administrativo, puedan ser del sexo masculino*” (Principio XX).

Por su parte, en las “*Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*” se esboza que “*La vigilancia de las reclusas será ejercida exclusivamente por funcionarios femeninos. Sin embargo, esto no excluirá que funcionarios del sexo masculino, especialmente los médicos y personal de*

enseñanza, desempeñen sus funciones profesionales en establecimientos o secciones reservados para mujeres” (Punto 53.1).

A su vez, las Reglas de Bangkok (A/Red/65/229 aprobada por la Asamblea General) establecen que *“Si una reclusa pide que la examine o la trate una médica o enfermera, se accederá a esa petición en la medida de lo posible, excepto en las situaciones que requieran intervención médica urgente. Si pese a lo solicitado por la reclusa, el reconocimiento es realizado por un médico, deberá estar presente un miembro del personal penitenciario femenino” (Regla 10).*

En el marco de la audiencia los intervinientes debatieron acerca de cuál era el alcance de *“la medida de lo posible”* y si la circunstancia alegada por el Servicio Penitenciario Federal respecto a no contar con personal médico femenino en las unidades de comparendo judicial alcanzaba para cubrir dicho estándar. Si bien no se logró un acuerdo a este respecto, advertimos que la cuestión deberá ser dirimida en la mesa de diálogo, por resultar más propicia para alcanzar una solución, teniendo en cuenta lo arriba expuesto y las pautas establecidas por la Policía de Seguridad Aeroportuaria a partir de la resolución 870-2012 *“Protocolo de Actuación para la custodia y traslado de detenidos”*, introducido en la audiencia por la Dra. Bárbaro Franco y que podría servir de base para este tratamiento en particular.

La disposición en el ámbito de la unidad penitenciaria de un espacio adecuado que resguarde la privacidad del acto de requisa

De la lectura del Protocolo se advierte que se ha omitido regular este aspecto, no obstante lo cual se vislumbran ciertas pautas en la reglamentación que permitirían inferir la búsqueda del resguardo a la protección de la intimidad de la persona a examinar. Así, se constata que el artículo 12 establece que *“en todos los casos deberán llevarse a cabo en el marco de las reglamentaciones vigentes, respetando especialmente la autopercepción de género femenino de las internas transgénero...”* y que el procedimiento tendrá en miras *“resguardar la intimidad y el respeto de la persona registrada”*.-

Bajo esta perspectiva, en el marco de la mesa de diálogo podrá discutirse también acerca de la especificación del lugar en el que se llevará a cabo el procedimiento de requisa como el examen físico, de forma tal que la propia reglamentación precise circunstancias que aseguren la correcta protección de los derechos de las personas sometidas al procedimiento.

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 56451/2015/CA1 - “Q. H., T. y otros sobre habeas corpus...” - I. 1/S. 105

Implementación de medios tecnológicos

El Protocolo establece en su artículo 14 que “*En todos los casos en la medida que resulte factible se deberá implementar medios tecnológicos que puedan suplir la necesidad de realizar registros corporales a las internas, como ser el uso de “scanner” o aparatos electrónicos que se adecuen a los más altos estándares en materia de salud*”.

Dicha normativa ha sido cuestionada por los accionantes, con fundamento en que su uso no debe ser evaluado como una mera posibilidad, sino que resulta una exigencia directa de la propia reglamentación del Servicio Penitenciario Federal.

Sobre el punto, habiendo transcurrido en exceso el plazo impuesto al S.P.F por el juez *a quo* para que informe acerca de la posibilidad de implementar medios tecnológicos que puedan suplir la necesidad de realizar requisas corporales a los internos, sin que se haya obtenido respuesta alguna por parte de los accionados, la cuestión deberá abordarse en la mesa de diálogo.

En dicha oportunidad, se aconseja a las partes que consideren y evalúen el tema a la luz de la acción de *habeas corpus* que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 38 (causa nro. 22.250/2012), en el marco de la cual se debatió la utilización de *scanners* o aparatos electrónicos y la afectación a la salud que su uso traería aparejado, a fin de poder arribar a un acuerdo y posible conclusión acerca de la viabilidad de su uso, no sólo desde el punto de vista de los recursos económicos del S.P.F relacionados con dichos medios sino de la conveniencia de su utilización con criterios médicos que permitan despejar cualquier tipo de duda u objeción que pudiera ser motivo de planteos ulteriores.

Sobre todo teniendo en consideración que en el caso, ante la entidad de la necesidad de preservar la privacidad de este grupo, resultaría el medio idóneo para garantizar la seguridad, preservando la intimidad de las accionantes.

El juez Mariano A. Scotto dijo:

Coincido con los fundamentos, citas normativas, principios, jurisprudencia y doctrina invocados por mis colegas preopinantes y reconozco, al igual que ellos, la particular situación de vulnerabilidad que caracteriza a la comunidad *trans*. No obstante, deseo efectuar algunas consideraciones.

Para empezar, advierto que la situación denunciada en la presente acción debería remediarse mediante la implementación de medios tecnológicos que suplan la necesidad de realizar requisas corporales a las internas, como ser el uso de *scanners*.

Sobre el punto, la convocatoria que propician mis colegas a una mesa de diálogo entre las partes involucradas, con la finalidad de que se debata –entre otras cosas- sobre su posibilidad cierta de implementación en el ámbito de las Unidades 28 y 29 del Servicio Penitenciario Federal, me parece acertada, más aún cuando en el marco de la acción de *habeas corpus* que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 38 (expediente n° 22.250/12), se concluyó que su utilización no resulta nociva para la salud.

En efecto, este mecanismo permitiría al menos solucionar la requisita indiscriminada y sin criterio que se utiliza en la actualidad a las detenidas *trans* provenientes de otras unidades por comparendo, dado que la revisión quedaría reservada para aquellos casos en los que la máquina emita una señal de alerta. Incluso su uso se extendería a todo detenido o detenida que regrese del comparendo, y cualquier otra persona que ingrese a las unidades referidas en calidad de detenido.

Esta sería, a mi modo de ver, la forma más propicia de resolución de la situación traída a conocimiento de la Sala.

Ahora bien, en la medida que la posibilidad de instalación y uso depende de diversos factores –que se deberán analizar en la mesa de dialogo propuesta- , cuyo análisis insumirá un tiempo considerable, en el ínterin se debe establecer cómo proceder.

Así, en la medida en que el Protocolo asume la necesidad de requisita a modo de regla general como exponen mis colegas, sin distinguir supuestos ni situaciones específicas, como ser el caso de traslados por comparendos judicial desde un Complejo Penitenciario hacia las Unidades 28 y 29 del S.P.F., -en los que las personas trasladadas nunca salen de la órbita del control penitenciario-, deviene indispensable establecer cuál será, de momento, los lineamientos generales de mínima que deberán guiar tal proceder, sin perjuicio de lo que se decida con posterioridad en el marco de la comisión que se propone implementar.

En estas situaciones concretas, concuerdo con la jueza López González y el juez Pinto en que no debe presumirse la necesidad de la requisita,

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 56451/2015/CA1 - "Q. H., T. y otros sobre habeas corpus..." - I. 1/S. 105

sino limitarse a supuestos estrictamente de seguridad penitenciaria y/o de los internos, que habrán de delinearse teniendo en consideración las condiciones personales de la comunidad afectada.

Al respecto, advierto que la resolución impugnada también incurre -con relación a las requisas- en una generalización que desconoce la diferencia que hay entre ingresos y egresos a las unidades cuestionadas, por lo que me veo en la necesidad de hacer algunas disquisiciones al respecto.

Cierto es que la práctica judicial revela que, frecuentemente, en oportunidad de materializarse los comparendos judiciales con la presentación de los internos e internas en la sede de los juzgados que ordenaron el traslado, aquellos, a veces, mantienen contacto con personas ajenas a los funcionarios penitenciarios y personal y magistrados judiciales (vgr. familiares que aguardan la llegada en la mesa de entradas de los tribunales, entre otras personas).

En esos casos no es posible descartar la posibilidad de que, sin que sea advertido por la custodia penitenciaria, se entreguen elementos prohibidos o peligrosos que eventualmente puedan afectar la seguridad propia o de terceros, por lo que, en los casos de reintegros, estimo que debe mantenerse en todo sentido el *statu quo* que impera de momento, hasta que en la mesa de dialogo se discutan las alternativas que conjuguen los derechos en juego con la actividad penitenciaria.

Igualmente, a veces ese contacto puede ocurrir cuando las detenidas bajan o suben de los camiones de traslado, por lo que resulta necesario que se haga saber al Servicio Penitenciario Federal que se deberán extremar las medidas para que ello no ocurra.

En relación con los exámenes físicos, comparto en su mayoría los argumentos vertidos por mis colegas. Empero, en cuanto atañe específicamente a la consulta a la persona involucrada respecto de la preferencia sobre la identidad de género de la persona que hará el examen, estimo que por sobre ella debe priorizarse, siempre, el resguardo de la salud y vida de la interna, que se garantizan con la atención médica brindada por un profesional de salud, indistintamente de su sexo.

Por otra parte, respecto a la prohibición de desnudos íntegros o parciales, concuerdo con lo señalado en el voto precedente, en punto a que en determinados casos resultan necesarios para no frustrar los fines médicos que se persiguen y que, en relación al modo en que debería materializarse el retiro de las

prendas, la propuesta formulada por la parte accionante permitiría realizar la práctica reduciendo al mínimo la exposición de la persona sometida a examen y evitando los desnudos íntegros.

El art. 12 del Protocolo establece que en los casos en que se deba practicar un examen médico, el mismo estará a cargo de un profesional de la salud, lo que debe meritarse con la limitación impuesta al personal penitenciario en el art. 16. Igualmente –hasta que la mesa de dialogo establezca el mecanismo mas adecuado- deberá aplicarse esa forma de proceder también frente a las requisas con las limitaciones reseñadas.

Por último me parece oportuno señalar, aunque excede el marco de lo resuelto en la instancia anterior y el objeto de este recurso, que las medidas de acción positiva que se disponen transitoriamente y con el alcance delimitado en esta resolución, debieran ser acompañadas de otras tendientes a la concientización del personal penitenciario –tanto los dedicados a la seguridad como a la salud- sobre discriminación y sensibilización.

Es que además del cambio normativo o reglamentario del modo de proceder, lo que habrá de modificar definitivamente la conducta discriminatoria es la toma de conciencia. En esa línea en el Principio 1 C) de los “Principios de Yogyakarta” (Universidad de Gadjah Mada, Yogyakarta, Indonesia, noviembre de 2006) se propone que los estados emprendan *“programas de educación y sensibilización para promover y mejorar el disfrute”*; como así también que se adopten *“todas las medidas legislativas y de otra índole que resulten apropiadas para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en las esferas pública y privada”* (Principio 2 C) y *“las medidas apropiadas, incluyendo programas de educación y capacitación, para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual, identidad de género o expresión de género universal de todos los derechos humanos por todas las personas, con independencia de su orientación sexual o la identidad de género”*.

En concordancia con lo expuesto, la “Ficha de datos. Normas Internacionales de Derechos Humanos y orientación sexual e identidad de género” de la “Campana “Free & Equal” de Naciones Unidas (www.unfe.org), como obligaciones jurídicas que incumben a los Estados en lo que respecta a los derechos de las personas LGBT (lesbianas, gay, bisexuales, transgénero o

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 56451/2015/CA1 - "Q. H., T. y otros sobre habeas corpus..." - I. 1/S. 105

intersexual) se recomienda entre otras acciones el "*Impartir capacitación a los agentes de policía y supervisar los lugares de detención, y habilitar un sistema para que las víctimas puedan ejercer recursos.*"

Por ello se sugiere que, en el ámbito de la Mesa de Dialogo, también se contemplen la posibilidad de implementar acciones concretas de índole educativa y concientización.

Con estas aclaraciones, adhiero al voto de mis colegas, debiéndose confirmar los puntos mencionados con el alcance expresado.

IV. De la extracción de testimonios

Respecto al agravio invocado por la parte recurrente en relación con la extracción de testimonios ordenada en el punto IV del auto de fs. 68/78 vta. para que se investigue la posible comisión de delitos de acción pública que se desprende de esta acción, cabe señalar que no resulta una cuestión declarada expresamente apelable, ni ocasiona gravamen irreparable en los términos del art. 449 del CPPN, razón por la cual corresponde declarar mal concedido el recurso interpuesto a este respecto, habilitado mediante la providencia de fs. 98/vta.

V. De la imposición de costas procesales

De las constancias obrantes en autos y lo actuado en esta instancia, se aprecia la predisposición del Servicio Penitenciario Federal para adecuar su normativa y prácticas a fin de que se respeten los derechos fundamentales de la comunidad *trans* en las instancias de las requisas y revisiones médicas a que son sometidas. En base a ello, atendiendo a la buena fe y predisposición evidenciada por el accionado, reconocida expresamente en la audiencia por los accionantes, estimamos ajustado a derecho que la imposición de costas lo sea en el orden causado.

En mérito a lo que surge del acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

I) Declarar abstracto el recurso de apelación interpuesto por los representantes del Servicio Penitenciario Federal contra el punto III del auto de fs. 68/78 vta., vinculado con los recaudos a adoptar en casos de *requisa personal en forma invasiva*.

II) Confirmar parcialmente el auto de fs. 68/78vta. punto dispositivo III, vinculado con los recaudos a adoptar en casos de *examen físico*, con los alcances indicados en la resolución.

III) Declarar mal concedido el recurso interpuesto a fs. 91/97vta. contra el punto IV del auto de fs. 68/78vta., habilitado mediante la providencia de fs. 98/vta.

IV) Revocar el auto de fs. 68/78vta., punto dispositivo V, e imponer el pago de las costas procesales en el orden causado.

V) Encomendar al juez de grado que convoque a una mesa de diálogo para que las partes, con la colaboración de los organismos, funcionarios o expertos que correspondan, elaboren en forma consensuada propuestas para hacer cesar las vulneraciones de derechos verificadas, tomando en consideración las pautas aquí señaladas, el Protocolo elaborado por el S.P.F. y las observaciones formuladas por la parte accionante a fs. 178/183vta.

VI) Ordenar a las partes que sometan a consideración del juez de grado el acuerdo al que arriben producto de la mesa de diálogo, debiendo dicho magistrado supervisar, establecer plazos y finalmente dar por concluida esta acción cuando estime que se encuentren superadas las irregularidades que se denunciaron en la presente acción de *habeas corpus*.

VII) Remitir, adjunto a la presente, el CD con el audio de la audiencia celebrada el 6 de octubre pasado.

El juez Mariano Alberto Scotto suscribe la presente en su calidad de subrogante de la vocalía nro. 10 conforme decisión de la presidencia de esta cámara de fecha 26 de junio de 2015.

Notifíquese por cédula electrónica y devuélvase al juzgado de origen. Sirva lo proveído de atenta nota de envío.-

Mirta L. López González

Ricardo Matías Pinto

Mariano A. Scotto
(por sus fundamentos)

Ante mí:

María Florencia Daray
Prosecretaria de Cámara