

Artículo 8

Camila Petrone

1. Transcripción del texto legal en comentario.

Art. 8. Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado.

2. Antecedentes legislativos, historia del instituto penitenciario correspondiente.

En nuestro ordenamiento jurídico, la primer norma que parece haber instaurado el principio de igualdad o de no discriminación es el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional, en tanto establece que todos los habitantes de la República Argentina son iguales ante la ley. Demás está decir que nuestra Constitución Nacional aplica, por igual, a todos los habitantes de la Nación Argentina que por ella se rigen y es, en este sentido, que entiendo que ello aplica también al ámbito penitenciario.

En lo que respecta, estrictamente, a las normas de ejecución de la pena privativa de la libertad, el primer antecedente directo del presente artículo surge del decreto 412/58, dictado en el gobierno *de facto* de Aramburu, al poco tiempo de la adopción

por parte de las Naciones Unidas de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de las cuales surge el antecedente inmediato internacional de la presente norma. Así, el artículo 4º de aquel decreto-ley, establecía que: *“Las normas de ejecución que contiene esta ley y las reglamentaciones que se dicten en consecuencia, serán aplicadas sin hacer entre los internos otras discriminaciones o diferencias que las resultantes del tratamiento individualizado a que deben estar sometidos”*.

En 1996, se adoptó el Reglamento General de Procesados (en adelante R.G.P.), antecedente inmediato de la presente ley, en cuyos fundamentos se planteaba su objetivo: *“...posibilitar al interno procesado condiciones que hagan de su detención preventiva un período útil para sí y para la sociedad, con pleno ejercicio de sus derechos a la salud, a la educación, al trabajo, al mantenimiento y afianzamiento de los lazos familiares y sociales, a la libertad de pensamiento y a la información...”*.¹

Allí se incorporó, en el artículo 10º, una norma muy similar respecto de la igualdad de trato para quienes se encuentren contemplados por la presente ley. Así, el artículo de mención establecía que: *“Las disposiciones de este reglamento serán aplicadas sin hacer entre los internos otras discriminaciones o diferencias que las que resulten del trato individualizado aplicable.”*

Al sancionarse, en julio de 1996, la Ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad se incorporó, en el Capítulo I, en artículo bajo análisis. En el capítulo

1. Boletín Oficial, ejemplar 28.366, del 1/4/96, p. 1/2.

mencionado se intentó plasmar el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional reconociéndole al condenado sus derechos inalienables "...a la vez que se ratifica su obligación de cumplir con todos los deberes que su situación le permita y con las obligaciones que su condición legalmente le impone."² Así, el texto propuesto -que fue posteriormente aprobado e implementado- "...ratifica el respeto a la dignidad humana, a los derechos de los condenados y el rechazo enfático de todo tipo de discriminación (...) en consecuencia de los mandatos constitucionales, de los principios de igualdad y humanización en el cumplimiento del encierro de los detenidos y de los contenidos de los convenios, pactos y declaraciones universales y regionales...³.

3. Antecedentes, similitudes y divergencias en derecho comparado.

Las cuestiones relativas a la aplicación igualitaria y no discriminatoria de las normas de ejecución de la pena aparecen como problemáticas en distintos lugares del mundo, sobre todo en América Latina, donde la situación carcelaria suele ser bastante similar.

2. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 46ª reunión, 1ª Sesión Ordinaria de Prórroga, 7 y 8 de diciembre de 1995, p. 5686.

3. *Ob. cit.*

Por ejemplo, en el sistema penitenciario cubano, la categoría de género ha sido incluida desde hace muy poco tiempo en el marco de las problemáticas penitenciarias, a pesar de que la Constitución de aquel país establece, en sus artículos 41 a 44 la igualdad de derechos y deberes de todos los ciudadanos y establece que no será posible propinar un trato distinto por motivos de *“sexo, color de piel, raza, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otra forma lesiva a la dignidad humana”*⁴ y, en el artículo 44 *in fine*, además, se dispone la obligación estatal de *“esforzarse”* para crear las condiciones necesarias para materializar el principio de igualdad.

De todas formas, quienes estudian la temática afirman que *“...la categoría género ha tenido una ínfima influencia en el sistema penitenciario cubano, pues la ubicación de la mujer en la norma penitenciaria ha sido casi nula, al no distinguir el tratamiento individualizado que se le debe dar a esta, limitándose solo a normar la separación de ambos sexos en el período de reclusión...”*⁵. De esta manera, en lo que respecta a la cuestión de género, ello sólo se ve reflejado en el sistema penitenciario cubano al cumplir con lo dispuesto por el art. 30, apartado N° 8 del Código Penal de aquel país

4. HUERTAS DÍAZ, O. et al. *Categoría de género y su incursión en el sistema penitenciario cubano*. Justicia Juris, 11(2), 19-29

5. HUERTAS DÍAZ, O et al (2015). *Categoría de género y su incursión en el sistema penitenciario cubano*. Justicia Juris, 11(2), 19-29

que dispone el cumplimiento de la pena de prisión de hombres y mujeres por separado.

El problema de que aquel ordenamiento se limite a cumplir con el alojamiento de las personas privadas de libertad en establecimientos separados deja de lado cuestiones inherentes a la vida de una mujer en prisión, como por ejemplo los casos de embarazos, los partos, la crianza de los hijos, entre otros.

Al mismo tiempo que las cuestiones mencionadas se dejan de lado, se advierte patentemente la discriminación hacia las mujeres, quienes reciben tratos discriminatorios que se reflejan, por ejemplo, en un menor número de visitas (sobre todo “visitas íntimas”) y en el hecho de que se les permitan menos llamadas telefónicas que a los hombres, a lo que se le suman los episodios de violencia institucional y agresiones sexuales que sufren a menudo por parte de los operarios penitenciarios⁶.

Si bien las problemáticas reseñadas en el caso cubano y el colombiano suelen repetirse a lo largo de América Latina, cabe destacar la existencia de cierta jurisprudencia que hace eco de los tratados internacionales, como es el caso del Tribunal Constitucional de Costa Rica, que ha resaltado que el privado de libertad es una persona que no está excluida de la comunidad jurídica, sino que, “...en una democracia, el delincuente no deja, por el solo hecho de haber sido condenado, de

6. *Ob. Cit.*

ser sujeto de derechos, algunos se le restringen como consecuencia de la condena, pero deben permitírseles todos los demás...”⁷.

En Colombia, un estudio destinado a analizar, desde una perspectiva de género, “...los principales aspectos sociojurídicos relativos a las mujeres y a las madres reclusas (e infancia) en Colombia, a partir de los marcos internacionales de derechos humanos, de derecho constitucional y de derecho penitenciario...”⁸, desarrollado a partir de la promulgación de una nueva ley, en enero de 2014 que a penas desarrollaba este tema, determinó la necesidad de implementar nuevas políticas con enfoque de género, por entender que “...la legislación y el mundo penitenciario son realidades sexistas y masculinizadas...”⁹.

La problemática de género en el ámbito penitenciario, que se replica de diferentes formas a lo largo del mundo, lleva a la necesidad de tomar medidas de igualdad no sólo en casos de discriminación o aplicación desigual de las normas fundado en el género sino en cualquier trato que, por cualquier motivo, implique una desigualdad infundada o discriminación.

7. Revista de Ciencias Penales, Costa Rica, Nov. 2000., Jurisprudencia Voto 1261-90. Cf.mora/navarro disponible en http://w1.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/783-el-juez-de-la-ejecuci%C3%B3n-penal.html (29/04/2017).

8. POZO, F. J. & MARTÍNEZ, J. A. (2015). *Retos del tratamiento penitenciario en Colombia: enfoque y acción diferencial de género desde la perspectiva internacional*. Revista Criminalidad, 57 (1): 9-25.

9. SMART, C. *The woman of legal discourse* (pp. 772-778). En Tim Newburn. *Key Readings in Criminology*. London: Willian Publishing, 2009.

Por su parte, en lo que respecta al trato desigual fundado en motivos de género, España ha desarrollado un programa de “Igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario” en el marco del cual ha creado las llamadas “*unidades externas de madres (UDM)*”¹⁰ que facilitan el contacto y el encuentro familiar, el cual se ve mermado por el encarcelamiento, y, aún, de forma más gravosa en el caso de las mujeres¹¹. Es, en este punto, que la política penitenciaria española se vuelve referente a nivel mundial en tanto incluye, dentro del tratamiento penitenciario tres alternativas que son: “a) *unidades dependientes de madres (UDM) (...) ubicadas fuera del recinto de los centros penitenciarios, preferentemente en viviendas ordinarias del entorno (...)* b) *Unidades externas de madres (UEM) (...)* (que) *suponen el desarrollo ambiental e infraestructural pionero del espacio materno-filial penitenciario (...)* c) *Establecimiento o departamento mixto...*”¹². Esta última alternativa ayuda a cumplir con la Ley Orgánica General Penitenciaria española (LOGP) que en su art. 16 establece que “*los hombres y las mujeres deberán estar separados, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen*”, excepción que se concreta a su vez en el art. 99.3 del Reglamento Penitenciario, que dispone que

10. POZO, F. J. & MARTÍNEZ, J. A. (2015). *Retos del tratamiento penitenciario en Colombia: enfoque y acción diferencial de género desde la perspectiva internacional*. Revista Criminalidad, 57 (1): 9-25

11. Instituto de la Mujer (2005). *Realidad social de las mujeres sin techo, prostitutas, ex reclusas y drogodependientes de España*. Madrid: Instituto de la Mujer.

12. POZO, F. J. & MARTÍNEZ, J. A. (2015). *Retos del tratamiento penitenciario en Colombia: enfoque y acción diferencial de género desde la perspectiva internacional*. Revista Criminalidad, 57 (1): 9-25

“excepcionalmente, hombres y mujeres podrán compartir un mismo departamento previo consentimiento de unos y otras y siempre que reúnan los requisitos regulados en el cap. III del título VII RP” (Ley Orgánica 1/1979), es decir, “...para ejecutar programas específicos de tratamiento o para evitar la desestructuración familiar, establecer, para grupos determinados de población penitenciaria, centros o departamentos mixtos donde indistintamente puedan ser destinados hombres y mujeres...”.¹³

4. Datos empíricos que confronten críticamente la dimensión del ser (informes oficiales, de la Procuración penitenciaria, de ONGS, visitas de organismos internacionales, o trabajos académicos en el campo de las ciencias sociales).

Desde el año 2011, la Procuración Penitenciaria de la Nación (en adelante PPN) ha prestado especial atención a ciertos grupos que sufren un “especial grado de sobrevulneración” dentro de las cárceles, como es el caso de las mujeres, el colectivo LGBTI, los niños y jóvenes, los extranjeros y las personas con discapacidad. A partir de un estudio detallado de estos casos puntuales han llegado a conclusiones que permiten vislumbrar que la norma contemplada en el artículo bajo examen no es siempre puesta en práctica.

13. *Ob. Cit.*

En el caso de los llamados “jóvenes adultos” -es decir, personas de entre 21 y 25 años-, se ve claramente en el informe de la PPN correspondiente al año 2015 que no gozan del mismo trato que los internos “adultos”, ya que, como los complejos penitenciarios de adultos se encontraban sobrepasados, “...se generaba un ‘cuello de botella’ en las unidades de jóvenes que genera que los detenidos que cumplen 21 años y están en condiciones de pasar a cárceles para adultos no sean trasladados, imposibilitando por ello la liberación de plazas a través de esa vía...”¹⁴.

Así las cosas, el informe pone de manifiesto que en el complejo penitenciario destinados a jóvenes adultos (CFJA) en Marcos Paz, provincia de Buenos Aires, el hacinamiento y la sobrepoblación han conllevado un recrudecimiento de la violencia para este grupo específico, cuyo destino en un complejo específico supone una especial protección, que no es la existente en los hechos.

De esta forma, no sólo se dificulta el acceso a la educación y al trabajo de los jóvenes adultos sino que, además, los detenidos sancionados, junto con aquellos “recién llegados” que no logran adaptarse al régimen preexistente del pabellón que les corresponda, son alojados en un pabellón específico en el cual se encuentran aislados 23 horas del día con una sola salida nocturna -horario que, lógicamente, impide toda comunicación con defensores, juzgados, etc.- En el caso de los jóvenes

14. Informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación, año 2015.

adultos, entonces, mientras que el paso por este pabellón debiera ser transitorio, la sobrepoblación ocasiona que permanezcan allí durante meses, bajo un régimen de aislamiento.

A la vez, a diferencia de los complejos destinados a adultos, el CFJA no cuenta con sectores especiales destinados para jóvenes con medida de resguardo, lo que ha llevado a que, en uno de sus pabellones, en el año 2015, dos jóvenes detenidos por delitos contra la integridad sexual sufrieran diversas agresiones asociadas al delito imputado. Así, por no disponer de un sector de alojamiento especial, estos dos jóvenes -como muchos otros- fueron sometidos al ya mencionado régimen de aislamiento en celda propia durante 23 horas diarias, por no contar con lugares específicos destinados a resguardar su integridad física, privándolos, así, de derechos fundamentales como la educación y el trabajo.

En lo que respecta a esto último, el informe advierte que muchos jóvenes adultos pasan dos o tres años sin trabajar, debido a la escasa oferta y a la “excusa” de su falta de D.N.I. o CUIL, circunstancia que resulta muy frecuente y que, en realidad, no debiera hacerlo, ya que su tramitación es una obligación del Estado al privar de libertad a una persona.

En lo que respecta a las mujeres, el mismo informe de la P.P.N. permite vislumbrar, también, distinciones en el trato basadas en el sexo de las privadas de libertad.

Un claro ejemplo de ello es el aislamiento nocturno en el pabellón destinado al funcionamiento del dispositivo “Prisma”, ubicado en el Complejo Penitenciario Federal IV –Ex “Unidad 3-”, donde las privadas de libertad no cuentan con baños al interior de las celdas, cuyas puertas se cierran de noche, obligándolas “...a solicitar su apertura a la guardia para poder utilizar los sanitarios. Este pedido no siempre es atendido, y, consecuentemente, en varias oportunidades las mujeres deben hacer sus necesidades dentro de las celdas, debido a la falta de funcionamiento de los timbres internos. El pabellón cuenta con cámaras de seguridad dentro de las celdas y en las áreas comunes. Las imágenes son monitoreadas por el personal penitenciario...”¹⁵.

Esto último, por más simple y nimio que parezca implica, en realidad, un agravamiento de las condiciones de detención e, incluso, podría fundamentarse que constituye una “vejación”, ya que se vulneran los derechos a la integridad física y a la dignidad, limitando indebidamente la autonomía de las internas y colocándolas en una situación humillante frente a los operarios del S.P.F., máxime si se tiene en cuenta que allí se encuentran alojadas mujeres con padecimientos mentales.

Párrafo aparte merecen las vejatorias e invasivas requisas de las que son víctimas las mujeres alojadas en los complejos del S.P.F. –como es el caso del Complejo IV-, las cuales se llevan a cabo exponiendo el cuerpo a distintos niveles, implicando el

15. *Ibid.*.

ejercicio de violencia sexual, sólo por tratarse de personas de sexo femenino en lugar de utilizar, para ello, los dispositivos electrónicos que fueron instalados en el S.P.F. a fin de cumplir con los estándares internacionales en la materia¹⁶.

A ello se le suma el alto nivel de violencia institucional que sufren las mujeres en las cárceles: por ejemplo, según el mencionado informe de la P.P.N., en el año 2015, el 80% de los episodios de violencia física y torturas en complejos penitenciarios fueron perpetrados en el Complejo IV de Mujeres del S.P.F., aumentando así la cantidad de situaciones de violencia institucional en complejos penitenciarios con víctimas de sexo femenino.

Por otro lado, más violencia se registra aún en los casos de mujeres embarazadas alojadas en complejos penitenciarios, como fue el caso de la Unidad N° 31 del S.P.F. – donde se alojan mujeres con “buena conducta”, embarazadas y/o con hijos menores de cuatro años- y que era considerada como una “cárcel modelo” hasta que en el año 2014 se decidió el traslado a aquel complejo de hombres detenidos por crímenes de lesa humanidad, a fin de solucionar cuestiones de sobrepoblación en cárceles masculinas vulnerando, así, los derechos de las mujeres alojadas en la Unidad N° 31, muchas de las cuales tuvieron que ser trasladadas a otros complejos penitenciarios.

16. *Ibid.*

La llamada “violencia obstétrica”, por otro lado, no escapa a los complejos penitenciarios donde, en los últimos años, se han registrado varios casos de muerte de privadas de libertad por falta de atención médica, atención deficiente e, incluso, la muerte de un niño recién nacido al que su madre (una joven de 20 años) dio a luz por sí sola en su propia celda, ya que la asistencia médica que había solicitado nunca llegó, a lo que se le suma la violencia y malos tratos que normalmente sufren las internas embarazadas o que requieren de controles ginecológicos.

El análisis de estos supuestos en el presente artículo responde a lo siguiente: el S.P.F., innegablemente, se maneja de acuerdo a una lógica machista que coloca a la mujer en el rol de madre reproductora, afianzando los roles tradicionales de género. Ello se traduce, a nuestro modo de ver, en un trato discriminatorio y una aplicación no igualitaria de las normas de ejecución ya que las únicas pasibles de sufrir este tipo de maltratos son, precisamente, las mujeres.

Otro colectivo que sufre especial violencia y un trato discriminatorio en lo que respecta a la aplicación de las normas de ejecución de la pena es el LGBTI¹⁷. Además de prácticas discriminatorias fundadas en la identidad de género y maltratos físicos y psicológicos, en la órbita del S.P.F se suman las requisas vejatorias y la particular cuestión del alojamiento, que sólo afecta a este grupo: las mujeres transgénero que no han realizado el cambio registral en sus documentos se encuentran alojado en

17. *Ibid.*

complejos penitenciarios para hombres lo que implica no sólo un trato discriminatorio sino también una aplicación desigual de las normas de ejecución ya que el resto de las mujeres se encuentran alojadas en establecimientos específicos.

Todo ello, afortunadamente, condujo a la Resolución N° 1.721 que creó –en el marco del S.P.F.- el “Reglamento Interno de la U.R. VI-Anexo alojamiento de internos trans y homosexuales”, incluyendo un protocolo de registro corporal y de sus pertenencias.

La violencia que –inegablemente- caracteriza al ámbito carcelario se traduce, en el caso del colectivo LGBTI en prácticas discriminatorias y humillantes, faltas de reconocimiento de la identidad de género, tormentos psíquicos y otros malos tratos que incluyen requisas vejatorias llevadas a cabo por personal penitenciario.

Dice el informe de la P.P.N., a modo de conclusión respecto de este tema que: “La cultura penitenciaria produce y administra las violencias y, a la vez, reproduce los estigmas de la sociedad”¹⁸.

La nacionalidad y el idioma parecen ser, según se desprende del informe de la P.P.N., otros dos móviles para la discriminación y el trato desigual en lo que respecta a la aplicación de las normas de ejecución y, además, se trata de dos supuestos específicamente contemplados en el artículo bajo examen.

18. *Ibid.*

Es innegable que en el caso de las personas de nacionalidad extranjera, se trata de personas en una situación de especial vulnerabilidad por encontrarse privados de libertad en un país extraño, con otras costumbres, otras normas y –en algunos supuestos- incluso un idioma desconocido.

Uno de los problemas específicos de este colectivo es la obstaculización de los vínculos familiares y sociales, lo cual fue detectado por el informe de la P.P.N. correspondiente al año 2015, en el cual se advirtió que un gran porcentaje de los extranjeros privados de libertad no tienen contacto con ningún familiar ni amigo, lo que da cuenta de una aplicación desigual de las normas de ejecución.

Además de el impedimento de las comunicaciones con sus allegados, los extranjeros privados de libertad encuentran dificultades para acceder a la educación universitaria, lo que hace que se encuentren inmersos en una suerte de “círculo vicioso” ya que la Universidad de Buenos Aires –en el ámbito federal- requiere que los extranjeros que en ella estudien tengan regularizada su situación migratoria pero, precisamente, quienes están privados de libertad se ven impedidos a realizar aquel trámite. En consecuencia, se ve vulnerado su derecho a la educación y, además, ello los imposibilita a cumplir con los objetivos de la pena y, posteriormente, la falta de estudio los priva de la aplicación de las reducciones en los plazos requeridos para el avance de las fases y períodos de la progresividad del régimen penitenciario

establecidos por ley¹⁹, en lugar de poder acceder a ellos como cualquier otro condenado.

5. Normas, principios y reglas de DIDH y su interpretación en los organismos de los sistemas de protección internacional y regional, aplicables al instituto en estudio.

La norma receptada en el presente artículo resalta la aplicación, en el ámbito penitenciario, de la obligación estatal de respetar los derechos fundamentales de las personas en un marco de igualdad y no discriminación, basándose en lo dispuesto por el artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 2º.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y también, en el artículo 6º.1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Recursos de las Naciones Unidas.

En este sentido, el art. 1.1 de la Convención Americana no sólo establece obligaciones generales de respeto y garantía sino también una cláusula que prevé que las personas deben gozar y ejercer “sin discriminación alguna por motivos de raza, color sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole,

19. *Ibid.*

origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” los derechos consagrados en el pacto.²⁰

Por otro lado, en cuanto a lo que debe entenderse por “discriminación”, la Corte Interamericana ha definido el concepto como aquél que se configura cuando “...existe una distinción arbitraria, esto es, una distinción carente de justificación objetiva y razonable.”²¹.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) estableció que “...el principio de igualdad es violado si la distinción no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si la distinción es arbitraria.”²²

Todo ello nos permite inferir que, de acuerdo a los estándares internacionales, no todas las distinciones van en contra del derecho a la igualdad y no discriminación, principalmente en los casos en que existen “...ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que

20. A.A.V.V., *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentada*, Eudeba- Konrad Adenaur Stiftung, Berlín 2014, p. 57

21. Corte IDH. Opinión consultiva OC-4/84, párr. 56, Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párr. 46 y Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva OC- 18/03 de septiembre de 2003, párr. 89.

22. TEDH, Caso “*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in Education in Belgium* (merits), 23 de Julio de 1968.

tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles.”²³

Si partimos, entonces, de la idea de que no toda diferencia de trato es discriminatoria, correspondería, luego, determinar cuáles son las características que permitirían no vulnerar el derecho a la igualdad. En este sentido, la Corte IDH indicó que: “No habrá, pues, discriminación, si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo...”²⁴.

Por el contrario, la misma Corte IDH definió a las distinciones discriminatorias como aquellas diferencias de trato que se dan entre dos personas en situaciones análogas o similares y cuando éstas no tienden a equiparar una desigualdad de hecho.

En cuanto a los estándares internacionales respecto del tratamiento de las personas privadas de libertad, en particular, cabe recordar que las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” de la ONU –también conocidas como “Reglas Mandela”, se basan, a su vez, en los instrumentos internacionales antes mencionados y trasladan el principio de igualdad y de no discriminación al ámbito

23. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 56

24. *Ibid.* Parr. 57

penitenciario. De esta forma, la Regla N° 2 postula que *“Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera...”*.

Estas reglas, tal como lo ha afirmado nuestra Suprema Corte en el fallo *“Verbitsky”* *“...si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del art. 18 de la CN, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad...”*.²⁵

Ahora bien, lo que debiera llamar nuestra atención luego de haber analizado el tratamiento que dan los organismos internacionales al derecho a la igualdad y no discriminación es, en primer lugar, que lo establecido en los tratados internacionales, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplica a todas las personas por igual, sin distinguir respecto de aquéllas privadas de libertad.

Advertimos así, entonces, que es la situación de hecho de las personas privadas de libertad –es decir, la realidad carcelaria- la que impulsa a añadir en un instrumento específico, como es el caso de las Reglas Mandela, un derecho del que ya -con anterioridad y a partir de un instrumento internacional de carácter “general”- debían gozar.

25. CSJN, *“Verbitsky, H. s/ habeas corpus”*, 3/05/2005.

Esto es, entonces, lo que ha hecho necesario que esta prohibición de discriminación arbitraria y su *contracara*, que es el derecho a la igualdad, sean reiterados en un instrumento que es de aplicación específica y exclusiva para las personas privadas de libertad, a fin de asegurar que en su ámbito también rijan el principio de igualdad y la prohibición de trato discriminatorio.

6. Propuesta de interpretación del texto legal confrontando tales datos empíricos, parámetros constitucionales e internacionales, opiniones doctrinarias y jurisprudenciales.

La interpretación del presente artículo debe, a nuestro entender, girar en torno a los derechos de los que efectivamente debiera privarse a las personas condenadas. Para ello, debemos entender que las condenas de prisión no implican la “muerte civil” del condenado ni la privación absoluta de todos los derechos sino que, en realidad, únicamente debiera privárselos de la libertad y, además, no de toda libertad sino únicamente de la libertad ambulatoria.

En palabras de Zaffaroni, “...el preso es un sujeto de derechos que sólo debería perder con la condena algunos muy puntuales, como la libertad ambulatoria y, en

caso de condenas mayores a tres años, la potestad sobre sus hijos y bienes, mientras que el resto de los derechos siguen vigentes.”²⁶

En el mismo sentido sostienen Marcos Salt e Iñaki Rivera Beiras que “...La antigua idea de que las personas a las que el Estado priva de libertad como consecuencia de una condena penal pierden todos sus derechos y se convierten en objetos sometidos a la arbitrariedad de la administración es incompatible con el modelo de Estado de derecho que, precisamente, reconoce entre sus principios fundamentales aquel que indica que en la relación con los ciudadanos, éste no ejerce su poder de manera arbitraria...”.²⁷

Esto se ve, además, corroborado por el artículo 2° de la ley bajo análisis en tanto sostiene que “...las personas privadas de libertad conservan los derechos que no afectan el cumplimiento de la sentencia condenatoria”.

El mencionado artículo se deriva, a su vez, de principios y garantías constitucionales. Así, el artículo 18 de nuestra norma suprema prevé el llamado “principio de legalidad”, que implica no restringir los derechos subjetivos de los privados de libertad y no penarlo por acciones no previstas legalmente con anterioridad al hecho delictivo (*nula poena sine lege*).

26. INECIP, *Manual práctico para defenderse de la cárcel*, disponible en: <http://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Pr%C3%A1ctico-para-Defenderse-de-la-C%C3%A1rcel.pdf>

27. SALT, MARCOS y RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2015, p. 178

Por su parte, el artículo 19 *in fine* consagra el principio de reserva al establecer que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, indicando así no se les podrá impedir a las personas –y, en este caso en particular, a las privadas de libertad- realizar conductas que no estén expresamente prohibidas por ley.

Una vez aceptado esto, debemos admitir que “...el interno en un centro carcelario es un sujeto de derechos que, como regla general, será titular de los mismos que las personas libres (ámbito de reserva) y, como excepción, sufrirá las limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico como inherentes a la resolución judicial que dispuso la medida de encierro carcelario”²⁸ y todo ello, luego, se ve –o debiera verse- reflejado en la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad.

Luego de analizar que tanto en la Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales existen normas que prevén que los privados de libertad no pierden aquéllos derechos que no afecten a la condena, podemos concluir que esto aplica, entonces, para el principio de igualdad y/o prohibición de no discriminación, que surge tanto de los instrumentos internacionales analizados en el punto anterior como del artículo 16 de la Constitución Nacional.

28. *Ob. Cit.*, p. 155 y ss.

Ahora bien, si a las personas privadas de libertad no se las priva del derecho a recibir un trato igualitario y sin discriminación con respecto a las persona que se encuentran también privadas de libertad –en tanto ello, en forma alguna, afecta al cumplimiento de la pena- cabe preguntarnos por qué ha resultado necesario replicar la prohibición de discriminación arbitraria en la ley de ejecución de la pena cuando aquélla ya debía, en virtud de otras normas –incluso de mayor jerarquía- ser aplicable a los privados de libertad.

La respuesta que ensayan Marcos Salt e Iñaki Ribera Beiras frente a este interrogante es que hay dos factores que hacen que los derechos reconocidos sean “ficción” en el ámbito carcelario. En primer lugar, se refieren a la tenencia a considerar que los estándares internacionales respecto de los derechos de los que deben gozar los reclusos no son más que una “declaración de principios” cuyo fin es orientar la ejecución de la pena, y no una obligación cuyo incumplimiento generaría responsabilidad estatal; y, por otro lado, los autores plantean la “falta de claridad de los textos normativos para definir los límites que puede sufrir el interno al ejercicio de sus derechos”.²⁹

Una vez dicho esto, entonces, vemos la necesidad de que las normas establezcan cuáles son los derechos que pueden limitarse al momento de la ejecución de la pena

29. *Ob. Cit.*, p. 180

y cuales no. De ser así, veríamos que, en tanto carece de sentido privar a las personas privadas de libertad de su derecho a recibir un trato igualitario y no discriminatorio, ni siquiera sería necesaria la existencia del artículo bajo examen en la ley 24.660.

De todos modos, no caben dudas respecto de la posibilidad de propinar un trato diferenciado a una persona privada de libertad en relación a otra cuando efectivamente existan circunstancias que lo ameriten pero el problema radica en analizar cuándo esta diferencia de trato implica discriminación y cuando no. Vemos, entonces, que la línea que separa al trato diferenciado fundado de la discriminación es muy estrecha y que, además, según los artículos 1° y 5° de la ley 24.660, es "...la autoridad penitenciaria la que deberá evaluar las circunstancias de cada caso en particular, a los efectos de poder brindar el tratamiento que mejor se ajuste a las condiciones personales del causante."³⁰

El problema que se presenta con esta última información, a nuestro modo de ver, radica en dejar estas cuestiones, como la determinación del tratamiento que mejor se ajuste a cada caso, librado a las decisiones eventualmente arbitraria de los operarios del Servicio Penitenciario Federal, en lugar de que se trate de una decisión judicial que permitiría un mayor control y revisión en caso de ser necesario.

30. LÓPEZ, Axel y MACHADO, Ricardo, *Análisis del régimen de ejecución penal*, Fabián Di Plácido Editores, Segunda Edición Actualizada y Ampliada, Buenos Aires, 2014, p. 77.

7. Reglamentación administrativa del texto legal, o bien estructuras institucionales o administrativas diseñadas para la implementación de la norma.

En diciembre del año 2012, la Defensora General de la Nación y las máximas autoridades de la Procuración Penitenciaria de la Nación y del Servicio Penitenciario Federal redactaron el “Protocolo para la Implementación del Resguardo de Personas en Situación de Especial Vulnerabilidad” para que sean aplicadas en unidades carcelarias del S.P.F.

El puntapié inicial fue un expediente judicial iniciado en octubre de 2010 a partir de un *habeas corpus* correctivo presentado por la PPN por el aislamiento prolongado al que se sometía a los detenidos con medida de Resguardo de la Integridad Física (R.I.F.). Así, en diciembre de 2012 la PPN, el SPF y la DGN presentaron a consideración del Juzgado Federal N° 1 de Lomas de Zamora el texto del Protocolo consensuado entre las tres instituciones y otras organizaciones de la sociedad civil. Posteriormente, el protocolo fue homologado por el Juez a cargo del juzgado mencionado, disponiendo así su implementación.

Esto funcionó como un reconocimiento, a partir de denuncias llevadas a cabo por la Procuración Penitenciaria de la Nación, de la situación especial en la que se encontraban algunas de las personas privadas de libertad y respecto de las cuáles sí

corresponde que el trato que se les brinde sea distinto a fin de, precisamente, intentar colocarlos en una situación de igualdad frente a los demás.

El Protocolo prevé las distintas situaciones que podrían llevar al resguardo de una persona detenida como es, por ejemplo, según el artículo 15° de aquél, una resolución judicial e incluso la solicitud del detenido que, por algún motivo, se sienta en una situación de especial vulnerabilidad.

El artículo 8° del Protocolo, por ejemplo, prevé la asignación de custodia especial a los detenidos que se encuentren con resguardo; el artículo 10° establece la posibilidad de asignar al detenido un dispositivo electrónico que le proporcione mayor seguridad.

Estas medidas si bien, a simple vista, parecieran configurar una diferencia de trato y el otorgamiento de beneficios para algunos detenidos, en modo alguno implican un trato discriminatorio (entendido como una diferencia *arbitraria* en el trato dispensado a los detenidos) ya que tienen fundamento en una circunstancia externa y cierta que es la necesidad que presentan algunos privados de libertad cuya integridad física y psíquica se encuentra en una situación de mayor peligro que el resto.

Por su parte, el artículo 11° del Protocolo establece que el Resguardo no podrá implicar un agravamiento de las condiciones de detención de quienes se encuentren en situación de especial vulnerabilidad y, a la vez, en el artículo siguiente, se prohíbe

el aislamiento de aquéllos fuera de los casos específicamente previstos por ley y, a la vez, se establece la revinculación progresiva del detenido con el resto de la población carcelaria (artículo 14°).

Todo ello nos permite ver que se trata de medidas que implican un trato diferenciado con carácter transitorio a fin de resguardar la integridad y salud de personas detenidas que, definitivamente, no se encuentran en una situación de igualdad con respecto al resto de los detenidos. Vemos así que, en este caso puntual, la inexistencia de un trato distinto implicaría, quizás, un trato discriminatorio al no reconocer la situación especial en que se encuentran.

8. Reseña de la regulación específica en el caso de las provincias que han dictado leyes propias o reglamentación local.

En el caso argentino si bien la ley 24.660 es una ley nacional, muchas provincias han dictado normas locales en las cuales se remiten, en todo o en parte, a aquélla. A continuación, haremos una breve reseña de las leyes provinciales que tratan la cuestión penitenciaria y, en particular, en lo relativo al artículo de la ley 24.660 traído a examen, a fin de analizar si las disposiciones del mismo se replican, se contradicen o se omiten en aquéllas normas provinciales.

Misiones: (Ley XIV- Antes ley 3595)

En su artículo 7 establece que: *“Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado”,* es decir que replica el artículo 8° de la ley nacional.

Mendoza: Ley 8.465, modif. Por Ley 8.869.

Su artículo 10 dispone que *“Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado, a la evolución del régimen progresivo y a las disposiciones de la ley.”*

La ley mendocina, si bien parece replicar también el artículo 8° de la ley 24.660, agrega que podrán establecerse diferencias en el trato según la evolución del régimen progresivo (es decir, según en qué etapa del tratamiento penitenciario se encuentre la persona de la que se trate) y según las disposiciones de la ley local, que podrá alterar lo anterior.

Provincia de Buenos Aires: Ley 12.256.

Su artículo 9° dispone, en la primera parte, que: *“Los procesados y condenados gozarán básicamente de los siguientes derechos, los que serán ejercidos sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, color, sexo, orientación*

sexual, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, de nacimiento o cualquier otra condición social:

- 1) Atención y tratamiento integral para la salud;*
- 2) Convivencia en un medio que satisfaga condiciones de salubridad e higiene;*
- 3) Vestimenta apropiada que no deberá ser en modo alguno degradante o humillante;*
- 4) Alimentación que cuantitativa y cualitativamente sea suficiente para el mantenimiento de la salud;*
- 5) Comunicación con el exterior...*
- 6) Educación, trabajo, descanso y goce de tiempo libre;*
- 7) Ejercicio libre de culto religioso;*
- 8) Ilustración sobre las particularidades y reglas disciplinarias dentro del régimen en el que se los ha incluido, para lo cual se les deberá informar amplia y personalmente, entregándoseles una cartilla explicativa al momento de su ingreso a cada modalidad. Si la persona fuere analfabeta, se le proporcionará dicha información verbalmente;*
- 9) Asesoramiento legal sobre cualquier procedimiento que resulte de la aplicación de la presente y que los involucre;*
- 10) Peticionar, ante las autoridades del establecimiento, en debida forma;*
- 11) Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y la sentencia de condena..."*

La ley de la provincia de Buenos Aires, entonces, replica el artículo 8° de la ley nacional pero, a la vez, enumera (aunque no taxativamente, tal como puede verse en

el inciso 11°) los derechos que deben ser garantizados a las personas privadas de libertad.

Córdoba: Ley 8878.

No regula la cuestión relativa a la igualdad y no discriminación pero remite, específicamente, a la Ley 24.660 y, por lo tanto, al artículo bajo examen.

Catamarca: Ley 2245

Su artículo 4°, en el primer párrafo, prevé que *“...Los condenados podrán ejercer todos los derechos y facultades que la Constitución Nacional y Provincial, los tratados internacionales ratificados por la República, las leyes penales y penitenciarias y los reglamentos les otorgan, planteando ante el Juez de Ejecución todas las observaciones que, con fundamento en aquellas normas, estimen convenientes”*.

Esta norma provincial, en lugar de hacer referencia a los derechos que conservan los privados de libertad o de manifestar, expresamente, que las normas de ejecución de la pena deben aplicarse sin realizar discriminación entre los privados de libertad, se limita a manifestar que los privados de libertad conservan todos los derechos establecidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes de ejecución dentro de las cuales se encuentra –sin duda- el derecho a ser tratado sin

discriminación y de igual forma que las demás personas que se encuentren en igualdad de condiciones.

9. Reseña jurisprudencial local e internacional,

-CSJN, “*Verbitsky s/ habeas corpus*”, 3/05/2005.

“Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas –si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal- se han convertido por vía del artículo 18 de la *CN* en el estándar internacional respecto de las personas privadas de libertad.”

10. Bibliografía citada y recomendada.

Doctrina, informes de organismos nacionales e internacionales y antecedentes legislativos.

- A.A.V.V., *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentada*, Eudeba- Konrad Adenaur Stiftung, Berlín 2014.

- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 46ª reunión, 1ª Sesión Ordinaria de Prórroga, 7 y 8 de diciembre de 1995.
- Eurosocial: Programa para la cohesión social en América Latina, *Ejecución de la pena privativa de la libertad: una mirada comparada*, Madrid, 2014.
- HUERTAS DÍAZ, O. *et al*, *Categoría de género y su incursión en el sistema penitenciario cubano*, Justicia Juris, 11(2), 19-29.
- INECIP, *Manual práctico para defenderse de la cárcel*, disponible en: <http://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Pr%C3%A1ctico-para-Defenderse-de-la-C%C3%A1rcel.pdf>
- INSTITUTO DE LA MUJER, *Realidad social de las mujeres sin techo, prostitutas, ex reclusas y drogodependientes de España*, Madrid, 2005.
- LÓPEZ, Axel y MACHADO, Ricardo, *Análisis del régimen de ejecución penal, Fabián Di Plácido Editores*, Segunda Edición Actualizada y Ampliada, Buenos Aires, 2014.
- NARDIELLO, Ángel Gabriel; PADUCZAK, Sergio; PINTO, Ricardo M. (coords). *Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad. Comentada. Anotada*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

- POZO, F. J. & MARTÍNEZ, J. A. *Retos del tratamiento penitenciario en Colombia: enfoque y acción diferencial de género desde la perspectiva internacional*. Revista Criminalidad, 2015, 57 (1): 9-25.
- PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe anual 2015*.
- REVISTA DE CIENCIAS PENALES, Costa Rica, Nov. 2000., Jurisprudencia Voto 1261-90.Cf.mora/navarro en http://w1.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/783-el-juez-de-la-ejecuci%C3%B3n-penal.html.
- SALT, Marcos y RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2015.
- SHELTON, Dinah, "Prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos" en *Anuario de Derechos Humanos*, No. 4, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Univeersidad de Chile, Santiago, Chile, 2008, pág. 19.

- SMART, C., "The woman of legal discourse", Tim Newburn: *Key Readings in Criminology*, London, William Publishing, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.); DE LANGHE, Marcela (Coord.), *Código Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Tomo XV: Ley 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

Jurisprudencia internacional y opiniones consultivas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica: Opinión consultiva OC-4/84.
- Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño: Opinión Consultiva OC-17/2002.
- Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados: Opinión Consultiva OC-18/03.

Jurisprudencia Nacional:

- CSJN, “*Verbitsky, H. s/ habeas corpus*”, 3/05/2005.