

Comentario al Capítulo XI - artículos 158 al 167

“Relaciones Personales y Sociales”

Alejandro Javier Osio

Introducción.

El Capítulo que introducimos, en la lógica penitenciaria clásica y en las ideologías más afines con el castigo que con la integración comunitaria de las personas privadas de la libertad, como es sabido, no es de los más importantes de la Ley 24660. De hecho, así parecen revelarlo los escasos aportes doctrinarios, jurisprudenciales y analíticos que existen luego de veintiún años de existencia normativa, cuando desde la lógica convencional del principio resocializador como fundamento y fin de la pena privativa de la libertad debería resultar uno de los pilares en torno a los cuales deberían girar los abordajes estatales, pues supone cuatro cuestiones de importancia superlativa para mitigar la desocialización que causa todo sistema carcelario:

En primer lugar, contempla las relaciones familiares y sociales de las personas prisionizadas, esto es, la generación, el mantenimiento y/o el refuerzo de los vínculos de referencia social en el ámbito de la sociedad no prisionizada. Relación por lo demás constreñida a sufrir malos tratos y condicionamientos que obligan a sus integrantes a replantearse permanentemente su mantenimiento o su renuncia, logrando sus impedientes muchas veces este último cometido.

En segundo lugar, incluye el derecho a las visitas y a la comunicación por múltiples medios de las personas privadas de libertad con el mundo exterior. Relación que recibe siempre los

embates del correccionalismo y la disciplina carcelaria, relación mal vista, combatida y hasta obstaculizada la del medio social extramuros con el medio social intramuros.

En tercer lugar, el acceso y garantía de la información desde la cárcel hacia afuera y desde el afuera hacia la cárcel, no sólo directamente sino mediante los mecanismos y medios de comunicación que permitan las tecnologías disponibles. Lo cual también suele ser resistido;

Y en cuarto lugar permite, fortalece y garantiza el derecho material y formal de la defensa en juicio, mediante el cumplimiento de las formas sustanciales del debido proceso permitiendo el contacto directo y fluido con los agentes del proceso de ejecución (juez, defensor, fiscal y demás operadores jurídicos) en el marco de su pena. Relación cuya fluidez, decididamente es obstaculizada desde siempre en el ámbito penitenciario.

Desde el entendimiento de una persona privada de la libertad con la cual es necesario trabajar en conjunto, incluyendo todas las aristas posibles para reducir sus aspectos vulnerables mientras cumple una condena, y también en la asistencia post penitenciaria, queda claro que la vinculación extramuros con otras personas, asociaciones, organismos del Estado, medios de comunicación, etcétera, resultan no sólo necesarias para poder iniciar un proceso de inclusión o integración comunitaria sino que de vital importancia para la consecución de los fines normativamente enunciados de la pena de prisión en los artículos 5.6 de la CADH, 10.3 del PIDCP y 1 de la Ley 24660.

En esa lógica inclusiva y respetuosa de la dignidad de los seres humanos, es que se corresponderán los trazos del comentario que introducimos, pues entendemos que es la manera más acorde al Estado Constitucional de Derecho que debe reforzarse como fin ideológico último de

todo análisis de cualquier aspecto del campo carcelario, máxime si se trata de la vinculación conectiva del interior de la cárcel con el “mundo libre”, relación que es siempre tensa, muchas veces violenta, y siempre de límites poco claros en términos de derechos e interferencias estatales, contextos en los cuales es fácil advertir avasallamientos propios de la corrupción, como en cualquier espacio estatal de los Estados latinoamericanos, pero por sobre todo, disminuciones, afectaciones y hasta restricciones o impedimentos de acceso a los derechos que no deberían perderse por una sentencia penal, pero que las lógicas de poder imperantes generan con el disfraz de la seguridad o el castigo disciplinante, entre otros motivos que suelen exponerse muy a menudo para enmascarar las violencias en este ámbito.

Por último, diremos que en algunos espacios del campo jurídico se muestran algunos avances en la correcta senda en clave de derechos humanos, pero debemos decir también que aún es embrionaria cualquier conclusión que pretenda un espacio de afianzamiento, pese a contar con el respaldo de algunas jurisprudencias del máximo nivel nacional e internacional, y las experiencias del derecho y práctica comparados, aunque no suelen mirarse muy a menudo en esa clave, sino más bien en el sentido contrario, aunque cabe ser optimista en el marco de un contexto latinoamericano como el que vivimos, pese a que las realidades marquen lo contrario pues entendemos que la profundización de los efectos desocializadores de la cárcel no es el camino, que se cuenta con herramientas normativas adecuadas para evitarlos (aunque mejorables por supuesto) y en fin que se cuenta con material diverso de exploración y examen para entenderlo de una buena vez y trabajar en serio por la socialización e inclusión comunitaria de las personas criminalizadas selectiva y arbitrariamente por un sistema penal y carcelario cuyos fracasos se

derraman a borbotones a diario, y esto incluye desde los derechos de las personas condenadas, pasando por el de las personas que trabajan en relación de dependencia o simple relación comunitaria con los servicios penitenciarios o policías, y las organizaciones no gubernamentales, hasta la participación de la comunidad toda y fundamentalmente por los derechos y participación de las propias víctimas de los delitos cometidos y por venir.

Luego de estos embrionarios anuncios, iniciamos el comentario propuesto, siguiendo un esquema dado para cada uno de los artículos a tratar y que conforman en conjunto el CAPITULO XI Relaciones familiares y sociales de la Ley Nacional nº 24660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.¹

ARTICULO 158. — El interno tiene derecho a comunicarse periódicamente, en forma oral o escrita, con su familia, amigos, allegados, curadores y abogados, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social. En todos los casos se respetará la privacidad de esas comunicaciones, sin otras restricciones que las dispuestas por juez competente.

Antecedentes legislativos e historia del instituto.

Los antecedentes legislativos, según se indica en la documentación oficial de la labor parlamentaria de la Ley 24660, se compone por la anterior Ley Penitenciaria Nacional art. 91, la regla 37 de las Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, las leyes de

¹ Sancionada: Junio 19 de 1996. Promulgada: Julio 8 de 1996.

ejecución y/o penitenciarias de Brasil (art. 41.x), España (art. 51.1), Francia (art. D 414), Italia (arts. 18 y 28), Perú (art. 47), Antillas (Art. 103) y Ecuador (arts. 59, 60 y 63).

Antecedentes, similitudes y divergencias en el derecho comparado.

En la actualidad las similitudes con la legislación comparada es llamativa, hasta el punto de contar casi con la misma redacción en algunos casos, y para ello pueden tomarse como ejemplos, los artículos 37 del Código de Ejecución Penal del Perú, 130 del similar de Paraguay, y 10 a 12 de la Ley Uruguaya, en el marco del MERCOSUR, pero también de las legislaciones europeas de los países de los cuales provienen las doctrinas y aportes teóricos, prácticos y jurisprudenciales que mayormente suelen ser citados por la producción científica y jurisprudencial local en el marco del Derecho Penal y del derecho de Ejecución Penal en particular, por ejemplo, el artículo 23 de la Ley Alemana y 51 de la Española.

Datos empíricos que confronten críticamente la dimensión del ser.

Como en casi todos los aspectos de la cuestión carcelaria, en el marco de los derechos de las personas privadas de la libertad en nuestro país hay un desfasaje, por no decir contradicción, entre el mundo del deber ser normativo (plagado de derechos y herramientas para garantizarlos) y el ser de la realidad (plagado de obstáculos y restricciones que disminuyen o directamente privan su acceso).

De esto que decimos da cuenta el último informe presentado por la Procuración Penitenciaria de la Nación sobre el sistema carcelario argentino del año 2015², en el cual da cuenta

² Informe Anual 2015 de la PPN denominado "La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina". Disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202015_0.pdf

de lo siguiente: *“...la experiencia acumulada de la Procuración Penitenciaria de la Nación en sus inspecciones a centros de detención, y particularmente en el monitoreo sobre el desarrollo de las jornadas de visitas, demuestra que no prima la lógica de favorecer las relaciones familiares. Por el contrario, muy frecuentemente la administración penitenciaria antepone criterios de seguridad en detrimento del derecho de las personas presas a recibir visitas, o bien simplemente desatiende su obligación de allanar el camino de los visitantes a fin de propiciar la continuidad de los vínculos. Como ejemplo de ello, pueden mencionarse diferentes prácticas desplegadas regularmente por la administración penitenciaria: procedimientos abusivos en el registro de los visitantes y de los paquetes que ingresan; solicitud de excesivos e interminables requisitos y condiciones para autorizar su ingreso; falta de información clara y precisa sobre las condiciones para el ingreso – acerca de la documentación a presentar, los días y horarios de visitas, los productos permitidos, etc.–; y malas condiciones materiales de los lugares destinados a la espera de los visitantes y de los salones en donde se mantienen las visitas. Conforme a ello, la Procuración Penitenciaria de la Nación ha incluido entre sus líneas de trabajo la protección y promoción del derecho de las personas presas a mantener sus vínculos familiares y sociales³²⁵. Durante el año 2015 se efectuaron diversas intervenciones y señalamientos de las principales irregularidades constatadas en el desarrollo de las visitas, que aquí se reseñan” (p. 399/400)”*

Y a pie de página nº 246 se incluye una cuestión de la cual luego nos ocuparemos, y que conspira de la manera más flagrante posible contra el derecho en análisis como es la cuestión de los traslados a lugares lejanos del centro de vida de las personas privadas de la libertad, destacándolo del siguiente modo: *“326. Otro punto especialmente crítico donde la interrupción de*

los lazos familiares se operativiza, y no se ha desarrollado en este informe, es la realización de traslados intempestivamente los viernes por la tarde, obstaculizando el control judicial oportuno y previo de la decisión administrativa. Fuera del horario judicial de atención al público, la Procuración Penitenciaria ha debido recurrir a la acción de habeas corpus para cuestionar traslados ilegítimos cuando, por ejemplo, el lugar de residencia familiar justifica su permanencia en la unidad de origen; o el traslado pulveriza una autorización previa a mantener visitas íntimas o de penal a penal. Constituye en estos casos una buena práctica del juez de habeas corpus suspender preventivamente el traslado de la persona privada de libertad, hasta tanto el juez de su causa tome conocimiento de la medida ordenada y efectúe un debido contralor judicial. Conf., por caso, Juzgado Federal N° 1 de Lomas de Zamora, Causa N° 34.641/2015 (rta. 4 de septiembre de 2014) y Causa N° 985/2016 (rta. 24 de febrero de 2014).”

Normas, Principios y Reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interpretación en los organismos de los Sistemas de Protección Internacional y Regional, aplicables al instituto en estudio.

En el marco del derecho internacional de los Derechos Humanos se cuenta con múltiples normas que establecen la protección de la familia como elemento fundamental de la sociedad, el derecho de toda persona a constituirla y mantener los vínculos creados a partir de ella, como así también el derecho a la comunicación fluida, periódica y en privado, para mantenerlos, como así también con abogados y/o asesores jurídicos, y formar parte y participar de la vida cultural de la comunidad, lo cual incluye a la familia en sentido amplio, y la protección especial a los derechos de niñas, niños y adolescentes separados de sus padres por motivos de privación de la libertad. Entre

ellos los artículos VI de la DADDH, XII de la DADDH, 16.3 y 27 de la DUDH, 10.1 y 15.1 del PIDESC, 23.1 del PIDCP, 17 de la CADH, 3.1 y 2, 9.3 y 4 –mantener contacto y saber de la persona detenida– y 16 CDN que prohíbe las injerencias arbitrarias en la familia del niño.

En materia de reglas y principios se cuenta con los siguientes que sientan los mismos estándares, incluso con mayor detalle en relación a las personas privadas de su libertad, incluyendo los beneficios no sólo para los condenados sino también, y muy especialmente, para las familias y allegados que se encuentran en el ámbito libre, conformando ambas cuestiones sustratos esenciales para evitar la desocialización y mantener las relaciones comunitarias:

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.³

“Visitas: Principio 19: Toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho.”

“Principio 20: Si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual. Comunicación y confidencialidad.”

“Principio 29: 1. A fin de velar por la estricta observancia de las leyes y reglamentos pertinentes, los lugares de detención serán visitados regularmente por personas calificadas y

³ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988)

experimentadas nombradas por una autoridad competente distinta de la autoridad directamente encargada de la administración del lugar de detención o prisión, y dependientes de esa autoridad.”

“2. La persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse libremente y en régimen de absoluta confidencialidad con las personas que visiten los lugares de detención o prisión de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente principio, con sujeción a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en tales lugares.”

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)⁴

“8. Contacto con el mundo exterior: [Complemento de los párrafos 37 a 39 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos]”

“Regla 26: Se alentará y facilitará por todos los medios razonables el contacto de las reclusas con sus familiares, incluidos sus hijos, y los tutores y representantes legales de sus hijos. Cuando sea posible, se adoptarán medidas para reducir los problemas de las mujeres que se hallen recluidas en instituciones lejanas de su hogar.”

“Regla 27: En caso de que se permitan las visitas conyugales, las reclusas tendrán el mismo derecho a ellas que los reclusos de sexo masculino.”

“Regla 28: Las visitas en que se lleve a niños se realizarán en un entorno propicio, incluso por lo que atañe al comportamiento del personal, y en ellas se deberá permitir el libre contacto

⁴ Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 65/229, Nueva York, Estados Unidos de América, 21 de diciembre de 2010. Disponibles en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

entre la madre y su hijo o sus hijos. De ser posible, se deberán alentar las visitas que permitan una permanencia prolongada con ellos.”

“Relaciones sociales y asistencia posterior al encarcelamiento [Complemento de los párrafos 79 a 81 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos]”

“Regla 43: Las autoridades penitenciarias alentaran y, de ser posible, facilitarán las visitas a las reclusas, como condición previa importante para asegurar su bienestar psicológico y su reinserción social.”

“Regla 44: Teniendo presente que el número de reclusas que han sido víctimas de violencia en el hogar es desproporcionado, se las consultará debidamente respecto de las personas, incluidos sus familiares, a las que se permita visitarlas.”

“Regla 45: Las autoridades penitenciarias brindaran en la mayor medida posible a las reclusas opciones como la visita al hogar, prisiones abiertas, albergues de transición y programas y servicios de base comunitaria, a fin de facilitar a su paso del encarcelamiento a la libertad, reducir la estigmatización y restablecer lo antes posible su contacto con sus familiares.”

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)⁵

“Contacto con el mundo exterior:”

⁵ Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 2015. Mediante resolución 70/175. Disponibles en: <http://www.reglasmandela.com.ar/01.%20Reglas%20Mandela.pdf>

“Regla 58: 1. Los reclusos estarán autorizados a comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia y amigos: a) por correspondencia escrita y por los medios de telecomunicaciones, electrónicos, digitales o de otra índole que haya disponibles; y b) recibiendo visitas.”

“2. En caso de que se permitan las visitas conyugales, este derecho se aplicará sin discriminación y las reclusas podrán ejercerlo en igualdad de condiciones que los reclusos. Se contará con procedimientos y locales que garanticen el acceso equitativo e igualitario y se prestará la debida atención a la seguridad y dignidad.”

“Regla 59: En la medida de lo posible, los reclusos serán internados en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar o a su lugar de reinserción social.”

“Regla 61: 1. Se facilitarán a los reclusos oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un asesor jurídico o proveedor de asistencia jurídica de su elección, entrevistarse con él y consultarle sobre cualquier asunto jurídico, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial, de conformidad con la legislación nacional aplicable. El personal penitenciario podrá vigilar visualmente las consultas, pero no podrá escuchar la conversación.”

“2. Si un recluso no habla el idioma local, la administración del establecimiento penitenciario le facilitará el acceso a los servicios de un intérprete independiente y calificado.”

“3. Los reclusos tendrán acceso a asistencia jurídica efectiva.”

“II. Reglas aplicables a categorías especiales. A. Reclusos penados”

“Regla 87: Es conveniente que, antes de que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia que no deberá confiarse a la policía y que comprenderá una asistencia social eficaz.”

“Regla 88: 1. En el tratamiento de los reclusos no se recalcará el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin se buscará, en lo posible, la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento penitenciario en la tarea de reinsertar a los reclusos en la sociedad.”

“2. Cada establecimiento penitenciario contará con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con su familia y con los organismos sociales que puedan serle útiles. Se adoptarán medidas para proteger, en la medida en que ello sea compatible con la ley y con la pena impuesta, los derechos relativos a los intereses civiles, la seguridad social y otras prestaciones sociales de los reclusos.”

“Relaciones sociales y ayuda pospenitenciaria. Regla 106: Se velará particularmente por el mantenimiento y mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia que redunden en beneficio de ambas partes.”

“Regla 107: Se tendrá debidamente en cuenta, desde el comienzo de la ejecución de la pena, el porvenir del recluso después de su liberación, y se alentará y ayudará al recluso a que mantenga

o establezca relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer su reinserción social y el interés superior de su familia.”

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas⁶

“Principio XVIII. Contacto con el mundo exterior.”

“Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir y enviar correspondencia, sujeto a aquellas limitaciones compatibles con el derecho internacional; y a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas.”

“Tendrán derecho a estar informadas sobre los acontecimientos del mundo exterior por los medios de comunicación social, y por cualquier otra forma de comunicación con el exterior, de conformidad con la ley.”

En el marco de la interpretación de los derechos enunciados, y especialmente del contacto de las personas privadas de la libertad con el exterior de la cárcel, en cuanto a las relaciones familiares, sociales y con los diferentes operadores jurídicos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) cuentan con una prolífica estandarización, que puede sintetizarse en lo que sigue.

La CIDH ya en su informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas ya citado sostenía que: *“...el Estado tiene la obligación de facilitar y*

⁶ Adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26). Disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias, y de respetar los derechos fundamentales de éstos contra toda interferencia abusiva y arbitraria. Al respecto, la CIDH ha reiterado que las visitas familiares de los reclusos son un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia de todas las partes afectadas en esta relación, así: [E]n razón de las circunstancias excepcionales que presenta el encarcelamiento, el Estado tiene la obligación de tomar medidas conducentes a garantizar efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares. Por lo tanto, la necesidad de cualquier medida que restrinja este derecho debe ajustarse a los requisitos ordinarios y razonables del encarcelamiento. (CIDH, Informe No. 67/06, Caso 12.476, Fondo, Oscar Elías Biscet y otros, Cuba, 21 de octubre de 2006, párr. 237; CIDH, Informe No. 38/96, Caso 10.506, Fondo, X y Y, Argentina, 15 de octubre de 1996, párr. 97 y 98. En el mismo sentido, la Corte Europea ha indicado que toda privación de libertad llevada a cabo de acuerdo con la ley entraña por su propia naturaleza una limitación a la vida privada y familiar. Sin embargo, es una parte esencial del derecho de todo recluso al respeto a su vida familiar y que las autoridades penitenciarias le brinden las facilidades necesarias para que pueda mantener contacto con su familia. European Court of Human Rights, Case of Messina v. Italy (No. 2), (Application no. 25498/94), Judgment of September 28, 2000, Second Section, para. 61. El tema del contacto con la familia y la comunidad de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad es ampliamente desarrollado por la CIDH en: CIDH, Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, párr. 389-405)". p.219

"577. De las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos establecidas en el artículo 1.1 de la Convención y del deber específico de proteger a la familia

impuesto por el artículo 17.1 de la misma, surge claramente que el Estado como garante de los derechos de las personas sometidas a su custodia, tiene la obligación positiva de crear las condiciones necesarias para hacer efectivo el contacto de las personas privadas de libertad con sus familias (el cual, por regla general se da por medio de tres vías: correspondencia, visitas y llamadas telefónicas). En particular, el Estado debe atender todas aquellas deficiencias estructurales que impiden que el contacto y la comunicación entre los internos y sus familias se den en condiciones dignas, seguras y con suficiente regularidad.” P.219

“578. Para las personas privadas de libertad, el apoyo de sus familiares es esencial en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el sustento material. En la mayoría de las cárceles de la región, los elementos que necesitan los presos para satisfacer sus necesidades más elementales no le son suministrados por el Estado, como debería ser, sino por sus propios familiares o por terceros. Por otro lado, a nivel emocional y psicológico, el mantenimiento del contacto familiar es tan importante para los reclusos, que su ausencia se considera un factor objetivo que contribuye a incrementar el riesgo de que éstos recurran al suicidio”(World Health Organization (WHO), Preventing Suicide in Jails and Prisons, (update 2007), pág. 16, disponible en: http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/resource_jails_prisons.pdf.)” P.220

“B. Principales desafíos identificados y estándares aplicables. 579. La CIDH ha observado que fundamentalmente existen dos grandes obstáculos para mantenimiento de una interacción normal entre los internos y sus familias: (a) la falta de condiciones para que las visitas puedan llevarse a cabo de forma digna, es decir, en condiciones aceptables de privacidad, higiene y seguridad; y (b) el trato humillante o denigrante hacia los familiares de los reclusos por parte de las

autoridades durante los días de visitas. Este tipo de situaciones, además de afectar directamente a lo familiares de los reclusos, son factores que desincentivan el que éstos acudan a visitar a los reclusos, lo que definitivamente impacta en el mantenimiento de las relaciones familiares de los reclusos.” P.220/221

“584. Asimismo, es inaceptable desde todo punto de vista que las autoridades penitenciarias exijan el pago de cuotas o la realización de otros actos a los internos para que éstos accedan a sus días de visitas, o para permitirles el acceso a los teléfonos públicos o al envío de correspondencia⁶⁶⁹. El Estado tiene el deber de detectar y erradicar este tipo de prácticas, así como de investigar y sancionar a aquellos funcionarios que incurran en ellas o las encubran.” P. 221

“594. Cuando el acceso a los establecimientos de detención y penitenciarios se hace extremadamente difícil u oneroso para los familiares, al punto de imposibilitar el contacto regular, se afecta inevitablemente el derecho de ambas partes a mantener relaciones familiares. Por lo que, dependiendo de las particularidades del caso este hecho podría constituir una violación al derecho a la protección de la familia, y eventualmente de otros derechos como el derecho a la integridad personal o al debido proceso.” p.224

“595. Así por ejemplo, la CIDH ha determinado que las condiciones geográficas de la Cárcel de Challapalca, en Tacna, Perú dificultan a tal punto la realización de las visitas familiares que constituyen una restricción indebida a este derecho. Dicho centro penal está ubicado sobre la cordillera de los Andes, a una altura de 4,600 metros de altura sobre el nivel del mar y a dos días de viaje desde Lima, por lo que los familiares de los detenidos debían turnarse entre ellos para realizar las visitas semanales. Además, debido a la altura el acceso de los niños y personas mayores es

imposible.” (CIDH, Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Cárcel de Challapalca, párrs. 20, 88, 89 y 117). P 224

“598. De igual forma, en el curso de su reciente visita a Argentina el Relator de PPL constató la práctica por parte del Servicio Penitenciario Bonaerense de trasladar reiteradamente a los reclusos, llevándolos compulsivamente de una Unidad Penitenciaria a otra en el vasto territorio de la Provincia de Buenos Aires, lo que en la mayoría de los casos los somete a un alejamiento excesivo de sus familias por periodos prolongados de tiempo. Esta práctica afecta de manera particular a aquellas familias con escasos recursos económicos, para el desplazamiento a lugares distantes resulta excesivamente oneroso.” P. 225/226

Informe No. 3/11 ·Petición 491-98, Admisibilidad, Néstor Rolando López y otros, Argentina, 5 de enero de 2011”⁷. La CIDH consideró la caracterización prima facie de las alegadas violaciones a los artículos 17 (derecho a la protección de la familia) y 5 (derecho a la integridad personal) de la Convención Americana, en relación al traslado de reclusos de la provincia de Neuquén a Unidades del Servicio Penitenciario Federal ubicadas en lugares muy distantes del domicilio de sus familias.

Por su parte la CorteIDH se ha pronunciado en diversos fallos del siguiente modo:

Respecto del concepto de familia, ha sentado las bases de un concepto amplio sin seguir ningún modelo, por ende no está reducido a uniones matrimoniales, ni calificadas por composición

7

Disponible

en:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8pEp9fUKDfsJ:www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/ARAD491-98ES.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar>

de género o inclinación sexual, debiendo abarcar todos los lazos posibles de hecho establecidos por la vida en común (“Atala Riffo y niñas v. Chile, sent. Del 24/02/2012, párr. 142”⁸)

En el “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 9” denominado “Personas Privadas de Libertad”⁹, se describe la postura clara y contundente de la Corte IDH en relación a que la incomunicación produce graves efectos degradantes sobre las personas y por ende el contacto con el mundo exterior, tanto para mantener sus vínculos sociales como para permitir el derecho de defensa en juicio, es de vital importancia para las personas privadas de libertad y una obligación primordial para los Estados: *“194. La Corte ha establecido que el “aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano”⁹⁰. En el mismo sentido: Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 323; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 171. 195. La Corte ha dicho, también, que en “los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad 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. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los*

⁸ Citado por Pablo Larsen en “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Hammurabi, Bs.As. 2016, pág. 319.

⁹ Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>

detenidos”91. La incomunicación ha sido concebida como un instrumento excepcional por los graves efectos que tiene sobre el detenido, pues “el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecient[a] el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles”92. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 156; Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 164; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6, párr. 149. 91 Caso Neira Alegría y Otros Vs. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, Perú, párr. 60. 92 Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones. Sentencia de 29 de mayo de 1999. Serie C No. 51, párr. 90”

Y vuelve a ratificar dichos estándares en los casos “Cantoral Benavides Vs. Perú” Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000; “De la Cruz Flores Vs. Perú” Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 128; “Bámaca Velásquez Vs. Guatemala” Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 150; “Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala” Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 87; entre varios otros.

Propuesta de interpretación del texto legal.

El interno tiene derecho a comunicarse periódicamente, en forma oral o escrita, con su familia, amigos, allegados, curadores y abogados, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social. En todos los casos se respetará la privacidad de esas comunicaciones, sin otras restricciones que las dispuestas por juez competente.

Como en muchas de las cuestiones atinentes al régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad¹⁰, también en este capítulo los derechos de las personas en ese marco son restringidos y hasta obstaculizados en varias esferas, la más palmaria es la que muestra el desfase entre la norma vigente y la realidad imperante, pero en este capítulo también se da la más difícil de justificar desde los principios constitucionales, consistente en la diferencia entre la norma de fondo y la de forma que la reglamenta, pues ésta última introduce elementos que limitan a aquélla o que la restringen de tal manera que dificultan o directamente obstaculizan el fin propuesto en la ley sustancial, lo cual, claramente y está casi demás decirlo, va en contra del artículo 99.2 de la CN.

En este artículo, interpretado de manera acorde al artículo 29 de la CADH, entendiendo que están implicados los derechos a la información, a la comunicación, a la readaptación social (mantenimiento de los vínculos sociales), a la libertad de culto y a la defensa en juicio, claramente el “derecho a comunicarse periódicamente” implica varias aristas; por un lado, el derecho de las personas privadas de libertad de contar con medios y herramientas a disposición para materializar el fin normativo de manera oportuna, material y efectiva; y en segundo lugar, la obligación estatal de asegurarlo.

Como puede verse en los artículos 1 y 3 del Decreto Reglamentario nº 1136/97¹¹, se reitera esta norma, en vez de precizarla, remitiéndose a normas formalmente administrativas, locales de

¹⁰ La paradigmática es las salidas transitorias, donde el artículo 34 del Dec. 396/99 exige período de prueba mientras que el 17 de la LEP no.

¹¹ Decreto 1136/97. Reglamentación del Capítulo XI "Relaciones Familiares y Sociales" (Artículos 158 a 167) y disposiciones vinculadas. Reglamento de Comunicaciones de los Internos. Bs. As., 30/10/97.

cada unidad penitenciaria, ajustándose las posibilidades, oportunidad, condiciones y supervisión a los regímenes y posibilidades de cada unidad y a las instrucciones que dicte el Director. Es decir, que se libra totalmente al arbitrio de cada Director/a de unidad penitenciaria si se cumple o no con la periodicidad que manda la norma de fondo.

Y si a esto se agrega que las normas reglamentarias de cada unidad son enteramente subterráneas, pues casi no se publican, casi no se informan ni a detenidas/os ni a familiares, allegados y/o abogadas/os, cambian de manera arbitraria, y frecuentemente se incumplen aún existiendo, la arbitrariedad que permite el ordenamiento jurídico vigente y que se impone en la realidad penitenciaria, queda completo.

En cuanto a la forma oral y escrita, mucho no se puede agregar, más que el dato de experiencia consistente en que los recursos para las comunicaciones orales son escasos (cuando no inexistentes), pues en las unidades penitenciarias del Servicio Penitenciario Federal y de casi todos los provinciales, hay con suerte uno o dos teléfonos por pabellón para ser utilizados por muchas personas y en horarios restringidos, lo cual obstaculiza las posibilidades de comunicación oral, siendo que no debería haber ningún obstáculo para que las personas privadas de la libertad posean celulares u otros medios de comunicación con el exterior de igual modo que en el ámbito libre (sobre ello hay jurisprudencia que luego repasaremos).

En lo respectivo a la comunicación escrita, además de dificultarse la tarea de poseer elementos para hacerlo, en las unidades penitenciarias suelen establecerse normas muy rígidas en cuanto a los días y horarios en que pueden presentarse escritos, y los días en que tales escritos salen de los penales, lo que coloca al individuo en desventaja notoria con respecto al ámbito libre a

efectos de mantener lazos, participar de acontecimientos de sus grupos de pertenencia, opinar sobre la realidad, publicar sus ideas, etcétera, lo cual, claramente, conspira contra el fin último de la pena.

En lo concerniente a los vínculos que justifican el acceso al derecho de comunicación con las personas privadas de libertad, enumerados en el texto como “familia, amigos, allegados, curadores y abogados, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social”, deben hacerse las siguientes consideraciones.

El Código Civil y Comercial de la Nación sancionado recientemente por Ley 26.994¹² ha generado cambios en la interpretación de una multiplicidad de artículos y normas penales en virtud del principio de legalidad, y por contener muchos tipos penales elementos descriptivos y normativos cuya definición se encuentran en el código civil y comercial, como así también la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, por ejemplo en el ámbito familiar. El concepto de familia no es el mismo en esta nueva normativa que en la suplantada, ahora resulta mucho más amplia y se reconocen y formalizan vínculos familiares, convivenciales y no convivenciales, cuyos estatus no existían en la normativa anterior o estaban en duda y se reconocían jurisprudencialmente.

Ergo, la familia con derecho a visita y comunicación con las personas privadas de la libertad incluye a todos los vínculos legislados en el Libro Segundo del Código Civil y Comercial que incluye

¹² Sanción: 1 de octubre de 2014 Promulgación: 7 de octubre de 2014 Publicación: 8 de octubre de 2014. Puesto en vigencia por decreto 1795/2014.

una concepción de familia y de vinculación parental mucho más amplia que el viejo código de Vélez Sarsfield, concepción vinculada a lo cultural y ya no atado a la naturaleza, marco en el cual se formalizan el reconocimiento y protección de una pluralidad de formas familiares, lo cual, como dice Aída Kemelmaier de Carlucci¹³ *“...no implica desvalorizar el valor de la familia. Reconocer la multiplicidad de formas familiares no significa negar que la familia “constituye el primer nivel de integración social del individuo, su primera escuela, un lugar de desarrollo personal, transmisor de cultura y riqueza que ejerce importantes funciones” (8), entre ellas, la de satisfacer las necesidades fundamentales de la persona y complementar su personalidad a través de la unión con personas que la acompañan a afrontar las dificultades de la existencia (9).”* P. 3

Y continúa explicando que la nueva legislación implica un *“Código para una sociedad multicultural. En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión*

¹³ Kemelmaier de Carlucci, Aída “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”. Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Las-nuevas-realidades-familiares-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial-argentino-de-2014.-Por-Aida-Kemelmaier-de-Carlucci.pdf>

valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender" P. 4.

Por ende, parafraseando a la autora citada, el concepto de familia de la LEP también debe hacerla una ley para una sociedad multicultural, e implicar todos los vínculos reconocidos, que ya existían y que el legislador no puede ignorar. A lo que agregamos, y que la reglamentación tanto al nivel central (Decreto 1136/97) como a nivel de cada unidad penitenciaria, tampoco pueden seguir ignorando, por lo cual estarán obligadas a revisar las reglamentaciones y requisitos fijados a esos fines para habilitar los derechos implicados.

En relación a la amistad, ni la ley de fondo ni el decreto reglamentario lo definen, por ende debe acudir al diccionario de la real academia, y si bien el vocablo "amigo/a" no aporta mucho para la precisión que buscamos, la palabra "amistad" sí lo hace. Así podemos encontrar que tiene 7 acepciones, pero en su primera acepción significa: "1. F. Afecto personal, puro y desinteresado, compartido con otra persona, que nace y se fortalece con el trato"¹⁴

Entonces, será esa definición de amigo/a como a quien tenga relación de amistad con una persona privada de la libertad, y ello de no constarle a las autoridades de un penal, debe constatarse por los medios señalados por el artículo 36 última parte, con un informe del área de Asistencia Social, sin que la carencia de documentación que así lo acredite pueda ser excluyente.

¹⁴ Diccionario RAE. Edición del Tricentenario. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=2MkIDT9>

En lo relativo a los allegados, el artículo 36 del Dec. 1136/97 contiene una descripción bien amplia, aunque criticable porque mezcla allí a las amistades, cuando en la ley de fondo son conceptos diferentes (se presume que es allí puesto que de lo contrario el legislador hubiera consignado sólo allegados), por lo cual ingresa en este concepto cualquier persona que tenga trato o confianza con el interno, lo cual excluye únicamente a las personas desconocidas o sin ninguna relación con el interno. Quizá esa definición por exclusión sea la que más derechos acuerde a las personas privadas de la libertad, sólo no son allegadas aquéllas personas desconocidas o sin ningún tipo de trato o confianza con los internos, y de ese modo asegurar cualquier vínculo que pueda resultar positivo para el interno y su readaptación social.

Con respecto a los conceptos de curadores y abogados, entiendo que cabe remitirse a las legislaciones específicas que regulen dichas profesiones a fin de asegurar una definición de las calidades que requiere la normativa para acceder al derecho, que cumpla con el principio de legalidad, y por mandato del artículo 158 en comentario, y 80 y ss. del Dec. 1136/97, deben ser sus abogados y/o procuradores, puesto que lo que se pretende asegurar es el derecho de defensa y la asistencia jurídica, por lo cual el decreto agrega en la norma citada que dichas entrevistas serán privadas y confidenciales.

Y por último, en relación a los representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social, debe entenderse en el sentido más amplio posible (“Acosta” CSJN –cons. 6-) a fin de no limitar el acceso al derecho más allá de lo estrictamente legislado (principio de máxima taxatividad legal interpretativa, mandato del art. 9 de la CADH y 9 del PIDCP), por lo cual debe entenderse que son representantes todas las

personas que puedan relacionarse con el interno invocando la personería jurídica de una institución privada u organismo oficial sin ser, necesariamente, el representante legal de la firma u órgano, pues la ley no lo exige así, como tampoco que se trate de una ONG, empresa, organismo oficial, etcétera destinado a la readaptación social de personas privadas de la libertad, puesto que tampoco lo exige la ley, sino que ampara el actuar y permite el acceso al derecho a los organismos o instituciones “que se interesen” por la reinserción social de una persona presa. Ergo, sólo resultará exigible la verificación de la personería jurídica y la pertenencia a ella de la persona que concurre al establecimiento penitenciario, todo lo demás que pueda exigirse administrativamente excedería las facultades reglamentarias constitucionales.

Para terminar con la interpretación de este artículo, nos resta decir que el derecho a la privacidad de las comunicaciones de las personas privadas de la libertad, sin otras restricciones que las dispuestas por juez competente, en la práctica rara vez se cumple, puesto que los teléfonos públicos o semi-públicos están situados generalmente en lugares comunes o de paso de personas detenidas y cercanos a la ubicación de los celadores, por lo cual las comunicaciones telefónicas son escuchadas por otras personas y mantener una privacidad en ellas es prácticamente imposible.

Además, en los penales, con excepciones aisladas, está prohibida la tenencia y utilización de teléfonos celulares (con basamento legal en el artículo 85.c de la LEP), lo que sí permitiría realmente comunicaciones privadas al interior y desde los penales. Siendo la seguridad el motivo generalmente admitido en los reglamentos internos y en las resoluciones administrativas y judiciales el fundamento primordial sobre el que gira la negativa a la autorización para tener tales dispositivos de comunicación, cuando una mayor afluencia comunicativa, de información y

vinculación relacional del interior del penal con el exterior, por parte de internos, entendiéndose a tales cuestiones como reales derechos de las personas privadas sólo de la libertad locomotiva, indicaría lo contrario.

Hoy en día las tecnologías disponibles en redes sociales, acceso a internet, mensajería, etcétera le permitiría a un individuo, mediante su celular, comunicarse, acceder a información, mantener vínculos sociales, estudiar, trabajar, comprar y vender elementos de necesidad para él, su familia y otras personas, pero además realizar un control inmediato de las torturas, malos tratos, y peticiones ante la conversión de las penas en crueles, inhumanas y degradantes y hasta el efectivo ejercicio del derecho de peticionar a las autoridades por sus derechos, etcétera, todo lo cual permitiría ciertamente no sólo descomprimir una multiplicidad de conflictos en el interior de los penales, sino por sobre todo conducir el sistema hacia un estado constitucional de derecho donde la privación sea sólo de la libertad locomotiva, como indica el artículo 5 del Código Penal.

Esa falsa seguridad se basa en la presunción –nunca demostrada en general- de que los internos e internas seguirán delinquiendo utilizando los teléfonos para eso, cometiendo asaltos express y virtuales, participando de bandas delictivas, etcétera, lo cual puede pasar en algunos casos pero del mismo modo en que puede suceder en el ámbito libre, y no por ello se han prohibido los celulares y aparatos electrónicos que permitan la comunicación, por ende, ello no sólo contradice la autorización legal a privar sólo de la libertad y no de otros derechos, sino que el principio de igualdad constitucional va de bruces con tales prohibiciones (Artículo 16 de la CN).

Y hasta con la racionalidad más mínima e indispensable en un sistema legal y lógico cualquiera ¿cómo explicar que el peligro para los secuestros y demás delitos mediante la telefonía

puede cometerse mediante el uso de celulares pero no de los teléfonos fijos que sí se permiten y que la mayoría de los pabellones de unidades penales tienen? La única razón diferenciadora posible es que como los teléfonos fijos están al paso de las demás personas y cerca de los celadores, un delito puede prevenirse escuchando las comunicaciones, pero ello va en contra de la privacidad que exige la ley y la intimidad protegida constitucionalmente en el artículo 18 de la CN, por ende, tampoco resulta un argumento válidamente sostenible. Ergo, no hay ninguno válido para dejar sin efecto el principio general sostenido por la CSJN en el fallo “Méndez” respecto a que una persona no pierde la protección de las leyes y la Constitución Nacional por el sólo hecho de estar privado de su libertad¹⁵, por ende se viola la exigencia de razonabilidad para prohibir el acceso a derechos en el ámbito de la pena de prisión (Art. 28 de la CN)

Pero además de eso, la prohibición de tener y usar celulares por parte de las personas privadas de la libertad choca contra el principio de legalidad (por no estar expresamente previsto en la Ley 24660) en su manifestación de precisión como máxima taxatividad legal (Art. 19CN) sino también choca contra el principio de lesividad (Art. 18CN) puesto que su tenencia y utilización lícita no afecta absolutamente ningún bien jurídico ni la moral o salud pública como afirma Juliano en su artículo específico de la temática recién citado.

Como versa el habeas corpus colectivo planteado en el año 2015 respecto de las personas privadas de la libertad en la UP 3 del SPB: *“En esta materia se han logrado diversos avances: la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal dictó la resolución DN 1536/08 que estableció*

¹⁵ Juliano, Mario Alberto “¿Debe habilitarse el uso de telefonía celular a la población carcelaria?”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/07/doctrina36677.pdf>

la regulación en el acceso del sistema de mensajería electrónica instantánea en la Unidad 9 (Región sur), significando ello un avance sustancial fácilmente trasladable a otras cárceles. En la exposición de motivos de esta resolución se consideró “es fundamental el mantener y fortalecer en todas sus formas los lazos familiares y sociales de las personas privadas de su libertad” y se entendió “que como parte de ese proceso, la importancia que adquiere el tratamiento del interno amerita el diseño e inclusión de nuevas alternativas y técnicas de comunicación, acercando así los beneficios que las nuevas herramientas tecnológicas conllevan” (DN 1536/08). Tal interpretación del Estado Nacional es la correcta. El uso progresivo de las tecnologías disponibles exige afianzar la reglamentación de dicho derecho fundamental, siendo ello una deuda del Estado provincial que termina consagrando la idea totalizante y dañina de seguridad y control por parte del Servicio Penitenciario Provincial, aumentando en forma considerable el uso de la sanción de aislamiento y restricción de la libertad en sus diferentes formas. Las personas privadas de libertad no deben ver afectado sus derechos constitucionales por meras decisiones de la administración penitenciaria. Tanto la Ley Nacional de Ejecución Penal N° 24.660 (art. 2) como la Ley provincial de Ejecución Penal N° 12. 256 (Art. 9) colocan en pie de igualdad a quienes sufren encierro respecto de quienes se encuentran en libertad en relación con el ejercicio de determinados derechos. Esto exige por parte del Estado asumir una posición de garante que efectivamente tutele el ejercicio igualitario de derechos tal como surge de los Arts. 1.1 y 2 de la CADH y 2.1 del PIDCP... Es un principio fundamental que “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de

la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución (Corte IDH, Opinión consultiva 6/86, 9/5/1986; Informe 38/96. Caso 10.506. Argentina, 15 de octubre de 1996, par. 61 y CSJN en fallo 327:388, consid., 11°). En el marco de estas prohibiciones excesivas y generales del SPB es menester obtener un criterio racional, en cuanto la censura indiscriminada no sólo está contemplada por ley formal, sino que a la vez su reglamentación debe ser razonable, sin alterar el derecho en trato (art. 28 CN); que el derecho a la comunicación con familiares mediante teléfonos personales puede prohibirse relativamente si es que existe una fundada razón para creer que el interno con dicho teléfono pueda poner en riesgo la seguridad del establecimiento, de lo contrario, se trataría de una medida excesiva que sin razón alguna viola el vínculo familiar y afecta la integridad personal”¹⁶

Consideraciones de este tenor pueden verse en el caso "CASADO, MATIAS EZEQUIEL - CASADO, JONATHAN IVAN S/ HOMICIDIO SIMPLE - LESIONES LEVES (con acumuladas 4756-0196 y ac. 4791, 4792, 4793) Expte. T.C. 4856-0053", resuelto por el Tribunal en lo Criminal Nº 1 de Necochea el día 16/08/2012¹⁷ y reiterado en los casos “Galván” del 23/12/2013¹⁸ y “Rivas” del 18/09/2015¹⁹ entre otros del mismo tribunal.

¹⁶ El planteo completo está disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40462.pdf>

¹⁷ Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos34728.pdf>

¹⁸ Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos38116.pdf>

¹⁹ Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/09/fallos42058.pdf>

Tal como refieren López y Machado en su comentario a la misma norma, las restricciones a las comunicaciones (escuchas, apertura de correspondencia, intervención telefónica, etc.) a cargo de un juez competente pueden resultar ajenas a la ejecución de la pena y aparecer en el marco de investigaciones vinculadas a la comisión de delitos ordenadas en procesos judiciales distintos al de ejecución.²⁰

Y ahora sí como corolario de este aporte, debemos decir que una de las formas en que históricamente el Servicio Penitenciario Federal ha afectado más palmariamente lo que este capítulo pretende fortalecer, ha sido el traslado de las personas privadas de la libertad a distancias lejanas de sus centros de vida, lo cual agregado a las dificultades económicas e impedimentos sociales, laborales, económicos, etcétera de los sectores criminalizados y sus familias, en gran parte de los casos culmina coartando la posibilidad de vinculación familiar y de recibir visitas. Sobre el particular ha sido señero el fallo “Chena, Roberto Emanuel y otros” del Tribunal de Impugnación Penal de La Pampa²¹, ante un habeas correctivo colectivo planteado por la Defensa Pública Oficial de esa provincia, que terminó con la repatriación de todas las personas privadas de su libertad alojadas lejos de sus familias, con más la imposibilidad a cargo del SPF de materializar dicha medida con el fin que fuera, sin antes asegurar las reglas del debido proceso y la decisión jurisdiccional que así lo disponga mediante el Juez de Ejecución competente.

²⁰ López, Axel y Machado, Ricardo “Análisis del régimen de ejecución penal”. DiFabián Di Plácido Editores. Bs.As. 2004, pág. 379/380.

²¹ Fallo Plenario en legajo nº 9221/12, del 17 de diciembre de 2012. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/fallos40123.pdf>

Reseñamos lo más importante del fallo: **“RESOLUCIÓN EN PLENO:** En la ciudad de Santa Rosa, capital de la Provincia de la Pampa, a los diecisiete días del mes de diciembre de dos mil trece, se reúne en pleno el Tribunal de Impugnación Penal integrado por los jueces Pablo T. Balaguer, Verónica E. Fantini, Carlos A. Flores y Filinto B. Rebechi, asistidos por la Secretaria, María Elena Grégoire, a fin de resolver el hábeas corpus colectivo y correctivo interpuesto ante este Tribunal con fecha 9 de septiembre del corriente año por el Defensor General de la Provincia de La Pampa Eduardo Luis Aguirre y el Defensor Oficial de Ejecución Penal Alejandro Osio, y registrado como Legajo nº 9221/2, caratulado: "CHENA, Roberto Emanuel y otros S/ Hábeas corpus colectivo" del que **RESULTA... II.** Que, escuchadas que fueran las partes involucradas, surge claramente que ninguna controversia existe sobre que el alojamiento del condenado a pena de prisión en lugar distante al de su familia implica, en principio, una afectación de los derechos de que es titular, suponiendo ello un agravamiento de las condiciones de detención.”

“Ello surge de la ponderación del art. 10.3 del PIDCyP, que a la vez que complementa la prohibición establecida en el art. 7 del mencionado tratado, refuerza la obligación del Estado Argentino -por haber ratificado aquél- de realizar todas las acciones positivas en pro de resguardar aquellos derechos declamados de las personas privadas de su libertad ambulatoria, a las que inscribe en el conjunto de personas vulnerables, en razón de su misma condición.”

“Que esta idea fuerza del Estado Argentino garantizador de las obligaciones positivas que ha asumido internacionalmente será el pivote sobre el que girará el tratamiento de la posición de la Provincia a este respecto, lo que más adelante se desarrollará, y del rol que, en consecuencia, ha asumido el Servicio Penitenciario Federal.”

“Que los derechos vulnerados que implican ese agravamiento de que habla el art. 3.2 de la ley 23.098, serían el del respeto a la dignidad inherente al ser humano, toda vez que ese alejamiento supone un menoscabo al contacto directo, personal y frecuente, con el mundo de sus afectos, a través de la visita de sus familiares.”

“Además, representa también ello una vulneración al proceso de resocialización, en cuanto ese alejamiento que impacta en la posibilidad del preso para recibir visitas, supone una privación importante del fundamental mantenimiento del contacto con el mundo externo y la adecuada contención que ello entraña.”

“Supone también una vulneración al principio-derecho de la no trascendencia de la pena - art. 5.3 de la CADH-, y una seria afectación de su derecho de acceso inmediato a tomar contacto con su defensor y el juez controlador de la ejecución, afectaciones que se engloban en el derecho a la tutela judicial efectiva -arts. 8.1 y 25 de la CADH- y en el principio de judicialización que rige en la vida intramuros -art. 3 de la ley 24660-. Afirmación que se deriva por la realidad misma que implica la lejanía y el consiguiente menoscabo de su derecho a defensa -arts. 8.1 y 8.2 d) de la CADH-.”

“c) Las Prácticas de las Agencias Estatales a la luz de los Derechos Humanos y el Rol de Garante del Estado. Esta visión ajustada a los standards constitucionales y convencionales que busca, justamente, hacer operativos derechos que el estado provincial no puede ignorar, se contrapone a lo que parece ser una costumbre enraizada en la agencia administrativa en dar el lugar de alojamiento en función de los parámetros que ha informado la Dirección Nacional de Régimen Correccional. Esto es, el perfil criminológico de la persona -sólo se aplicaría éste a aquél que ha cumplido pena anteriormente en la órbita del SPF, toda vez que, al momento de asignársele

lugar de alojamiento, se cuenta tan sólo con la sentencia condenatoria-, el término de la pena impuesta, la índole del delito y los cupos, es decir, las plazas que puedan estar disponibles para la recepción del interno.”

“Esta costumbre enraizada en la agencia administrativa es la que debe ajustarse a los cambios que implica el principio de progresividad e irreversibilidad de los derechos humanos. Mantener esta práctica de la agencia administrativa en cuanto a la discrecionalidad de resolver sobre el lugar de alojamiento del condenado pampeano, significaría un estancamiento frente a una realidad existente, y que aún no ha sido reconocida por el estado provincial.”

“Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en el caso "Bulacio vs. Argentina" -sentencia del 18-09-2003, serie C, n.º 100, párr. 126, *"Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél".*”

“Y en el caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", 2 de septiembre de 2004, serie C, n.º 112, párrs. 152 y 153, el mismo tribunal internacional dijo: *"Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de 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. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible...".

“Y es justamente a lo que nos referimos. Es decir, a la obligación del estado provincial de tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos el pleno ejercicio de los derechos no afectados directamente por el encierro.”

“Entendemos que tal vez el estado provincial no ha todavía comprendido, en forma adecuada, cuál es su rol de garante. En este sentido, acudimos a una cita, también de la Corte Interamericana, en el caso "Velazquez Rodriguez vs. Honduras", sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, nº 4, párrafo 167 *"La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos".*

“Y en ese camino de buscar iniciativas especiales -tal como aluden los fallos citados- deviene obligatorio para el estado provincial la toma de acciones positivas para prevenir la vulneración de derechos de sus condenados.”

“d) Interpretación del Derecho Positivo acorde a los Derechos Humanos de las Personas Privadas de su Libertad. Los arts. 1 y 2 de la CADH sientan no sólo la obligación de los Estados partes de respetar los derechos allí sancionados sino también el deber de adoptar, en su legislación interna, las normas necesarias para efectivizarlos.”

“Ya nos hemos referido a los derechos reconocidos a las personas privadas de su libertad y hemos precisado las normas constitucionales y convencionales que así lo disponen, concluyendo que el desarraigo de los condenados a disposición de la justicia provincial de su jurisdicción entraña una vulneración tal que supone el agravamiento ilegítimo de sus condiciones de detención.”

“El compromiso asumido por el Estado argentino de armonizar su derecho interno a lo que surge de los pactos ratificados supone, necesariamente, la contracara de ello. Es decir, el compromiso también de borrar de su derecho interno aquellas disposiciones que se contrapongan a los derechos que se ha obligado a respetar.”

“Aún presuponiendo la vigencia del principio de interacción entre el derecho interno y el internacional -que obliga a seleccionar la norma que mejor satisfaga a la vigencia del derecho reconocido- y aún dentro de la restricta y correcta visión de nuestro más Alto Tribunal en cuanto a que la declaración de inconstitucionalidad de una norma resulta ser la última ratio a que el juez debe recurrir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado constitucionalmente (2249:51; 288:325; 306:1597; 331:2068; 333:447).”

“RESUELVE: 1.-) DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD Y ANTICONVENCIONALIDAD de la cláusula Quinta del Convenio suscripto entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la

Nación y el Gobierno de la provincia de La Pampa, el día 12 de septiembre del año 2007, aprobado por ley provincial n° 2365 -publicada en el Boletín Oficial de la provincia el 01-11-2007- en cuanto deja a criterio del Servicio Penitenciario Federal determinar el establecimiento donde los condenados por la justicia provincial pampeana cumplan su condena ya sea que se encuentren en esta provincia o fuera de ella, **sin contar para tal decisión con autorización del Juez de Ejecución interviniente**, por resultar atentatoria de los derechos a la integridad personal, a la dignidad humana, a la intrascendencia de la pena y a la readaptación social, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso (arts. 5.2, 5.3, 5.6 y 25.1 C.A.D.H., 10.1 y 10.3 del PIDCyP, 18 y 75 inc. 22 de la CN) como así también de la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1 de la C.A.D.H.) y de adoptar disposiciones del derecho interno (artículo 2 C.A.D.H.). 2.-) **HACER LUGAR** a la acción de **Hábeas Corpus** por cuanto el alojamiento de condenados a disposición de la justicia provincial en establecimientos dependientes del SPF fuera de la provincia, supone un agravamiento ilegítimo a las condiciones en que se cumple la privación de libertad -art. 3, inc. 2 de la ley 23098- por la afectación que acarrea este extrañamiento en los derechos humanos de las personas privadas de su libertad y, en consecuencia: a) **ORDENAR** a los Jueces de Ejecución de la Provincia **REVISAR**, en cada caso concreto, la razonabilidad del alojamiento de los condenados a su disposición que en la **ACTUALIDAD** se encuentran en extraña jurisdicción, y tomar las medidas adecuadas conforme los lineamientos dados en ésta para hacer cesar, eventualmente, el agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención que el extrañamiento supone. b) **ORDENAR** al SPF que, **PREVIO A EFECTIVIZARSE** la **admisión o traslado** de un condenado a disposición de la justicia provincial en establecimiento penitenciario federal fuera de la provincia de La Pampa, deberá solicitar y

contar con la **autorización previa** del juez competente, asegurándose en el procedimiento a instaurarse las garantías del debido proceso -arts. 3, 4 y 72 y ss. de la ley 24660-.”

Reglamentación administrativa del texto legal o estructuras institucionales o administrativas diseñadas para implementar la norma.

Este capítulo 11 de la Ley 24660 ha sido reglamentado mediante el Decreto 1136/97 ya citado y sus disposiciones más importantes en relación a lo que venimos tratando son las siguientes:

“Artículo 1º — El interno tiene derecho a comunicarse periódicamente, en forma oral o escrita, con su familia, amigos, allegados, curadores y abogados, así como con representantes de organismos oficiales e institucionales privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social.”

“Artículo 2º — En todos los casos se evitará cualquier interferencia que pueda afectar la privacidad de las comunicaciones. Las únicas restricciones serán las dispuestas por el juez competente.”

“Artículo 3º — Las comunicaciones se ajustarán a las condiciones, oportunidad y supervisión que se establecen en este Reglamento, las que concordantemente contenga el Reglamento Interno de cada establecimiento y las instrucciones que en su consecuencia dicte el Director.”

“Artículo 4º — Las comunicaciones orales o escritas solo podrán ser suspendidas o restringidas transitoriamente, en los casos previstos en este Reglamento, por resolución

fundada del Director, quien de inmediato lo comunicará al juez competente. El interno será notificado de la suspensión o restricción e informado de su derecho de recurrir judicialmente.”

“Artículo 5º — El personal penitenciario deberá facilitar y estimular las relaciones del interno con su familia, en tanto fueren convenientes para ambos. Asimismo lo alentará para que continúe o establezca vínculos útiles, que puedan favorecer sus posibilidades de reinserción social, con personas u organismos oficiales o privados que posean personería jurídica con ese específico objeto social.”

“Las actuaciones pertinentes deberán tramitarse con carácter de preferente despacho, evitándose toda diligencia innecesaria al efecto.”

“Visitas de Abogados Defensores, Apoderados y Curadores”

“Artículo 80. — En ejercicio de su derecho de defensa, el interno podrá comunicarse libre y privadamente con su o sus defensores, mediante entrevistas personales confidenciales.”

“Artículo 81. — El personal penitenciario dispensará al abogado en ejercicio de su profesión, la consideración y respeto debidos a los magistrados según lo dispone la LEY Nº 23.187, artículo 5º.”

“Artículo 82. — Las entrevistas con los abogados defensores podrán mantenerse durante todos los días de la semana, entre las OCHO (8) horas y las VEINTE (20) horas. Ello no obstará a que, excepcionalmente el Director o quien se encuentre legalmente a cargo del

establecimiento, en caso de necesidad y urgencia pueda autorizar la visita, fuera del horario fijado.”

“Artículo 83. — La entrevista de los abogados defensores con los internos se realizará en el locutorio o lugar adecuado que determine la Dirección del establecimiento.”

“Artículo 84. — La entrevista del abogado defensor con el interno deberá ser individual. Cuando el mismo abogado asuma la defensa de DOS (2) o más internos involucrados en una misma causa y alojados en el mismo establecimiento podrá entrevistarlos en forma conjunta en la medida en que lo permitan las instalaciones y no se afecte la seguridad.”

“Comunicaciones Telefónicas”

“Artículo 128. — La frecuencia de las comunicaciones telefónicas y su duración, de acuerdo a la conducta del penado y al comportamiento del procesado, serán fijadas en el Reglamento Interno de cada establecimiento según fuere su régimen, el nivel de seguridad y las posibilidades de sus instalaciones específicas.”

“En su caso regirá lo dispuesto en los artículos 54, inciso d); 59 y 62 del REGLAMENTO DE DISCIPLINA PARA LOS INTERNOS.”

“Artículo 129. — Estas comunicaciones se efectuarán exclusivamente mediante los teléfonos públicos habilitados en el establecimiento entre las OCHO (8) horas y las VEINTE (20) horas. En todos los casos, el importe será satisfecho por el interno.”

“Artículo 130. — El Director dispondrá que en el uso del servicio telefónico gocen de prioridad:”

“a) El interno cuyos familiares residan en localidades alejadas del país o no puedan desplazarse para visitarlo;”

“b) El interno que deba comunicarse por asuntos importantes y urgentes, debidamente justificados, con familiares, abogados u otros.”

“Artículo 131. — El Reglamento Interno de cada establecimiento y las instrucciones dictadas por el Director fijarán las reglas que el interno deberá observar para y durante las comunicaciones.”

ARTICULO 159. — Los internos de nacionalidad extranjera, gozarán de facilidades para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares acreditados. Los internos nacionales de Estados sin representación diplomática o consular en el país, los refugiados y los apátridas, tendrán las mismas posibilidades para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses en el país o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos.

Antecedentes legislativos e historia del instituto.

Los antecedentes legislativos, según se indica en la documentación oficial de la labor parlamentaria de la Ley 24660, se compone por la regla 38 de las Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, y las leyes de ejecución y/o penitenciarias de Francia (art. D 264) y Perú (art. 41)

Antecedentes, similitudes y divergencias en el derecho comparado.

En el artículo 132 del código de ejecución del Paraguay puede encontrarse una norma de similar factura, pero en todas las demás que citamos en el artículo anterior se aclara que

no puede haber distingos por varios motivos, entre ellos, por la raza y nacionalidad. Ergo, los derechos de las personas presas, además de las comunicaciones consulares establecidas por convenios bilaterales y multinacionales, deben ser los mismos que los nacionales del país en que se encuentran privados de su libertad.

Datos empíricos que confronten críticamente la dimensión del ser.

En el **cuaderno del observatorio de cárceles federales de la Procuración Penitenciaria de la Nación denominado “Prisión e inmigración. Población extranjera detenida en cárceles federales”²²**, se da cuenta de la siguiente realidad en el marco de las personas a las cuales se aplica la normativa en comentario.

“En el caso de la Argentina, como veremos, no se verifica un proceso equiparable de sobrerrepresentación carcelaria, pues en el conjunto del país hay un 6% de extranjeros presos mientras que los migrantes constituyen el 4,5% de la población, lo que refleja un porcentaje apenas superior de extranjeros en prisión en comparación con su representación social. Por otro lado, se observa que la mayoría de los extranjeros presos lo están en el Sistema Penitenciario Federal, donde sí constituyen un porcentaje significativo de la población detenida, alcanzando el 20%.” P.7

“Por otro lado, la Organización Internacional para las Migraciones ha publicado datos acerca de las tasas de condenas en Argentina por origen nacional⁹. Así se conoció que las personas nacidas fuera de Argentina tienen una tasa de 123 condenados cada 100.000

²² Cuadernos de la Procuración Penitenciaria n° 7. Prisión e inmigración, población extranjera detenida en cárceles federales. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Procuración Penitenciaria de la Nación, 2014. Disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Cuaderno%20PPN%20Prisi%C3%B3n%20e%20inmigraci%C3%B3n_0.pdf

habitantes, contra una tasa de 99 condenados cada 100.000 habitantes argentinos. Al calcular la diferencia por sexo, la sobrerrepresentación se dispara en el caso de las mujeres. La tasa de condenas para el colectivo femenino nacido en el país es de 12, mientras que para el caso de las mujeres extranjeras asciende a 35. Esta información permite suponer que las mujeres extranjeras tienen aproximadamente tres veces más posibilidades de ser condenadas que las mujeres argentinas.” P.7

“Los datos mencionados -porcentaje de extranjeros respecto del total de presos y tasa de encarcelamiento y de condenados extranjeros en Argentina- habilitan la reflexión acerca de las particularidades del caso de los detenidos foráneos alojados en las cárceles nacionales. La existencia de sobrerrepresentación carcelaria de un determinado grupo étnico o nacional respecto de su presencia en la sociedad es indicador de que el mismo ha sufrido un proceso de criminalización más intenso, que puede ser consecuencia de una mayor criminalidad, de discriminación en el sistema penal, o una mixtura de ambas cosas. Además, en el caso de los extranjeros presos no podemos ignorar que un porcentaje relevante de los mismos no residían en la Argentina antes de ingresar en prisión, siendo detenidos en la frontera al intentar entrar o salir del país con sustancias estupefacientes en su poder. Es decir, que se trata de población en tránsito que no puede ser catalogada como “migrante” en sentido sociológico, puesto que su paso por Argentina se limitó simplemente a cumplir una función como eslabón de una cadena de tráfico de drogas a nivel internacional. Estos casos caen bajo la órbita del sistema federal.” P.8/9

“Más de la mitad de los extranjeros presos se encuentran detenidos en cárceles federales, concretamente el 60% de los presos extranjeros de la Argentina, constituyendo un colectivo de 2.102 individuos. Otro porcentaje significativo está en cárceles de la Provincia de Buenos Aires, alcanzando el 28% de los detenidos extranjeros de la Argentina. En menor medida en las provincias de Mendoza, Misiones y Córdoba encontramos respectivamente al 2,4%, 2% y 1,6% de los presos extranjeros en la Argentina.” P. 10.

“En cuanto a la nacionalidad de origen de los extranjeros, debemos destacar que más del 80% proceden de países limítrofes o Perú. Los presos de nacionalidad paraguaya son los más numerosos, lo que se corresponde con su presencia en la Argentina, pues de acuerdo a los datos del INDEC esta colectividad es la más importante en la actualidad. Le siguen en segundo lugar los presos oriundos de Bolivia y en tercer lugar los de Perú, lo que también encuentra correspondencia en gran medida con los datos del INDEC.” P.12

“La Procuración Penitenciaria está recabando información sobre los detenidos bajo jurisdicción federal alojados fuera del SPF, a los fines de identificar el universo de los detenidos en esta jurisdicción. Se encuentra en proceso de carga una base de datos con información de los detenidos alojados tanto en servicios penitenciarios provinciales, como a cargo de fuerzas policiales federales y provinciales, así como de Gendarmería Nacional y Prefectura Naval, que arroja un total de 1935 presos federales fuera del SPF (las estadísticas de SNEEP indican 1412 presos federales en cárceles provinciales, pero no incluyen a los detenidos a cargo de otras fuerzas de seguridad). De esa cifra total de 1935 presos, 1095 dependían de los servicios penitenciarios provinciales, 433 dependían de las policías

provinciales, y 405 de fuerzas de seguridad nacionales como Gendarmería, Prefectura Naval o Policía Aeroportuaria” P. 34

Se señalan graves problemas de comunicación de los no hispanoparlantes a página 36, como así también para el mantenimiento de vínculos familiares debido a las distancias, costos de viajes y estadías que el Estado ni el SPF les costea, a página 52.

“De los datos anteriores emerge que únicamente una cuarta parte de los extranjeros encuestados recibían visitas regularmente, es decir, con una periodicidad mensual o superior. Por otro lado, el 53% de los presos entrevistados no recibe visitas de su núcleo familiar. Al consultarles los motivos por los cuales no eran visitados, la mayoría argumentó razones vinculadas con la lejanía de sus familias, los altos costos que les supone viajar a Argentina y otras situaciones que indicaban que la imposibilidad de acceder al derecho de vinculación se debe en la mayoría de los casos a que sus parientes no residen en Argentina (72%). Un 43% de los extranjeros no puede recibir llamados telefónicos en sus pabellones. Además, las entrevistas y las visitas a estas unidades han aportado información variada del mal funcionamiento de los teléfonos: frecuentes desperfectos, reducida cantidad de aparatos telefónicos, permiso para utilizarlos en franjas horarias que no permiten la comunicación con sus países de origen, etc. De los relatos es posible derivar que la problemática alrededor de los teléfonos y las tarjetas telefónicas es generalizada y constante” P.58.

“Asistencia consular. En este contexto de alta vulnerabilidad de las personas extranjeras detenidas en cárceles federales, y en particular de las que no tienen lazos familiares en la Argentina, la asistencia consular resulta indispensable. No obstante, de las entrevistas realizadas se desprende que en la mayoría de los casos prima una grave desatención consular hacia este grupo,

debido a que dos tercios de los entrevistados dijeron no recibir ningún tipo de asistencia por parte de sus representantes consulares. Más del 90% de los detenidos refirió que no recibe depósitos de dinero o mercadería.” P. 60

“De los relatos se desprende que únicamente algunos consulados, en particular de los países de Europa Occidental, brindan asistencia material a sus connacionales detenidos³¹. Si bien resulta comprensible que los países más pobres no puedan destinar muchos recursos a atender las necesidades de sus nacionales presos en el extranjero, lo cierto es que en el caso de la Argentina esa asistencia resultaría fundamental en los primeros momentos de la detención, hasta tanto accedan a un trabajo en prisión que les permita adquirir productos básicos para su subsistencia y tarjetas telefónicas para comunicarse con su familia. Por otro lado, de las entrevistas efectuadas se desprende que menos de un tercio de los extranjeros recibe visitas por parte de sus delegados consulares. Además, de acuerdo con los relatos de los detenidos, sus visitas suelen ser muy esporádicas y sus aportes poco relevantes, tanto en cantidad como en calidad.” P. 61

“Si bien en términos generales la asistencia consular recibida por los extranjeros es irregular y reducida, cuando se observa la presencia de los consulados según establecimiento penitenciario se notan disparidades muy marcadas. Tal como se observa en el gráfico que sigue, la situación se agrava particularmente en las unidades 22 de Jujuy, y en los Complejos Penitenciarios II de Marcos Paz y III de Güemes, Salta.” P. 62

“En cuanto a la frecuencia de la asistencia que reciben, en la mejor de las situaciones, ésta es trimestral. En cuanto a su modalidad, solo para algunas nacionalidades europeas, implica además de una visita el aporte de dinero. En algunos casos, el consulado deposita mercadería y

otros elementos como tarjetas telefónicas o artículos de primera necesidad –higiene personal o vestimenta-. Por otro lado, varios extranjeros resaltaron que los consulados les suministran información acerca del estado de su trámite de expulsión. Las críticas más frecuentes efectuadas por los detenidos se relacionan con la falta de información a propósito de las competencias y funciones desarrolladas por sus representantes consulares, así como las vías de comunicación a través de las cuales contactarlos.” P. 63

En el **Cuaderno migratorio nº 2 de la OIM**²³, páginas 256 a 361 se da cuenta de la siguiente realidad:

“No disponemos de información estadística acerca del funcionamiento del régimen penitenciario progresivo en el caso de los extranjeros no residentes. No obstante, de un mero análisis de la normativa legal podemos derivar que existen grandes dificultades para que realmente se pueda hacer efectiva la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, como exige la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la misma.”

“A pesar que en principio la ley de Ejecución no hace distinciones entre presos nacionales y extranjeros, en la práctica los extranjeros condenados a penas privativas de libertad sufren una serie de discriminaciones consistentes en la privación de muchos derechos, que convierten la pena de cárcel en una “doble condena”²⁹. Estas discriminaciones afectan especialmente al colectivo de

²³ Cuaderno migratorio nº 2 de la OIM, El impacto de las Migraciones en Argentina, Organización internacional para las Migraciones, Oficina Regional para América del Sur, 2012. Disponible en: http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/campana_grafica/OIM-Cuadernos-Migratorios-Nro2-El-impacto-de-las-Migraciones-en-Argentina.pdf

los extranjeros que no residían en la Argentina antes de su detención, pero tampoco los extranjeros que entran en la categoría de inmigrantes están exentos de ellas.”

“En el ámbito de las “salidas” de la cárcel, bien temporales, bien definitivas, es donde encontramos que la condición de “extranjero” tiene más consecuencias en cuanto a generar diferencias respecto al resto de los reclusos. Al gozar de menos arraigo en el país, no tener familiares próximos o no disponer de permiso de residencia, los extranjeros encuentran grandes dificultades y restricciones para transitar por el régimen penitenciario progresivo que prevé la Ley de Ejecución como camino para recobrar la libertad, pero también durante la vida en prisión tiene reflejos la condición de “extranjero no residente”. En fin, veremos que es la propia orientación hacia la reinserción social de las penas privativas de libertad la que se pone en entredicho en el caso de los extranjeros no residentes.”

“d) Derecho a la información y a la defensa. Una parte de los reclusos extranjeros desconoce el idioma castellano o tiene un dominio insuficiente del mismo, lo cuál le lleva a padecer una situación de aislamiento e indefensión. La administración penitenciaria no dispone de intérpretes para posibilitar la comunicación de los extranjeros con los operadores jurídicos (defensores, jueces, procuración penitenciaria y otros funcionarios, etc.). Ello provoca que los reclusos extranjeros en muchos casos no tengan una adecuada información sobre su situación personal, procesal y penitenciaria, y no puedan hacer efectivos sus derechos de defensa y las garantías procesales que les asisten en el ámbito penitenciario, e incluso no pueden comprender las órdenes que imparte el personal penitenciario.”

“e) Comunicaciones y visitas. Al estar en muchas ocasiones alejados de su núcleo familiar y afectivo, los presos extranjeros no reciben visitas de familiares y amigos. Una investigación sobre mujeres en prisión reveló que el 59% de las extranjeras presas en el SPF nunca recibió visitas de familiares o allegados (CELS, DGN, PPN, 2011:96). Además, los extranjeros tienen serias dificultades para comunicarse telefónicamente con sus países de origen, debido a la falta de recursos económicos para adquirir tarjetas telefónicas y por obstáculos que interpone el SPF. Ello provoca un gran aislamiento de estas personas y la ruptura de sus vínculos familiares, que se suma al general aislamiento que conlleva la pena carcelaria, lo que afecta negativamente a su futura reinserción social. Además de la enorme angustia que provoca la pérdida de contacto con sus seres queridos, sobremanera en el caso de las madres que dejan en sus países de residencia a hijos menores en situación de desamparo.”

“f) Salidas transitorias, semilibertad y libertad condicional. Las salidas transitorias y la semilibertad³⁰ son instrumentos del tratamiento penitenciario que tienen la finalidad de preparar la futura vida en libertad y, por lo tanto, se vinculan directamente con el mandato legal de orientar las penas privativas de libertad hacia la reinserción social.”

“30- En el caso de la semilibertad, que permite trabajar en el exterior durante el día y pernoctar en la cárcel, debemos dejar asentado el ínfimo uso de dicha posibilidad por parte de la administración penitenciaria y la justicia de ejecución. Según la síntesis semanal de 11/03/2011 de la Dirección de Judicial del SPF, en esa fecha había únicamente 20 detenidos con régimen de semilibertad, de un total de 9.575 personas presas en cárceles federales (el 0,2%).”

“La Ley de Ejecución no establece ninguna especialidad en cuanto a la posibilidad de los penados extranjeros de obtener salidas transitorias o semilibertad. Sin embargo, en la práctica son denegadas sistemáticamente a la población extranjera no residente, por considerar que la falta de arraigo familiar constituye un factor de riesgo que hace aumentar las probabilidades de fuga del penado. Pero también en el caso de los extranjeros que se encontraban residiendo en la Argentina la categoría del menor arraigo a menudo les juega en contra. Las estadísticas penitenciarias del SNEEP indican que en el año 2008 solo un 10% de los presos en la Argentina accedió a salidas transitorias, porcentaje que se reduce al 6% en el caso de los extranjeros.”

“Por su parte, la libertad condicional puede ser obtenida cuando el penado ha cumplido las tres cuartas partes de la condena. Pero al carecer de domicilio en la Argentina, los reclusos extranjeros no residentes tienen serias dificultades para que les sea concedida la libertad condicional.”

“Como regulación específica en el caso de los extranjeros irregulares, la Ley de Migraciones prevé la expulsión cuando el penado haya cumplido la mitad de la condena, que es el plazo previsto para acceder a las salidas transitorias o la semilibertad, cuestión sobre la que nos centraremos en el próximo apartado.”

“La expulsión sustitutiva como instrumento controvertido. El artículo 64 de la Ley de Migraciones 25.871 prevé la expulsión de los extranjeros irregulares una vez hayan cumplido la mitad de la condena, en sustitución de las instituciones del régimen penitenciario progresivo como las salidas transitorias, semilibertad o libertad condicional. Es decir, para los extranjeros

irregulares, la expulsión vendría a sustituir la concesión de salidas transitorias, semilibertad o libertad condicional.”

“Lo primero que podemos advertir es que la regulación de la expulsión no tiene en cuenta las efectivas posibilidades o necesidades de reinserción social del penado, y puede ser adoptada en contra de la voluntad del afectado, aunque el mismo tuviese arraigo en Argentina. Se hace prevalecer la situación administrativa de irregularidad sobre el mandato legal de orientación de las penas hacia la reinserción, y se decreta la expulsión pese a que desde una perspectiva resocializadora fuese aconsejable la permanencia del extranjero en Argentina (por ejemplo, por tener mayor arraigo que en su país de origen o por residir su familia en Argentina).”

“Esta previsión de “expulsión sustitutiva” hace ilusoria la ejecución de la pena privativa de libertad orientada a la reinserción social, en el caso de los extranjeros no residentes legalmente. Si la persona va a ser expulsada, difícilmente se le podrá aplicar un tratamiento penitenciario dirigido a la reinserción social (¿a qué sociedad?), de manera que devendrá imposible que la pena cumpla su función legal³¹. En estos casos la pena de prisión sólo podrá tener funciones preventivo-generales y retributivas.”

“Ello supone una excepción a los principios generales del sistema penal y penitenciario que establecen el objetivo resocializador, el cual no regiría en el caso de los extranjeros no residentes.”

“Pero también en el caso de los extranjeros que residían en Argentina antes de su detención puede resultar difícil que durante la ejecución de la pena se desarrolle un tratamiento penitenciario orientado a la reinserción social, debido a que la propia Ley de Migraciones establece la cancelación de la residencia a los extranjeros condenados a penas mayores de cinco años o que

sean reiterantes en la comisión de delitos (artículo 62)³², así como el impedimento para el ingreso y permanencia de extranjeros en el país cuando hayan sido condenados o estén cumpliendo condena (artículo 29). Por consiguiente, la imposibilidad de acceder a un permiso de residencia en el caso de los condenados extranjeros impediría su “reinserción social” en la Argentina, puesto que su estadía en el país sería irregular. Ello implica que una vez el penado extranjero extingue su condena, si su pena no ha sido anteriormente sustituida por la expulsión, quede permanentemente bajo la amenaza de una expulsión administrativa.”

Normas, Principios y Reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interpretación en los organismos de los Sistemas de Protección Internacional y Regional, aplicables al instituto en estudio.

En el marco del derecho internacional de los Derechos Humanos se cuenta con múltiples normas que establecen la igualdad de las personas de diferente nacionalidad o la obligación de no discriminar por su razón. Entre ellos los artículos II de la DADDH, 2 de la DUDH, 2.2 del PIDESC, 2 del PIDCP, 1 de la CADH, y por supuesto la convención específica sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial²⁴ y el artículo 16 de la Constitución Nacional.

En materia de reglas y principios se cuenta con los siguientes que sientan los mismos estándares, incluso con mayor detalle en relación a las personas privadas de su libertad, incluyendo los derechos de asistencia consular y diplomática, lo cual sumado a los derechos de visitas, recibir encomiendas, comunicación e información ya comentados, conforman cuestiones

²⁴ ONU, resolución 2106 A (XX) del 21 de diciembre de 1965.

esenciales para evitar la desocialización y mantener las relaciones comunitarias de los extranjeros presos en un país distinto al de residencia:

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión²⁵:

“Principio 16. 1. Prontamente después de su arresto y después de cada traslado de un lugar de detención o prisión a otro, la persona detenida o presa tendrá derecho a notificar, o a pedir que la autoridad competente notifique, a su familia o a otras personas idóneas que él designe, su arresto, detención o prisión o su traslado y el lugar en que se encuentra bajo custodia.”

“2. Si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo.”

Reglas Mandela:

“Regla 62. 1. Los reclusos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con los representantes diplomáticos y consulares del Estado del que sean nacionales.

2. Los reclusos que sean nacionales de Estados que no tengan representación diplomática ni consular en el país, así como los refugiados y apátridas, gozarán de las mismas facilidades para

²⁵ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de proteger a las personas en su situación.”

“Regla 63. Los reclusos tendrán oportunidad de informarse periódicamente de las noticias de actualidad más importantes, sea mediante la lectura de diarios o revistas o de publicaciones especiales del establecimiento penitenciario, sea mediante emisiones de radio, conferencias o cualquier otro medio similar, autorizado o controlado por la administración del establecimiento penitenciario.”

“Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las personas privadas de la libertad en las Américas”²⁶:

“Principio II. Igualdad y no-discriminación. Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia. 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 por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad.”

“Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado,

²⁶ (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26)

menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad.”

“Principio V. Debido proceso legal. Las personas privadas de libertad en un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos del que no fueren nacionales, deberán ser informadas, sin demora y en cualquier caso antes de rendir su primera declaración ante la autoridad competente, de su derecho a la asistencia consular o diplomática, y a solicitar que se les notifique de manera inmediata su privación de libertad. Tendrán derecho, además, a comunicarse libre y privadamente con su representación diplomática o consular.

Por su parte la Procuración Penitenciaria de la Nación ha efectuado una recomendación sobre el acceso a la información relativa a las personas extranjeras retenidas en el marco de la aplicación de la ley 25871, el día 17/11/2016²⁷ debido a que se carece de información oficial sobre ellas, y ello dificulta tanto el acceso a sus derechos como da lugar a su desaparición forzada u otras vulneraciones a los derechos humanos, impide el seguimiento de sus trámites judiciales y administrativos, etcétera.

Propuesta de interpretación del texto legal.

Entendemos que cuando el artículo en comentario expresa que los internos de nacionalidad extranjera, GOZARÁN DE FACILIDADES para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares acreditados.” Y continúa aclarando que “Los internos nacionales de Estados sin representación diplomática o consular en el país, los refugiados y los apátridas, TENDRÁN LAS MISMAS POSIBILIDADES para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus

²⁷ Disponible en: <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/RECO%20%20847-16.pdf>

intereses en el país o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos”, debe entenderse en clave de sobre vulnerabilidad²⁸ de este sector de la población penal.

Esto implica que en dicho entendimiento se tenga en cuenta que este grupo se encuentra en una posición más desaventajada que el resto de las personas privadas de su libertad en términos estructurales, en primer lugar por tener que residir en una cultura ajena a la suya y por ende el Estado debe brindarle las herramientas, medios y posibilidades de comunicación con que deben contar las personas nacionales residentes en el país, más otros medios, herramientas y recursos específicos que posibiliten materialmente las comunicaciones a que manda el texto legal.

Dicha interpretación nos resulta no sólo acorde a los compromisos internacionalmente adquiridos, algunos de los cuales reseñamos anteriormente, sino tomar los datos de la realidad penitenciaria argentina recién reseñada, en que se dificulta y hasta obstaculiza de diversas maneras la comunicación y mantenimiento de vínculos sociales y familiares de extranjeros alojados en unidades penales de Argentina, por lo cual el Estado debe realizar un esfuerzo más importante para asegurar el acceso a los derechos a este sector de la población privada de la libertad, máxime en los casos en que se trata de personas no hispanoparlantes y/o con vínculos en países lejanos al nuestro o sin representación diplomática o consular acreditada, puesto que en estos casos, además de las dificultades reseñadas, se contará con mayores obstáculos para acceder a los

²⁸ Un tratamiento más detenido sobre este aspecto puede verse en el Informe Anual 2015 de la Procuración Penitenciaria de la Nación, pág. 466 y ss. Disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202015_0.pdf

derechos, todo lo cual, claramente conspira contra el único fin posible de la pena de prisión establecido en los artículos 5.6 de la CADH y 10.34 del PIDCP –reinserción social-.

En relación a la enumeración de autoridades diplomáticas, consulares y de protección, sean o no de la nación a la que pertenecen las personas privadas de su libertad, de la redacción queda claro que resulta sólo enunciativa, puesto que no expresa ningún cargo, ni identifica ningún título en quien pueda asegurar el derecho legislado, sino que sólo exige la acreditación en el país en el caso de los Estados con representación diplomática y/o consular en Argentina, o que sea encargado de los intereses similares en nuestro país para el caso de Estados sin representación diplomática y/o consular acreditada, y por último, meramente que tenga la misión de protegerlos, para el caso de que las autoridades encargadas no lo materialicen en debida forma o que estas organizaciones o estados puedan cumplir un rol concurrente con los estados que se ocupan de los derechos de sus nacionales en el marco de la ejecución de una pena privativa de libertad en nuestro país.

Entendemos que esa interpretación es la que más derechos acuerda a los condenados extranjeros ante una norma jurídica que enumera de manera enunciativa y genérica las posibilidades y las personas encargadas para materializar el acceso a los derechos de las personas extranjeras que cumplen pena de prisión en nuestro país, por ende, se ajusta a los principios de máxima taxatividad legal e interpretación pro persona (Arts. 16, 19 y 75.22CN, y 9 y 29 de la CADH).

Por último, nos parece útil referir que en las páginas 42 a 44 del “Manual Práctico para Defenderse de la Cárcel” elaborado por el INECIP²⁹ se reseñan las indicaciones esenciales para tener en cuenta en este ámbito. Así se indica que: *“...al momento de aprehender a un extranjero, el juez de instrucción debe notificar al cónsul de su país. También la Procuración General de la Nación ha solicitado a los fiscales que informen a los respectivos cónsules sobre los detenidos extranjeros. Además, el condenado puede solicitar la presencia del cónsul en la unidad para entrevistarse con él; e incluso pedirle que gestione los trámites para la extradición y así, terminar de cumplir la pena en su lugar de origen.”*

Si el consulado no llega a la unidad donde se encuentra alojado *“...debería depositarle -vía giro o encomienda-, tanto el dinero como las provisiones, en la “cantina” del penal para que el preso pueda disponer de estos elementos.”*

Si el detenido estaba en compañía de hijos menores *“En este caso, es la justicia la que dispone adónde deriva a estos menores, los que seguramente quedan institucionalizados. De darse esta situación, si los presos tienen familia en el extranjero, deberían poner en conocimiento al cónsul (ver pregunta 25) para que realice los trámites necesarios y envíe a los menores a su país de origen con sus familiares.”*

Y por último ante la pregunta de si pueden cumplir las penas en sus países se indica que *“Sí. La Ley de Migraciones prevé que el condenado extranjero que se encontrare cumpliendo pena privativa de libertad podrá ser expulsado cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos*

²⁹ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales”, Imprenta PASART SRL, 2006. Disponible on line en: <http://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Pr%C3%A1ctico-para-Defenderse-de-la-C%C3%A1rcel.pdf>

en los acápites I, inciso a) y II del artículo 17 de la Ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia; es decir, cuando haya cumplido los tiempos de ejecución impuestos para la salida transitoria o semilibertad y no haya causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el tribunal competente.”³⁰

Jurisprudencia.

En materia jurisprudencial, podemos traer a colación el libro de Pablo Larsen ya citado, quien a páginas 421/423 se ocupa de los principios de igualdad y no discriminación, y a página 164/165 se ocupa de las personas migrantes privadas de la libertad, conforme lo ha hecho la CorteIDH.

Así respecto de los migrantes privados de la libertad se los considera sujetos en situación de particular vulnerabilidad debido a que a su situación de extranjeros privados de la libertad en países de los que no son nacionales, se le suma que se los priva de la libertad en centros penitenciarios con personas procesadas o condenadas, cuando ellos lo están solo por su situación migratoria irregular, por lo cual los Estados deben abstenerse de actuar de manera tal que propicien, estimulen o profundicen esa situación debiendo disponer las medidas necesarias para

³⁰ A fin de contrastar el deber ser normativo con la realidad del ser penitenciario en esta temática, puede verse el Informe Anual 2015 de la Procuración Penitenciaria de la Nación, pág. 466/483. Disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202015_0.pdf

prevenir y proteger los derechos de las personas en esa situación citando el fallo “Vélez Loor v. Panamá”³¹

Con respecto a la protección de la familia y las personas privadas de la libertad, Larsen cita el fallo “Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile”³² y afirma que las reglas y principios internacionales resaltan la importancia del contacto de las personas privadas de la libertad con el mundo exterior y a comunicarse periódicamente con sus familias, por lo tanto los Estados deben facilitar el mantenimiento del contacto personal, directo y periódico de las personas privadas de la libertad con sus familiares y parejas.³³

Y por último, citando los fallos “Yatama v. Nicaragua”³⁴ y “Aritz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) v. Venezuela”³⁵ fija los estándares en materia de reconocimiento legal formal y material de los derechos y garantías de la CADH y su aplicación de acuerdo a los principios de igualdad y no discriminación. Específicamente el artículo 1.1 como referente al deber del Estado de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTA DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE) VS. CHILE SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2014 (FONDO, REPARACIONES Y COSTAS). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

³³ Larsen, Pablo, ob. Cit. p.325.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Yatama Vs. Nicaragua Sentencia de 23 de Junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Aritz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

en la CADH y el artículo 24 de esta convención la obligación de asegurar el derecho a la igual protección de la ley.³⁶

A nivel interno, traeremos a colación el fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en causa Nº 5795, caratulada: “Chukura O’Kasili, Nicholas s/recurso de inconstitucionalidad”, que resolvió Declarar la constitucionalidad del art. 64, inc. a, de la ley 25.871 (de expulsión de extranjeros) que contiene las siguientes consideraciones en torno al principio de igualdad constitucional:

“El fundamento para desbaratar la supuesta afectación, por parte de la norma en examen, del derecho previsto por el art. 16 de la Constitución Nacional lo da la jurisprudencia del Máximo Tribunal: La garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, o de ilegítima persecución (Fallos: 323:1566).”

“Ello es así porque lo que surge a la luz de estos actuados es que Chukura O’Kasili, por su condición de extranjero y características particulares, justamente no se halla en igualdad de condiciones que los reclusos nacionales. Ello es visible si se atiende a que aquél, a diferencia de la mayoría de éstos, no tiene familiares ni amigos en el país, nuestra sociedad le es extraña y prácticamente no habla español. Tales circunstancias tornan prácticamente ilusoria -como lo señaló la defensa- tanto su resocialización como su derecho a acceder a los beneficios que le otorgan los arts. 16 y 23 de la ley penitenciaria, pues cabría preguntarse qué lazos familiares y

³⁶ Larsen, Pablo, ob. Cit. p.422/423.

sociales podría el enjuiciado afianzar o mejorar; qué estudios sería factible que curse; de qué programas específicos de prelibertad podría participar (art. 16, puntos II.a, II.b y II.c, de la ley 24.660, respectivamente); o qué clase de empleo podría obtener (art. 23, ídem.). La respuesta negativa es obvia.”

“De cuanto precede, entonces, se sigue que la norma bajo estudio no trae aparejada desigualdad alguna en cuanto al derecho de resocialización que le asisten a ambos tipos de condenados (arts. 75, inc. 22, C.N., 6 de la C.A.D.H., 10.3 del P.I.D.C y P. y 1º de la ley 24.660). Todo lo contrario, ella lo que persigue es hacer cierto ese derecho, y en pos de ello es que propugna que el extranjero sea devuelto a la sociedad que le es afín.”

“No obstante que lo manifestado demuestra que la norma en estudio no transgrede el art. 16 de la Ley Fundamental, valga aclarar que al Tribunal no se le pasa por alto jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que “Ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional, toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad; por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de tal distinción debe acreditar la existencia de un interés estatal urgente, para justificar aquélla, y no es suficiente a tal efecto, que la medida adoptada sea razonable (Fallos: 311:2272). Lo que sucede es que esta doctrina no resulta aplicable al presente. En efecto, sólo será pasible de aplicación cuando, como hubo ocurrido en el caso del que se la extrajo, la ley restrinja al habitante extranjero algún derecho civil del que sí goza su similar de origen nacional (en dicho caso, específicamente, una ley de la Provincia de Buenos Aires, impedía a los extranjeros ejercer la docencia en carácter de titular

o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática), mas no cuando, como en el presente, a aquéllos se le acuerda un derecho que por su condición, no le es otorgado a los nacionales.”

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

En el caso de extranjeros les resulta enteramente aplicable el Decreto 1136/97 ya mencionado anteriormente, el cual además cuenta con un apartado específico para el caso de las visitas diplomáticas, consulares o de organismos *internacionales que transcribimos a continuación.*

“Visitas de Representantes Diplomáticos y de Organismos Internacionales”

“Artículo 101. — La Dirección brindará los medios necesarios para que los internos de nacionalidad extranjera se comuniquen con sus representantes diplomáticos y consulares acreditados. Los internos nacionales de Estados sin representación diplomática o consular en el país, los refugiados y los apátridas tendrán las mismas posibilidades para dirigirse al representante diplomático del Estado encargado de sus intereses en el país o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos.”

“Los representantes diplomáticos o consulares acreditados podrán entrevistar a los internos que lo soliciten UNA (1) vez por semana durante DOS (2) horas, entre las OCHO (8) horas y las VEINTE (20) horas. En caso necesario el Director podrá autorizar entrevistas adicionales. El personal penitenciario les dispensara la consideración y respeto debidos a su investidura.”

“Las entrevistas, en todos los casos, se realizaran en locutorio o lugar adecuado que determine el Director.”

“Artículo 102. — Las mismas posibilidades y facilidades previstas en el artículo 101 para comunicarse con un interno se otorgarán a los funcionarios integrantes de los cuerpos orgánicos de la Cruz Roja Internacional, de organismos de las Naciones Unidas o de la Organización de Estados Americanos con misiones específicas y afines a la materia penitenciaria.”

“Artículo 103. — Los visitantes a que se refieren los artículos 101 y 102 deberán acreditar su identidad y exhibir la credencial extendida por la autoridad correspondiente.”

“En caso de duda, el Director antes de autorizar la entrevista deberá recabar instrucciones del Director Nacional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL.”

ARTICULO 160. — Las visitas y la correspondencia que reciba o remita el interno y las comunicaciones telefónicas, se ajustarán a las condiciones, oportunidad y supervisión que determinen los reglamentos, los que no podrán desvirtuar lo establecido en los artículos 158 y 159.

Antecedentes legislativos e historia del instituto.

Los antecedentes legislativos, según se indica en la documentación oficial de la labor parlamentaria de la Ley 24660, se compone por la anterior Ley Penitenciaria Nacional art. 92, la regla 37 de las Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, las leyes de ejecución y/o penitenciarias de Francia (arts. D 186 y D 417), Italia (arts. 18), CE – RM 37 y CK-RPE: 43.1.

Antecedentes, similitudes y divergencias en el derecho comparado.

En la actualidad las similitudes con la legislación comparada es llamativa, hasta el punto de contar casi con la misma redacción en algunos casos, y para ello pueden tomarse como ejemplos, los artículos 133 del Código de Ejecución Penal de Paraguay, y 13 de la Ley Uruguaya, en el marco del MERCOSUR, pero también de las legislaciones europeas de los países de los cuales provienen las doctrinas y aportes teóricos, prácticos y jurisprudenciales que mayormente suelen ser citados por la producción científica y jurisprudencial local en el marco del Derecho Penal y del derecho de Ejecución Penal en particular, por ejemplo, la ley Española (Arts. 43 y 45/49) y la Ley Alemana (Arts. 23/29), aunque en estos casos las restricciones a estos derechos no están completamente derivadas a los reglamentos y tampoco están establecidas en una norma genérica como en Argentina, sino en cada artículo sobre el final de su redacción se destaca el modo en que puede restringirse o prohibirse sin desvirtuar el derecho.

Datos empíricos que confronten críticamente la dimensión del ser.

Sobre esto ya reseñamos los informes de la Procuración Penitenciaria de la Nación y de otros organismos para verificar las carencias en materia de acceso al derecho a las comunicaciones y en lo que sigue de comentario nos ocuparemos de las visitas y correspondencias, por lo que nos remitimos a esos lugares específicos en honor a la brevedad, como así también en materia de Normas, Principios y Reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interpretación en los organismos de los Sistemas de Protección Internacional y Regional, aplicables al instituto en estudio

Propuesta de interpretación del texto legal.

Más que disquisiciones interpretativas sobre un texto que parece no presentar demasiadas dificultades en torno a ello, lo que sí debemos señalar son los límites constitucionales de los institutos en juego, por un lado las facultades reglamentarias y por otro la inviolabilidad de las correspondencias.

El primero es un límite en torno al artículo 99.2 de la Constitución Nacional, como ya dijimos al principio, a fin de prestar especial atención a las reglamentaciones restrictivas en torno a las condiciones, oportunidad y supervisión que determinen en función de la autorización de la normativa en comentario, derivándose todo ello a los reglamentos, aunque con la advertencia de que no podrán desvirtuar lo establecido en los artículos 158 y 159, lo cual en algunas exigencias demasiado estrictas o en las previsiones de impedimento de comunicaciones, o restricciones a las visitas o acceso a las correspondencias o visitas por razones disciplinarias, verdaderamente desvirtúan los caracteres generales de los derechos legislados en este capítulo.

Como dice María Vanesa Naranjo: *“En virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 2°, de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo expide los “reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”. La última precisión de la norma constitucional importa afirmar que “el reglamento, en tanto que producto normativo esencialmente subordinado, debe respetar una serie de límites como requisito inexcusable para su validez” (Cfr. Fernández Salmerón, Manuel. —El control jurisdiccional de los Reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria, p. 208 Ed. Atelier. 2002); límites que, precisamente, se vinculan con el respeto a la jerarquía normativa y a la adecuación a los derechos fundamentales que surgen de la parte*

dogmática de nuestra Ley Fundamental y de los tratados de Derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad (Cfr. —Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica||. Op. Cit., p. 246). De manera tal que, como principio general, resultará inadmisibles, desde una perspectiva constitucional, que a través de un decreto reglamentario se restrinja un derecho fundamental cuando la ley no lo ha hecho. Igualmente, si una ley —respetando los criterios ya trazados (esto es la conjunción entre el respeto al núcleo esencial y a la proporcionalidad) - 12 restringe un derecho fundamental, la norma reglamentaria no podrá intensificar, aún más, la limitación del derecho ya afectado. En tal sentido, quizá, uno de los aspectos más interesantes sea el de analizar sí, tales reglamentaciones, se adecuan o ajustan a la ley o si, por el contrario, la facultad reglamentaria, en algunos casos, la desborda en perjuicio de los derechos del interno.”³⁷

“El tema planteado no es, por cierto, patrimonio exclusivo del Derecho de ejecución penal. Es por ello que, se hace necesario describir, mínimamente, esta problemática desde la óptica más general del Derecho constitucional, en particular, la propia Constitución Nacional, cuyo alcance no se detiene frente a los muros de una prisión. La parte dogmática de la Constitución, aquella que contiene los derechos individuales o, en otros términos, los derechos humanos, también rige dentro de las cárceles. Esto significa que aun dentro de la cárcel deberán respetarse dos principios cardinales del derecho penal: el de legalidad (art. 18 CN) y el de reserva (art. 19 CN). Vale decir que si el delito y su pena deben estar establecidos antes de su comisión, la pena aplicada no puede ir más allá de los límites naturales que el encierro en sí mismo entraña. En segundo lugar, el principio

³⁷ Naranjo, María Vanesa “El derecho de visitas. Hacia el camino de la resocialización”. Revista Pensamiento Penal, 02/02/2012, p. 11. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/02/doctrina32944.pdf>

de reserva se llama así porque el hombre se ha reservado para sí (ante el Estado) la libertad, por lo tanto, todo lo que no está expresamente prohibido cae en el ámbito de la libertad personal. Lamentablemente en la realidad carcelaria esto se ha invertido y, por tanto, el interno no tiene ningún derecho, a menos que un reglamento (o la práctica cotidiana intramuros) se lo permita.”³⁸

Jurisprudencia.

En materia de interpretación sobre la reglamentación restrictiva versus las normas de superior jerarquía en el ámbito de la limitación de derechos, resulta destacable el informe 38/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.³⁹ Allí se trató “...una denuncia en contra del Gobierno de Argentina, con relación a la situación de dos personas -una madre y su hija-, en virtud de que las autoridades penitenciarias realizan, en forma rutinaria, revisiones vaginales a las mujeres que visitan las cárceles. La Comisión concluyó que, al imponer una condición ilegal a la realización de las visitas a la penitenciaría sin disponer de una orden judicial ni ofrecer las garantías médicas apropiadas y al realizar revisiones e inspecciones en las condiciones alegadas, el Estado argentino ha violado los derechos de las denunciadas.”

Y entre sus conclusiones destaca que “...e) El Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias, y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte de aquél y sus funcionarios públicos. f) La protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250), se funda en la

³⁸ Naranjo, ob. Cit. p. 12/13.

³⁹ Respecto del caso 10.506: Argentina. 15/10/1996. Publicado en: LA LEY 1997-E, 784. Cita online: AR/JUR/3523/1996. 16.

existencia de ciertos atributos inviolables de la persona que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público, pues se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. g) Los Estados deben organizar su estructura interna de manera que asegure el pleno goce de los derechos humanos....”⁴⁰

En materia de inviolabilidad de las correspondencias, no puede obviarse lo resuelto por la CSJN en el caso “Dessy”⁴¹ en que sostuvo que:

“7. Que, por ello cabe consignar algunas expresiones de la exposición de motivos de la Ley Penitenciaria Nacional y de la fuente normativa que ésta tomó en consideración, es decir, el "Conjunto de reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos", aprobado por el Primer Congreso de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente reunido en Ginebra en 1955 el que sugirió que la Asamblea General de las Naciones Unidas recomiende a los gobiernos el estudio de las disposiciones con ánimo favorable, contemplando la posibilidad de adoptarlas y aplicarlas en la administración de las instituciones penitenciarias. Así, en la exposición de motivos de la ley mencionada se aclara que las normas que tratan sobre la comunicación del interno con el mundo exterior, "además de dar imperatividad legal al principio que sustentan, de comunicabilidad del recluso con las personas de su familia y allegados, de vieja data en todo el mundo, asimila este capítulo a la tendencia actual en la materia, en cuanto exhibe como idea fundamentadora que la institución penitenciaria no debe aislarse del medio social, debiendo favorecerse la comunicación del recluso con el exterior en toda forma compatible con el régimen,

⁴⁰ citado por María Vanesa Naranjo en la obra citada, p. 15/18.

⁴¹ C.S.J.N. “Dessy s/ hábeas corpus” Rto. 19/10/95. Publicado en Fallos 318:1894.

hasta el límite que pueda hacérselo sin violentar las normas jurídico penales que condicionan el régimen de cumplimiento de la pena" (parág. 83)."

"Por su parte, la segunda disposición citada "Conjunto de reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos" refiere que "se autorizará a todo acusado para que se procure, a sus expensas o las de un tercero, libros, periódicos, recado de escribir, así como otros medios de ocupación, dentro de los límites compatibles con el interés de la administración de justicia, la seguridad y el buen orden del establecimiento" (art. 90)."

"8. Que, la reglamentación que ha dado lugar al acto de autoridad nacional cuestionado como lesivo a tales postulados Boletín Público del Servicio Penitenciario Federal Argentino n. 1266, del 24/1/79, acompañada en la audiencia celebrada en la causa por las autoridades del Servicio Penitenciario establece que "La correspondencia epistolar y telegráfica será objeto de supervisión y censura. Para esto último deberán tenerse en consideración aquellos aspectos que por su naturaleza puedan aparecer, incidir o convertirse en factores negativos, desde el punto de vista que sustentan los principios en que se basa el concepto de readaptación social" (art. 3). "Si a juicio de la Dirección del Establecimiento resultara inconveniente dar curso por su contenido a una carta, se procederá a efectuar la devolución de la misma al remitente, informándole sobre las causales motivadoras" (art. 4); "No se autorizará la entrada o salida de correspondencia en la que se empleen signos o palabras convencionales, se utilice lenguaje obsceno, se hagan alusiones o emitan juicios con respecto al régimen interno o al personal del Servicio Penitenciario Federal, o que se refieran a asuntos que por su naturaleza escapen a los términos rigurosamente personales o de familia" (art. 5); "Cuando de la correspondencia surjan indicios que hagan presumir la comisión

de un delito o la persistencia en actividades delictivas, se iniciarán actuaciones comunicando a la autoridad policial o judicial que correspondiere, acorde con las características de tales indicios" (art. 13)."

"9. Que las normas reglamentarias citadas han impuesto, a través de un texto ambiguo (especialmente los arts. 3 y 4 del reglamento), una restricción al secreto epistolar, absoluta y permanente. No se distinguen oportunidades ni situaciones, condiciones ni causas, remitentes ni destinatarios. Toda carta de todo preso, en todo momento, y dirigida a cualquier persona, está sometida al régimen aludido, a pesar de que el art. 92 LPN. solo establece la supervisión de la correspondencia que ellos reciben."

"Respecto de los papeles privados y la correspondencia, el art. 18 CN. expresa que "una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación". La Ley Penitenciaria Nacional, cuyos autores no han dejado de tener en cuenta no cabe la presunción contraria la particular situación en que se encuentran los presos y la necesidad de preservar la seguridad, no prevé la censura de la correspondencia que ellos envían, por lo que las disposiciones del reglamento que lo autorizan representan una extralimitación de la facultad reglamentaria prevista en el art. 99 inc. 2 CN., autorizando, sin fundamento legal, un indiscriminado y permanente allanamiento de los derechos constitucionales a la inviolabilidad de la correspondencia y a la privacidad, amparados, respectivamente, por los arts. 18 y 19 de nuestra Carta Magna."

"Sin perjuicio del vicio de inconstitucionalidad señalada, cabe agregar que carecen de racionalidad las circunstancias previstas en el art. 5 de dicho reglamento para fundar la negativa al

envío de la correspondencia del interno. Por ejemplo, en cuanto a la referencia al "lenguaje obsceno", no se advierte cuál sería el interés legítimamente del Estado para intervenir la correspondencia privada del recluso a efectos de asegurarse que ésta guarde un lenguaje decoroso. La prohibición que las misivas "hagan alusiones o emitan juicios con respecto al régimen interno o al personal del Servicio Penitenciario Federal" no sólo carece de vinculación razonable con los objetivos de seguridad y resocialización previstos en la ley penitenciaria, sino que además cercena un medio idóneo tal vez el único con que cuentan los reclusos para hacer llegar al mundo exterior denuncias o reflexiones sobre el ámbito carcelario, y aún, reclamar ayuda ante abusos de la autoridad. La exigencia de que las cartas de los reclusos sólo aludan a asuntos estrictamente particulares o de familia se funda en una concepción alienante, que niega al preso la facultad de expresarse sobre temas sociales y políticos."

"10. Que el propósito de readaptación social del penado, que debe estar en la base del tratamiento carcelario y es expresamente predicado en el art. 1 LPN. se ve controvertido por disposiciones y actos de autoridad como los que han dado lugar a esta causa, ya que censurar y obstaculizar la comunicación del recluso con el exterior es un modo de distanciarlo del medio social al que deberá reintegrarse tras el cumplimiento de la pena."

"Al respecto, no es ocioso recordar las palabras del juez Thurgood Marshall con la concurrencia del juez Brennan y los estudios en que se apoya, en el caso Procnier v. Martínez (416 U.S. 396, 426): "La correspondencia proporciona uno de los escasos vínculos que los detenidos retienen con su comunidades o familias, vínculos esenciales para el éxito en su posterior retorno al mundo exterior (véase e.g., National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals,

Correction, 67 68,... 1973). El juez Kaufman escribiendo para el Segundo Circuito, asentó dos observaciones particularmente a propósito del reclamo de rehabilitación de beneficios en Sostre v. Mc. Ginnis, 442 F.2d 178, 199 1971 (en pleno): 'Las cartas mantienen al detenido en contacto con el mundo exterior, ayudan a contener algo de lo mórbido y de la falta de esperanzas producidas por la vida y aislamiento de la prisión, estimulan sus impulsos naturales y humanos, y por otra parte pueden contribuir a mejorar las actitudes mentales y de reforma' y 'el daño que la censura hace a la rehabilitación no puede ser provechoso.'

"Los detenidos pierden contacto con el mundo exterior y se vuelven cautelosos en exponer pensamientos o críticas de la prisión en sus cartas. El incremento de la alienación social que produce este arbitrio ha sido considerado nocivo' (Singer, Censorship of Prisoners Mail and the Constitution,...). La Corte agrega que hoy 'la autoridad de las opiniones profesionales parece indicar que la libertad de los presos para mantener correspondencia con externos contribuye más que retarda los fines de la rehabilitación (diversos estudios han recomendado que las autoridades tienen el derecho para inspeccionar el correo por motivos de contrabando pero no para leerlo'. National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals, Corrections, Standard 2.17,... 1973 ; ver California Board of Corrections, California Correctional System Study: Institutions 40, ... 1971 ; Center of Criminal Justice Boston University Law School, Modes Rules and Regulations on Prisoners, Rights and Responsabilites, Standards IC 1C2,... 1973 ".

"La contradicción entre el objetivo de readaptación social sostenido en la Ley Penitenciaria argentina y la censura de la correspondencia induce a recordar que no le está permitido al legislador obrar de modo que redunde en destrucción de lo mismo que ha querido amparar y

sostener (Alcorta, "Garantías Constitucionales", ps. 34 y 35; Alberdi, Juan B., "Organización de la Confederación Argentina", p. 176 y art. 20 de su "Proyecto de Constitución", Fallos 117 432)."

"11. Que la seguridad de una prisión y la finalidad de impedir que desde su interior sean conducidas actividades delictivas o planes de fuga, configuran propósitos incuestionables del Estado. Pero esto no justifica la censura de la correspondencia de los internos, ya que éstos pueden mantener, mediante el régimen de visitas, conversaciones privadas y "visitas íntimas periódicas" (art. 497 CPr.Cr.) (9). Todo ello sin perjuicio de admitir que, en el caso particular en que hubiese razones fundadas para temer que, a través de la correspondencia que emite, el penado pudiese favorecer la comisión de actos ilícitos, las autoridades penitenciarias requieran en sede judicial la intervención de dicha correspondencia (doctrina arts. 185, 234 y 235 CPr.Cr. y doctrina de Fallos 90 152; 171 366 [10]; 177 390 [11])."

"12. Que de tales consideraciones se verifica en autos un supuesto en que la reglamentación en que se fundan los cuestionados actos de la autoridad carcelaria ha violado la ley y esa circunstancia la ha puesto en contradicción con las normas constitucionales citadas, pues aquélla ha ido más allá de los límites trazados por la política legislativa y las características de la materia (doctrina de Fallos 148 430 [12]; 237 636 [13], entre otros) quebrantando las garantías constitucionales enunciadas, lo que obliga a esta Corte a su declaración de inconstitucionalidad (arts. 18 , 19, 28 , 31 y 99 inc. 2 CN.)."

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

Reseñamos a continuación los artículos más importantes del reglamento de visitas contenido en el Decreto 1136/97.

“Visitas. Normas Generales. Artículo 8º — Las visitas serán concedidas previo pedido o conformidad expresa del interno, quien podrá en cualquier momento, bajo constancia escrita, desistir de la visita solicitada o propuesta.”

“Artículo 9º — El Director dispondrá el programa de las distintas clases de visitas, en horario diurno y en turnos distintos para hombres y mujeres, de acuerdo con las características y factores climáticos y la estación del año.”

“Artículo 10. — Los días y horas destinados a las visitas deberán ser asignados contemplando, en la mayor medida de lo posible, las circunstancias e intereses del interno y sus visitantes.”

“Artículo 12. — Reunidos los requisitos exigidos en cada caso, según lo establecido en el ANEXO "A", la Dirección procederá a expedir una tarjeta individual para acceder a la visita. En cada oportunidad que el visitante concurra al establecimiento deberá acreditar su identidad y presentar dicha tarjeta.”

“Artículo 13. — En los casos de pedido o de propuesta de visita de cónyuge, concubina, concubinario, padres, hijos y hermanos, y hasta que se hayan reunido las comprobaciones de identidad, parentesco y otros requisitos que correspondiere, el Director de considerar que el vínculo invocado es cierto podrá extender una tarjeta provisional válida por DOS (2) meses a contar de la fecha de su emisión. Dicho término podrá ser prorrogado por motivos fundados.”

“Artículo 14. — Cuando el visitante hubiere extraviado la documentación que acredita su identidad o la misma se encontrare en trámite deberá presentar las constancias expedidas por autoridad competente. En estos casos se otorgará una autorización provisional válida por DOS (2) meses, prorrogable por motivos fundados.”

“Artículo 15. — Las visitas no se realizarán en el alojamiento del interno con excepción de las instalaciones hospitalarias, de no mediar contraindicación médica.”

“Artículo 16. — El Director será responsable de adoptar las medidas necesarias para que los locales y sectores destinados a las distintas clases de visitas se encuentren en perfectas condiciones de orden e higiene.”

“Artículo 17. — El Director Nacional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL determinará la nómina de alimentos, ropas u otros objetos que el visitante podrá ingresar para el interno, su modalidad de ingreso y la forma en que deban ser presentados para facilitar su registro sin que sean dañados.”

“Artículo 18. — Corresponderá al Director dictar las instrucciones especiales que surjan de las características del establecimiento a su cargo y de los internos que allí se encuentren alojados.”

“Artículo 19. — El Director pondrá oportunamente en conocimiento de internos y de visitantes, en forma clara y precisa, las normas que deberán respetar.”

“Artículo 20. — El visitante que portare vendajes, yeso, prótesis, ortesis o parches terapéuticos deberá acreditar la correspondiente prescripción médica. En caso necesario el

Director podrá disponer que el Servicio Médico del establecimiento efectúe las verificaciones pertinentes.”

“Artículo 23. — En los casos que el visitante no observare los deberes mencionados en el artículo 22, el Director podrá proceder a advertirlo o a suspenderlo temporal o definitivamente de acuerdo a la gravedad de la infracción, a las circunstancias de tiempo, modo y lugar y a su reiteración.”

“Artículo 24. — Al primer incumplimiento de los deberes previstos en los incisos a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k), l) y n) del artículo 22, el Director dispondrá una advertencia al visitante. Esa advertencia estará a cargo de un Asistente Social, quien exhortará al visitante a modificar su comportamiento y a considerar las consecuencias negativas del mismo. En el caso de infracción del inciso m) del artículo 22, corresponderá la suspensión establecida en el artículo 23.”

“Artículo 25. — El máximo de la suspensión temporal no superará el mes.”

“Artículo 26. — Corresponderá la suspensión definitiva en el caso de presunta comisión de delito denunciado ante autoridad competente o cuando el visitante hubiera sido suspendido tres veces en el lapso de SEIS (6) meses.”

“Artículo 27. — La decisión que adopte el Director será aplicada, previa tramitación escrita. El procedimiento se iniciará mediante parte del personal o por denuncia de internos o de terceros. Se notificará al visitante en forma inmediata, brindándosele la posibilidad de presentar descargos dentro del plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, vencido el cual el

Director resolverá dentro de las VEINTICUATRO (24) horas siguientes. Al ser notificado, se le deberá informar que podrá recurrir ante el Juez de Ejecución o juez competente.”

“Visitas de Menores de Edad. Artículo 28. — El visitante menor de edad no emancipado deberá contar con expresa autorización de la madre, del padre, del tutor o del Juez competente para ingresar al establecimiento. A tal efecto la DIRECCION NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL confeccionará un formulario que debidamente completado deberá presentarse con las firmas certificadas por autoridad competente.”

“Visitas de Familiares y Allegados. Clases. Artículo 30. — Las visitas de familiares o allegados a los internos podrán ser: a) Ordinarias; b) Extraordinarias; c) de Consolidación Familiar; d) Excepcionales; e) entre Internos.”

“Visitas ordinarias. Artículo 31. — El interno tiene derecho a recibir con regularidad como visitas ordinarias, las de sus familiares y allegados, de acuerdo a lo dispuesto en esta reglamentación.”

“Artículo 32. — El Director Nacional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL determinará la duración de la visita, en los casos no previstos en este Reglamento, y el número máximo de visitantes que el interno puede recibir simultáneamente, según las secciones o tipos de establecimientos de similares características. Corresponderá al Director dictar las instrucciones a aplicarse en situaciones especiales.”

“Artículo 33. — La frecuencia de las visitas ordinarias y su duración, de acuerdo a la conducta del penado o al comportamiento del procesado, serán fijadas en el Reglamento

Interno de cada establecimiento, según fueren su régimen, el nivel de seguridad y las posibilidades de las instalaciones destinadas a ese efecto.”

“Con excepción de los internos que se encuentren incorporados a un régimen terapéutico especializado en razón de su tratamiento la frecuencia de las visitas ordinarias no podrá ser menor a UNA (1) visita semanal con una duración de DOS (2) horas.

“Artículo 34. — La acreditación de los vínculos familiares se efectuará con intervención del Servicio Social del establecimiento con la documentación indicada en el ANEXO "A" y supletoriamente con información sumaria judicial o administrativa.”

“Artículo 37. — No se autorizará la visita de: a) Novia, novio, concubina o concubinario cuando la interna o el interno tuviese registrada a otra persona en el mismo carácter; b) Concubina o concubinario cuando visite a otra interna o interno en tal carácter o cuando la interna o el interno reciba la visita de su cónyuge.”

“Artículo 38. — La visita de ex-internos se autorizará cuando se tratare de: a) Cónyuge; b) Concubina o concubinario; c) Parientes por consanguinidad en primer grado. Otros casos podrán ser considerados por el Director, previo Informe del Servicio Social cuando del mismo resulte que la visita puede ser favorable y compatible con el tratamiento del interno.”

“Visitas Extraordinarias. Artículo 39. — Se considerarán visitas extraordinarias aquellas que, pudiendo ser en principio ordinarias, por circunstancias atendibles de distancia, salud o trabajo no pueden realizarse en las condiciones y oportunidad fijadas para estas.”

“Artículo 40. — La persona que se encuentre autorizada a realizar visitas extraordinarias, no podrá obtener simultáneamente visitas ordinarias con el mismo interno.”

“Artículo 41. — Las visitas extraordinarias por razones de distancia podrán contemplar dos situaciones fácticas: a) Cuando la persona con derecho a visita ordinaria se domicilie a más de CIEN (100) kilómetros y hasta TRESCIENTOS (300) kilómetros del establecimiento que aloje al interno; b) Cuando el Interno este alojado en un establecimiento a más de TRESCIENTOS (300) kilómetros del domicilio real de su cónyuge, hijos, padres, hermanos, concubina o concubinario que tuvieran reconocido su derecho a visita ordinaria. En ambos casos, el domicilio real se acreditará mediante el documento de identidad y, por excepción fundada, por otro medio fehaciente.”

“Artículo 42. — Las visitas extraordinarias por distancia previstas en el Artículo 41 no serán acumulables. Se realizarán durante CINCO (5) días consecutivos, cada TREINTA (30) días, con una duración de TRES (3) horas diarias.”

“Si el visitante dejare transitoriamente de estar comprendido en los casos del Artículo 41 volverá a tener la posibilidad de gozar de visitas extraordinarias por distancia, luego de transcurridos TREINTA (30) días de la última visita ordinaria.”

“Artículo 43. — En el caso previsto en el Artículo 41, inciso b), cuando el Servicio Social constatare que los familiares comprendidos carecen de los medios económicos indispensables para trasladarse al lugar en que se encuentre el interno, iniciará de inmediato las gestiones destinadas a facilitar su traslado y estadía, pudiendo recurrirse al concurso de otros organismos oficiales de nivel nacional, provincial o municipal, a los recursos de la

comunidad o a los organismos mencionados en el Artículo 168 de la LEY DE EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD Nº 24.660. Si se documentare que dichas gestiones resultaren infructuosas, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 44, 45, 46 y 47.”

“Artículo 44. — Podrá disponerse el traslado del interno al establecimiento más cercano al domicilio real de los familiares mencionados, mediando pedido o conformidad expresa del interno cuando la solicitud fuera interpuesta por el visitante y siempre que el interno reúna los siguientes requisitos: a) Estar alojado en un establecimiento que se encuentre a más de TRESCIENTOS (300) kilómetros de la residencia de sus familiares; b) Registrar una permanencia continuada en el establecimiento no inferior a SEIS (6) meses; c) Poseer, en el último trimestre, conducta y concepto Bueno-cinco (5)-, como mínimo; d) Contar con el dictamen favorable del Instituto de Clasificación.”

“Artículo 45. — La resolución será dictada por el Director General de Régimen Correccional. Cuando la resolución fuere favorable en la misma se deberá determinar el establecimiento que alojará transitoriamente al interno, por un plazo no mayor de VEINTE (20) días y las medidas de seguridad que deberán tomarse durante el traslado. La visita, durante dicho lapso, será de TRES (3) hora diarias, como máximo.”

“Artículo 46. — Si la resolución adoptada fuere negativa el pedido sólo podrá ser reiterado luego de haber transcurrido SEIS (6) meses de su notificación.”

“Artículo 47. — La solicitud de esta visita extraordinaria por razón de distancia, sólo podrá reiterarse luego de haber transcurrido UN (1) año desde el reintegro del interno al establecimiento de origen.”

“Artículo 48. — Podrán concederse visitas extraordinarias por razones de salud cuando quien tenga derecho a visita ordinaria, lo solicite por escrito y acompañe certificación médica que acredite un impedimento psicofísico que requiera una modalidad diferencial para su desarrollo.”

“Artículo 49. — Podrán concederse visitas extraordinarias por razones de trabajo cuando se solicite por escrito y se acredite el impedimento invocado.”

“Artículo 50. — En los casos de los artículos 48 y 49 el Director recabará un informe del Servicio Social y/o del Servicio Médico del establecimiento, según corresponda.”

“Visitas de consolidación familiar. Artículo 51. — Estas visitas tienen por finalidad consolidar y fortalecer las relaciones del interno con sus familiares más directos. Podrán comprender a quienes hayan acreditado su condición de: a) Cónyuge; b) Padres; c) Hijos; d) Hermanos; e) Concubina o concubinario.”

“Artículo 52. — Estas visitas tendrán CUATRO (4) modalidades esenciales: a) Reunión familiar en ocasión de fechas significativas para el interno o su familia; b) Visita individual del hijo mayor de CATORCE (14) años y menor de DIECIOCHO (18) años a su padre o a su madre; c) Visita individual del padre o madre o tutor al joven adulto de DIECIOCHO (18) a VEINTIUN (21) años y a los comprendidos en el artículo 198 de la LEY DE EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD Nº 24.660; y d) Visita de reunión conyugal.”

“Artículo 55. — Para el otorgamiento de las visitas de consolidación familiar previstas en el artículo 52, incisos a), b) y c), previamente se deberá contar con el informe del Servicio

Social que acredite su conveniencia. En caso favorable, se acordará una visita UNA (1) vez por mes, durante DOS (2) horas en cada una de las diferentes modalidades.”

“Artículo 56. — El interno que no goce de permiso de salida para afianzar y mejorar los lazos familiares, podrá recibir la visita prevista en el artículo 52, inciso d), de su cónyuge o a falta de este, de la persona con quien mantuviera vida marital al momento de la detención, en la forma y modo que determina este Reglamento, resguardando la intimidad de ambos y la tranquilidad del establecimiento. Asimismo, previo estudio e informe del Servicio Social, se podrá autorizar esta modalidad de visita en el caso de una relación afectiva iniciada con posterioridad a la detención, siempre que se acredite una vinculación previa no inferior a los SEIS (6) meses.”

“Artículo 57. — La frecuencia de esta visita será quincenal con una duración máxima de DOS (2) horas.”

“Artículo 58. — Las visitas de consolidación familiar mencionadas en el artículo 52 inciso d), que resulten extraordinarias por distancia, se realizarán durante CINCO (5) días consecutivos cada TREINTA (30) días, con una extensión de TRES (3) horas diarias. Volverá a tener la posibilidad de gozar de estas visitas luego de transcurridos TREINTA (30) días de efectuada la última.”

“Artículo 59. — En todos los casos de solicitud de visita de reunión conyugal, y previo al requerimiento de los informes previstos en el artículo 60, el interno y el visitante propuesto serán fehacientemente notificados de que deberán prestar su consentimiento para que el resultado de dichos informes sea puesto en conocimiento de la otra parte. En el

supuesto de negativa a prestarlo, esta circunstancia también se pondrá en conocimiento de la otra parte.”

“Artículo 60. — Para acceder a la visita de reunión conyugal, y posteriormente por lo menos cada SEIS (6) meses, se requerirá: a) Informe del Servicio Médico del establecimiento sobre el estado de salud psicofísica del interno y si padece o no alguna enfermedad infectocontagiosa, el que será puesto en conocimiento del interno. Si del informe surgiere la existencia de una enfermedad infectocontagiosa, especialmente las de transmisión sexual, el médico deberá informar al interno sobre el carácter de la misma, medios y formas de transmitirla, dejándose constancia de ello; b) Informe médico sobre el estado de salud psicofísica del visitante y si padece o no alguna enfermedad infectocontagiosa, el que será entregado, en sobre cerrado, al Servicio Médico del establecimiento extendiéndose constancia de ello. Si no mediare oposición del interno o de su visitante, el médico del establecimiento, bajo constancia, pondrá en conocimiento de ambos dichos Informes.”

“Artículo 63. — El menor de edad no emancipado, sea visitante o visitado, deberá contar además, con expresa autorización escrita de sus padres, tutor o, en su defecto, de juez competente.”

“Artículo 64. — El pedido de visitas de reunión conyugal será presentado, por escrito, por el Interno con identificación del visitante propuesto. Con tal solicitud se procederá a la apertura de un expediente que seguirá el siguiente trámite: a) Verificación del vínculo invocado; b) Conformidad por escrito del visitante propuesto, y además, si este fuera menor no emancipado las de sus padres o tutores; c) Constancia de que se ha dado cumplimiento

con lo dispuesto en el artículo 59; d) Informes médicos del interno y del visitante, cuyos resultados no obstarán la concesión de estas visitas. Reunidos estos requisitos el Director concederá la visita de reunión conyugal solicitada notificando, bajo constancia, al interno y al visitante su otorgamiento y lo dispuesto en los artículos 65 a 67.”

“Artículo 65. — La visita de reunión conyugal se efectuará en horario diurno, en el día y hora que se indique y en los lugares determinados a este fin conforme lo dispuesto en el artículo 9º. En ningún caso tendrá lugar en el alojamiento del interno.”

“Artículo 66. — El visitante proveerá la ropa de cama y los artículos de profilaxis e higiene personal. El interno y su visita serán conjuntamente responsables del aseo del lugar asignado.”

“Artículo 67. — No se permitirá el ingreso del exterior de alimentos ni bebidas.”

“Artículo 68. — No podrá recibir la visita de reunión conyugal el interno alojado en establecimientos o secciones especiales de carácter asistencial, médico, psiquiátrico o en los que se desarrollen regímenes terapéuticos especializados.”

“Visitas excepcionales. Artículo 69. — El interno que deba cumplir la sanción de prohibición de recibir visita, o las de permanencia continua o discontinua en alojamiento individual tiene derecho a recibir, en locutorio, UNA (1) sola visita durante DOS (2) horas, del familiar directo o allegado, en caso de no contar con aquel, que bajo constancia indique al ser notificado de la sanción impuesta. El Servicio Social, en tiempo oportuno, comunicará fehacientemente al familiar o allegado la decisión del interno.”

“Visitas entre Internos. Artículo 70. — Los internos alojados en distintos establecimientos del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL que disten entre sí, no más de CIEN (100) kilómetros, podrán visitarse de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento.”

“Artículo 71. — El Director General de Régimen Correccional podrá autorizar la visita entre internos cuando se tratare de: I. Cónyuge. II. Consanguíneos: a) Descendientes: Hijos; b) Ascendientes: Padres; c) Colaterales: Hermanos. III. Concubina o concubinario.”

“Artículo 72. — La visita entre internos alojados en distintos establecimientos podrá tener lugar UNA (1) vez cada QUINCE (15) días con una duración efectiva de TRES (3) horas.”

“Artículo 73. — Para acceder a estas visitas ambos internos deberán, como mínimo, tener conducta buena si fueren condenados, o comportamiento bueno si fueren procesados, y no registrar sanciones en el último trimestre. La pérdida de alguno de estos requisitos determinará la suspensión de esta clase de visitas hasta su re adquisición.”

“Artículo 74. — El pedido de estas visitas será presentado por escrito por uno de los interesados, procediéndose a la apertura de un expediente que seguirá el siguiente trámite: a) Incorporación, respecto del interno peticionante, de su situación legal, verificación del vínculo, antecedentes disciplinarios, conducta o comportamiento según corresponda e informe del Servicio Social sobre la conveniencia de acceder a lo solicitado; b) Remisión del expediente al establecimiento donde se encuentra alojado el otro interno para que este manifieste expresamente su conformidad o disconformidad y agregación, en este último caso, de los informes enumerados en el inciso a); c) Elevación de todo lo actuado a consideración del Director General de Régimen Correccional. Si se accediere a lo peticionado,

la resolución determinará cual de los internos será trasladado y las pertinentes medidas de seguridad; d) Comunicación inmediata de la resolución al juez de la causa, si se tratara de procesados. Cuando no mediare su oposición se procederá a su cumplimiento.”

“Artículo 75. — La visita de reunión conyugal entre internos alocados en distintos establecimientos deberá reunir los recaudos establecidos en los artículos 56, 65, 66, 67, 72 y 73 del presente Reglamento.”

“Artículo 76. — Para acceder a esta visita, y con una periodicidad de SEIS (6) meses, se requerirá informe del Servicio Médico de los establecimientos donde se encuentren alojados ambos internos que acredite su estado de salud psicofísica y que de acuerdo a los exámenes practicados no padezcan ninguna enfermedad infectocontagiosa. Los informes serán puestos en conocimiento de ambos internos por el médico del establecimiento en que se encuentren alojados, dejándose constancia fehaciente de ello; debiendo dar cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 59 y 60. En dicha oportunidad el médico deberá brindar la información y asesoramiento necesarios sobre toda medida médico-preventiva, especialmente la referida a enfermedades de transmisión sexual.”

“Artículo 77. — El pedido de visita de reunión conyugal será presentado por escrito por la interna o el interno con identificación del otro interno o interna propuesto. Con tal solicitud se procederá a la apertura de un expediente que seguirá el siguiente trámite: a) Verificación del vínculo invocado; b) Comprobación del requisito de conducta o comportamiento de ambos internos; c) Constancia de que se ha dado cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 59; d) Conformidad por escrito del interno propuesto; e) Informes

médicos de ambos internos; f) Reunidos los informes se elevará el expediente a resolución del Director General de Régimen Correccional. Si se accediere a lo peticionado la resolución determinará cual de los internos será trasladado y las pertinentes medidas de seguridad; g) La resolución dictada deberá comunicarse de inmediato al Juez de la causa cuando uno o ambos internos fueren procesados. Si no mediare su oposición se procederá a notificársela a los internos.”

“Artículo 78. — Ambos internos serán conjuntamente responsables del aseo del lugar asignado, no permitiéndoseles el ingreso de alimentos, bebidas ni aparatos reproductores de sonido.”

“Artículo 79. — El MINISTERIO DE JUSTICIA por intermedio de la SECRETARIA DE POLITICA PENITENCIARIA Y DE READAPTACION SOCIAL adoptará las previsiones correspondientes a fin de que cuando se proyecten los acuerdos con las provincias se considere la factibilidad de incluir normas que permitan la visita interjurisdiccional de los internos.”

“Visitas de Abogados Defensores, Apoderados y Curadores. Artículo 80. — En ejercicio de su derecho de defensa, el interno podrá comunicarse libre y privadamente con su o sus defensores, mediante entrevistas personales confidenciales.”

“Artículo 81. — El personal penitenciario dispensará al abogado en ejercicio de su profesión, la consideración y respeto debidos a los magistrados según lo dispone la LEY Nº 23.187, artículo 5º.”

“Artículo 82. — Las entrevistas con los abogados defensores podrán mantenerse durante todos los días de la semana, entre las OCHO (8) horas y las VEINTE (20) horas. Ello no obstará a que, excepcionalmente el Director o quien se encuentre legalmente a cargo del establecimiento, en caso de necesidad y urgencia pueda autorizar la visita, fuera del horario fijado.”

“Artículo 83. — La entrevista de los abogados defensores con los internos se realizará en el locutorio o lugar adecuado que determine la Dirección del establecimiento.”

“Artículo 84. — La entrevista del abogado defensor con el interno deberá ser individual. Cuando el mismo abogado asuma la defensa de DOS (2) o más internos involucrados en una misma causa y alojados en el mismo establecimiento podrá entrevistarlos en forma conjunta en la medida en que lo permitan las instalaciones y no se afecte la seguridad.”

“Artículo 85. — Los abogados defensores deberán acreditar su identidad y su condición de tales con la certificación extendida por el juzgado a cuya disposición se encuentra alojado el interno. En la certificación judicial deberá constar nombre del interno, tipo y número de documento del profesional, tomo y folio de su matrícula y número de la causa en que interviene.”

“Artículo 86. — Al ingreso al establecimiento, el abogado defensor deberá hacer entrega de su documento de identidad, el que será devuelto a su salida.”

“Artículo 87. — Previo a su ingreso al lugar asignado para la visita, el abogado defensor deberá permitir la revisión de las pertenencias que lleve consigo, pudiendo ingresar

solo los elementos que se vinculen directamente con su misión. Si hubiere censores no intensivos u otras técnicas no táctiles, deberá aceptar su empleo. El incumplimiento por parte del abogado defensor de los deberes enunciados en el artículo 22, incisos a), b), f), g) y h) del presente Reglamento, será comunicado inmediatamente al juez competente y al Colegio de Abogados que corresponda.

“Artículo 88. — Cuando el interno no hubiere designado defensor, se autorizarán hasta DOS (2) entrevistas personales previas con el o los abogados que indicare.”

“Artículo 89. — El interno deberá informar nombre, apellido y teléfono de su o sus defensores, como así de todo cambio posterior.”

“Artículo 90. — Los apoderados y curadores del interno, para acceder a su visita, deberán presentar su documento de identidad y acreditar el carácter invocado mediante la presentación de copia autenticada del poder o resolución judicial en la que conste su identificación.”

“Artículo 91. — La visita de apoderados y curadores tendrá lugar DOS (2) veces por semana con una duración de DOS (2) horas cada una. En caso necesario el Director podrá autorizar entrevistas adicionales.”

“Artículo 92. — En cada establecimiento se habilitará un libro de visitas de abogados defensores, apoderados y curadores destinado a registrar las entrevistas, en el que constará:
a) Fecha y horario de las visitas; b) Datos del abogado defensor, del apoderado o del curador; c) Datos del interno.”

“Visitas de Profesionales de la Salud. Artículo 93. — Los profesionales de la salud requeridos por el interno a sus expensas para su atención privada, deberán prestar conformidad para la visita, en el expediente que se abrirá a tal efecto acreditando su identidad y su condición de facultativo, haciendo constar su matrícula profesional, su domicilio y su teléfono. Previo a su aceptación, se le informarán los deberes y derechos de los visitantes.”

“Artículo 94. — Previo a su ingreso al lugar asignado para la visita, el profesional deberá permitir la revisión de las pertenencias que lleve consigo, pudiendo ingresar solo los elementos que se vinculen a su misión. Si hubiere censores no intensivos u otras técnicas no táctiles, deberá aceptar su empleo.”

“Artículo 95. — Esta visita deberá realizarse en las instalaciones del Servicio Médico, en el día y el horario previamente establecidos por el Director. Si del examen médico surgiere la necesidad de dispensar al interno alguna atención inmediata, lo informará, en el acto, al médico del establecimiento. En caso de coincidir ambos profesionales, el visitante procederá, en presencia del médico del establecimiento, a la administración de la terapéutica aconsejada.”

“Artículo 96. — El profesional de la salud a su egreso dejará constancia del diagnóstico y del tratamiento prescripto, si procediere, lo que se hará constar en la Historia Clínica del interno. Los costos de dicho tratamiento estarán al exclusivo cargo del interno, excepto cuando el tratamiento sea indispensable para el mantenimiento o la recuperación de la salud, circunstancia que se constatará por el Servicio Médico del establecimiento.”

“Artículo 97. — Cualquier divergencia entre el Servicio Médico del establecimiento y el profesional médico visitante, incluyendo la prolongación y periodicidad de los exámenes, controles y visitas asistenciales, será elevada a consideración del juez competente.”

“Visita de Asistencia Espiritual. Artículo 98. — El interno tiene derecho a recibir asistencia espiritual mediante la visita de miembros de la Iglesia Católica Apostólica Romana, si esta fuere su religión, o de representantes del credo que profese, reconocido e inscripto en el Registro Nacional de Cultos. Ninguna sanción disciplinaria podrá suspender el ejercicio de este derecho.”

“Artículo 99. — Para acceder a la visita se deberá acreditar la identidad y el carácter que se invoca mediante: a) Comprobante extendido por la correspondiente autoridad eclesiástica para los miembros de la religión Católica Apostólica Romana; b) Comprobante extendido por el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO para los representantes de otros credos.”

“Artículo 100. — Estas visitas tendrán una frecuencia semanal de DOS (2) horas de duración.”

“Visitas de Representantes Diplomáticos y de Organismos Internacionales” ya las reseñamos respecto del artículo anterior al que nos remitimos.

“Visitas de Estudio. Artículo 104. — Para obtener la autorización de visitas de estudiantes terciarios o universitarios que cursen materias afines con la problemática penitenciaria deberán cumplirse los siguientes requisitos: a) Solicitud del docente o del encargado responsable del grupo con expresa indicación de la entidad u organismo al que

pertenece; b) Objeto de la visita; c) Proposición de días y horarios para la visita; d) Nómina de visitantes con número de documento de identidad, el que deberá exhibirse al ingreso.”

“La solicitud deberá presentarse ante el Director del establecimiento con TREINTA (30) días de, anticipación a la visita, la que será resuelta y notificada con SIETE (7) días previos a dicha fecha.”

“Artículo 105. — A fin de resguardar la privacidad de la familia del interno y el derecho de este a su intimidad e identidad y evitar la posible estigmatización, en ningún caso se autorizarán entrevistas personales de estudiantes o profesionales, fuera de los autorizados por este Reglamento y siempre que no se los exhiba públicamente o se publicite su causa.”

“Cooperación de Voluntarios. Artículo 106. — La DIRECCION NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL promoverá la participación de cooperadores voluntarios para desarrollar, de acuerdo al tipo de establecimiento y a la categoría de internos alojados, actividades recreativas y culturales, utilizando todos los medios compatibles con el régimen del establecimiento. El programa recreativo comprenderá prácticas deportivas, preferentemente de equipo.”

“Artículo 107. — A los efectos del artículo anterior y ad referéndum de la SECRETARIA DE POLITICA PENITENCIARIA Y DE READAPTACION SOCIAL, el Director Nacional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL podrá celebrar convenios con universidades, institutos de enseñanza de nivel terciario o instituciones científicas, culturales o deportivas, con personería jurídica.”

“Visitas de Asistencia Social. Artículo 108. — El interno individualmente podrá recibir la visita de personas, de miembros de organismos oficiales o privados que posean personería jurídica con el objeto específico de favorecer sus posibilidades de reinserción social, contribuir al amparo de su familia o atender a las necesidades morales y materiales especialmente cuando carezca de familiares o estos se encontraren imposibilitados de visitarlo. Su acción, en todos los casos, será coordinada por el servicio social del establecimiento.”

“Artículo 109. — Los miembros de los organismos oficiales deberán acreditar, en cada caso, su identidad personal, su pertenencia al mismo y el motivo de su visita.”

“Artículo 110. — Las organizaciones privadas cuyo objeto social encuadre específicamente en lo previsto en el artículo 108 deberán inscribirse en un registro que llevará la SECRETARIA DE POLITICA PENITENCIARIA Y DE READAPTACION SOCIAL. A tales efectos deberán presentar la solicitud correspondiente acompañando: a) Copia certificada de sus estatutos y de la resolución que le acuerda la personería jurídica; b) Copia certificada de la memoria y balance del último ejercicio; c) Nómina actualizada de sus autoridades indicando sus documentos de identidad; d) Actividades que se proponen desarrollar con el interno; e) Nómina de las personas propuestas para entrevistar al interno, con indicación de sus datos personales y calificación profesional.”

“Artículo 111. — Cuando la solicitud fuere resuelta favorablemente, se concederá una autorización provisional para operar en un lapso de UN (1) año. A su término, previo

informe fundado del Director Nacional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL podrá concederse la acreditación definitiva.”

“Comunicaciones Telefónicas. Artículo 128. — La frecuencia de las comunicaciones telefónicas y su duración, de acuerdo a la conducta del penado y al comportamiento del procesado, serán fijadas en el Reglamento Interno de cada establecimiento según fuere su régimen, el nivel de seguridad y las posibilidades de sus instalaciones específicas. En su caso regirá lo dispuesto en los artículos 54, inciso d); 59 y 62 del REGLAMENTO DE DISCIPLINA PARA LOS INTERNOS.”

“Artículo 129. — Estas comunicaciones se efectuarán exclusivamente mediante los teléfonos públicos habilitados en el establecimiento entre las OCHO (8) horas y las VEINTE (20) horas. En todos los casos, el importe será satisfecho por el interno.”

“Artículo 130. — El Director dispondrá que en el uso del servicio telefónico gocen de prioridad: a) El interno cuyos familiares residan en localidades alejadas del país o no puedan desplazarse para visitarlo; b) El interno que deba comunicarse por asuntos importantes y urgentes, debidamente justificados, con familiares, abogados u otros.”

“Artículo 131. — El Reglamento Interno de cada establecimiento y las instrucciones dictadas por el Director fijarán las reglas que el interno deberá observar para y durante las comunicaciones.”

“Correspondencia. Artículo 132. — El interno podrá recibir y expedir a su costo correspondencia sin censura y sin límites en cuanto a la cantidad. Las únicas restricciones

serán las previstas en los artículos 54, inciso e); 55, segundo párrafo; 59 y 62 en función del artículo 19 in fine del REGLAMENTO DE DISCIPLINA PARA LOS INTERNOS.”

“Artículo 133. — Toda correspondencia que expida el interno se depositará en sobre cerrado donde conste el nombre y apellido del remitente.”

“La correspondencia que ingrese o salga del establecimiento será registrada en un libro habilitado a tal fin, donde constará: a) Nombre, apellido y dirección del destinatario o remitente; b) Fecha de envío o de recepción; c) Nombre, apellido y firma del interno.”

“Artículo 134. — La correspondencia que reciba o remita el interno deberá ser distribuida o despachada inmediatamente en días hábiles y dentro del horario que establezca el Reglamento Interno de cada establecimiento y las instrucciones dictadas por el Director.”

“Artículo 135. — La correspondencia dirigida al interno deberá ser abierta por el destinatario en presencia del funcionario, sin perjuicio de haberla sometido, con anterioridad, a censores u otros medios eficaces para detectar la posible introducción de objetos o sustancias no autorizadas.”

“Artículo 136. — Cuando el Interno haya afectado o intente alterar el orden y seguridad del establecimiento o se sospeche fehacientemente que hubiera impartido o recibido instrucciones para la comisión de delitos mediante la correspondencia, el Director podrá suspenderla informándolo de inmediato al juez competente con remisión de las piezas correspondientes.”

“Educación a Distancia. Artículo 137. — La correspondencia motivada por la enseñanza a distancia se regirá por las normas que reglamenten el Capítulo VII de la LEY DE EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD Nº 24.660.”

“Recepción de Paquetes. Artículo 138. — El interno podrá recibir paquetes conteniendo artículos de uso y consumo personal cuyo ingreso se encuentre autorizado. Las únicas restricciones serán las previstas en los artículos 54, inciso c); 58, primer párrafo y 60 del REGLAMENTO DE DISCIPLINA PARA LOS INTERNOS. Los paquetes serán abiertos por el personal encargado de esta tarea, en presencia del destinatario. Los artículos autorizados les serán entregados bajo constancia de recepción suscripta por el interno.”

“Artículo 139. — El ingreso de paquetes, por cualquier vía, se registrará en el libro correspondiente. Cuando la entrega fuese realizada por el remitente, los paquetes serán abiertos en su presencia por el personal a cargo de esa tarea, haciéndole entrega del recibo pertinente con detalle de su contenido.”

“Artículo 140. — El Director dispondrá los días y horas habilitados para que los familiares o allegados ingresen los paquetes para el interno. En cada caso se deberá identificar fehacientemente al portador de los mismos y a su destinatario.”

“Artículo 141. — Los artículos cuyo ingreso no este autorizado quedarán en depósito hasta que sean retirados por persona autorizada por el interno o hasta su egreso.”

“Artículo 142. — Si el paquete tuviere alimentos perecederos no autorizados, el interno será notificado a fin de que los haga retirar dentro del plazo perentorio que se fije.”

Vencido dicho plazo, los alimentos serán considerados abandonados, procediéndose en la forma dispuesta en el artículo 143, previa notificación al interno.”

“Artículo 143. — Si a su egreso el interno no retirará de inmediato los artículos de su pertenencia existentes en depósito será intimado fehacientemente para que lo haga. Si no lo hiciere dentro de los SESENTA (60) días de notificado; se los considerará abandonados. El Director podrá disponer su uso interno y si ello no fuera posible serán destruidos, documentándose el procedimiento mediante acta.”

ARTICULO 161. — Las comunicaciones orales o escritas previstas en el artículo 160, sólo podrán ser suspendidas o restringidas transitoriamente, por resolución fundada del director del establecimiento, quien de inmediato, lo comunicará al juez de ejecución o juez competente. El interno será notificado de la suspensión o restricción transitoria de su derecho.

Los antecedentes legislativos, según se indica en la documentación oficial de la labor parlamentaria de la Ley 24660, se compone por la Ley de Ejecución de Pena de Brasil (art. 41.XV), de Uruguay (art. 13) de España (LOGP, Art. 51.5), de Francia (CPP, Arts. D 414 y D 417), de Italia (LEG, Art. 18), de Perú (CEP, Arts. 49 y 50) y de Ecuador (ANT, Arts. 63 y 64).

Los antecedentes, similitudes y divergencias en el derecho comparado son los mismos que los señalados para el artículo anteriormente comentado.

Datos empíricos que confronten críticamente la dimensión del ser.

Sobre esto ya reseñamos los informes de la Procuración Penitenciaria de la Nación y de otros organismos para verificar las carencias en materia de acceso al derecho a las comunicaciones y en lo que sigue de comentario nos ocuparemos de las visitas y correspondencias, por lo que nos

remitimos a esos lugares específicos en honor a la brevedad, como así también en materia de Normas, Principios y Reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interpretación en los organismos de los Sistemas de Protección Internacional y Regional, aplicables al instituto en estudio

Propuesta de interpretación del texto legal.

Si bien confrontando tales datos empíricos, parámetros constitucionales e internacionales, opiniones doctrinarias y jurisprudenciales, nos remitimos a todo lo dicho en el comentario al artículo anterior por resultarle enteramente de aplicación, podemos agregar que el primer límite que le impone la norma al Director al suspender o restringir las comunicaciones tiene que ver con que no puede hacerlo de manera permanente o sine die, sino que sólo puede hacerlo transitoriamente, lo cual obliga al Director a señalar expresamente en su resolución el tiempo determinado de manera concreta por el cual el interno tendrá suspendido o restringido su derecho, puesto que de otro modo se habilitará una discrecionalidad intolerable en términos de arbitrariedad, e imposibilitará cualquier tipo de control del interno y su defensa y/o del Juez competente, puesto que ninguno de ellos sabrá por cuánto tiempo estará suspendido o restringido el derecho.

Ello se deriva del término “transitorio” que en el diccionario RAE, ya citado en varias oportunidades aquí, significa en sus dos acepciones: “1. Adj. Pasajero, temporal. 2. Adj. Caduco, perecedero, fugaz.”⁴² Ergo, la suspensión o restricción del derecho a la comunicación por vías orales o escritas, para que cumpla con el requisito de transitoria, exigido expresamente en la

⁴² Diccionario de la lengua española, edición del tricentenario. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=aKn6kLx>

norma en comentario, debe contener la indicación concreta del plazo por el cual se impone, con fecha y hora de inicio y fin. Esta indeterminación y el espacio de arbitrariedad que posibilita ya había merecido críticas en la discusión parlamentaria de la norma⁴³ y que López y Machado entienden que quedó solucionado con el Decreto 1136/97 y con el de sanciones disciplinarias 18/97 que regula expresamente el procedimiento disciplinar, marco en el cual se encuentra prevista la notificación al interno, la indicación de plazo, la notificación inmediata al Juez y el recurso a fin de su revisión. A lo que agregamos que ello soluciona las cosas en el mundo del deber ser, más en el del ser no aporta demasiada claridad para restringir el grado de arbitrariedad que posibilita y que los servicios penitenciarios aprovechan asiduamente, muestra de ello son los procesos disciplinarios de larga duración en el tiempo, sin cumplimiento de los plazos legales, algunos de los cuales suelen terminar sin adoptar temperamento disciplinario, y algunos de sus efectos pueden verse los informes anuales de la PPN y del SNEEP.

El segundo límite impuesto por la norma al habilitar la suspensión o la restricción, se obliga al Director a fundamentar de manera suficiente la necesidad, adecuación al caso, utilidad, pertinencia y suficiencia de optar por una o por otra medida, teniendo especialmente en cuenta siempre el principio de última ratio que lo obligará a considerar en primer lugar siempre la restricción y como última medida la suspensión del derecho, todo lo cual es válido como exigencia también para la elección del tiempo por el cual se impondrá la medida.

Respecto de la inmediatez como concepto jurídico indefinido, entendemos que suele generar problemas derivados de la interpretación laxa del concepto, asimilado a las posibilidades

⁴³ Antecedentes Parlamentarios LL., año III, N° 9, p{ag. 66. Citado por López y Machado, ob.cit. p{ag. 385.

de la utilización de un tiempo prudencial para formalizar la comunicación al Juez competente, lo cual suele derivar en cuestiones administrativas burocráticas estandarizadas que dan trámite a estas cuestiones de manera similar a cualquiera de mero trámite sin urgencias, por lo cual se suele tardar más tiempo que el comprendido en las restricciones impuestas (por ejemplo, se aísla provisionalmente a internos por cuestiones disciplinarias y se los priva de toda comunicación o se las limita a un llamado diario, por un lapso de 3 días y se comunica al Juez a los 4 o 5 días o más) y si a ello se suman los escasos recursos destinados para esos efectos, y sin tener en cuenta las posibilidades de utilizar tecnologías actuales para las comunicaciones inmediatas, el panorama en la práctica suele ser de grandes dilaciones que tornan en abstracto el control judicial efectivo (materialmente posible y decisivo para la situación), oportuno (mientras sucede la limitación del derecho) y pertinente (adecuado a lo que el caso demande para su control y decisión) sobre las restricciones impuestas administrativamente sobre los derechos de los internos, quizá también de manera estratégica (para disciplinar).

Según la expresión del término “de Inmediato” en el diccionario de la Real Academia Española significa “Inmediatamente” y la definición para esta palabra es en sus dos acepciones “!. Adv. Sin interposición de otra cosa. 2. Adv. Ahora, al punto, al instante.”⁴⁴ Por ende, el deber del Director del establecimiento penal ante una restricción al derecho del interno sobre sus comunicaciones orales y/o escritas, consiste en la comunicación al Juez de ejecución o competente sin ninguna interposición de otro trámite, actuación o actividad de la índole que sea, y para ello

⁴⁴ Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Le5i92Y>

debe maximizar la utilización de todas las tecnologías disponibles, por lo cual cualquier dilación, sea cual sea el motivo, lo hace incurrir en incumplimiento de los deberes a su cargo.

Pero antes de la afectación al derecho, el artículo incluye una orden inevitable para el Director, quien según la letra de la norma en comentario es el facultado para limitar el derecho, e inescindible de cualquier decisión administrativa o jurisdiccional que produzca la limitación o restricción de un derecho de una persona, mucho más como en el caso que se trata de personas a disposición del Estado por encontrarse privadas de su libertad. Nos referimos a la exigencia legal de que la decisión que suspenda o restrinja el derecho a la comunicación sea mediante resolución fundada.

Esta obligación obliga a la fundamentación de esa orden particular obligatoria para los administrados que configura toda resolución, y esa fundamentación debe contener todos los requisitos necesarios para configurar una derivación razonada del derecho vigente, como ha sostenido reiteradamente la CSJN en materia de arbitrariedad, a fin de poder sostener la validez de una decisión administrativa o jurisdiccional.⁴⁵

Pero en lo específicamente atinente a la exigencia de fundamentar las decisiones en el ámbito del derecho al debido proceso adjetivo, podemos traer a colación lo siguiente de Ezequiel Cassagne quien afirma que: *“El principio del debido proceso adjetivo es una expresión de la garantía de derecho de defensa consagrada en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, y de*

⁴⁵ Fallos 339:1448 "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Farifia Acosta, Jorge Darío s/abuso sexual (art. 119, primer párrafo)". CSJN 11/10/2016, con cita de Fallos 313:1223; 320:2089; 323:1449; 324:3612 y CSJ 83/2013 (49-A)/CS1 "Albarenque, Claudia Darío s/ causa n° 115.904", resuelta el 19 de mayo de 2015.

la tutela judicial efectiva reconocida en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en los artículos 2, inc. 3, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todos con jerarquía constitucional conforme lo establece expresamente nuestra propia carta fundamental (artículo 75, inciso 22)... El deber de emitir una decisión administrativa fundada encuentra también su cimiento en la obligación de que todo acto contenga una motivación, por medio de la cual se exprese en forma concreta las razones que llevan al órgano administrativo a emitir dicho acto, sustentándose en los antecedentes de hecho y de derecho que le sirvieron de causa. (3) En este entendimiento, una decisión que debe resolver una petición de un particular deberá valorar — y expresar— como antecedentes los hechos y el derecho aplicable, así como también las peticiones del © Thomson La Ley 2 administrado. Pero, como sostiene Coviello, cuando se hace referencia al derecho a una decisión fundada, “con ello no es que sólo nos estamos refiriendo a la motivación del acto administrativo como elemento esencial de él. Antes bien, ello apunta a algo más elevado: la forma republicana de gobierno o sana democracia significa que los poderes públicos — todos— deben dar razón de sus decisiones (4).”⁴⁶

Y por último, entendemos que el mismo requisito de inmediatez del que hablamos antes es exigido para la notificación del interno a quien se le suspenden o restringen sus comunicaciones, debido que de no entenderse de ese modo el último párrafo del artículo en comentario, se habilita una discrecionalidad sumamente peligrosa para el ámbito penitenciario, consistente en no contar

⁴⁶ Cassagne, Ezequiel “El control de la inactividad formal de la administración”, p.1. Disponible en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/El_control_de_la_inactividad_formal_de_la_administracion.pdf

con ningún plazo para notificar al interno de la suspensión o restricción de un derecho que le pertenece, lo cual puede obstaculizar todo tipo de ejercicio del derecho de defensa material, incumplir con las formas sustanciales del debido proceso adjetivo administrativo obstaculizando la posibilidad recursiva, e impedir materialmente la intervención del defensor del interno cuyos derechos se limitan, todo lo cual, claramente dejaría en una situación de indefensión total, o al menos oportuna si se entiende que la notificación puede hacerse durante o aún después del cumplimiento de la medida tornándose abstracta cualquier tipo de articulación en su contra, lo cual no puede ser suplido por el conocimiento por parte del Juez competente de la medida impuesta, pues si bien es quien tiene el deber de realizar el control judicial en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de la libertad (Art. 3 de la LEP), de ningún modo puede ejercer el derecho de defensa en juicio del condenado, ni en términos formales ni materiales, lo cual debe ser siempre garantizado por mandato constitucional (Art. 18 CN) y legal (Art. 6 de la LEP)

ARTICULO 162. — El visitante deberá respetar las normas reglamentarias vigentes en la institución, las indicaciones del personal y abstenerse de introducir o intentar ingresar elemento alguno que no haya sido permitido y expresamente autorizado por el director. Si faltaren a esta prescripción o se comprobare connivencia culpable con el interno, o no guardare la debida compostura, su ingreso al establecimiento será suspendido, temporal o definitivamente, por resolución del director, la que podrá recurrirse ante el juez de ejecución o el juez competente.

Antecedentes legislativos e historia del instituto.

Los antecedentes legislativos, según se indica en la documentación oficial de la labor parlamentaria de la Ley 24660, se compone por el artículo 76 de la RPN y el artículo D 404 de la ley de ejecución francesa.

Antecedentes, similitudes y divergencias en el derecho comparado.

En la actualidad las similitudes con la legislación comparada es llamativa, hasta el punto de contar casi con la misma redacción en algunos casos, y para ello pueden tomarse como ejemplos, los artículos 134 del Código de Ejecución Penal de Paraguay, 103 in fine y 108 de la Ley de Bolivia y 13 de la Ley Uruguaya, en el marco del MERCOSUR, pero también de las legislaciones europeas de los países de los cuales provienen las doctrinas y aportes teóricos, prácticos y jurisprudenciales que mayormente suelen ser citados por la producción científica y jurisprudencial local en el marco del Derecho Penal y del derecho de Ejecución Penal en particular, por ejemplo, la ley Española (Arts. 45/49) y la Ley Alemana (Art. 27), aunque en estos casos las restricciones a estos derechos no están completamente derivadas a los reglamentos y tampoco están establecidas en una norma genérica como en Argentina, sino en cada artículo sobre el final de su redacción se destaca el modo en que puede restringirse o prohibirse sin desvirtuar el derecho.

Normas, Principios y Reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interpretación en los organismos de los Sistemas de Protección Internacional y Regional, aplicables al instituto en estudio.

Reglas Mandela.

“Regla 61”

“1. Se facilitarán a los reclusos oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un asesor jurídico o proveedor de asistencia jurídica de su elección, entrevistarse con él y consultarle sobre cualquier asunto jurídico, si demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial, de conformidad con la legislación nacional aplicable. El personal penitenciario podrá vigilar visualmente las consultas, pero no podrá escuchar la conversación. 2. Si un recluso no habla el idioma local, la administración del establecimiento penitenciario le facilitará el acceso a los servicios de un intérprete independiente y calificado.”

“Depósito de objetos pertenecientes a los reclusos.”

“Regla 67”

“1. Cuando el recluso ingrese en prisión, todo el dinero, los objetos de valor, la ropa y otros efectos personales que el reglamento no le autorice a retener serán guardados en un lugar seguro. Se hará un inventario de todo ello, que el recluso firmará. Se tomarán las medidas necesarias para que dichas pertenencias se conserven en buen estado.”

“2. Los objetos y el dinero pertenecientes al recluso le serán devueltos en el momento de su puesta en libertad, con excepción del dinero que se le haya autorizado a gastar, de los objetos que haya remitido al exterior, con la debida autorización, y de la ropa cuya destrucción se haya estimado necesaria por razones de higiene. El recluso firmará un recibo de los objetos y el dinero restituidos.”

“3. El dinero o los objetos enviados al recluso desde el exterior serán sometidos a las mismas reglas.”

“4. Si el recluso lleva consigo drogas o medicamentos en el momento de su ingreso, el médico u otro profesional de la salud calificado decidirá el uso que se hará de ellos.”

“3. Los reclusos tendrán acceso a asistencia jurídica efectiva.”

“Regla 74”

“1. La administración penitenciaria seleccionará cuidadosamente al personal de todos los grados, puesto que de la integridad, humanidad, aptitud personal y capacidad profesional de dicho personal dependerá la buena dirección de los establecimientos penitenciarios.”

“2. La administración penitenciaria se esforzará constantemente por despertar y mantener, en el espíritu del personal y en la opinión pública, la convicción de que la función penitenciaria constituye un servicio social de gran importancia y, al efecto, utilizará todos los medios apropiados para informar al público.”

“3. Para lograr los fines mencionados será indispensable que los miembros del personal penitenciario sean profesionales contratados a tiempo completo con la condición de funcionarios públicos y, por tanto, con la seguridad de que la estabilidad en su empleo dependerá únicamente de su buena conducta, de la eficacia de su trabajo y de su aptitud física. La remuneración del personal deberá ser suficiente para obtener y conservar los servicios de hombres y mujeres capaces. Las prestaciones laborales y condiciones de servicio serán favorables, teniendo en cuenta el difícil trabajo que desempeñan.”

“Regla 77”

“Todo el personal penitenciario deberá conducirse y cumplir sus funciones, en toda circunstancia, de manera que su ejemplo inspire respeto y ejerza una influencia beneficiosa en los reclusos.”

“Regla 88”

“1. En el tratamiento de los reclusos no se recalcará el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin se buscará, en lo posible, la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento penitenciario en la tarea de reinsertar a los reclusos en la sociedad.”

“2. Cada establecimiento penitenciario contará con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con su familia y con los organismos sociales que puedan serle útiles. Se adoptarán medidas para proteger, en la medida en que ello sea compatible con la ley y con la pena impuesta, los derechos relativos a los intereses civiles, la seguridad social y otras prestaciones sociales de los reclusos.”

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.⁴⁷

“Visitas: Principio 19: Toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho.”

Propuesta de interpretación del texto legal.

⁴⁷ (Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988)

En relación a los deberes que surgen de la norma en comentario para las personas visitantes de otras privadas de la libertad, entendemos que la norma de fondo es tan laxa que todo lo esencial ha quedado derivado en la reglamentación y ni siquiera sólo en la reglamentación de la norma de fondo, sino delegada al ámbito de discrecionalidad del Director del SPF, de los directores de las unidades penitenciarias y hasta del personal que actúe en el momento de las visitas, por lo cual, entendemos que deben maximizarse las posibilidades de reducción de la arbitrariedad que se habilita, mediante diferentes mecanismos, como pueden ser la exigencia de comunicación previa y detallada por escrito de manera concreta sobre todas las reglas aplicables a una visita, entrega de productos o enseres, etcétera, como así también la protocolización de actuaciones para el caso de que se presenten urgencias, imprevistos, incidentes, etcétera a fin de que los visitantes sepan cómo actuar, cómo no hacerlo, qué conductas tomar ante cada caso, por ejemplo ante disturbios, peleas, incendio u otro estrago que pueda producirse de manera imprevista, como así también contar con recursos disponibles para resolver diferencias de criterios con los agentes del SPF, actividades que puedan considerarse permitidas o sean limítrofes con las no permitidas.

Un recurso válido para el control oportuno debe ser la posibilidad de contacto inmediato con el Juez de Ejecución o competente a fin de que controle judicialmente (Art. 3LEP) lo dispuesto desde el SPF y pueda adecuar la situación a la normativa aplicable, más no establecer una mera posibilidad recursiva, como lo hace el reglamento, sin siquiera indicar plazos, modalidades, suspensión de las decisiones o no, y demás cuestiones esenciales en materia recursiva, pues puede verse en la práctica un sin número de conflictos que casi nunca llegan a resolverse de modo oportuno, puesto que, por ejemplo, quien viaja muchos kilómetros de distancia para visitar a un

ser querido privado de su libertad y al llegar le aducen que no puede ingresar por su vestimenta o falta de algún trámite administrativo o documentación, o no le permiten ingresar los enseres que lleva, o se los rompen o destrozan haciéndolos inutilizables, generalmente no cuenta con un recurso efectivo e inmediato para revertir la situación, quedándole la mera queja posterior, o reclamo ante la autoridad judicial que resulte competente, recibiendo tratamiento, abordaje y resolución mucho tiempo después cuando ya la visita o la entrega de vestimenta o enseres fue obstaculizada.

Otra posibilidad, quizá más concreta por la proximidad de sus oficinas a disposición, debería ser la procuración penitenciaria de la nación, a la cual deberían poder acudir de inmediato los familiares y los propios internos en pos de la salvaguarda de los derechos que venimos comentado, aunque este organismo resulta aún embrionario en su posicionamiento en y ante el SPF, y las respuestas suelen burocratizarse también al igual que en los poderes judiciales, por lo cual tampoco se cuenta en todas las unidades con una capacidad de resolución oportuna de los conflictos que se generan al momento de las visitas o presentación o retiro de encomiendas. Otras alternativas pueden ser el recurso jerárquico administrativo o la apelación directa al juez de ejecución como marca el decreto reglamentario, con aplicación analógica del procedimiento de apelación para cuando este recurso está previsto en el reglamento de disciplina para los internos por resultar cuestiones equiparables, incluso la suspensión de visitas está prevista dentro de ese régimen como sanción ante determinadas infracciones (Art. 19.d del Dec. 18/97).

Ahora bien, más allá de las alternativas propuestas y de las soluciones administrativas a cargo del superior jerárquico al Director, como las soluciones judiciales a cargo del Juez de

Ejecución ante el recurso del visitante “sancionado” no podemos dejar de manifestar nuestro desacuerdo con la conclusión de López y Machado de que la previsión del artículo 27 in fine del reglamento que faculta al visitante a recurrir la suspensión de la visita, no sea aplicada porque el interno ya cuenta con una posibilidad recursiva en el artículo 4, inc. a.⁴⁸, puesto que el fin de la dogmática penal debe ser el afianzamiento del estado constitucional de derecho y donde las normas estipulan un derecho, la doctrina debe compatibilizarlo constitucionalmente con otras normas a fin de demostrar su utilización, minimizar la posibilidad de arbitrariedad administrativa y judicial mediante el aporte de definiciones y mecanismos precisos, y no como hacen los autores de mención concluyendo en que se deje sin aplicación. Es más, el consejo debería ser de adecuación normativa para su aclaración y definición de los pasos, modos, autoridades competentes, plazos, etcétera para el recurso previsto de manera deficiente en favor de quien visita una cárcel.

Ahora como bien lo dispone el decreto reglamentario que a continuación transcribimos, el mandato al visitante sobre que “deberá respetar las normas reglamentarias vigentes en la institución” tiene como contrapartida previa la obligación de informarlas de manera completa y precisa, y abstenerse de implementar cualquier modificación o diseñar normas nuevas sin que puedan conocerlas antes quienes terminan siendo los destinatario de las posibles sanciones, todo lo cual se deriva del más mínimo debido proceso adjetivo en el ámbito sancionatorio, sea administrativo o judicial.

En lo que entendemos un exceso de laxitud en el ámbito de la habilitación de discrecionalidad en manos del personal penitenciario al obligar al visitante a cumplir con “las

⁴⁸ López y Machado, ob.cit. pág. 387.

indicaciones del personal”, como ya dijimos sería necesario reducir las arbitrariedades mediante una precisión normativa más eficiente en términos de previsibilidad de las directivas y restricciones posibles, y/o también asegurar sistemas de control externo al SPF (judicial y de la PPN), además de exigir un mínimo de racionalidad y fundamentación como a cualquier acto de gobierno, por mandato constitucional (Arts. 1, 18, 19 y 75.22 de la CN)

En cuanto al mandato que sigue a continuación, de “abstenerse de introducir o intentar ingresar elemento alguno que no haya sido permitido y expresamente autorizado por el director”, debemos hacer la misma reserva puesto que el espacio discrecional que se habilita muestra claramente que en todo este capítulo se ha dado prioridad a la seguridad en el penal y a la habilitación del mayor poder discrecional que se pudo en pos del control de todo lo que ingresa y egresa a las unidades penitenciarias, por sobre los derechos de las personas privadas de su libertad y de quienes los visitan. Pero además abre el arco necesario para la generación de grandes espacios de corrupción con uno de los derechos más sensibles en el ámbito penitenciario como el contacto de las personas privadas de la libertad con sus familias y seres queridos, espacio de corrupción que en grandes niveles no es desaprovechado por el SPF, de lo cual da cuenta en cada informe anual de la PPN⁴⁹, pero que cualquiera que recorra mínimamente durante algún tiempo las cárceles argentinas puede verificar de manera palmaria, como así también accediendo a las historias narradas en las páginas que aglutinan a familiares de personas privadas de la libertad como la ACiFaD (Asociación de Familiares de Detenidos en Cárceles Federales)⁵⁰.

⁴⁹ Ver informe de la PPN, año 2015, págs.. 401 y ss.

⁵⁰ Cuyo blog es <http://familiarosedetenidos.blogspot.com.ar/>

Por último, la precisión normativa derivada del principio de legalidad constitucional (Arts. 16 y 75.22CN, 9CADH y 14.1 del PIDCP) que venimos exigiendo, se completa con las posibilidades sancionatorias a cargo del Director del penal en que sucedan los hechos, habilitando la norma a que *“Si faltaren a esta prescripción o se comprobare connivencia culpable con el interno, o no guardare la debida compostura, su ingreso al establecimiento será suspendido, temporal o definitivamente, por resolución del director, la que podrá recurrirse ante el juez de ejecución o el juez competente.”*

Puede verse muy claramente que la norma carece hasta de una mínima precisión y torna en enteramente arbitraria y delegada a la mera subjetividad de quien aplique el reglamento la resolución de la permisión, suspensión o restricción de los derechos comprendidos en este capítulo, puesto que además de las pocas conductas transgresoras de la norma estipuladas expresamente en ella y en el decreto reglamentario, habilita facultades restrictivas mediante la utilización términos abiertos, ambiguos y anfibológicos como *“guardare la debida compostura”*, que a modo de cláusula genérica permite su llenado con cualquier tipo de conducta que el Director, por los motivos que sea, lícitos o ilícitos, entienda que debe limitar o restringir el derecho en ciernes, como así tampoco precisa por cuánto tiempo puede suspenderse el ejercicio del derecho, dotándolo así de una laxitud imposible de precisar de manera anticipada.

Por ende el visitante no sólo que no conoce con precisión lo que está permitido y lo que está sancionado en el marco de las visitas, sino que tampoco siquiera puede conocer la magnitud de la sanción que le pueden imponer para no permitir su visita, y por último, ni siquiera sabe a ciencia cierta cuál es el modo que tiene para asegurar su derecho al doble conforme en esta

especie de “anormal” proceso administrativo sancionatorio que le reconoce un recurso ante el juez de ejecución o competente pero no establece los medios, plazos, formas, etcétera para ello. Por lo cual, ante las imprevisiones normativas, lo que sucede habitualmente es que se recurra al habeas corpus, lo cual es quizá lo más adecuado para lograr un control oportuno y que pueda ser eficaz sobre el derecho en juego, o se acuda posteriormente al juzgado de ejecución competente en la pena del interno a ser visitado, pero ello ya no resuelve de modo oportuno la visita o entrega de pertenencias que fuera obstaculizada o restringida.

Necesario nos es recordar una vez más, que *“El trato punitivo para con los privados de la libertad no reconoce las reglas del Estado de Derecho, sino que se rige con las reglas del Estado de policía, privando a los presos de su condición de personas.”*⁵¹, y muestra de ello son este tipo de normas como la que comentamos, cuando lo adecuado a un pretendido estado constitucional de derecho como el argentino implicaría que *“...la tarea debería estar orientada a reconvertir el espacio carcelario en un espacio donde exista el control del derecho. Es decir, dejar de lado esa sujeción de tipo administrativo para lograr la revalorización de los derechos y el control del derecho de ese ámbito. En definitiva, la construcción del ciudadano y la pugna por el respeto a todos sus derechos fundamentales.”*⁵²

En esta lógica y en función del único fin jurídicamente legitimado de la pena privativa de la libertad (reinserción social) es que deben entenderse las normas en comentario, para, desde esa

⁵¹ Zaffaroni, Eugenio, R., "El enemigo en el Derecho Penal", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 12/13.

⁵² Cejas Meliari, Ariel y Lauro, Mariana Cecilia "Arbitrariedades del Reglamento de Modalidades Básicas de la Ejecución a la luz de la ley 24660, p. 2. Thomson Reuters. Cita online: AP/DOC/3498/2012

óptica, reducir al mínimo posible el ámbito de arbitrariedad que se habilita y ampliar al máximo posible las posibilidades de contacto de las personas privadas de su libertad con el mundo exterior y fundamentalmente con sus familiares, allegados y asesores jurídicos y diplomáticos, teniendo siempre en miras el fundamental aporte que ello significa al mantenimiento de la vinculación social como así también desde allí poder trabajar en la reducción de los ámbitos vulnerables de los seleccionados por el sistema penal en pos de la integración comunitaria de esos individuos desplazados e incluidos en espacios de instituciones totales con reglas de una sociedad ficticia que en nada o muy poco se parece al ámbito de la convivencia social a la cual deberán regresar con aspiraciones personales de integración y desarrollo en algún momento de sus vidas, más allá o más acá en el tiempo dependiendo de la duración de sus penas, pues el entendimiento y trabajo constante desde esas lógicas permitirá la deconstrucción del derecho de policía, autoritario, premial, verticalista, subterráneo y oscuro que impera en todo lo penitenciario, más allá de las normas formales.

Como corolario diremos que en el ámbito interpretativo y de las prácticas en los contextos en los cuales las normas en comentario pueden incidir, entendemos que debe privilegiar siempre el fin expresado por el legislador en el artículo 5º del Decreto 1136/97, en cuanto pone en cabeza de los agentes penitenciarios el deber de facilitar y estimular el contacto del interno con sus familiares, y por ende, la obligación de no impedir u obstaculizar dicho contacto.

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

Además de los artículos ya reseñados en el comentario al artículo anterior resultan aplicables aquí los siguientes artículos que, en lo esencial, reseñan los derechos y deberes fundamentales a la hora del desarrollo de una visita, según lo prescribe el reglamento aplicable (Decreto 1136/97).

“Derechos y Deberes de los Visitantes. Artículo 21. — El visitante tendrá derecho a: a) Acceder a la visita sin otras limitaciones que las contenidas en este Reglamento, en el Reglamento interno de cada establecimiento y en las instrucciones dictadas por el Director en su consecuencia; b) Recibir información clara y precisa sobre los requisitos que debe cumplir para acceder a la visita, las normas que deberá observar, la nómina de objetos y/o elementos que puede llevar al interno y la forma en que estos deben ser presentados para facilitar su registro sin que sean dañados; c) Peticionar ante el Director el ingreso de objetos y/o elementos no previstos en la nómina autorizada en forma general; d) Solicitar se lo exceptúe de los procedimientos de registro personal, sin que ello implique supresión del examen de visu de su persona y vestimenta, ni del empleo de censores no intensivos u otras técnicas no táctiles apropiadas y eficaces. En tal supuesto la visita sólo podrá ser realizada sin contacto con el interno, en locutorio o, si lo permiten las instalaciones del establecimiento, en lugar acondicionado para ello; e) Recurrir ante el Director Nacional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas de notificadas las resoluciones del Director del establecimiento que puedan afectar sus legítimos intereses.”

“Artículo 22. — Constituyen deberes del visitante: a) Respetar las normas contenidas en el presente Reglamento, en el Reglamento Interno y en las instrucciones dictadas por el Director en su consecuencia; b) Respetar el orden del establecimiento; c) Observar el horario fijado para su

ingreso y egreso; d) Presentarse sobrio, aseado y adecuadamente vestido; e) Presentar documentación y suministrar información fidedignas para los trámites de visita; f) Abstenerse de ingresar equipos móviles o elementos de comunicación personal o los destinados al almacenamiento, captación o reproducción de imágenes, sonidos o textos; g) Abstenerse de introducir o sacar objetos, elementos o sustancias no autorizados expresamente; h) Respetar la prohibición de fumar en lugares no autorizados; i) Guardar corrección en el trato con el personal penitenciario y con terceros; j) Resguardar las instalaciones y el mobiliario del establecimiento y cualquier elemento provisto o facilitado para la visita; k) Acatar las directivas que el personal imparta para el desarrollo de la visita; l) Mantener la higiene del sector destinado a la visita; m) Respetar la seguridad del establecimiento y no realizar actos que puedan derivar en indisciplina, evasión o fuga; n) Adecuar su comportamiento de manera que no ofenda al orden o a la moral pública.”

Y por último, para el caso de que se trate de niñas/os y adolescentes el artículo 29 del Decreto citado dispone que:

“Artículo 29. — La visita del menor se ajustará a las siguientes reglas: a) El menor de hasta DOCE (12) años de edad sólo podrá ingresar acompañado por un familiar o persona designada por su madre, padre o tutor. Esta visita se hará en días y horas especialmente habilitados para este tipo de visitantes, y en un lugar que, en la medida de lo posible, evite al niño la vivencia del ámbito carcelario; b) El menor entre DOCE (12) y DIECIOCHO (18) años de edad deberá ingresar con la visita correspondiente a su sexo, acompañados por un familiar o una persona designada en forma

fehaciente por su madre, padre o tutor, o autorizada por juez competente; c) El menor entre DIECIOCHO (18) y VEINTIUN (21) años de edad, podrá ingresar solo.”

Éste último inciso está claramente al margen de la CIDN (art. 1) y del Código civil y Comercial de la Nación (Art. 25) que de manera conteste establecen la mayoría de edad a los 18 años, por lo cual la denominación de menor para quienes tienen entre 18 y 21 años va en contra de la legislación de fondo y la convencional, ergo, debe ser declarada anticonvencional e inconstitucional, o directamente desecharse y tenerse por no escrita y por ende, no puede requerirse ningún requisito diferente al de las personas adultas.

ARTICULO 163. — El visitante y sus pertenencias, por razones de seguridad, serán registrados. El registro, dentro del respeto a la dignidad de la persona humana, será realizado o dirigido, según el procedimiento previsto en los reglamentos por personal del mismo sexo del visitante. El registro manual, en la medida de lo posible, será sustituido por sensores no intensivos u otras técnicas no táctiles apropiadas y eficaces.

Antecedentes legislativos e historia del instituto.

Los antecedentes legislativos, según se indica en la documentación oficial de la labor parlamentaria de la Ley 24660, se compone por lo siguientes: ONU-RM 37; CE-RM 37, CE_RPE 43.1, leyes de ejecución de España art. 23, de Francia art. D406, de Italia art. 34 y del reglamento 69, y de Ecuador art. 23.

Antecedentes, similitudes y divergencias en el derecho comparado.

En la actualidad las similitudes con la legislación comparada es llamativa, hasta el punto de contar casi con la misma redacción en algunos casos, y para ello pueden tomarse como ejemplos,

los artículos 135 del Código de Ejecución Penal de Paraguay, 107 de la Ley de Bolivia y 13 de la Ley Uruguaya, en el marco del MERCOSUR, pero también de las legislaciones europeas de los países de los cuales provienen las doctrinas y aportes teóricos, prácticos y jurisprudenciales que mayormente suelen ser citados por la producción científica y jurisprudencial local en el marco del Derecho Penal y del derecho de Ejecución Penal en particular, por ejemplo, la Ley Alemana (Arts. 24.3, 27).

Datos empíricos que confronten críticamente la dimensión del ser.

En el informe anual 2015 de la Procuración Penitenciaria de La Nación que ya hemos citado en otras oportunidades en este aporte, se describe a páginas 400/406 un relevamiento realizado sobre las cárceles federales metropolitanas, en relación a las restricciones, impedimentos y demás obstáculos en los registros a visitantes, que configuran reales vulneraciones a los derechos de visitantes y visitados, como así también excesos rigurosos pero sistemáticos en los registros y requisas a personas que visitan a quienes se encuentran privados de su libertad: *“la experiencia acumulada de la Procuración Penitenciaria de la Nación en sus inspecciones a centros de detención, y particularmente en el monitoreo sobre el desarrollo de las jornadas de visitas, demuestra que no prima la lógica de favorecer las relaciones familiares. Por el contrario, muy frecuentemente la administración penitenciaria antepone criterios de seguridad en detrimento del derecho de las personas presas a recibir visitas, o bien simplemente desatiende su obligación de allanar el camino de los visitantes a fin de propiciar la continuidad de los vínculos. Como ejemplo de ello, pueden mencionarse diferentes prácticas desplegadas regularmente por la administración penitenciaria: procedimientos abusivos en el registro de los visitantes y de los paquetes que ingresan; solicitud de*

excesivos e interminables requisitos y condiciones para autorizar su ingreso; falta de información clara y precisa sobre las condiciones para el ingreso –acerca de la documentación a presentar, los días y horarios de visitas, los productos permitidos, etc.–; y malas condiciones materiales de los lugares destinados a la espera de los visitantes y de los salones en donde se mantienen las visitas.”

“Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza. En noviembre de 2015 se efectuó un nuevo relevamiento sobre el ingreso de los visitantes al Complejo, esta vez en función de una medida de fuerza y de reclamos efectuados por los detenidos de la Unidad Residencial III y del Centro Universitario de Ezeiza por las demoras en el ingreso de los visitantes a los salones de visita. En esa oportunidad se recibieron reclamos por parte de los visitantes respecto a las importantes dilaciones registradas previo a su ingreso. Esta situación provoca que quienes acuden a visitar a una persona detenida en el complejo, deban disponer de un día completo para ello.”

“Otra cuestión que volvió a constatarse es la falta de información que se brinda a los visitantes acerca de qué productos se encuentran autorizados a ingresar y cuáles están prohibidos. En tal sentido, los familiares y amigos consultados refirieron que ellos mismos circulan esta información, aunque el criterio para el ingreso de la mercadería varía según los funcionarios de turno. También señalaron que el personal rompe los alimentos al momento del control, y que son revisados de manera inapropiada.”

“Acerca de las inspecciones corporales, se verificó un doble registro –a través del escáner y manual–. Al respecto, los agentes de la División Control y Registro afirmaron que los equipos electrónicos eran un “complemento” de los registros manuales, y que la Guía de detección de trazas, aprobada y publicada en el Boletín Público Normativo Nº 269, indicaba que la sustitución de

los registros manuales por los electrónicos sería un proceso paulatino. De este modo, justificaron la realización de requisas manuales tanto para las inspecciones corporales como de la mercadería. Por otra parte, el día en que se efectuó el monitoreo no se encontraba operando el escáner corporal, argumentado en un problema de software.”

“Un emergente del monitoreo ha sido el pésimo estado de limpieza de los baños ubicados fuera del sector de ingreso destinados a ser utilizados por los visitantes mientras aguardan el inicio de los controles –cabe destacar que la espera en este sector suele prolongarse por varias horas–. Esto fue advertido a las autoridades, quienes señalaron que los detenidos limpian los baños por la tarde, luego de que finaliza el horario de visita. Manifestaron que ellos mismos han solicitado en varias oportunidades la contratación de un servicio de limpieza privado que se ocupe de esta tarea.”

“Al mes siguiente se desarrolló una inspección de las habitaciones destinadas a las visitas íntimas de la Unidad... Efectivamente se constató que las habitaciones se encontraban deterioradas, principalmente en lo que respecta a las instalaciones sanitarias, hallándose la grifería rota, los pisos inundados y las rejillas obstruidas con basura. También los colchones exhibían un deplorable estado. Una de las habitaciones tampoco contaba con luz artificial, mientras el ingreso de luz natural resultaba nulo. Respecto a la ventilación de estos espacios, debe recalcarse que se trata de habitaciones ubicadas en el corredor de un salón de visitas sin salida al exterior. Solamente cuentan con pequeñas aberturas en las puertas por lo que la circulación de aire natural es prácticamente inexistente.”

“La problemática del mantenimiento de los sectores destinados a las visitas no resulta una novedad. A principios del 2013 desde esta Procuración Penitenciaria ya se habían advertido condiciones inapropiadas en estos espacios”

Si bien el informe continúa con otros complejos penitenciarios, las circunstancias constatadas se replican por lo cual entendemos que es suficiente con esa referencia, resultando generalizadas las constataciones también a las demás unidades penitenciarias federales del país.

Normas, Principios y Reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interpretación en los organismos de los Sistemas de Protección Internacional y Regional, aplicables al instituto en estudio

Convención Americana de Derechos Humanos

“Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal”

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”

“2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

“3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.”

“6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

Reglas Mandela

“Regla 60”

“1. Para que un visitante sea autorizado a entrar en un establecimiento penitenciario deberá prestar su consentimiento a ser registrado. El visitante podrá retirar su consentimiento en cualquier momento, en cuyo caso la administración penitenciaria le podrá denegar el acceso.”

“2. Los procedimientos de registro y entrada no podrán ser degradantes para los visitantes y se registrarán por principios cuando menos tan protectores como los que figuran en las reglas 50 a 52. Se evitarán los registros de los orificios corporales y no se emplearán con niños.”

PRINCIPIOS Y BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS AMÉRICAS⁵³

“Principio XXI. Registros corporales, inspección de instalaciones y otras medidas”

“Los registros corporales, la inspección de instalaciones y las medidas de organización de los lugares de privación de libertad, cuando sean procedentes de conformidad con la ley, deberán obedecer a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.”

“Los registros corporales a las personas privadas de libertad y a los visitantes de los lugares de privación de libertad se practicarán en condiciones sanitarias adecuadas, por personal calificado del mismo sexo, y deberán ser compatibles con la dignidad humana y con el respeto a los derechos fundamentales. Para ello, los Estados Miembros utilizarán medios alternativos que tomen en consideración procedimientos y equipo tecnológico u otros métodos apropiados.”

“Los registros intrusivos vaginales y anales serán prohibidos por la ley.”

⁵³ Adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

“Las inspecciones o registros practicados al interior de las unidades e instalaciones de los lugares de privación de libertad, deberán realizarse por autoridad competente, conforme a un debido procedimiento y con respeto a los derechos de las personas privadas de libertad.”

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011.

“2. Trato humillante o denigrante hacia los familiares de los reclusos”

“587. Es frecuente que durante las visitas a centros de reclusión los familiares de los detenidos, que por lo general son mujeres, niños y personas de edad avanzada, tengan que esperar turno durante varias horas, muchas veces a la intemperie y cargando paquetes; someterse a inspecciones rigurosas, tanto corporales, como de sus pertenencias, que en muchos casos tienen un carácter denigrante; y en definitiva someterse a autoridades policiales o militares encargadas de la seguridad externa de los centros penitenciarios, que por lo general no están debidamente capacitadas para tratar a los visitantes; y que no actúan con sujeción a las autoridades civiles, sino que responden únicamente a las cadenas de mando a las que pertenecen, lo que en los hechos crea espacios para actuaciones arbitrarias y carentes de supervisión y determinación de responsabilidades.”

“588. A este respecto, un problema ampliamente documentado, tanto por la CIDH, como por los mecanismos de la ONU, es la práctica de realizar revisiones denigrantes a las mujeres que acuden a las visitas, las cuales pueden incluir revisiones vaginales y anales. Así por ejemplo, en el curso de su visita in loco a Perú de 1998 la CIDH informó, luego de visitar varias cárceles, que: [L]as mujeres son sometidas generalmente a un chequeo denigrante, a través de una revisión vaginal, que, por demás, se efectuaría con el mismo guante para todas las mujeres que acuden a cada uno

de los penales. Se agrega que las mujeres son luego obligadas a saltar, semidesnudas y en posición de cuclillas, y que adicionalmente se les toca.”

“589. Esta práctica de los registros corporales e intrusivos denigrantes a mujeres y niñas que acuden como visitantes a los centros penitenciarios también ha sido constatada por el Relator sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la CIDH de manera especial en sus visitas de trabajo a Chile de 2008 y a El Salvador de 2010; así como por otros mecanismos de Naciones Unidas, como el Subcomité de la ONU para la Prevención de la Tortura, en su misión a México de 2008⁶⁷⁴, y el Relator Especial sobre la Tortura, en su visita a Brasil de 2000⁶⁷⁵. El uso de este tipo de prácticas en Brasil también fue expuesto recientemente en el contexto de una audiencia temática realizada en la sede de la Comisión Interamericana en marzo de 2010, durante su 138º periodo de sesiones.”

“590. De acuerdo con los estándares fijados por la CIDH en los Principios y Buenas Prácticas (Principio XXI), el empleo de registros corporales a las personas privadas de libertad y a sus visitantes no deberán aplicarse de forma indiscriminada, sino que debe responder a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Además, deben practicarse “en condiciones sanitarias adecuadas, por personal calificado del mismo sexo, y deberán ser compatibles con la dignidad humana y con el respeto a los derechos fundamentales. Para ello, los Estados Miembros utilizarán medios alternativos que tomen en consideración procedimientos y equipo tecnológico u otros métodos apropiados”. En cambio, los registros intrusivos vaginales y anales serán prohibidos por la ley.”

“591. La CIDH reitera que los Estados no sólo tienen la facultad, sino la obligación de mantener la seguridad y el orden interno en las cárceles, lo que implica el adecuado control del ingreso de efectos ilícitos como armas, drogas, licor, teléfonos celulares, entre otros. Sin embargo, la implementación de estos esquemas de seguridad debe llevarse a cabo de forma tal que se respeten los derechos fundamentales de los internos y sus familias. Es esencial que el personal de custodia directa de los internos y de seguridad externa de los centros penitenciarios esté capacitado para mantener un balance entre el cumplimiento de sus funciones de seguridad y el trato digno hacia los visitantes.”

“592. Es importante que existan normas e indicaciones claras sobre el tipo de objetos cuyo ingreso está permitido o prohibido, y que tales disposiciones puedan ser conocidas por los familiares. Una buena práctica al respecto es colocar carteles o letreros en lugares visibles al público. Lo importante en esta materia es fijar un régimen sin variaciones frecuentes, en el que tales normas sean implementadas de manera consistente y organizada. De forma tal que se reduzcan los espacios de arbitrariedad y se mantenga un clima de respeto recíproco entre las autoridades y las visitas.”

“593. Por otro lado, en la práctica el trato denigrante o arbitrario por parte de las autoridades hacia los familiares de los reclusos es un factor que incrementa sensiblemente los niveles de tensión y estrés en la población reclusa, lo que eventualmente puede resultar en hechos de violencia o en manifestaciones de protesta.”

Propuesta de interpretación del texto legal.

En este artículo reina la generalidad como premisa, lo cual no sólo presenta problemas en relación al principio de legalidad (Arts. 19 y 75.22CN, 9CADH) con el consiguiente mandato de precisión en términos normativos (máxima taxatividad legal), que genera la obligación por parte del legislador de ser lo más preciso posible en la utilización de las palabras y en la construcción de un texto unívoco y claro para regular los derechos de las personas.

El enunciado inicial del artículo *“El visitante y sus pertenencias, por razones de seguridad, serán registrados.”*. Es de una generalidad enorme, puesto que pone en la cúspide de las cuestiones a analizar a la seguridad, en vez de a la integridad y humanidad de las personas a ser registradas, pero si a ello se le suma que lo que sigue de la norma tampoco ofrece límites precisos, sino otras generalidades a ser precisadas por reglamentos que nunca se dictaron, y teniendo en cuenta que esta norma tiene su espacio de operación en el ámbito penitenciario, quizá uno de los más amplificantes del poder punitivo sobre los derechos de las personas, la generalidad se vuelve intolerable constitucional-convencionalmente.

Ahora bien, esto que venimos afirmando es lo que ha habilitado históricamente los avasallamientos a los derechos y dignidad de las personas que visitan a las que están privadas de su libertad, y la utilización arbitraria del poder a cargo de agentes penitenciarios que mediante el desarrollo de prácticas sistemáticas y arbitrarias para el registro de personas y pertenencias que ingresan a las unidades penitenciarias.

La Procuración Penitenciaria de la Nación en el proyecto de Ley que propone la **“MODIFICACIÓN DE LOS ARTS.70 Y 163 DE LA LEY DE EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA**

LIBERTAD N° 24.660. PROCEDIMIENTOS DE REGISTRO PERSONAL Y REQUISA DE INSTALACIONES”⁵⁴, da cuenta de lo siguiente, en la línea de lo que afirmamos:

“La Procuración Penitenciaria de la Nación considera que los registros de las personas detenidas y sus visitantes son susceptibles de producir graves afectaciones de derechos y de la dignidad humana, motivo por el cual requieren de una regulación con rango de Ley que establezca los principios y garantías que deben regir la realización de dichos procedimientos. En el debate en la Cámara de Senadores de la Nación en torno de la sanción de la Ley 24.660, el Senador Pedro Guillermo Villarroel introdujo una disidencia parcial al dictamen de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios (cfr. Diario de Sesiones, 19 de junio de 1996, p.3057). En ella, avanzó una serie de observaciones al art.70 del cuerpo legal que fuera finalmente sancionado, que merecen la pena ser reseñadas. En primer lugar, considera el legislador que la norma es “...demasiado genérica e insuficiente, ya que delega en la reglamentación las condiciones de ejercicio de esa facultad.” (Diario de Sesiones, p. 3058). En segundo lugar, el senador Villarroel advirtió la necesidad de que la norma estableciera al menos “...las condiciones mínimas de ejercicio de la facultad, su motivación, la necesidad de su limitación al objeto establecido, sus límites espaciales y temporales y la autoridad competente para decidir su realización” a fin de impedir que las requisas se empleen como forma de castigo u hostigamiento (Diarios de Sesiones, p. 3058). Así también la doctrina especializada en la materia se pliega a la crítica planteada por el senador, afirmando que “...los

54

Disponible

en:

<http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/PROYECTO%20DE%20LEY%20PPN%20REGISTROS%20PERSONALES%20Y%20REQUISA.pdf><http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/PROYECTO%20DE%20LEY%20PPN%20REGISTROS%20PERSONALES%20Y%20REQUISA.pdf>

registros y las requisas de internos e instalaciones constituyen una de las cuestiones de mayor dificultad que se presentan en el ámbito carcelario y que, por tal motivo, debió haber sido tratada de un modo más pormenorizado y explícito” considerando “...un error que las condiciones de cumplimiento para las tareas de registro y requisa queden supeditadas a ‘las garantías que reglamentariamente se determinen’, ya que el ejercicio de dicha facultad por parte de la autoridad penitenciaria debió haber sido expresamente regulado en la ley.” (LÓPEZ, Axel y MACHADO, Ricardo, Análisis del Régimen de Ejecución Penal, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2004, pp. 213/214. Resaltados nuestros). En lo que respecta al diferimiento de facultades de reglamentación en materia de derechos fundamentales en el Poder Ejecutivo, señalado por la opinión en disidencia del senador, que finalmente, por vía de delegación, le son conferidas a la autoridad penitenciaria, resulta criticable desde el punto de vista del principio de legalidad y del principio republicano de división de poderes. En este punto, además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete último de la Convención Americana de Derechos Humanos que posee jerarquía constitucional por medio del art. 75 inc. 22 C.N, se ha pronunciado de modo concreto, sosteniendo en la Opinión Consultiva 6/86 del 9/5/1986 que“(S)ólo la ley formal, entendida como lo ha hecho esta Corte [norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado], tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.” (consid. 35, O.C.- 6/86 del 9/5/1986, Corte I.D.H. El resaltado es nuestro.)”

“En este sentido, y teniendo en cuenta lo usual que ha devenido restringir derechos en nombre del orden y la seguridad del establecimiento, el jurista cordobés José Daniel CESANO ha

señalado que “...resulta importante buscar criterios que permitan limitar la actividad legislativa y reglamentaria en la medida en que, bajo la vaguedad y la imprecisión que subyacen a la invocación de razones de orden y seguridad, o de que determinada restricción resulta inherente al sentido de la condena, puedan afectarse derechos fundamentales de los internos.” (CESANO, José Daniel, “Derechos fundamentales de los condenados a penas privativas de la libertad y restricciones legales y reglamentarias: en busca de los límites del legislador y de la administración” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2008, p. 287). Como regla general para evaluar la legitimidad de una limitación de derechos por vía reglamentaria, el autor propone tener en miras el principio que indica que no se puede, válidamente, a través de un decreto reglamentario, restringir un derecho fundamental cuando la ley no lo ha hecho, como así tampoco puede la norma reglamentaria intensificar aún más la limitación de un derecho que ya hubiera sido restringido por una ley. Lamentablemente, en la actualidad, los procedimientos de registro corporal y de instalaciones se encuentran regulados por normativas de inferior rango al decreto reglamentario –y por tanto de legitimidad cuestionable–, que invocan razones de seguridad, y emanan de fuentes diversas y hasta superpuestas en cuanto a las competencias, lo que redundando en una aplicación confusa que deja abierta la puerta a la arbitrariedad y la desprotección de las personas a quienes se les impone.”

“La primer norma es el “Reglamento General de Registro e Inspección”, aprobado con carácter provisorio por Resolución N°1889 del 6 de noviembre de 2015, que deroga la “Guía de 4 Procedimientos de la Función Requisa”¹. La Guía de Requisa de 1991 reguló durante 25 años lo concerniente tanto a requisas de detenidos como de visitantes e instalaciones edilicias,

estableciendo registros físicos de las personas presas y sus visitantes muy invasivos y humillantes, fundamentados en la necesidad de preservar la seguridad carcelaria frente a la posibilidad de introducción y tenencia de elementos no permitidos a través de las visitas o de los propios detenidos.”

“En el caso de los registros a visitantes, se prevé que se efectúe mediante equipos electrónicos, y solo cuando no pueda ser llevado a cabo, se procederá a un registro personal previo consentimiento del visitante. Dicho registro personal “no puede ser intrusivo ni recaer sobre cavidades íntimas. En ningún caso se requerirá a la persona que se desprenda de la totalidad de su vestimenta. Deberá siempre resguardarse el pudor, la dignidad e integridad sexual del visitante. El registro vaginal y anal se encuentran prohibidos bajo cualquier circunstancia” (art. 9, inc.c). El nuevo Reglamento constituye un avance en tanto prohíbe expresamente el registro de cavidades íntimas en el caso de los visitantes, pero en cambio no lo impide tratándose de personas detenidas, caso en el cual se habilita incluso la posibilidad de inspeccionar la zona genital y anal mediante la técnica de “flexiones”.”

“Por otro lado, este nuevo Reglamento no deroga expresamente la Disposición N°221/06 de la Subsecretaría de Asuntos Penitenciarios del 7/12/20062 , donde se establecieron criterios respecto del registro corporal de visitantes femeninos a raíz de una resolución judicial que declaró inconstitucional la “Guía de Procedimientos de la Función Requisa”.³ En dicha Disposición, tomando como base los estándares fijados por el “Caso X e Y” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se estipula que los registros (1) serán realizados por profesionales de la salud del mismo sexo que la visitante, que (2) las cavidades íntimas sólo podrán revisarse de visu, que (3) en caso de

negativa de la visitante a someterse al procedimiento podrá usufructuar la visita en locutorio sin contacto físico y que (4) se comunicará al juez del cual dependa el interno la adopción de la medida. La previsión de revisión de visu de las cavidades íntimas de las visitantes entra en contradicción con el nuevo Reglamento de 2015 aprobado por la Dirección Nacional del SPF, de modo de nos encontramos ante normativas superpuestas emanadas de autoridades diversas.”

“Por último, la Resolución N°829 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación del 17/6/20115 aprobó la “Guía de procedimientos para el uso de sistemas de detección de trazas en establecimientos penitenciarios”, en la cual se reglamenta el procedimiento de registro para los visitantes, los detenidos y sus pertenencias mediante la utilización de aparatos electrónicos no invasivos de detección de estupefacientes, armas, explosivos y otros elementos cuya tenencia e ingreso a la cárcel se encuentra prohibido. Frente a este yuxtapuesto y confuso panorama normativo, se advierte como imperiosa la necesidad de estipular una previsión legal que evite que los registros de detenidos, visitantes y sectores de alojamiento se transforme en un campo propicio para el abuso de poder y la vulneración de derechos humanos en el contexto carcelario.”⁵⁵

⁵⁵ Ahora bien, para limitar ese marco de habilitación a la arbitrariedad y precisar las facultades restrictivas en el contexto de las inspecciones y requisas, la PPN propone el siguiente texto normativo de fondo, que nos parece necesario resaltar por su adecuación a los estándares internacionales:

“ARTICULO 1º. Sustitúyase el artículo 70 “Registro de internos y de instalaciones” de la ley 24.660 por los siguientes: “Principios rectores de los procedimientos de registro personal de internos, visitantes, funcionarios y de requisa de las instalaciones” Artículo 70.- 1. Los procedimientos de registro personal y requisa de instalaciones tendrán como objeto la preservación de la vida, la seguridad y la integridad física de los detenidos y demás personas que concurren a establecimientos penitenciarios. Se guiarán por los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, debiendo respetar la dignidad humana. Los registros manuales serán sustituidos por procedimientos adecuados mediante equipos tecnológicos. 2. En todo procedimiento de registro o inspección, debe guardarse siempre la debida proporcionalidad entre la afectación a la intimidad y la finalidad perseguida con su realización, debiendo optarse siempre por la modalidad que resulte menos gravosa. 3. Están prohibidos los registros táctiles y visuales de las cavidades corporales íntimas, así como la obligación de realizar flexiones y cualquier otro procedimiento de registro humillante o que pueda constituir un trato degradante. Artículo 70 bis.- Los registros de las personas detenidas se

regirán por los siguientes principios: 1. Deberán responder a motivos racionales y ser realizados en los supuestos y circunstancias que reglamentariamente se determinen, evitando que puedan ser usados de forma discriminatoria o como medios de intimidación o represalias. 2. Siempre que sea posible los registros manuales y aquellos que impliquen que la persona detenida deba despojarse de su ropa, serán sustituidos por medios alternativos como escáneres y detectores de metal. 3. Los registros corporales que conllevan la inspección visual del cuerpo desnudo de la persona detenida serán excepcionales, únicamente para el caso que no exista otra alternativa posible para la detección de elementos prohibidos o cuando los dispositivos técnicos arrojen resultado positivo. 13 En dichas circunstancias, la persona debe ser examinada por personal del mismo sexo y en un recinto que asegure su privacidad. Estos registros deberán ser efectuados exponiendo una parte del cuerpo por vez, de manera que en ningún momento la persona permanezca completamente desnuda frente al personal penitenciario. Se dispensará un trato especialmente cuidadoso a las personas de edad avanzada, en estado de gravidez y a aquellas con alguna discapacidad. En el caso de las personas LGBTI, se les brindará la posibilidad de elegir si quieren ser registradas por funcionarios de género masculino o femenino. Bajo ninguna circunstancia podrán efectuarse registros corporales que conllevan la inspección visual del cuerpo desnudo a niños menores de edad que vivan con sus madres en prisión. Artículo 70 ter.- El registro de los familiares y otros visitantes de los internos que concurran a un establecimiento penitenciario se registrará por los siguientes principios: 1. Se llevará a cabo mediante el uso de dispositivos tecnológicos. Ello también se aplicará a la inspección de sus pertenencias personales y de los productos o mercaderías que ingrese al establecimiento para consumo durante la visita o destinadas al detenido/a. 2. Si los dispositivos técnicos para la detección de elementos prohibidos no se hallaren instalados en el establecimiento o circunstancialmente no se encontrasen en funcionamiento, o para el supuesto de que el registro mediante los mismos arroje resultado positivo, se podrá efectuar un registro manual mediante palpado sobre prendas de vestir, siempre por personal del mismo sexo que la persona requisada. En el caso de las personas LGBTI, se les brindará la posibilidad de elegir si quieren ser registradas por funcionarios de género masculino o femenino. Bajo ninguna circunstancia se someterá a los niños menores de edad que vayan a visitar a sus progenitores a un establecimiento penitenciario a registros corporales intrusivos o que atenten contra su dignidad. 3. Debe hallarse siempre disponible para los visitantes la opción de retirarse del procedimiento de registro o de mantener la visita en el locutorio cuando no deseen someterse al mismo. Artículo 70 quater.- Los funcionarios penitenciarios y otras personas que concurran a cumplir funciones a los establecimientos penitenciarios serán registradas a su ingreso y egreso mediante el uso de aparatos tecnológicos. 14 Artículo 70 quinquies.- Las inspecciones o requisas de los lugares de alojamiento de los internos y de sus pertenencias dentro de los establecimientos penitenciarios se registrarán por los siguientes principios: 1. Los procedimientos de requisa de los lugares de alojamiento podrán ser ordinarios o extraordinarios. Tendrán la consideración de ordinarios cuando respondan a una planificación rutinaria de la autoridad penitenciaria, y serán considerados extraordinarios cuando se realicen ante circunstancias excepcionales en los casos en que existiera un riesgo serio e inminente para la integridad física de las personas o la seguridad del establecimiento penitenciario. 2. Los procedimientos de registro, requisa o recuento serán planificados por la autoridad penitenciaria siguiendo criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. No podrán ser efectuados en horario nocturno, salvo previa autorización judicial o en el caso de requisas extraordinarias motivadas en el peligro inminente para la vida o integridad física de las personas. 3. Reglamentariamente se establecerá la frecuencia máxima de requisas ordinarias de instalaciones o pertenencias personales de los detenidos, según el tipo de establecimiento o sector (máxima, mediana o mínima seguridad). El reglamento también dispondrá la autoridad competente para ordenar la realización de los registros y requisas, así como el procedimiento a seguir y las constancias documentales que deberán labrarse. En el caso de los establecimientos de mínima seguridad o sectores destinados a personas detenidas en período de prueba, se requerirá autorización judicial para efectuar registros de la celda o pabellón de alojamiento. 4. Para el caso de ser necesaria la

Por su parte, el artículo vigente continúa expresando también de modo vago e impreciso que *“El registro, dentro del respeto a la dignidad de la persona humana, será realizado o dirigido, según el procedimiento previsto en los reglamentos por personal del mismo sexo del visitante.”*

De lo cual no sólo que no surgen expresamente cuáles son las prácticas permitidas y las que vulneran la dignidad de la persona humana, sino que además hasta permite el registro invasivo de una persona por otra de otro sexo, puesto que la cópula “o” es separativa y denota una opción

inspección de las instalaciones donde funcionan Centros Universitarios, se requerirá autorización para el ingreso a las autoridades de la Universidad de la cual dependan los mismos. Las requisas se llevarán a cabo en presencia de estudiantes universitarios, pudiendo también estar presente alguna autoridad universitaria. Estos principios sólo se excepcionarán cuando exista una orden judicial o en caso de requisas extraordinarias motivadas en peligro inminente para la vida o integridad física de las personas. 5. Las requisas de pabellones que alojen niños no podrán ser realizadas en presencia de éstos, quienes deberán ser previamente retirados del pabellón. 6. Las requisas ordinarias en los dispositivos de Salud Mental penitenciarios se deberán realizar cuando se encuentre presente el equipo tratante de profesionales, permitiendo su ingreso a las salas durante la realización de las mismas, con el objetivo de contener y asistir a los pacientes allí internados. 15 7. Todos los procedimientos de inspección de instalaciones deberán ser efectuados del modo menos invasivo posible, en presencia de los detenidos y cuidando de no dañar sus pertenencias personales. 8. Reglamentariamente se establecerá el listado de los objetos, mercaderías y pertenencias que se encuentran prohibidos dentro de los establecimientos penitenciarios y no son susceptibles de ser ingresados por los detenidos o sus familiares. 9. Las requisas de instalaciones y los recuentos de población penal deberán ser grabados mediante cámaras filmadoras fijas sin ángulos ciegos desde su inicio hasta su finalización, y conservados por el lapso temporal y con los recaudos de seguridad que se establezcan reglamentariamente. 8. Cuando los procedimientos de requisas de instalaciones o pertenencias de los detenidos persigan la búsqueda de elementos previamente determinados en el marco de tareas de inteligencia, se recabará la autorización del juez competente. 10. En todo cuanto sea asimilable y no se halle regulado, serán de aplicación supletoria las normas del Código Procesal Penal correspondiente, relativas a las formalidades para la consecución válida de procedimientos de registro, requisas o inspección de personas, lugares o cosas y de secuestro de objetos. Artículo 70 sixties.- Cualquier situación anómala en el uso de los aparatos electrónicos de inspección, así como la realización de registros manuales que impliquen desnudo de las personas revisadas, y la realización de requisas extraordinarias de los lugares de alojamiento, deberán ser autorizadas por el funcionario a cargo del establecimiento penitenciario mediante resolución fundada, quedar asentadas en el libro de novedades correspondiente y ser notificadas dentro de las 12 horas al juez de turno y a los organismos de control del sistema nacional de prevención de la tortura. ARTÍCULO 2°.- Sustitúyase la redacción del artículo 163 por la siguiente: Artículo 163: “El visitante y sus pertenencias, por razones de seguridad, serán registrados. El registro, dentro del respeto a la dignidad de la persona humana, será realizado según los principios rectores previstos en los arts. 70 a 70 sixties de esta Ley”. 16 ARTÍCULO 3°.- El Poder Ejecutivo Nacional deberá dictar un decreto reglamentario sobre los procedimientos de registro de personas y requisas de instalaciones dentro de los establecimientos penitenciarios, que desarrolle estos principios rectores. ARTÍCULO 4°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.”

entre uno u otro supuesto a ambos lados de ella, por ende, la norma permitiría el registro de una persona de un sexo a otra de uno distinto, siempre y cuando el procedimiento esté dirigido por una de su propio sexo, lo cual ya supera todo límite de tolerancia en este ámbito de ambigüedad normativa.

Este artículo entendido en forma restringida, de acuerdo al principio de máxima taxatividad interpretativa, y en función del principio pro persona⁵⁶, es decir, limitando el poder del Estado y decidiendo en pos del derecho frente a ese poder, admitiría sólo una respuesta posible en relación a las prácticas para los registros y requisas de personas y pertenencias, consistente en el respeto a la dignidad humana siempre, por lo cual deberían siempre los agentes penitenciarios o auxiliares optar por el medio menos invasivo posible, que claramente son los medios electrónicos o escáneres, teniendo la obligación el Estado de que estén a disposición en todos los establecimientos penitenciarios, con medidas de emergencia para el caso de falta o mal funcionamiento, e intermedias para el caso de su inexistencia, estando prohibidas las medidas de inspección corporales directas y físicas por su vulneración a la dignidad humana, no pudiendo resultar en ningún caso la seguridad un presupuesto o motivo que pueda autorizar excepciones en este contexto, pues además, el Estado tiene en su poder otras medidas de seguridad adentro de los penales mucho más efectivas y menos invasivas para prevenir el ingreso y egreso de elementos no permitidos, que afecten la integridad física de presos y visitantes, etcétera.

⁵⁶ Como mandan los artículos 18 y 75.22CN, y 29CADH, y los fallos “Arriola”, “F.A.L.” y “Acosta” entre otros de la CSJN en materia de interpretación de normas para que resulten válidas.

Y esto que venimos diciendo se completa con el último párrafo del artículo que debe ser el que impone los límites a los dos primeros *“El registro manual, en la medida de lo posible, será sustituido por sensores no intensivos u otras técnicas no táctiles apropiadas y eficaces.”*.

Lo lapidario de este último párrafo es la expresión *“en la medida de lo posible”*, ahora bien, si ese concepto se entiende en función de los principios de humanidad, pro persona y en función de la obligación del Estado en materia de debida diligencia para prevenir la afectación de derechos humanos, con más la obligación de respetar, garantizar, no vulnerar y sancionar las vulneraciones de derechos fundamentales, el resultado no puede ser otro que la sustitución de los medios intrusivos y/o táctiles por sensores o medios tecnológicos que dejen a salvo los derechos humanos de los visitantes, contando el estado argentino con tecnologías disponibles para ello, ahora como la norma habilita también otra interpretación, es esa la que prima en la práctica, como dicen López y Machado, dando lugar a un sinnúmero de excusas a la administración para perpetuar el trato al que históricamente han sido sometidos los visitantes.⁵⁷

El Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, Dr. Javier De Luca, en su dictamen ante un caso⁵⁸ en que se discutían derechos en este contexto del que venimos hablando, destacó lo siguiente:

“La cuestión bajo estudio ha sido abordada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en su “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas

⁵⁷ López y Machado, ob.cit. pág. 389.

⁵⁸ DICTAMEN Nº 10.838. Causa nº FTU 9277/2014/38/RH2, Sala II, Fiscalnet 51493/2014, “GODOY, María Noelia s/ infracción ley 23.737.Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/miscelaneas44619.pdf>

de libertad” del 2011. Allí observó que un problema ampliamente documentado, tanto por la CIDH como por los mecanismos de la ONU, es la práctica de realizar revisiones denigrantes a las mujeres que acuden a las visitas, las cuales pueden incluir revisiones vaginales y anales. Al respecto, dijo que “de acuerdo con los estándares fijados por la CIDH en los Principios y Buenas Prácticas (Principio XXI), el empleo de registros corporales a las personas privadas de libertad y a sus visitantes no deberán aplicarse en forma indiscriminada, sino que debe responder a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Además, deben practicarse „en condiciones sanitarias adecuadas, por personal calificado del mismo sexo, y deberán ser compatibles con la dignidad humana y con el respeto a los derechos fundamentales. Para ello, los Estados Miembros utilizarán medios alternativos que tomen en consideración procedimientos y equipo tecnológico u otros métodos apropiados“. En cambio, los registros intrusivos vaginales y anales serán prohibidos por la ley”¹ (el subrayado me pertenece). En otras palabras, para la CIDH los registros vaginales no sólo son inadmisibles sino que deben estar vedados por ley. El informe no admite excepciones. Su contenido, ineludible para resolver el caso bajo estudio, ha sido ignorado por el Tribunal.”

“La tensión entre seguridad y dignidad, alegada por el Tribunal para legitimar aquella práctica fue resuelta por la CIDH de la siguiente forma: “La CIDH reitera que los Estados no sólo tienen la facultad, sino la obligación de mantener la seguridad y el orden interno en las cárceles, lo que implica el adecuado control del ingreso de efectos ilícitos como armas, drogas, licor, teléfonos celulares, entre otros. Sin embargo, la implementación de estos esquemas de seguridad debe llevarse a cabo de forma tal que se respeten los derechos fundamentales de los internos y sus familias. Es esencial que el personal de custodia directa de los internos y de seguridad externa de

los centros penitenciarios esté capacitado para mantener un balance entre el cumplimiento de sus funciones de seguridad y el trato digno hacia los visitantes”². Dicho de otra forma, aquella tensión entre seguridad y dignidad no es tal, pues existen medios que permiten al Estado garantizar la seguridad, sin afectar la dignidad de las visitas. Por lo tanto, la necesidad de evitar el ingreso de material prohibido al establecimiento penitenciario no puede servir de pretexto para legitimar las inspecciones vaginales.”

“Es más, el trato humillante hacia las visitas genera malestar entre los internos y ello puede derivar en situaciones de violencia. De esa forma, una medida destinada a mantener la seguridad termina conspirando contra ella. En este sentido, la CIDH ha señalado que en la práctica el trato denigrante o arbitrario por parte de las autoridades hacia los familiares de los reclusos es un factor que incrementa sensiblemente los niveles de tensión y estrés en la población reclusa, lo que eventualmente puede resultar en hechos de violencia o en manifestaciones de protesta.”

“Recientemente, el “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” expresa que “los registros corporales, en particular los registros invasivos y sin ropa, son una práctica común y pueden constituir malos tratos cuando se llevan a cabo de manera desproporcionada, humillante o discriminatoria”.”

“También resulta pertinente citar la regla 54.6 de las “Reglas penitenciarias europeas” adoptadas por el Consejo Europeo, la que establece que el personal penitenciario no puede realizar ningún examen de las cavidades corporales. El argumento de que el Estado Argentino no se encuentra en condición -entiéndase, económica- para implementar medios técnicos menos lesivos no puede sostenerse a la luz de la jurisprudencia internacional, de aplicación obligatoria al caso. En

primer lugar debo observar que se trata de una mera conjetura de los magistrados ya que no apoyan su afirmación en ningún dato objetivo. Además, en el precedente “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela” la Corte IDH recordó que “los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano”⁷. Por esta razón, los supuestos gastos que irrogaría la implementación de los medios técnicos menos lesivos tampoco pueden servir de excusa para incumplir con la obligación de garantizar el respeto por la dignidad de las personas.”

“En estas condiciones, la cuestión en torno a la ausencia de orden judicial o falta de testigos civiles pierde relevancia porque se trata de una práctica humillante y degradante, rechazada por la comunidad internacional. Nótese que ninguna de las fuentes citadas distingue entre inspecciones vaginales autorizadas por juez o practicadas sin autorización. La falta de autorización judicial sólo contribuye a su irracionalidad.”

“Del mismo modo, carece de relevancia si el personal penitenciario actuó de buena fe al descubrir el material estupefaciente a los efectos de legitimar el procedimiento, ya que estas prácticas son inadmisibles con independencia de los fines perseguidos por quien las realiza. En otras palabras, no se resuelve el problema con afirmar que los funcionarios actuaron de buena fe. Pero, además, el argumento de que el descubrimiento del estupefaciente ha sido inevitable y que se trata de prueba independiente es inadmisibles en este caso no sólo desde el punto de vista estético, sino también jurídico porque no hay nada de inevitable en la decisión de revisar la vagina de una visita, del mismo modo en que no es inevitable buscar un automóvil en los cajones de un mueble. Ese

argumento no puede esgrimirse en un acto jurisdiccional. No existen inspecciones vaginales de buena fe porque el derecho no las admite. Se confunde allí la vieja discusión sobre el fundamento de la regla de exclusión: si es ética (como en Fallos 303:1938, “Montenegro” y voto disidente en el precedente “United States v. Calandra”⁸ entre otros) o utilitario (“United States v. Leon”⁹ y “Arizona v. Evans”¹⁰). Lo cierto es que el fin disuasorio sostenido por la doctrina utilitaria se aparta de la protección constitucional de la intimidad, que no distingue finalidades. La crítica a esa doctrina postula que el fundamento de la exclusión probatoria debe ser la de impedir que el Estado se aproveche de un acto ilegal. El fundamento utilitario, suscripto por el voto mayoritario del fallo recurrido, es incompatible con nuestro Estado constitucional de derecho: si el Estado se valiese de intrusiones masivas a la intimidad y dignidad de todas las personas, por el sólo hecho de que los funcionarios lo hacen de buena fe (se creen autorizados a hacerlo), instantáneamente se descubrirían numerosos hechos delictivos. Pero, ante semejante panorama, el Estado ya no cumpliría su función de garantizar derechos sino que se convertiría en la principal amenaza para el bienestar de la población, con el pretexto de descubrir todos los delitos.”

“Por último, debo señalar que prácticas degradantes como las que sufrió la encausada Godoy pueden desalentar las visitas a los internos, lo cual redundaría en una restricción al régimen de visitas y constituye un trato cruel respecto del interno y, por otro lado, es una fuente de corrupción administrativa porque genera la ocasión para que las visitas o los internos deban ceder algo para sortear su revisión denigrante. Al respecto, en numerosas ocasiones la Corte Interamericana dijo que este tipo de restricciones constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en sentido del artículo 5.2 de la Convención¹⁴. En particular, en el “Caso García Asto y Ramírez Rojas”

la Corte Interamericana sostuvo que la restricción de visitas de los familiares de los internos, así como los tratos humillantes que recibía su familia al visitarle, constituyeron una vulneración de la integridad psíquica y moral de éstos¹⁵. De lo reseñado se desprende que el Estado debe abstenerse de toda práctica que dificulte o desaliente las visitas a los internos.”

“Por todo lo expuesto es preciso concluir que las inspecciones vaginales realizadas a las visitas en los establecimientos penitenciarios son prácticas contrarias al derecho internacional de los derechos humanos y, por lo tanto, antijurídicas. No pueden ser legitimadas bajo ninguna circunstancia y el Estado debe proveer de medios tecnológicos que permitan cumplir con su obligación de mantener la seguridad del establecimiento sin afectar la dignidad de las visitas.”

Entonces, como corolario de lo que hemos expuesto, entendemos que el único margen para la compatibilización constitucional-convencional de la norma en comentario, puede realizarse siguiendo los lineamientos que aquí hemos expresado, puesto que de otro modo, entendiendo que en la tensión entre dignidad y seguridad, este segundo concepto puede legitimar el avasallamiento del primero, tanto la norma como las prácticas consecuentes serán antijurídicas por contrarias al derecho internacional de los derechos humanos.

Jurisprudencia.

En el ámbito jurisprudencial, sin dudas el caso “Arena”⁵⁹ otorga el maco fundamental que es necesario respetar en los contextos de visitas de personas no privadas de la libertad a personas que sí lo están.

⁵⁹ Visitas de familiares a detenidos. Revisiones vaginales. Derecho a la dignidad e integridad personal. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Nº 38/96. CASO 10.506 ARGENTINA[1]. Rto. 15 de octubre de 1996.

Recordemos que los hechos eran los siguientes: “1) Que contra la resolución de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, por la que se hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por María Arena y se ordenó al Servicio Penitenciario Federal que cesaran las inspecciones intrusivas respecto de su persona y de la de su hija, como requisito previo a la visita del detenido Ernesto Lorenzo, alojado en la Unidad N° 1, se interpusieron los recursos extraordinarios de fs. 72/80 por el Director del Servicio Penitenciario Federal, y de fs. 81/85 vta. por el fiscal de Cámara, que fueron concedidos a fs. 96. 2) Que el fundamento de la acción de amparo fue la exigencia, por el personal de la Unidad N° 1 de Caseros; de que tanto la demandante como su hija de 14 años de edad, se sometiesen a inspección por el personal femenino de esa Unidad, como condición previa a la visita de su esposo alojado en ella. Esto constituiría --según la recurrente-- una vejación y violación a sus derechos elementales.”

Y que la CSJN al dictar su fallo el 21/11/1989 concluyó: “11) Que el examen de las medidas adoptadas por el Servicio Penitenciario Federal respecto de la accionante no autoriza a concluir que aquéllas sean manifiestamente arbitrarias, en el sentido del art. 1° de la ley de amparo, toda vez que no parece existir en la actualidad medios alternativos --por lo menos en lo que respecta a las sustancias estupefacientes-- para detectar la presencia de objetos peligrosos en aquellos visitantes que pretenden tener contacto físico con los internos. No desconoce el tribunal la fuerte intrusión que las medidas impugnadas, reseñadas en el consid. 3° del presente, provocan en el derecho a la intimidad de la actora, pero es precisamente el caso de autos en el cual resulta aplicable la doctrina según la cual son legítimas las medidas fuertemente limitativas de la libertad individual cuando aquéllas tienden a preservar un interés estatal vital --como lo es la preservación de la integridad

física de los internos-- y no parecen existir, por lo menos de lo que surge de las constancias de la presente causa, vías alternativas menos restrictivas para satisfacer dicho interés estatal (ver, en tal sentido, Tribe, "American Constitutional Law", cap. 15, 2ª edición)."

"12) Que la legitimación de la medida impugnada debe tener como lógica contrapartida el derecho de la accionante a decidir libremente, en ocasión de efectuar la correspondiente visita, no tener contacto físico directo con el interno Lorenzo, lo cual hará desaparecer, obviamente, la facultad de las autoridades carcelarias de efectuar la inspección corporal cuestionada. Por ello, se deja sin efecto la sentencia apelada"

Llegado el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe nº 38/96 Caso 10506 Argentina del 15/10/1996, sostuvo lo siguiente:

"51. El artículo 1.1. de la Convención requiere que los Estados partes respeten y garanticen el pleno y libre ejercicio de todos los derechos reconocidos por la Convención. Esas obligaciones limitan la autoridad del Estado para imponer restricciones sobre los derechos protegidos por la Convención. La Corte Interamericana ha manifestado que: El ejercicio de la autoridad pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. [10] dispuesto en la Convención deben cumplir con tres condiciones específicas. Una medida que de alguna manera afecte los derechos protegidos por la Convención debe necesariamente: 1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2, y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos. 1) la legalidad de la medida"

“61. La Corte Interamericana ha manifestado que: Por ello, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.[15]”

“62. Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo y debe ser congruente con el orden jurídico interno. El Gobierno la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona sostiene que las inspecciones vaginales de las personas que visitan las penitenciarías argentinas están autorizadas por la ley y por los reglamentos internos.”

“66. La Comisión es consciente de que en todos los países existen reglamentos sobre el tratamiento de prisioneros y detenidos, así como normas que rigen sus derechos a visitas en cuanto a horario, lugar, forma, tipo de contacto, etc. También se reconoce que las requisas del cuerpo, y algunas veces el examen físico intrusivo de los detenidos y prisioneros, podrían ser necesarios en ciertos casos.”

“67. Sin embargo, este caso implica los derechos de los visitantes, cuyos derechos no se ven limitados automáticamente por razón de su contacto con los internos.”

“68. La Comisión no cuestiona la necesidad de requisas generales antes de permitir el ingreso a una penitenciaría. Sin embargo, las revisiones o inspecciones vaginales son un tipo de requisa excepcional y muy intrusiva. La Comisión quisiera subrayar que el visitante o miembro de la familia que procure ejercer su derecho a una vida familiar no debe convertirse automáticamente en

sospechoso de un acto ilícito y no puede considerarse, en principio, que represente una amenaza grave para la seguridad. Aunque la medida en cuestión puede adoptarse excepcionalmente para garantizar la seguridad en ciertos casos específicos, no puede sostenerse que su aplicación sistemática a todos los visitantes sea una medida necesaria para garantizar la seguridad pública.”

“3) razonabilidad y proporcionalidad de la medida.”

““70. La restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. [18] Para justificar las restricciones de los derechos personales de los visitantes no basta invocar razones de seguridad. Después de todo, se trata de buscar un balance entre el interés legítimo de los familiares y de los presos de realizar visitas sin restricciones arbitrarias o abusivas, y el interés público de garantizar la seguridad en las penitenciarías.”

“71. La razonabilidad y proporcionalidad de una medida se pueden determinar únicamente por la vía del examen de un caso específico. La Comisión opina que una inspección vaginal es mucho más que una medida restrictiva en el sentido de que implica la invasión del cuerpo de la mujer. Por tanto, el equilibrio de intereses que debe hacer al analizar la legitimidad de dicha medida, necesariamente requiere sujetar al Estado a una pauta más alta con respecto al interés de realizar una inspección vaginal o cualquier tipo de requisita invasiva del cuerpo.”

“72. La Comisión estima que para establecer la legitimidad excepcional de una revisión o inspección vaginal, en un caso en particular, es necesario que se cumplan cuatro condiciones: 1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en el caso específico; 2)

no debe existir alternativa alguna; 3) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y “4) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud.”

a) necesidad absoluta 73. La Comisión opina que ese procedimiento no debe aplicarse a no ser que sea absolutamente necesario para lograr el objetivo de seguridad en un caso en particular. El requisito de necesidad significa que las inspecciones y revisiones de esta naturaleza se deben realizar únicamente en casos específicos cuando existen razones para creer que hay un peligro real para la seguridad o que la persona en cuestión puede estar transportando sustancias ilícitas.”

“b) no existencia de una opción alternativa. 74. La Comisión considera que la práctica de realizar revisiones e inspecciones vaginales y la consecuente interferencia con el derecho de visita no sólo deberá satisfacer un interés público imperativo, sino también deberá tener en cuenta que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”. [19]”

“c) la existencia de una orden judicial. 81. Incluso asumiendo que no existiera un medio menos invasivo, la Comisión opina que para realizar una inspección corporal intrusiva, que había sido suspendida debido al peligro de infección del personal de la penitenciaría, es necesario que haya una orden judicial. En principio, un juez debería evaluar la necesidad de llevar a cabo esas inspecciones como requisito ineludible para una visita personal sin infringir la dignidad e integridad personal del individuo. La Comisión considera que las excepciones a esta regla deberían estar expresamente establecidas por ley.”

“100. Por lo tanto, la Comisión concluye que cuando las autoridades del Estado argentino requirieron que la Sra. X y su hija se sometieran a inspecciones vaginales cada vez que deseaban

tener un contacto personal con el marido de la Sra. X, ejercieron una interferencia indebida en el derecho a la familia de los peticionarios.”

“4. Derechos del niño: artículo 19”

“101. El artículo 19 dice: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. 102. Argentina también ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño que dispone: Artículo 3”

“105. Por lo tanto, la Comisión concluye que cuando las autoridades de la penitenciaría propusieron y realizaron inspecciones vaginales en la menor Y antes de que ella visitara personalmente a su padre, el Estado argentino violó el artículo 19 de la Convención.”

La CorteIDH también se pronunció al respecto, por ejemplo, en el caso “Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil”⁶⁰ en el que recomendó al Estado de Brasil a que: *“...adopte medidas de corto plazo a efectos de: a)...b)...c)...d) asegurar las condiciones de seguridad y respeto a la vida e integridad personal de todos los internos, funcionarios y visitantes del Complejo de Curado, y e) eliminar la práctica de revisiones humillantes que afecten la intimidad y la dignidad de los visitantes.”*, por consideraciones similares a las que expusimos anteriormente.

Por su parte el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional – Sala 5- del Poder Judicial de la Nación, en autos “Q. H., T. y otros sobre habeas corpus...” - I. 1/S.

⁶⁰ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2014. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01.pdf

105 (CCC 56451/2015/CA1), el 2 de noviembre de 2015, sostuvo lo siguiente en el marco de un habeas corpus de la Defensoría General de la Nación:

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

“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-.”

“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 tras 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.”

“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).

“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 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)”.”

“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).”

“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”.”

ARTICULO 164. — El interno tiene el derecho a estar informado de los sucesos de la vida nacional e internacional, por los medios de comunicación social, publicaciones o emisiones especiales permitidas.

Antecedentes legislativos e historia del instituto.

Los antecedentes legislativos, según se indica en la documentación oficial de la labor parlamentaria de la Ley 24660, se compone por lo siguientes: Ley7 Penitenciaria Nacional art. 93, ONU-RM 39, ANT-DNPC Art. 18.12, ANT-NAN Art. 81, y leyes de ejecución de Brasil Art. 41.XV, de Francia Art. D 431 y D444, de Italia Art. 18, y de Ecuador Art. 85.

Antecedentes, similitudes y divergencias en el derecho comparado.

En la actualidad las similitudes con la legislación comparada se encuentran en el artículo 136 del Código de Ejecución Penal de Paraguay y 41 de la ley de ejecución de Brasil.

Normas, Principios y Reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interpretación en los organismos de los Sistemas de Protección Internacional y Regional, aplicables al instituto en estudio.

Reglas Mandela.

“Regla 63”

“Los reclusos tendrán oportunidad de informarse periódicamente de las noticias de actualidad más importantes, sea mediante la lectura de diarios o revistas o de publicaciones especiales del establecimiento penitenciario, sea mediante emisiones de radio, conferencias o cualquier otro medio similar, autorizado o controlado por la administración del establecimiento penitenciario.”

“Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”⁶¹

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.⁶²

“Principio 28”

“La persona detenida o presa tendrá derecho a obtener, dentro de los límites de los recursos disponibles si se trata de fuentes públicas, cantidades razonables de materiales

⁶¹ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

⁶² Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988

educacionales, culturales y de información, con sujeción a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en el lugar de detención o prisión.”

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas.⁶³

“Principio XVIII. Contacto con el mundo exterior”

“Las personas privadas de libertad tendrán derecho a... Tendrán derecho a estar informadas sobre los acontecimientos del mundo exterior por los medios de comunicación social, y por cualquier otra forma de comunicación con el exterior, de conformidad con la ley.”

Propuesta de interpretación del texto legal.

Entendemos que el artículo en comentario debe interpretarse del modo más amplio posible debido a que no señala limitaciones más que la permisión genérica en materia del derecho de acceso a la información a fin de poder mantenerse conectado con la realidad del medio libre, actualizado en cuanto a los sucesos que acontezcan en el país y en el mundo, puesto que no debe entenderse a la cárcel como un aislamiento sino sólo como un medio de privación de la libertad ambulatorio, por ende el derecho a estar informado debe ser garantizado por el Estado, y no limitado más allá de las limitaciones impuestas por la legislación vigente de conformidad al artículo 13 de la CADH y 19.2 del PIDCP, en el sentido de que conserva pleno su derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, aún estando privado de su libertad.

Y esto tiene que ver no sólo con el entendimiento de que la pena privativa de la libertad no debe traer como anexo la privación de otros derechos –al menos reducir ese impacto en la medida

⁶³ Adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

de lo posible-, sino con la conceptualización de los derechos en pos del fin resocializador de la pena según los artículos 5.6CADH y 10.3PPIDCP, puesto que si se lo ve de esa manera, se concluirá necesariamente que el mantenimiento del contacto con el exterior sumado a la recepción de información de toda índole del ámbito libre, sea por los medios de comunicación televisivos, radiales, digitales, etcétera, todo ello coadyuvará a reducir el aislamiento que supone la prisionización y por ende también los efectos desocializantes propios de toda institución totalizante.

Por tales razones, el acceso a la información debe ser facilitado, promovido y reforzado por las instituciones penitenciarias, y no limitados como sucede a menudo en la realidad penitenciaria vía reglamentaria. Por ejemplo, mediante imposiciones arbitrarias que limitan el ingreso y/o la tenencia de artefactos que permiten recibir información desde el exterior (televisores, radios, etc.) por motivos de seguridad, buena conducta u otros motivos que en nada deberían relacionarse con el derecho en comentario, que en estas lógicas penitenciarias aparecen reducidos a dinámicas de premios y castigos, sin anclar los fundamentos en los efectos desocializantes que producen.

En el trabajo “Derribando el autoestigma, medios de comunicación en la cárcel”⁶⁴ CONTRERAS-PULIDO, P., MARTÍN-PENA, D. y AGUADED, I., al analizar el fenómeno en el marco español, citan el prólogo de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria (LOGP) que nos parece pertinente en relación a lo que venimos diciendo, dicen que: *“En su Preámbulo, se recoge un aspecto primordial que da fundamento a este trabajo: Al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena, la Ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado*

⁶⁴ CUADERNOS.INFO Nº 36 ISSN 0719-3661. Versión electrónica: ISSN 0719-367x. Disponible en: <http://www.cuadernos.info/index.php/CDI/article/view/708/565>

de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquel y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad. (LOGP1/1979)” p. 16.

Y hablan de la “educomunicación” como un ejercicio de alfabetización, es decir como un medio de educación más para el desarrollo individual del ser humano privado de su libertad con fines a su participación activa en la sociedad de la que forma parte. Lo dicen del siguiente modo:

“En la perspectiva de la comunicación para el desarrollo, la comunicación alternativa o la del cambio social (Freire, 1970; Kaplún, 1998; Gumucio-Dagron, 2010; Tufte, 2012), se entiende la comunicación desde un prisma de participación, activismo, colectividad y desarrollo, todo lo cual adquiere mayor sentido, sobre todo en la actualidad, si incluimos la mirada de la educomunicación. Sin duda, que la ciudadanía sea partícipe, se apropie y empodere gracias a la construcción de discursos a través de los medios, tendrá un mayor eco si se hace desde el conocimiento, desde un ejercicio de alfabetización y desde la mirada crítica. Todo esto se logrará con una verdadera vocación de educar en medios de comunicación para el cambio social.” P.17/18

Es más, alertan sobre la posibilidad no sólo de recibir información sino de generarla mediante la creación de medios de comunicación en las prisiones: *“La necesidad de alfabetizar hoy día a la ciudadanía desde el punto de vista mediático (que incluye tanto medios de comunicación tradicionales como las tecnologías de la información y la comunicación) se hace acuciante. Organismos como la Unesco, la Comisión Europea o la ONU han promovido diferentes declaraciones³ y documentos para defender dicha alfabetización y alertar a los Estados a realizar*

programas de alfabetización mediática tanto en entornos formales (escuelas) como no formales (familia, centros cívicos, etcétera). En estas materias, Barranquero (2007, p. 17) aporta una serie de premisas relativas a la educomunicación para el cambio social, las que también deberían marcar la intencionalidad de proyectos como la creación de medios de comunicación en prisiones que aquí exponemos. Entre ellas, destaca que lo importante de la experiencia no sea el producto final, sino el camino que se realiza para conseguirlo, donde confluyen enormes posibilidades de desarrollo de habilidades, de competencias, de construcción y de mejora que pueden ser planificadas de manera transversal a lo largo del proceso. Esto es importante, pero no lo es menos el hecho de que sea el propio colectivo necesitado de esos cambios el que protagonice dicha actividad. Así se favorece su verdadero empoderamiento a través de la participación.” P. 18

Ceruti y Rodríguez dicen además que la censura previa de la lectura afecta la libertad de conciencia en el marco del principio de reserva constitucional (Art. 19CN) y de ningún modo puede tener relación con la pena en los términos del artículo 18 de la CN⁶⁵.

Lo cierto es que el artículo consagra expresamente el derecho de acceso a la información sin restricciones, y así debe ser interpretado en el marco del derecho fundamental reconocido en las normas del máximo nivel jerárquico de nuestro ordenamiento jurídico, por lo cual no debería ser limitado por cuestiones reglamentarias, teniendo en cuenta lo expuesto con anterioridad en referencias a los límites constitucionales del facultado a reglamentar, al momento de disponer mecanismos y actividades en general que puedan limitar, restringir o directamente obstaculizar el

⁶⁵ Ceruti, Raúl A. y Rodríguez, Guillermina B. “Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad”. Ley 24660 comentada y anotada. Ediciones La Rocca. Bs.As. 1998, pág. 207/8

acceso a un derecho. Aunque en el mundo del ser penitenciario, sabemos que ello sucede sistemáticamente mediante las reglamentaciones de las unidades penitenciarias que, por ejemplo, impiden la tenencia de artefactos electrodomésticos a los internos que no poseen puntaje de conducta bueno como mínimo en los términos del artículo 120 del Decreto 1136/97, norma que claramente y de manera flagrante excede las potestades reglamentarias en esta materia por imponer restricciones al acceso al derecho que ampliamente reconoce el artículo 164LEP que comentamos, incluyendo restricciones atinentes a la conducta y comportamiento bueno como mínimo, lo que traducido en términos de puntaje alfanumérico, conforme al artículo 51 del Dec. 396/99 implica contar con Conducta 5 como mínimo, lo cual deja de nuevo a la arbitrariedad administrativa penitenciaria la restricción o el directo impedimento de acceso a un derecho humano básico de las personas privadas de la libertad, que en pos de la disciplina (valor sublime en la dinámica penitenciaria) puede ser coartado y/o limitado, lo cual en clave convencional-constitucional no puede ser de ningún modo así, sino todo lo contrario.

Es más, en la práctica penitenciaria de las unidades del SPF, es común encontrar modalidades que exigen puntaje ejemplar de conducta (10) y concepto bueno (5) como mínimo, para acceder a la utilización particular de aparatos electrodomésticos de información y entretenimiento (televisores y radiograbadores por ejemplo), fundamentadas tales restricciones en la consideración de alicientes para el avance de los internos en el sistema de progresividad, pese a que no estén previstos en ninguna norma jurídica, con el doble discurso de presentar tales restricciones totalmente ilegales y al margen hasta de la reglamentación vigente, en que ello puede configurar un aliciente para el interno a fin de adecuar su conducta y cumplimiento de

objetivos penitenciarios a fin de obtener la posibilidad de acceso a radiograbadores o televisores para uso particular.⁶⁶

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

Decreto 1136/97. Reglamentación del Capítulo XI "Relaciones Familiares y Sociales" (Artículos 158 a 167) y disposiciones vinculadas. Reglamento de Comunicaciones de los Internos. Bs. As., 30/10/97

"Acceso a los Medios de Comunicación Social"

"Artículo 118. — El interno tiene derecho a estar informado de los sucesos de la vida nacional e internacional por los medios de comunicación social, publicaciones o emisiones internas. En consecuencia, podrá adquirir a su costa o recibir diarios, periódicos, revistas y libros de libre circulación en el país."

"Artículo 119. — El Director, de acuerdo a las características del establecimiento y a los intereses de sus alojados, fijará los días y horas en que el interno pueda acceder a las emisiones de radio y televisión, a volumen moderado para no interferir con otras actividades o perturbar la tranquilidad."

"Las limitaciones que se fijen no responderán al ejercicio de censura, sino a razones de adecuada convivencia."

⁶⁶ En la U.4 del SPF con asiento en la provincia de La Pampa ello fue informado por escrito así al Juzgado de Ejecución Penal N° 1 en autos "Roldán, Jonathan Eliazar s /ejecución de pena" legajo n° 35415/2, con motivo de un reclamo por entrega de un radiograbador para uso particular del interno.

“Artículo 120. — La posesión personal y uso en su tiempo libre de un aparato de radio portátil o de un reproductor de sonido para ser utilizado con audífono o auricular podrán ser autorizados al interno que tenga conducta o comportamiento bueno.”

“Relaciones con los Medios de Comunicación Social”

“Artículo 121. — El Director Nacional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL podrá autorizar el ingreso a sus establecimientos de representantes especializados de los distintos medios de comunicación social, que tengan como objeto preestablecido recoger información institucional para su divulgación en la comunidad, a fin de promover la comprensión y el apoyo a la labor social que se realiza.”

“Artículo 122. — Cuando el interno solicite o acepte mantener una entrevista individual con un representante especializado de un medio de comunicación social, previa opinión del Director del establecimiento en que se aloje y siempre que no mediare oposición del juez competente, el Director Nacional del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL podrá autorizarla. Esto no obsta a que el interno se pueda comunicar sin censura y conforme las previsiones de este Reglamento en forma escrita o telefónica, con los medios de comunicación social.”

“Artículo 123. — Cuando se solicite el ingreso de equipos destinados a la captación de imágenes y sonidos, el responsable del medio deberá comprometerse por escrito a difundir las imágenes y el sonido, utilizando técnicas distorsivas que impidan la identificación del interno, su posible estigmatización y la de su núcleo familiar. Tampoco se podrá aludir a hechos delictivos o a historias personales que directa o indirectamente permitan individualizar al entrevistado.”

“Artículo 124. — El representante del medio deberá respetar las normas del artículo 22, salvo lo previsto en el inciso f) en los equipos o elementos expresamente autorizados. Para su ingreso deberá presentar previamente el compromiso requerido en el artículo 123.”

Jurisprudencia.

En materia jurisprudencial es destacable un auto dictado en la provincia de Córdoba donde se reconoce el acceso a la comunicación e información periodística a una interna con fundamento en la normativa internacional aplicable y cita jurisprudencial del máximo tribunal colombiano.

Se trata del caso “BENITEZ, Alida Ramona s/ Ejecución de pena privativa de la libertad”, Expediente Letra B – N° 02 – Año 2007 (N° 175713 –SAC-, Resolución interlocutoria n° 4/2008, del 15/02/2008. Registro de este Juzgado de Ejecución Penal de 1ª nominación de Córdoba, en el que se sentó lo siguiente:

“II.- Que corresponde señalar que los condenados, sea cual fuese la naturaleza de su delito, conservan inalterados aquellos derechos fundamentales que les corresponden y que no se ven afectados por la esencia de la pena que se encuentra ejecutando. Se trata de una garantía de raigambre Constitucional (principio de legalidad – artículo 18 de la Constitución Nacional-), que encuentra su materialización legal en la clara previsión contenida por el artículo 2º de la ley 24.660.”

“Entre tales derechos cuenta el de su libertad de expresión, consagrado por los artículos IV de la Declaración Americana de Derechos Humanos y 13.1, de la Convención Americana de Derechos Humanos; ambos con jerarquía Constitucional, a partir de la reforma de 1994 (artículo 75, inciso 22, 2ª cláusula de la Constitución Nacional).”

“Se ha dicho con justeza que la libertad de prensa lleva implícita a la libertad de expresión (Quiroga Lavié, op. cit., p. 153); motivo por el cual, como una proyección natural de este último derecho se ubica, precisamente, el de mantener contacto con los medios de comunicación. En tal sentido, la Corte Constitucional de Colombia, en opinión que comparto, ha expresado que la exigibilidad del derecho fundamental a la libertad de expresión no es ajena a la vida carcelaria aunque se haga uso de ella para manifestar críticas: “(...) „En efecto, la democracia y el pluralismo no se terminan en las puertas de la prisión. Por el contrario, el interno debe ser considerado como un interlocutor válido que, pese a su situación de privación de libertad, necesita estar informado y, puede, a su vez, manifestar sus opiniones y pensamientos y las informaciones que, conforme a éstos, estime pertinentes“” (cfr. Sentencia T – 706 de 1996; citada por Carlos Augusto Lozano Bedoya, Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección, Coedición Defensoría del Pueblo – Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – Unión Europea, Bogotá, 2006, p. 141. versión electrónica disponible en <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/Manual%20DP/Capitulo%20II.pdf>.”

ARTICULO 165. — La enfermedad o accidentes graves o el fallecimiento del interno, será comunicado inmediatamente a su familia, allegados o persona indicada previamente por aquél, al representante de su credo religioso y al juez de ejecución o juez competente.

Los antecedentes legislativos, según se indica en la documentación oficial de la labor parlamentaria de la Ley 24660, se compone por lo siguientes: Ley Penitenciaria Nacional art. 94, CEPBA, Art. 125; ONU-RM 44.1, y leyes de ejecución de España art. 52, de Francia Art. D 427, de Italia Art. 29 y 44, de Venezuela Art. 67 y de Ecuador Art. 83.

Antecedentes, similitudes y divergencias en el derecho comparado.

En la actualidad las similitudes con la legislación comparada se encuentran con los artículos 137 del Código de Ejecución Penal de Paraguay, 95 de la Ley de Bolivia y 15 de la Ley Uruguaya, en el marco del MERCOSUR, pero también de las legislaciones europeas, por ejemplo, la ley Española (Arts. 52) y la Ley Alemana (Art. 66).

Normas, Principios y Reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interpretación en los organismos de los Sistemas de Protección Internacional y Regional, aplicables al instituto en estudio.

Reglas Mandela

“Regla 68. Todo recluso tendrá derecho a informar inmediatamente a su familia, o a cualquier otra persona que haya designado como contacto, de su encarcelamiento, su traslado a otro establecimiento y cualquier enfermedad o lesión graves, y recibirá la capacidad y los medios para ejercer ese derecho. La divulgación de información personal de los reclusos estará sujeta a la legislación nacional.”

“Regla 69. En caso de fallecimiento de un recluso, el director del establecimiento penitenciario informará inmediatamente a sus familiares más allegados o a la persona designada como contacto para casos de emergencia. Ante un supuesto de enfermedad o lesión grave o de traslado de un recluso a un centro hospitalario, el director deberá notificar a las personas que el recluso haya designado para recibir información relacionada con su estado de salud. Se respetará la solicitud expresa del recluso de que no se informe a su

cónyuge o familiar más cercano en caso de enfermedad o lesión.”

Propuesta de interpretación del texto legal.

La norma comienza enunciando los supuestos que disparan el mecanismo que regula a continuación, y se refiere a ello como *“enfermedad o accidentes graves o el fallecimiento del interno”*.

En todos los supuestos, por una cuestión de especialidad en las competencias, ello no puede ni debe estar a la arbitraria decisión del director de la unidad penitenciaria y/o del jefe de turno a cargo, sino que la aseveración de grave debe provenir de un diagnóstico médico realizado de manera inmediata a su existencia. Ergo, el requisito legal implica un diagnóstico a cargo del profesional médico actuante, sea interno o externo al servicio penitenciario, con la carga de responsabilidades que sobre sus actuaciones genera la Ley 17132⁶⁷ y su reglamento⁶⁸. Y ante la duda de si se trata de graves o no, debe presumirse que sí lo es y cumplir con el aviso de igual forma a fin de asegurar el derecho.

En cuanto a la exigencia de comunicación inmediata es aplicable la conceptualización que hicimos más arriba, en el sentido de entender la inmediatez como el paso consecutivo siguiente sin solución de continuidad y en el menor plazo posible a fin de permitir el conocimiento e intervención oportuna y con posibilidades de eficacia para el acto que se requiera. Por ejemplo, en el caso de enfermedad o accidentes graves a fines de coadyuvar en la atención hospitalaria con

⁶⁷ ARTE DE CURAR. LEY 17.132. Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas. Buenos Aires, 24 de enero de 1967.

⁶⁸ DECRETO NACIONAL 6.216/1967. BUENOS AIRES, 30 de Agosto de 1967. Boletín Oficial, 8 de Septiembre de 1967

todo lo que resulte necesario para el paciente, como así también para la autorización, realización y tramitación de los actos que se requieran en el ámbito sanitario, como pueden ser autorizaciones para determinadas intervenciones quirúrgicas, traslados a unidades especializadas, donación de sangre, etcétera.

A quienes se debe avisar es a la familia, allegados o persona indicada previamente por el interno, enumeración que por su fin e indicación genérica debe tenerse como enunciativa y por ende comprender a toda persona que tenga vinculación con el interno y que pueda resultar útil para el momento de emergencia en que éste se encuentra, lo cual estará a cargo del personal de Asistencia Social de la unidad penitenciaria.

Y si bien los medios por los cuales debe hacerlo no están indicados ni en la norma de fondo ni en el pobre artículo 133 del Decreto 1136/97 que lo reglamenta, debe entenderse que debe ser cualquier medio fehaciente, en el sentido de que permita la comunicación certera y acreditable con posterioridad, y que implique el medio más rápido con que se cuente a disposición para poder cumplir el fin del legislador en la emergencia que supone la norma. López y Machado dicen que por razones humanitarias es aconsejable que la comunicación sea de forma personal⁶⁹, lo cual puede ser ideal si las circunstancias lo permiten, pero ello no implica un deber y en muchas ocasiones hasta puede ser contraproducente con el fin de la norma, puesto que la localización y encuentro personal puede llevar un tiempo que conspire contra la posibilidad de participación activa de la persona comunicada en la emergencia y/o fallecimiento, por ejemplo por razones de distancia, laborales, de falta de medios de locomoción, etcétera.

⁶⁹ López y Machado, ob.cit pág. 392.

En cuanto a la segunda parte de las personas a avisar, tiene que ver con la asistencia espiritual en momentos en que, quien profesa un culto determinado, suele estar más aferrado a ello teniendo a su alcance al representante de su credo religioso a fin de su contención, acompañamiento, celebración de los actos que indiquen el culto que practican, comprensión de la gravedad y/o desenlace luctuoso de haberlo y lo que ello implica espiritualmente, como así también la realización de oraciones, bendiciones, sepulcros en caso de fallecimiento y demás actividades propias de cada conjunto de creencias en el plano espiritual.

Y por último, también al juez de ejecución o juez competente a fin de garantizar el control judicial de lo actuado y/o la toma de medidas de primera mano para asegurar derecho a la salud que las personas privadas de la libertad tienen por el sólo hecho de ser personas, el cual reviste calidad de derecho humano básico reconocido en el máximo nivel normativo supranacional (Arts. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, entre otros) con rango constitucional en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, y también con anclaje legal en nuestro medio (Arts. 143 y ss. de la LEP), quien debe disponer las medidas necesarias que no se hayan dispuesto antes de manera oportuna, a fin de asegurar que quien haya sufrido el accidente o enfermedad grave reciba por parte de médicos especializados las curaciones, diagnóstico y tratamiento que sean necesarios bajo la supervisión de profesionales de la salud en ámbitos asépticos adecuados, y no en una situación de encierro con graves deficiencias sanitarias como se encuentran actualmente las cárceles en nuestro país, lo que también hace al trato humanitario de los detenidos y al reconocimiento de su integridad y dignidad personal en los términos de los artículos 5 de la CADH, y 10 del PIDCP, entre otros, también con asiento constitucional, y

especialmente el principio de igualdad para con el resto de la población no prisionizada (Art. 16 CN), pues es de Perogrullo decir pero necesario reafirmar, que las personas no pierden su derecho a la salud por el sólo hecho de ser privadas de la libertad., el cual debe ser garantizado de acuerdo a lo previsto en los artículos 143 a 152 de la Ley 24660, e incluso el Juez debe disponer, según corresponda, lo previsto en los artículos 147 y 149 de esa LEP.

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

“Comunicaciones de Emergencia. “Artículo 113. — La enfermedad o accidentes graves o fallecimiento del interno, previo el pertinente informe médico, serán comunicados inmediatamente por el Servicio Social del establecimiento a su familiar, allegado o persona previamente indicadas por aquel, al representante de su credo religioso y, con intervención de la Sección Judicial, al juez competente.”

ARTICULO 166. — El interno será autorizado, en caso de enfermedad o accidente grave o fallecimiento de familiares o allegados con derecho a visita o correspondencia, para cumplir con sus deberes morales, excepto cuando se tuviesen serios y fundamentados motivos para resolver lo contrario.

En los casos de las personas procesadas o condenadas por los delitos previstos en los artículos 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del Código Penal, se exigirá en todos los casos el acompañamiento de dos (2) empleados del Servicio de Custodia, Traslados y Objetivos Fijos del Servicio Penitenciario Federal.⁷⁰

⁷⁰ Artículo sustituido por art. 9° de la Ley N° 26.813 B.O. 16/1/2013.

Los antecedentes legislativos del texto original, según se indica en la documentación oficial de la labor parlamentaria de la Ley 24660, se compone por lo siguientes: Ley Penitenciaria Nacional art. 95, CPPN, Art. 496; DNIP: Res. 2-7-1956, ONU-RM 44.2), y leyes de ejecución de Brasil Art. 120, España art. 47.1, de Francia Art. D 424-1 y D 425, de Italia Art. 30 y de Ecuador Art. 41 y 42.

Este artículo fue reformado por Ley 26813 que agregó el requisito del segundo párrafo de la norma vigente cuyos fundamentos, reseñados en el proyecto de esa ley aducen lo siguiente:

“El presente proyecto de ley tiene como objetivo reducir la probabilidad de reincidencia y una adecuada inserción al medio social de las personas condenadas por delitos graves contra la integridad sexual. El mismo tiene como antecedente el trabajo y análisis elaborado por la Comisión de Legislación Penal durante el periodo legislativo del año 2010, reproduciendo en ese sentido el dictamen aprobado en consideración al proyecto de ley Nro. 4169- D-2009. Proponemos una serie de modificaciones al régimen penitenciario, en particular, al momento de autorizar todo tipo de egresos de la institución carcelaria y la adopción de medidas de seguridad.”

“Esta regulación comprende a los condenados por los siguientes delitos contra la integridad sexual: abuso sexual; corrupción; promoción, facilitación y explotación de la prostitución.”

“Consideramos que se justifican estas medidas, ateniéndonos a las tasas de reincidencia que se registran en las personas que han cometido delitos contra la integridad sexual y a la gravedad que tienen estos hechos por los daños provocados a las víctimas, por ende, es necesario adoptar este tipo de medidas de control.”⁷¹

Antecedentes, similitudes y divergencias en el derecho comparado.

⁷¹ Nº de Expediente 0926-D-2011. Trámite Parlamentario 011 (17/03/2011).

En la actualidad las similitudes con la legislación comparada es llamativa, hasta el punto de contar casi con la misma redacción en algunos casos, y para ello pueden tomarse como ejemplos, los artículos 109 de la Ley de Ejecución de Bolivia y 14 de la Ley Uruguaya, en el marco del MERCOSUR, pero también de las legislaciones europeas, por ejemplo, la ley Española (Arts. 52) y la Ley Alemana (Art. 13), aunque en este último caso se prevé de modo genérico el permiso de salida por circunstancias especiales dentro de las cuales puede entenderse lo previsto por la norma argentina en particular.

Normas, Principios y Reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interpretación en los organismos de los Sistemas de Protección Internacional y Regional, aplicables al instituto en estudio.

Reglas Mandela

“Regla 70. La administración del establecimiento penitenciario informará inmediatamente al recluso de toda enfermedad grave o fallecimiento de un familiar cercano o cualquier otra persona allegada. Cuando las circunstancias lo permitan, se le autorizará a ir, solo o con custodia, a la cabecera del familiar cercano o persona allegada en caso de enfermedad grave, o a asistir al funeral de dicha persona.”

Propuesta de interpretación del texto legal.

Respecto de la primera parte de la norma -hasta que llega a las excepciones- le resulta de aplicación lo que dijimos respecto del artículo anterior porque el legislador ha utilizado los mismos presupuestos, resultando útil agregar solamente que las personas que tienen derecho a visita o correspondencia están enunciadas a lo largo de todo el Decreto 1136/97 en las diferentes visitas

que permite (espirituales, de educación, familiares, íntimas, de abogados y asistentes jurídicos, diplomáticos, etcétera) pero el artículo permite las salidas a los efectos de este artículo 166, sólo en caso de enfermedad o accidente grave o fallecimiento de familiares o allegados con derecho a visita o correspondencia, por ende, deben ser entendidos los familiares en los términos del Código Civil y Comercial y los allegados en los términos del artículo 34 del Decreto 1136/97, el que por su amplitud –como ya vimos- incluye a toda persona que tenga alguna relación vincular por el motivo que fuera con el interno de manera asidua.

En el marco de las excepciones, nuevamente aparece la vaguedad debida a la utilización de terminología imprecisa que habilita la restricción de derechos como hemos visto a lo largo de todo el trabajo, puesto que lo que se considere como *“serios y fundamentados motivos para resolver lo contrario”* será materia de decisión administrativa primero y judicial después –al momento de autorizar o no la salida del penal al interno incurso en el supuesto previsto en la norma-, y aunque doctrinariamente se le agreguen requisitos de verificación previa y fehaciente de maniobras dirigidas a la fuga o evasión del interno, como aducen López y Machado⁷² u otros requisitos, lo cierto es que la norma habilita la arbitrariedad para la restricción del acceso a la salida del penal por razones humanitarias, en pos de una supuesta seguridad no definida.

En la práctica del derecho de ejecución penal, aparecen como más recurrentes algunos motivos más que otros sobre las excepciones, como el de seguridad (en caso de que el delito hubiese sido cometido dentro del grupo de pertenencia que también asistirá al centro de salud o al cementerio ya sea que se trate de enfermedad o lesión grave, o fallecimiento); falta de recursos

⁷² López y Machado, ob.cit, pág. 394.

(escasez de móviles, personal u otros medios necesarios para los traslados, superposición con otras diligencias con los mismos medios, etcétera), especialmente cuando los internos están alojados a largas distancias de los centros de salud o cementerios a los cuales deben concurrir para efectivizar las salidas; riesgo de fuga o evasión; y más solapados los consistentes en comunicaciones tardías, falta de notificación a los internos, responsabilización a los correos o medios de comunicación y/o notificación, o las distancias entre los Juzgados competentes, los internos y los centros de salud o cementerios, etcétera, todo lo cual producen en la práctica que la salida no pueda realizarse de manera oportuna. Lo cual es pasible de corrección en internaciones más o menos prolongadas, pero no lo es en situaciones de emergencias graves, enfermedades terminales o en períodos terminales, fallecimientos y sepulcros, etcétera, marco en el cual la herramienta del habeas corpus puede resultar útil para el acceso al derecho, pero la agilización por parte de la Procuración Penitenciaria de la Nación, la sección de Asistencia Social, Judicial y Médica de los penales y la actividad judicial (del Juez y Defensor) son esenciales para ello, por lo cual en este marco el deber es el de máxima celeridad y no obstaculización por parte del Estado a través de todas sus agencias sean nacionales o provinciales.

Como bien refieren López y Machado⁷³ la legislación omitió la autorización para salir del penal por motivo de nacimiento de sus hijos y para participar del parto, lo cual en la práctica es incluido generalmente, aún a propuesta de las unidades penales pese a no estar expresamente establecido en la norma.

⁷³ López y Machado, ob.cit. pág. 394.

El segundo párrafo que agrega requisitos para el caso de que las personas a egresar del penal hubieran sido condenados por delitos contra la integridad sexual merece algunos reparos en términos constitucionales.

Sin detenernos demasiado en un análisis que pueda exceder el marco propuesto para este trabajo, diremos que del texto de la norma y adunado a ello los fundamentos sostenidos para proponer su sanción, entendemos que se ha incurrido en una inconstitucionalidad y anticonvencionalidad múltiple.

Lo primero es la discriminación hacia personas sólo por el delito por el cual resultaron condenadas para el acceso a determinados derechos, sin siquiera tener en cuenta las características individuales de cada quien, lo cual choca con los principios de igualdad y no discriminación de los artículo 16 y 75.22 de la C.N. y 1.1 y 24 CADH, 2 de la DADDH, 1 y 7 de la DUDH y 14 y 26 del PIDCP.

Como explica María Angélica Gelli⁷⁴: *"...sostener que todos los habitantes son iguales ante la ley sólo constituye un principio valioso pero incompleto. La derogación de los privilegios y fueros en razón de origen o situación social, dispuestos por ley, constituyen el inicio de todo proceso igualitario pero la cuestión esencial radica en determinar qué se entiende por igual y qué criterios o pautas se emplean para igualar o diferenciar. ... La doctrina reiterada de la Corte Suprema ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias. Con lo cual ha examinado la categoría normativa hacia adentro, para evaluar si a alguno de los integrantes de aquélla se los excluye del goce de los derechos que se reconocen a otros. Una garantía mayor de la*

⁷⁴ Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. 4ª edición. Tomo I, pág. 232)

igualdad exige un análisis de razonabilidad más intenso para controlar las pautas con las que se construyeron las categorías, criterio que se ha abierto paso en la doctrina de la Corte Suprema...".

Ahora bien ¿Qué debe entenderse por ello? Que las personas que se encuentren en igualdad de condiciones -dentro de una misma categoría parafraseando el texto citado- deben ser tratadas de igual modo. La Corte lo ha dicho en el fallo "Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo"⁷⁵, considerando 4°): "*Que sí es aplicable, en casos como el de Gottschau, el art. 16 de la Constitución Nacional que, en lo que interesa, dispone "Todos sus habitantes [de la Nación Argentina] son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad [...]"*. Esta norma no establece una equiparación rígida, como el art. 20 de la Constitución Nacional, sino que impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas. El Tribunal lo ha dicho desde antaño: *la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros). El ámbito del art. 16 de la Constitución Nacional admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación. Todo ello en tanto no se altere lo central del principio...*". Reiterando así, lo ya sostenido en fallos "Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo." (C. 3. XXXI. 24 de febrero de 1998) y "Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad." (H. 172. XXXV.16 de noviembre de 2004.)."

⁷⁵ G. 841. XXXVI. G. 835. XXXVI. RECURSO DE HECHO. 8 de agosto de 2006)

Como puede verse de una lectura simple del régimen penitenciario establecido desde el Código Penal hasta los Decretos Reglamentarios, pasando por la Ley 24660, no hay categorías de personas diferenciadas ontológicamente según diferencias que puedan considerarse legítimas por establecer desigualdades a ser consideradas por el legislador para modificar los regímenes o modalidades de sus penas, con dos excepciones: el caso de los reincidentes declarados (que merece serios reparos constitucionalmente hablando) y el artículo 10 del Código Penal, cuyos supuestos han sido establecidos en beneficio de los condenados en marcos situacionales específicos. Es más, las penas que se les imponen a los prisionados son todas iguales, pues ya en la normativa vigente no hay diferencias siquiera entre la reclusión y la prisión, pues todas se ejecutan en los mismos ámbitos, del mismo modo y con la misma progresividad.

Pero luego, en todo el proceso o decurso del cumplimiento de la pena, las diferencias de regímenes, modalidades, institutos a los que se accede, otorgamiento de institutos, etcétera, se establecen de acuerdo a la conducta y concepto mantenidos por el condenado, a sus características individuales más allá del delito por el cual fuera condenado, lo que da muestras que todos los internos son iguales ex ante, y sus posibilidades de acceso a diferentes institutos se van acrecentando a medida que cumplen los objetivos penitenciarios y observan los reglamentos con regularidad (al menos en el deber ser). Así, al ingresar en el cumplimiento de una pena de prisión o reclusión, las personas son todas iguales, no sólo por el sólo hecho de ser tales, lo que ya impediría cualquier distingo discriminatorio, sino además por expresa aplicación de la normativa vigente.

Ahora bien, cuando una ley posterior -Ley 26.813- establece diferencias respecto de aplicación de normas, y ello conlleva a un distingo discriminatorio pues se funda en diferenciarlos

de acuerdo al delito que cometieron y no a las características individuales de cada quien y a la evolución en el régimen de progresividad de la pena, por más que sea la ley aplicable debe analizarse a la luz de las normas de superior jerarquía, para verificar si se compeadece con aquéllas o no.

En el caso del artículo que comentamos (y sucede lo mismo por ejemplo con el 56bis de la Ley 24.660, incorporado en 2004), vemos que ello no es así porque excluye a unos lo que permite a otros en iguales condiciones, y aún en peores condiciones, puesto que la norma vigente distingue sin siquiera tener en cuenta la intensidad lesiva de los condenados por ciertos delitos (por ejemplo, no comprende a los genocidas, o a los traidores a la patria, homicidios simples o agravados no previstos expresamente allí), dejando en evidencia que el único fin de esta reforma fue el electoral o populista punitivo ante un reclamo de un sector social ante el cual los legisladores reaccionaron espasmódicamente. Pero ello de ningún modo debe ser avalado por los jueces, quienes en nuestro sistema difuso están obligados funcionalmente a revisar la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes⁷⁶.

Según tiene dicho y reiterado también la Corte, por ejemplo en el fallo "**Arriola**", cuando una norma inferior se encuentra en pugna con un mandato constitucional o convencional, debe buscarse una interpretación acorde, y si no es posible declararla lisa y llanamente inconstitucional,

⁷⁶ Ello resulta de la jurisprudencia de la CSJN a partir del fallo "Mazzeo" (M. 2333. XLII. "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad" del 13/07/2007), últimamente materializado en el fallo "Rodríguez Pereyra"(R. 401. XLIII., Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra e Ejército Argentino s/daños y perjuicios.), pero también y por ello, de la jurisprudencia de la CorteIDH, en los fallos "Almonacid Arellano vs Chile", "Trabajadores cesados del Congreso vs/ Perú", "Radilla Pacheco vs México" y "Gelman vs Uruguay", a partir de los cuales se delinea la exigencia del control de convencionalidad.

aunque ésta debe ser la última ratio por la importancia institucional que reviste tal acto. Y es esto lo que sucede con la diferencia de tratamiento establecida en el artículo que criticamos. Esto es así, como dijimos, porque a personas en igualdad de condiciones -condenados por diversos delitos-, se les dispensa un trato diferenciado atendiendo solamente al delito por el cual fueron condenados y sin importar siquiera el estado de su progresividad o la personalidad demostrada a lo largo de los años de cumplimiento de la pena.

En esta línea de pensamiento se ha dicho que *"Si bien el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen un trato diferente entre los habitantes, la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad o dicho de otro modo, el criterio empleado para discriminar debe ser razonable. Como derivación las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos privilegios ó en su caso indebidas limitaciones. Corresponde entonces al poder judicial verificar si el criterio de discriminación es o no razonable, porque el juicio acerca de la razonabilidad proporciona el cartabón para decidir si una desigualdad viola o no la constitución (Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I-B, Editorial Ediar, 2006, página 77). A partir de éstos postulados si analizamos los delitos previstos por la última parte del art. 14 del Código Penal, y el resto de los delitos contenidos en la parte especial de nuestro ordenamiento de fondo, puede concluirse que la selectividad del legislador, no aparece como razonable, dado que: a) Otros hechos de igual gravedad, no sólo por la pena prevista, sino por el resultado, no han sido excluidos. b) No se hacen distinciones respecto al grado de participación del agente en el hecho, por lo que una persona*

condenada como partícipe secundario también ve cercenado su derecho. c) El criterio de selección a partir de la protección de ciertos bienes jurídicos, como la propiedad (art. 165 y 80 inciso 7mo), respecto de otros (art. 79 y 80 en el resto de sus incisos, los cuales protegen esencialmente la vida) altera la preeminencia de los valores fundamentales que nuestro Codificador previera originariamente y cuyo espíritu es mantenido por la sociedad actual. Puede ponerse en duda razonablemente que nuestra sociedad, frente a la pregunta de qué valor debe ser más protegido, entre la vida y la propiedad, opte por el segundo."⁷⁷

Además de lo expuesto hasta aquí, entendemos que la norma en comentario atenta también contra el principio de humanidad, en tanto respeto por la dignidad del ser humano.

Como sostienen Zaffaroni-Alagia-Slokar: *"El principio de humanidad impone la exclusión de toda crueldad inusitada. Está consagrado en la CN con la prohibición de los azotes y el tormento (art. 18 CN) y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5º de la DUDH, 7º del PIDCP y 5º de la CADH), es decir que, todas las penas que aparezcan abstractamente como crueles y desproporcionadas en relación al injusto cometido están prohibidas constitucionalmente..."⁷⁸.*

Esto significa que constitucional y convencionalmente está reconocido el principio de humanidad, básico y elemental, que no puede ser avasallado por ninguna de las agencias que intervienen en el proceso de criminalización –ni por el legislador ni por los jueces–, pues éste

⁷⁷ Karina Costas, tema "El art. 14 del Código Penal, a partir de la reforma introducida por la Ley 25.892". Disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/02/guillamondegui._karina_costas.pdf.

⁷⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro "Manual de Derecho Penal. Parte General". EDIAR. Bs.As. 2006, pág. 112.

reconocimiento expreso en nuestras normas fundamentales y de mayor jerarquía, se debe lisa y llanamente al reconocimiento de la dignidad humana, derecho éste que es de naturaleza pre-estatal, y que incluso ha sido positivizado en las normas de mayor jerarquía (Arts. 1 de la DUDH y 5.1 de la CADH).

Bajo este prisma entonces, una pena por más que se imponga como sanción por un delito cometido, su finalidad, como se vio más arriba, no puede ser solo castigo, sino que es fundamentalmente la resocialización, pues es éste instituto el que aparece en consonancia con un reconocimiento efectivo de la dignidad de las personas debido a que, aún cuando halla dañado un bien jurídico protegido por la ley de un Estado, éste debe brindarles las herramientas necesarias, durante el tiempo que los jueces hayan creído oportuno al determinar la pena, para lograr la internalización de pautas y hábitos que les permitan la vida en sociedad con observancia de las normas mínimas de convivencia social pacífica. Por ello es que se ha normado un régimen progresivo que vaya permitiendo la autonomía en el marco de la ejecución de una pena, que además de lo dicho, no puede ser humillante ni denigrante para el sujeto de derechos que la sufre y que en algún momento de su vida retornará al ámbito libre.

Ahora bien, cuando se establecen requisitos sin importar lo que pueda hacer la persona condenada durante su estadía intramuros o los recursos que el Estado le destine para su resocialización, o la reducción de sus aspectos vulnerables que permitieron su selección criminalizante, o los elementos que puedan surgir del análisis de su tiempo en prisión como así también de sus egresos esporádicos si cuenta con salidas transitorias por ejemplo y sólo se pone el ojo en el delito por el que fuera condenado, la constitucionalidad es francamente de imposible

justificación pero además, la medida es totalmente inútil para el fin perseguido por la ley de ejecución.

El Juez Rodrigo Morabito ha dicho que *"Evidentemente, bajo el pretexto de excluir de la sociedad a determinadas personas que son consideradas 'peligrosas' o lamentablemente denominadas como 'indeseados', el legislador ha traspasado los límites infranqueables que fijan la constitución y los tratados internacionales, avasallando el derecho fundamental a la 'reinserción' de las personas privadas de libertad y, en consecuencia, originando en el derecho penitenciario argentino una pena sin dudas inhumana. Entonces, no es concebible que, por el juego de diversas normas infraconstitucionales, la situación a la que queda expuesta una persona que es condenada por un delito determinado, por más grave que éste sea, a partir de la sanción quede firme y comience a ejecutarse legalmente, pueda ser equiparada a la de un sujeto sin ninguna esperanza de alcanzar a vivir nuevamente en libertad, en algún momento de su vida. La situación a la que se arribaría, en un contexto así, equivaldría a darle a la persona condenada el status de una cosa, y destinarlo a un castigo... inmutable, sin importar los recursos interdisciplinarios que el Estado destine a su rehabilitación, ni el esfuerzo que él mismo haga, mientras cumple la pena, para comprender y aceptar su falta y prepararse para asumir, en algún momento de su vida, un rol útil para su propia existencia y la de la comunidad en la que tendrá que reinsertarse. El condenado es, como lo son todos, una entidad bio-psico-social, y la pena, aún la más grave posible en el ordenamiento penal, no lo puede degradar como ser humano."*⁷⁹.

⁷⁹ Morabito, Rodrigo ¿QUE ES LO CRUEL, INHUMANO Y DEGRADANTE DE UNA PENA?, p.15. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/07/doctrina30053.pdf>

Pero diremos un poco más, pues a lo expuesto, según creemos, se suma una inconstitucionalidad más en la línea de lo que se denomina peligrosismo patologizante⁸⁰ y que conduce a decisiones propias del derecho penal de autor, sin rigor científico alguno ni apoyatura en los números estadísticos siquiera, sino en meras especulaciones deterministas, lo cual lleva a un retroceso en materia jurídica de varios siglos y va francamente en contra del artículo 18 constitucional.

Nos referimos con ello a la afirmación acrítica y dogmática (sin fundamentación válida en términos racionales ni exigencia de comprobación en la realidad de cada caso) en relación a que las personas condenadas por delitos contra la integridad sexual, puestos en libertad, incurrirán nuevamente en una infracción penal del mismo tenor por la cual fueron condenados, asentada sobre una premisa no demostrada y generalizante concerniente a que todos los abusadores sexuales reinciden y ello se debe a una afección o patología psicológica de imposible detección preventiva.⁸¹

Pues si no se lo entiende así, no se podría comprender por qué la exigencia en la custodia permanente sólo de los condenados por delitos contra la integridad sexual. Y en este caso

⁸⁰ Para más detalles sobre las creaciones de otredad en las personas ver Zaffaroni, Eugenio Raúl "El enemigo en el Derecho Penal" (Ediar. Bs.As. 2007)

⁸¹ Una buena base de datos y conceptos sobre el conocimiento del fenómeno de reincidencia en los casos de agresores sexuales, pueden verse en el trabajo de Viviana Schweizer y Guadalupe Blanco "Aproximaciones a la problemática de la reincidencia sexual" Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/doctrina41179.pdf>. Y si bien un tratamiento del tema excedería el marco de este aporte, para sostener o rebatir las afirmaciones que comúnmente se hacen sobre la temática, quizá sea necesario primer hacer estudios como el que se ha realizado en el año 2009 en las cárceles de Catalunya (España), denominado "Delitos sexuales y reincidencia", realizado por el Ámbito Social y Criminológico del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de Catalunya (España). Disponible en http://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/559/1/Delitos_sexuales_y_reincidencia.pdf

particular, puede verse claramente que ello figura así como motivo esencial de la legislación que comentamos en lo cual campea la falsa dicotomía que pone en encono el derecho del condenado a su libertad y el de la sociedad a ser protegida ante el riesgo de comisión de delitos, por lo cual se debe fallar en favor de éste último, lo cual da claras muestra de la presunción de la que venimos dando cuenta. La cual, por su parte, además de ser inverificable por tratarse de futurología de imposible confirmación, científicamente es insostenible y jurídicamente viola los principios de igualdad ante la ley, debido a lo dicho hasta aquí; el principio de responsabilidad por el acto propio, debido a que a tal categoría de personas se les atribuyen hechos delictivos futuros que se presumen y que, por supuesto, aún no realizaron (ni siquiera intentaron) y que sin sustento más que una presunción arbitraria se piensa que cometerán en un futuro; y el de personalidad de la pena, puesto que en el particular se presume todo ello sobre tales personas sin que hayan incurrido en ninguna infracción nueva (ni siquiera administrativa); y el de inocencia por asignarle consecuencias legales restrictivas (en este caso para el acceso al derecho de visitas) sin que se le hubiera demostrado por un tribunal competente luego de un juicio justo la comisión de algún hecho con esa consecuencia normativa.

Es decir, se presume que existirá reiterancia delictiva específica cuando ello no se encuentra asentado sobre ninguna base sólida de conocimiento. Me refiero con ello a que no se asienta ni sobre cuestiones científicas psicológicas, psiquiátricas, psicosociales, sociales o de otra índole, como así tampoco sobre normas legales vigentes, ni siquiera tampoco sobre estadísticas cualitativas o cuantitativas sobre la cuestión -con la reserva que ello también acarrearía-, lo que hace aparecer a la presunción como meramente proselitista en términos políticos, pero afirmado

en fallos judiciales sería arbitrario por mandato de la jurisprudencia de la CSJN en materia de fundamentación, por lo que no podría sostener la validez de ningún acto jurisdiccional⁸² -aunque de hecho suceda a diario-.

Y por último, esta demonización de sujetos en virtud del delito de índole sexual cometido, coloca al juzgador sin más herramientas que ello en la posibilidad de utilizar la vigilancia sólo respecto de los condenados por esa clase de infracciones, cuando de haber regulado el legislador parámetros objetivos que permitieran su utilización de acuerdo a otros estándares derivados del cumplimiento de la pena (relevados en su transcurso mediante la intervención del Estado, la comunidad y el propio sujeto), le hubiera permitido a los juzgadores su utilización en un abanico más importante de casos y ante evidencias acreditadas de los riesgos que pretende evitar.

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

“Permisos de Salida. Artículo 114. — Si lo desea, el interno podrá ser autorizado a obtener permiso de salida, en caso de enfermedad o accidente grave o fallecimiento de familiar o allegado con derecho a visita y correspondencia, para cumplir con sus deberes morales.”

“Comprobado el motivo invocado, el pedido del interno será remitido de Inmediato al juez competente, informando el Director al mismo tiempo si a su juicio existen serios y fundamentados motivos para no acceder a lo peticionado. En el mismo acto solicitará para el caso que la resolución

⁸² La doctrina de la CSJN en materia de arbitrariedad, se encuentra delineada entre muchos otros, en los fallos 307:1094 "Cerámica San Lorenzo S.A."; 320:2662 "Villamea"; 324:3839 "Mazza"; 329:1436 "Baratti"; 330:3092 "Sabio", 331:2077 "Tarditi" y 331:1090 "De los Santos". También es de utilidad ver lo dicho por la CIDH en autos "Bulacio vs Argentina" 18/09/2003, "Myrna Mack Chang vs Guatemala" 25/11/2003, "Maritza Urrutia vs Guatemala" 27/11/2003 y "Herrera Ulloa vs Costa Rica" 02/07/2004.

fuera favorable, la duración del permiso de salida, su frecuencia si correspondiere, y toda otra instrucción que el magistrado estimare conveniente.”

Artículo 115. — El Interno usara sus ropas personales durante el permiso de salida y, sin desmedro de las medidas de seguridad que en cada caso corresponda, será acompañado por personal no uniformado.”

“Artículo 116. — El Director deberá comunicar al juez competente, dentro de las VEINTICUATRO (24) horas, el cumplimiento de las ordenes que este haya impartido.”

Jurisprudencia.

Si bien no se refieren a este artículo en particular, son destacables los estándares sentados en los siguientes fallos, especialmente teniendo en cuenta las críticas que hemos formulado en relación al segundo párrafo de la norma en comentario.

El Juzgado de Ejecución nº 2 de La Plata en causa nº 2835: "F. Carlos s/legajo de ejecución", en fallo del 26/08/2010, al declarar la inconstitucionalidad del art. 100 de la Ley Bonaerense de Ejecución Penal nº 12.256, similar al art. 56bis de la Ley Nacional 24.660, sostuvo: *"En lo que sigue se transitarán idénticos lineamientos que el máximo Tribunal de la Nación -fallos 327:2868, 'Nápoli Erika y Otros'- ha recorrido para similar situación a la planteada en el presente caso. Comenzó diciéndose allí, en lo pertinente, que la garantía de igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en las mismas circunstancias (Fallos 123:106; 180:149); pero no impiden*

que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquellas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (Fallos 302:484 y 313:1638 considerando 2 del voto del Dr. Belluscio)"

"Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina de Fallos 138:313; 147:402) considerando como tal aquél conducente a los fines que imponen su adaptación (Fallos 256:241, consid. 5º y sus citas) e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario, es decir que no obedece a fines propios de la competencia del Congreso, o si la potestad legislativa no ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido (Fallos 25:410, consid. 2º)"

También lo sentado por el Tribunal Oral en lo Criminal Oral Federal Nº 5, en causa nº 1320: "Larroza Chiazzaro, Carlos", en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 56bis de la LEP: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Lori Berenson Mejía contra Perú" del 25/11/2004, señaló, en lo que hace al art. 5 de la Convención Americana, que "las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Sin embargo, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de la libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención. Las situaciones

descritas son contrarias a la finalidad esencial de las penas privativas de libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, la reforma y la readaptación social de los condenados. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas".

"La necesaria progresividad que debe tener el régimen penitenciario al que es sometido el condenado, desde el mismo inicio del cumplimiento de la condena, hace ineludible que la inconstitucionalidad referida sea declarada en el momento de imposición de la pena y no quepa aquí esperar la etapa de ejecución. Por ello, habremos de rechazar el planteo que cuestionó por inconstitucional la pena de prisión perpetua y sí haremos lugar a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24.660."

"3. Sin perjuicio de lo decidido cabe señalar, como se dijo, la mala técnica legislativa utilizada en la reforma introducida por la ley 25.892 que fue producto de la presión que sufrieran los legisladores en virtud de los reclamos que se efectuaran en las llamadas "marchas Blumberg" como oportunamente señaláramos en la causa "Valdez, Gabriel Alejandro" (cfr. T.O.C. n° 1, causa n° 2.270, sentencia del 12/10/05). Dicho modo espasmódico de responder las agencias responsables de la creación de las leyes se tradujo en la imprecisión de los tipos penales creados y en una ausencia de proporcionalidad punitiva, es decir que reflejó –al decir de Sergio Moccia- una forma asistemática con que operaba la tarea legislativa en materia penal (cfr. Moccia, Sergio "La Perenne Emergenza", Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pág. 16 y 17, citado por Yacobucci, Guillermo Jorge en "¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días?" en El Derecho del 27 de septiembre de 2004). Para los actores políticos, frente a las presiones inmediatas de la

indignación pública, las críticas de los medios masivos de comunicación y la competencia electoral sobre el tema del delito, resulta extremadamente difícil desembarazarse de la responsabilidad por el control del delito y señalar los límites del Estado en la materia. Frente a estas presiones, señala Garland, el atractivo esencial y persistente de la respuesta "soberana" frente al delito (y sobre todo de las leyes vengativas que crean sanciones penales más severas y facultades policiales más amplias) es que puede ser representada como una intervención inmediata, confiada y fiable (cfr. Garland, David "La cultura del control", Ed. Gedisa, Barcelona, 2005, pág. 227). Tal acción brinda la impresión de que "algo se está haciendo", aquí, ahora, decidida y rápidamente, sin importar el principio de legalidad, la utilización del derecho penal como ultima ratio y el principio de proporcionalidad de las penas."

ARTICULO 167. — Los internos que no gocen de permiso de salida para afianzar y mejorar los lazos familiares podrán recibir la visita íntima de su cónyuge o, a falta de éste, de la persona con quien mantiene vida marital permanente, en la forma y modo que determinen los reglamentos.

Los antecedentes legislativos, según se indica en la documentación oficial de la labor parlamentaria de la Ley 24660, se compone por lo siguientes: CPPN, Art. 497; DTO.35.758/47: Art. 64, Dto. 153/62 ER, RES-BA, y leyes de ejecución de Brasil Art. 41.X, España art. 51, párrafo 2º y 53, de Perú Art. 52, de ANT-DNPC Art. 5, 10, 18 y 20, y de Ecuador Art. 60.

Antecedentes, similitudes y divergencias en el derecho comparado.

En la actualidad las similitudes con la legislación comparada pueden encontrarse en los artículos 106 de la Ley de Ejecución de Bolivia y 131 del Código de Ejecución Penal de Paraguay, en

el marco del MERCOSUR, pero también de las legislaciones europeas, por ejemplo, la ley Española (Arts. 53).

Datos empíricos que confronten críticamente la dimensión del ser.

En el Informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación 2015 ya referido aquí en reiteradas oportunidades, figuran distintos relevamientos:

“Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza”

“...se desarrolló una inspección de las habitaciones destinadas a las visitas íntimas de la Unidad Residencial de Ingreso, a partir del reclamo de un detenido acerca del mal estado de conservación del sector. Efectivamente se constató que las habitaciones se encontraban deterioradas, principalmente en lo que respecta a las instalaciones sanitarias, hallándose la grifería rota, los pisos inundados y las rejillas obstruidas con basura. También los colchones exhibían un deplorable estado. Una de las habitaciones tampoco contaba con luz artificial, mientras el ingreso de luz natural resultaba nulo. Respecto a la ventilación de estos espacios, debe recalcarse que se trata de habitaciones ubicadas en el corredor de un salón de visitas sin salida al exterior. Solamente cuentan con pequeñas aberturas en las puertas por lo que la circulación de aire natural es prácticamente inexistente.”

“La problemática del mantenimiento de los sectores destinados a las visitas no resulta una novedad. A principios del 2013 desde esta Procuración Penitenciaria ya se habían advertido condiciones inapropiadas en estos espacios³³⁰. El 22 de octubre de 2013, se formuló la Recomendación N° 805/PPN/13 encomendando al Director Nacional SPF arbitrar “los medios necesarios para que se refaccionen todas las habitaciones destinadas a las visitas de reunión

conyugal que aún no fueron reacondicionadas y las que se hallan clausuradas, en cada una de las Unidades Residenciales del Complejo Penitenciario Federal I". También se recomendó la colocación de artefactos para la calefacción y la ventilación en cada una de las habitaciones. Puntualmente, al Jefe del Complejo se le recomendó que establezca las estrategias necesarias a fin de garantizar adecuadas condiciones de higiene en las habitaciones de todas las unidades residenciales."

Normas, Principios y Reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interpretación en los organismos de los Sistemas de Protección Internacional y Regional, aplicables al instituto en estudio.

Reglas Mandela

"Contacto con el mundo exterior"

"Regla 58"

"2. En caso de que se permitan las visitas conyugales, este derecho se aplicará sin discriminación y las reclusas podrán ejercerlo en igualdad de condiciones que los reclusos. Se contará con procedimientos y locales que garanticen el acceso equitativo e igualitario y se prestará la debida atención a la seguridad y dignidad."

Reglas de Bangkok

"8. Contacto con el mundo exterior"

"[Complemento de los párrafos 37 a 39 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos]"

"Regla 27"

“En caso de que se permitan las visitas conyugales, las reclusas tendrán el mismo derecho a ellas que los reclusos de sexo masculino.”

Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, 2011⁸³

“586. De igual forma, los Estados deben garantizar que las visitas íntimas de pareja de los reclusos y reclusas también se realicen dignamente en condiciones mínimas de higiene, seguridad y respeto por parte de los funcionarios. Esto implica que deben crearse locales destinados a este propósito y evitar la práctica de que los reclusos y reclusas reciban a sus parejas en sus propias celdas. Además, los Estados deben supervisar adecuadamente y ejercer un monitoreo estricto de la forma como se llevan a cabo este tipo de visitas para prevenir cualquier tipo de irregularidad, tanto en la concesión de los permisos de visitas conyugales, como en la práctica de las mismas. La falta de controles en este ámbito, permite la comisión de irregularidades que pueden ir desde el cobro de cuotas indebidas para acceder a este tipo de visitas, hasta el ejercicio ilegal de la prostitución.”

Propuesta de interpretación del texto legal.

Comenzaremos diciendo que entendemos como esencial que la norma en comentario sea comprendida dentro de uno de los derechos humanos que no deber ser afectados por la condena privativa de la libertad, o al menos serlo en la menor medida posible, como es el derecho a la libertad sexual como una de las manifestaciones del principio de dignidad (Art. 5 de la CADH), pues es claro que cualquier prisionización conspira contra el libre ejercicio de la sexualidad, pero el Estado tiene el deber de minimizar ese efecto sobre el derecho invocado a fin de correr la vara lo

⁸³ OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64 31 diciembre 2011 Original: Español. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>

más que le sea posible hacia el ámbito de libertad en el acceso y ejercicio del derecho, pues ya no debería formar parte del sufrimiento causado por el cumplimiento de la pena de encierro, la obligación a mantener abstinencia sexual, como solía serlo durante el siglo XIX y una parte del XX, como indican López y Machado.⁸⁴

El artículo comienza indicando quiénes pueden contar con las visitas que regula, excluyendo sólo a las personas que gocen de permiso de salida para afianzar y mejorar los lazos familiares, lo cual plantea la subsidiariedad de este artículo respecto de las personas que estén incorporadas en el régimen de salidas transitorias por el motivo allí indicado, previsto normativamente en el artículo 17 de la LEP y 28.I del Decreto 396/99, pero no excluye a quienes estén incorporados al régimen de salidas transitorias por los motivos enunciados en los incisos II y III del artículo 28 del Decreto 396/99, o cualquier otro tipo de salidas del penal aunque sean vigiladas (por ejemplo visitas regulares dentro de la esfera del artículo 166 de la LEP).

La segunda parte del artículo en que indica quiénes pueden ser los visitantes indica sólo al “cónyuge o, a falta de éste, de la persona con quien mantiene vida marital permanente”, lo cual claramente ha quedado desfasado con respecto al matrimonio y a las uniones convivenciales que registra el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en sus artículos 401 a 528, por lo cual, entendiendo que la norma en comentario se refería al cónyuge –con lo primero- y al concubinario –con lo segundo-, en una interpretación evolutiva del supuesto, y a fin de garantizar el acceso al derecho a todas las personas en igualdad de derechos para no incurrir en una discriminación no permitida constitucionalmente, es que deben entenderse comprendidas todas las uniones –

⁸⁴ López y Machado, ob. Cit. Pág. 395

matrimonios y uniones convivenciales- receptadas en el Código Civil y Comercial de la Nación puesto que ello forma parte del fin del legislador aunque la referencia terminológica corresponde a una legislación suplantada (Código Civil de la Nación – Ley 370-). Pues una interpretación en contrario dejaría afuera algunos supuestos que hoy han sido equiparados en la legislación civil.

Por último, y en esa misma línea, al utilizar la norma el término “persona”, ello incluye a todas/os las/os individuos/os sin importar su género, elección sexual, etcétera sino sólo la acreditación del vínculo exigido por la ley, por lo cual debe asegurarse el acceso al derecho en igualdad de condiciones a todas las personas sin distinciones sospechosas que puedan dar lugar a discriminaciones no permitidas por la Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial de la Nación. Será el Estado quien deberá disponer de las medidas que sean necesarias para adaptar los lugares, la forma de reclusión, etcétera a fin de asegurar el acceso al derecho.

Por último, la norma delega en la facultad reglamentaria los pormenores, sobre lo cual hay que recordar la advertencia que ya hicieramos varias veces en este comentario a fin de no rodear de tantos requisitos y restricciones que terminen por impedir u obstaculizar el acceso a las visitas de reunión conyugal o íntimas, pues recuérdese que el deber de los servicios penitenciarios es fomentar, alentar y fortalecer la existencia de vínculos sociales de los internos e internas siendo las de reunión conyugal para mantener relaciones sexuales o íntimas, no sólo ejercicio de la libertad sexual de cada interviniente, sino también, y esencialmente, actos que ingresan dentro del principio de reserva constitucional (Art. 19 CN) y por ende ajeno no sólo a los Magistrados sino a todo aquél que no sea autorizado por las personas en su ejercicio de la autonomía individual y

libertad sexual, para lo cual el Estado debe rodear de medios necesarios a fin de permitir el acceso al derecho y su preservación de terceros.

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

“Visitas de consolidación familiar”

“Artículo 51. — Estas visitas tienen por finalidad consolidar y fortalecer las relaciones del interno con sus familiares más directos. Podrán comprender a quienes hayan acreditado su condición de: a) Cónyuge; b) Padres; c) Hijos; d) Hermanos; e) Concubina o concubinario.”

“Artículo 52. — Estas visitas tendrán CUATRO (4) modalidades esenciales: a) Reunión familiar en ocasión de fechas significativas para el interno o su familia; b) Visita individual del hijo mayor de CATORCE (14) años y menor de DIECIOCHO (18) años a su padre o a su madre; c) Visita individual del padre o madre o tutor al joven adulto de DIECIOCHO (18) a VEINTIUN (21) años y a los comprendidos en el artículo 198 de la LEY DE EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD Nº 24.660; d) Visita de reunión conyugal.”

“Artículo 53. — La visita que procura la reunión familiar deberá ser solicitada, por escrito, con QUINCE (15) días antelación a la fecha del acontecimiento que motiva la solicitud.”

“Deberá ser resuelta y notificada con SIETE (7) días previos a dicha fecha.”

“Artículo 54. — La visita prevista en el artículo 52, inciso b) tiene por finalidad brindar la oportunidad de que el interno, sin la presencia de otros familiares, pueda dialogar

directamente con su hijo sobre la problemática inherente a su edad. Idéntico propósito tiene la visita prevista en el artículo 52, inciso c)."

"Artículo 55. — Para el otorgamiento de las visitas de consolidación familiar previstas en el artículo 52, incisos a), b) y c), previamente se deberá contar con el informe del Servicio Social que acredite su conveniencia. En caso favorable, se acordará una visita UNA (1) vez por mes, durante DOS (2) horas en cada una de las diferentes modalidades."

"Artículo 56. — El interno que no goce de permiso de salida para afianzar y mejorar los lazos familiares, podrá recibir la visita prevista en el artículo 52, inciso d), de su cónyuge o a falta de este, de la persona con quien mantuviera vida marital al momento de la detención, en la forma y modo que determina este Reglamento, resguardando la intimidad de ambos y la tranquilidad del establecimiento."

"Asimismo, previo estudio e informe del Servicio Social, se podrá autorizar esta modalidad de visita en el caso de una relación afectiva iniciada con posterioridad a la detención, siempre que se acredite una vinculación previa no inferior a los SEIS (6) meses."

"Artículo 57. — La frecuencia de esta visita será quincenal con una duración máxima de DOS (2) horas."

"Artículo 58. — Las visitas de consolidación familiar mencionadas en el artículo 52 inciso d), que resulten extraordinarias por distancia, se realizarán durante CINCO (5) días consecutivos cada TREINTA (30) días, con una extensión de TRES (3) horas diarias."

"Volverá a tener la posibilidad de gozar de estas visitas luego de transcurridos TREINTA (30) días de efectuada la última."

“Artículo 59. — En todos los casos de solicitud de visita de reunión conyugal, y previo al requerimiento de los informes previstos en el artículo 60, el interno y el visitante propuesto serán fehacientemente notificados de que deberán prestar su consentimiento para que el resultado de dichos informes sea puesto en conocimiento de la otra parte. En el supuesto de negativa a prestarlo, esta circunstancia también se pondrá en conocimiento de la otra parte.”

“A los efectos de registrar el consentimiento o su negativa a prestarlo, la DIRECCION NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL confeccionará el formulario correspondiente.”

“Artículo 60. — Para acceder a la visita de reunión conyugal, y posteriormente por lo menos cada SEIS (6) meses, se requerirá: a) Informe del Servicio Médico del establecimiento sobre el estado de salud psicofísica del interno y si padece o no alguna enfermedad infectocontagiosa, el que será puesto en conocimiento del interno. Si del informe surgiere la existencia de una enfermedad infectocontagiosa, especialmente las de transmisión sexual, el médico deberá informar al interno sobre el carácter de la misma, medios y formas de transmitirla, dejándose constancia de ello; b) Informe médico sobre el estado de salud psicofísica del visitante y si padece o no alguna enfermedad infectocontagiosa, el que será entregado, en sobre cerrado, al Servicio Médico del establecimiento extendiéndose constancia de ello.”

“Si no mediare oposición del interno o de su visitante, el médico del establecimiento, bajo constancia, pondrá en conocimiento de ambos dichos Informes.”

“Artículo 61. — Los informes médicos deberán ser reservados por el Director del Servicio Médico teniendo acceso a ellos sólo los profesionales de dicho servicio.”

“Artículo 62. — En todos los casos y con la misma periodicidad del artículo 60, el Servicio Médico deberá brindar simultáneamente al Interno y al visitante la información y asesoramiento necesarios sobre toda medida médico-preventiva, especialmente la referida a enfermedades de transmisión sexual, tendiente a evitar su propagación.”

“Artículo 63. — El menor de edad no emancipado, sea visitante o visitado, deberá contar además, con expresa autorización escrita de sus padres, tutor o, en su defecto, de juez competente.”

“A tal efecto la DIRECCION NACIONAL del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL confeccionará un formulario que debidamente completado deberá presentarse con las firmas certificadas por autoridad competente.”

“Artículo 64. — El pedido de visitas de reunión conyugal será presentado, por escrito, por el Interno con identificación del visitante propuesto. Con tal solicitud se procederá a la apertura de un expediente que seguirá el siguiente trámite: a) Verificación del vínculo invocado; b) Conformidad por escrito del visitante propuesto, y además, si este fuera menor no emancipado las de sus padres o tutores; c) Constancia de que se ha dado cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 59; d) Informes médicos del interno y del visitante, cuyos resultados no obstarán la concesión de estas visitas.”

“Reunidos estos requisitos el Director concederá la visita de reunión conyugal solicitada notificando, bajo constancia, al interno y al visitante su otorgamiento y lo dispuesto en los artículos 65 a 67.”

“Artículo 65. — La visita de reunión conyugal se efectuará en horario diurno, en el día y hora que se indique y en los lugares determinados a este fin conforme lo dispuesto en el artículo 9º. En ningún caso tendrá lugar en el alojamiento del interno.”

“Artículo 66. — El visitante proveerá la ropa de cama y los artículos de profilaxis e higiene personal.”

“El interno y su visita serán conjuntamente responsables del aseo del lugar asignado.”

“Artículo 67. — No se permitirá el ingreso del exterior de alimentos ni bebidas.”

“Artículo 68. — No podrá recibir la visita de reunión conyugal el interno alojado en establecimientos o secciones especiales de carácter asistencial, médico, psiquiátrico o en los que se desarrollen regímenes terapéuticos especializados.”

“Visitas excepcionales”

“Artículo 69. — El interno que deba cumplir la sanción de prohibición de recibir visita, o las de permanencia continua o discontinua en alojamiento individual tiene derecho a recibir, en locutorio, UNA (1) sola visita durante DOS (2) horas, del familiar directo o allegado, en caso de no contar con aquel, que bajo constancia indique al ser notificado de la sanción impuesta. El Servicio Social, en tiempo oportuno, comunicará fehacientemente al familiar o allegado la decisión del interno.”

“Visitas entre Internos”

“Artículo 70. — Los internos alojados en distintos establecimientos del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL que disten entre sí, no más de CIEN (100) kilómetros, podrán visitarse de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento.”

“Artículo 71. — El Director General de Régimen Correccional podrá autorizar la visita entre internos cuando se tratara de: I. Cónyuge. II. Consanguíneos: a) Descendientes: Hijos; b) Ascendientes: Padres; c) Colaterales: Hermanos. III. Concubina o concubinario.”

“Artículo 72. — La visita entre internos alojados en distintos establecimientos podrá tener lugar UNA (1) vez cada QUINCE (15) días con una duración efectiva de TRES (3) horas.”

“Artículo 73. — Para acceder a estas visitas ambos internos deberán, como mínimo, tener conducta buena si fueren condenados, o comportamiento bueno si fueren procesados, y no registrar sanciones en el último trimestre.”

“La pérdida de alguno de estos requisitos determinará la suspensión de esta clase de visitas hasta su readquisición.”

“Artículo 74. — El pedido de estas visitas será presentado por escrito por uno de los interesados, procediéndose a la apertura de un expediente que seguirá el siguiente trámite: a) Incorporación, respecto del interno peticionante, de su situación legal, verificación del vínculo, antecedentes disciplinarios, conducta o comportamiento según corresponda e informe del Servicio Social sobre la conveniencia de acceder a lo solicitado; b) Remisión del expediente al establecimiento donde se encuentra alojado el otro interno para que este manifieste expresamente su conformidad o disconformidad y agregación, en este último caso, de los informes enumerados en el inciso a); c) Elevación de todo lo actuado a

consideración del Director General de Régimen Correccional. Si se accediere a lo peticionado, la resolución determinará cual de los internos será trasladado y las pertinentes medidas de seguridad; d) Comunicación inmediata de la resolución al juez de la causa, si se tratare de procesados. Cuando no mediare su oposición se procederá a su cumplimiento.”

“Artículo 75. — La visita de reunión conyugal entre internos alocados en distintos establecimientos deberá reunir los recaudos establecidos en los artículos 56, 65, 66, 67, 72 y 73 del presente Reglamento.”

“Artículo 76. — Para acceder a esta visita, y con una periodicidad de SEIS (6) meses, se requerirá informe del Servicio Médico de los establecimientos donde se encuentren alojados ambos internos que acredite su estado de salud psicofísica y que de acuerdo a los exámenes practicados no padezcan ninguna enfermedad infectocontagiosa.”

“Los informes serán puestos en conocimiento de ambos internos por el médico del establecimiento en que se encuentren alojados, dejándose constancia fehaciente de ello; debiendo dar cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 59 y 60.”

“En dicha oportunidad el médico deberá brindar la información y asesoramiento necesarios sobre toda medida médico-preventiva, especialmente la referida a enfermedades de transmisión sexual.”

“Artículo 77. — El pedido de visita de reunión conyugal será presentado por escrito por la interna o el interno con identificación del otro interno o interna propuesto. Con tal solicitud se procederá a la apertura de un expediente que seguirá el siguiente trámite: a) Verificación del vínculo invocado; b) Comprobación del requisito de conducta o

comportamiento de ambos internos; c) Constancia de que se ha dado cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 59; d) Conformidad por escrito del interno propuesto; e) Informes médicos de ambos internos; f) Reunidos los informes se elevará el expediente a resolución del Director General de Régimen Correccional. Si se accediere a lo peticionado la resolución determinará cual de los internos será trasladado y las pertinentes medidas de seguridad; g) La resolución dictada deberá comunicarse de inmediato al Juez de la causa cuando uno o ambos internos fueren procesados. Si no mediare su oposición se procederá a notificársela a los internos.”

“Artículo 78. — Ambos internos serán conjuntamente responsables del aseo del lugar asignado, no permitiéndoseles el ingreso de alimentos, bebidas ni aparatos reproductores de sonido.”

“Artículo 79. — El MINISTERIO DE JUSTICIA por intermedio de la SECRETARIA DE POLITICA PENITENCIARIA Y DE READAPTACION SOCIAL adoptará las previsiones correspondientes a fin de que cuando se proyecten los acuerdos con las provincias se considere la factibilidad de incluir normas que permitan la visita interjurisdiccional de los internos.”

Jurisprudencia.

En materia jurisprudencial traeremos a colación un fallo de la provincia de Córdoba que visibiliza una cuestión espinosa en el ámbito del artículo en comentario y aunque no lo resuelve como desearíamos, introduce cuestiones interesantes de ser conocidas. Se trata de una resolución judicial de apelación sobre una sanción aplicada a internos del mismo sexo a

quienes se les imputaba haber mantenido relaciones sexuales no autorizadas por el penal, cuando estaban en una misma celda siendo pareja desde hacía más de 6 años.

“Córdoba, 17 de Noviembre de 2005, expediente C-17/03 y C-13/01, a los internos D. A. NN y G. G. NN por mantener relaciones sexuales no autorizadas...Y CONSIDERANDO:...el señor Defensor Oficial entiende que corresponde tener en cuenta que tratándose de la expresión de sexualidad de dos personas llevadas a cabo en un ámbito reservado como es la celda cerrada, haciendo alusión que el hecho se observó a través de una ventana, la misma debe encontrar amparo en el artículo 19 de la Constitución Nacional, toda vez que no hay afectación alguna que al estado interese. También manifiesta el Señor Defensor Oficial que a la falta de pruebas de que el hecho haya existido debe sumarse la no existencia de certificado medico que acredite la verosimilitud de lo constatado, esto seria un certificado medico que acredite que la relación sexual existió... corrida la vista al Señor Fiscal General, previo a opinar, solicitó se oficie al Servicio Penitenciario a Efectos de que se informe sobre el Régimen de visitas intimas, horario, modalidad, lugar o pabellón, y de que manera se instrumenta en el caso de personas homosexuales, todo ello conforme lo establece el art. 167 de la Ley 24.660. 10) Que el Servicio Penitenciario informa a fs. de este “Para Agregar”, que la Ley Penitenciaria Nacional 24660 y el Reglamento Interno del Complejo Carcelario N° 1 Rvdo Padre Luchesse no estipulan visitas intimas para internos Homosexuales y acompaña una copia de los artículos 12, 13 y 14 del reglamento Interno que versa sobre las visitas...11) Que corrida la vista al Señor Fiscal General Dr. Miguel Angel Rizzotti, este opina que se debe hacer lugar al descargo y dejar si efecto la sanción impuesta, coincidiendo con la defensa en que “el

hecho llevado a cabo en un ámbito cerrado debe encontrar amparo en el Art. 19 de la C.N.:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservados a Dios y exentas de las autoridades de los Magistrados. Que el privar al interno de sus visitas íntimas y de sus libres relaciones sexuales, es ir mas allá de la pena impuesta en la sentencia y afecta las relaciones personales y la libre elección sexual, que hacen al desarrollo integral de la personalidad. Asimismo opina el señor Fiscal General que debe entenderse que jamás puede sancionarse a los internos por mantener relaciones sexuales no autorizadas ya que no se encuentran estipuladas conforme lo informa el Servicio Penitenciario y que jamás podrían ser autorizadas. Que las relaciones sexuales entre los internos sancionados no se mantenían en un ámbito abierto sino en un ámbito cerrado, tanto así que fue necesario que los Empleados de Servicio Penitenciario observaran por la ventana la conducta de los encartados y no surge que el hecho cometido se haya realizado en horario no permitido, destacando también el Señor Fiscal General que el art. 167 de la Ley 24.660 garantiza mantener relaciones íntimas de los internos con su cónyuge o con la persona con quien mantiene vida marital permanente, en la forma que determinen los reglamentos, entendiéndose que la enumeración que expresa la norma no es limitativa y por tanto extensible a personas con una elección de sexo diferente u orientación homosexual, destacando que el único límite para el ejercicio de un derecho en el ámbito penitenciario, está basado en la seguridad del establecimiento, cuestión que no se vincula con la actividad sexual de los internos ni con su elección sexual. Asimismo opina el señor Fiscal General, y a entender de este Tribunal hecha un haz de luz en

la cuestión, que estando acreditado en autos que NN y NN son pareja de larga data, y por lo tanto el negarles un régimen de vistas íntimas a una pareja a esta u otra pareja homosexual, implica un trato desigual, contrario a lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Nacional.”

“12) Que en virtud del caso planteado y del vacío existente en la Ley penitenciaria Nacional y en el Reglamento Interno penitenciario de la provincia de Córdoba en virtud de que no está expresamente establecido el derecho de los internos con elección sexual distinta u homosexualidad, a mantener visitas íntimas con su pareja, es un problema de amplia repercusión, tanto en el ámbito jurídico como en el social y familiar, debatiéndose en la actualidad el derecho de adopción por parte de parejas de homosexuales, el derecho de unión civil matrimonial y el derecho de ser beneficiario de la pensión al cónyuge superviviente por los aportes realizados por su pareja homosexual conviviente al momento de fallecimiento.”

“13) Que así la cuestión planteada, es necesaria la urgente intervención de los distintos órganos de Gobierno para readecuar la legislación vigente a clarificar y determinar con certeza, objetividad y madurez social los mismos. Atendiendo al caso particular que llega a Despacho, este Juez de ejecución, entiende que la sanción impuesta descripta en los considerando 1,2,3,4 ,es de aplicación por cuanto la misma queda acreditada por lo informado por el Servicio Penitenciario, que es quien tiene la autoridad para mantener el orden interno de los establecimientos penitenciario, donde la reglamentación y el cumplimiento de la misma es uno de los pilares fundamentales en los que se basa la

resocialización del interno en todos los ámbitos de la vida mientras dure su detención para poder lograr una verdadera reinserción social, en una sociedad que compromete su funcionamiento y el respeto de todos los derechos reconocidos, tanto de la Constitución Nacional como de los Tratados Internacionales, al cumplimiento de normas y reglamentaciones establecidas que hacen a la convivencia de todos los seres sin distinción de sexualidad, color, nacionalidad, o situación socioeconómica.!”

“16) Que tampoco es violatorio del artículo 19 de la C.N. la aplicación de los reglamentos internos como así la Ley 24.660, por cuanto los mismo están establecidos para mantener y encauzar la conducta de los internos, y las visitas intimas están regladas en función de la mantención del orden, la profilaxis, y la salud de los internos y que a opinión de este Juez de ejecución debería ser de aplicación mas celosa en un pabellón de homosexuales, donde justamente por seguridad de los mismo se separan del resto de la población penitenciaria para evitar posibilidad alguna de abuso. Por lo tanto los internos deben adecuarse a las reglamentaciones vigentes incluso a la regulación de las visitas intimas que si bien no están siendo de aplicación efectiva en el caso de internos homosexuales, no se encuentra diferenciada la condición de heterosexual u homosexual en el texto de la Ley o del Reglamento Interno, pero esto no autoriza a los internos a mantener relaciones sexuales en ámbitos distintos a los que están establecido para todos los internos, por lo tanto el debate y la implementación se debe producir por los carriles legales correspondientes solicitando al Servicio Penitenciario el derecho a mantener visitas intimas, y en caso de que el mismo sea negado, solicitar la intervención, en resguardo de ese derecho, al Señor Juez de ejecución competente, hecho o situación que en este caso particular no se ha dado.

No existen constancias de que la visitas intimas se hayan solicitado ante el Servicio Penitenciario y tampoco ante este Juez de ejecución.”

“17) Que si bien el Servicio Penitenciario interpreta e informa, que ni la Ley 24.660, ni el Reglamento Interno del Servicio Penitenciario de Córdoba estipulan visitas intimas de internos homosexuales, este Juez de ejecución opina que es tal cual lo menciona, una cuestión de interpretación ya que tampoco las prohíbe expresamente, y que si bien al momento de aprobarse la ley, o en el espíritu que llevo a la sanción de la misma el legislador no tuvo en cuenta esta situación, tampoco fue acotada en distinción de condiciones sexuales en el texto de la misma, no encontrando en forma expresa en el texto de la ley impedimento para la reglamentación interna de visitas intimas para los internos homosexuales.”

“18) Que analizando, este Juez de ejecución, el escrito del Señor Fiscal General Dr. Miguel Ángel Rizzotti, a fs 82/83vta de autos este comparte algunos criterios con el Señor Defensor Oficial, vertidos en el mismo por cuanto que el privar al interno de sus visitas intimas, y de sus libres relaciones sexuales, es ir mas allá de la pena impuesta en la sentencia y afectar de este modo las relaciones personales y la libre elección sexual que hacen al desarrollo integral de la personalidad. Sin embargo este Juez de ejecución, no comparte el criterio de que “no puede fundamentarse una sanción en mantener relaciones sexuales no autorizadas por cuanto las mismas no están estipuladas y por lo tanto no pueden ser autorizadas”, ya que el reglamento interno estipula y reglamenta el régimen de visitas intimas sin distinguir orientación sexual, y además no surge de autos que las mismas hayan sido solicitadas y mucho menos hayan sido negadas por las Autoridades del Servicio Penitenciario.-“

“19) Que por encontrarse reglamentada la visita íntima para los internos, es de aplicación la sanción impuesta a los internos por cuanto más allá de que el hecho se haya producido en una celda o como lo manifiesta el Señor Fiscal General “...no estaban manteniendo relaciones sexuales en un ámbito abierto...” “...y no surge que el hecho fuera cometido en horario no permitido” este Juez de ejecución, entiende el hecho se sucedió fuera de toda autorización, fuera del lugar establecido para las visitas íntimas, conforme se aplica para la población carcelaria, debiendo cumplimentar la acreditación de la relación sentimental, al puntaje de conducta correspondiente mantenida por los internos, todas estas condiciones que son exigidas a la totalidad de la población carcelaria y que no justifica que la condición de homosexuales y su alojamiento en un pabellón al efecto, les diferencie del resto y les permita mantener relaciones sexuales en las celdas, a la vista del los otros internos y en el momento que los internos determinen y sin las medidas de seguridad y profilaxis exigidas.”

“20) Que acierta de manera impecable el Señor Fiscal General al interpretar el artículo 167 de la Ley 24.660 destacando que el mismo “garantiza mantener relaciones íntimas de los internos con su cónyuge o a falta de este con la persona con quien mantiene vida marital permanente en la forma que determinen los reglamentos, entendiendo que la enumeración que expresa la norma no es limitativa y por lo tanto extensible a personas con una elección de sexo diferente u orientación homosexual , destacando que el único límite para el ejercicio de un derecho en el ámbito penitenciario, esta basado en la seguridad del Establecimiento, cuestión que no se vincula con la actividad sexual de los internos ni con su elección sexual”.-

“21) Que expuestos así los considerandos este Juez de ejecución entiende que las sanciones aplicadas a los internos G. G. NN y D. A. NN, son ajustadas a la normativa vigente del reglamento interno del Servicio Penitenciario de la Provincia de Córdoba, no encontrando en la norma impedimento alguno para que se hagan efectivas, en igualdad de trato, conforme a los derechos y obligaciones de toda la población carcelaria, especialmente en lo atinente a las visitas intimas que deben ser solicitadas acreditando la relación sentimental de los internos, que cumplidas estas condiciones no hay impedimento alguno para que las visitas intimas se lleven a cabo en igualdad de situación , condición, lugar, seguridad y profilaxis que el resto de los internos.”

“22) Que advirtiendo que el comportamiento de los internos, quienes han sido encontrados en dos oportunidades manteniendo relaciones sexuales no autorizadas, podría entorpecer la conducta general del pabellón donde se encuentran alojados, este Juez de ejecución no encuentra objeción respecto a que sean alojados en celdas separadas en pos del cumplimiento de los Reglamentos internos, pero entiende que el Servicio Penitenciario debe arbitrar las medidas necesarias para que los internos del pabellón de homosexuales tengan en igualdad de condiciones, las visitas intimas, conforme lo establece el art. 71, 73, 74, 75, 76, 77, 78, del decreto 1136/97 de ejecución de la pena privativa de la libertad.”

Bibliografía citada y recomendada.

Arocena, Gustavo “Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad”.

Hammurabi, Bs.As. 2014.

Cassagne, Ezequiel “El control de la inactividad formal de la administración”. Disponible en:

http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/El_control_de_la_inactividad_formal_de_la_administracion.pdf

Cejas Meliare, Ariel y Lauro, Mariana Cecilia “Arbitrariedades del Reglamento de Modalidades Básicas de la Ejecución a la luz de la ley 24660. Thomson Reuters. Cita online: AP/DOC/3498/2012

Ceruti, Raúl A. y Rodríguez, Guillermina B. “Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad”. Ley 24660 comentada y anotada. Ediciones La Rocca. Bs.As. 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64 31 diciembre 2011

Original: Español. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Visitas de familiares a detenidos. Revisiones vaginales. Derecho a la dignidad e integridad personal”. Informe N° 38/96. Costas, Karina, "El art. 14 del Código Penal, a partir de la reforma introducida por la Ley 25.892". Disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/02/guillamondegui._karina_costas.pdf.

Cuaderno migratorio n° 2 de la OIM “El impacto de las Migraciones en Argentina”. Organización internacional para las Migraciones, Oficina Regional para América del Sur, 2012. Disponible en:

http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/campana_grafica/OIM-Cuadernos-Migratorios-Nro2-El-impacto-de-las-Migraciones-en-Argentina.pdf

Cuadernos de la Procuración Penitenciaria n° 7. Prisión e inmigración, población extranjera detenida en cárceles federales. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Procuración

Penitenciaria de la Nación, 2014. Disponible en:

http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Cuaderno%20PPN%20Prisi%C3%B3n%20e%20inmigraci%C3%B3n_0.pdf

CUADERNOS.INFO Nº 36 ISSN 0719-3661. Versión electrónica: ISSN 0719-367x. Disponible en:
<http://www.cuadernos.info/index.php/CDI/article/view/708/565>

Estudio “Delitos sexuales y reincidencia”, realizado por el Ámbito Social y Criminológico del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de Cataluña (España).

Disponible en
http://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/559/1/Delitos_sexuales_y_reincidencia.pdf

García, Yomha, Diego y Caamaño Iglesias Paíz, Cristina “Manual Práctico para Defenderse de la Cárcel”. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales”, INECIP. Imprenta PASART SRL, 2006. Disponible on line en: <http://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Pr%C3%A1ctico-para-Defenderse-de-la-C%C3%A1rcel.pdf>

Gelli, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada.” 4ª edición. Tomo I. LA LEY. Bs.As. 2008.

Informe Anual 2015 de la Procuración Penitenciaria de la Nación. Disponible en:
http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202015_0.pdf

Juliano, Mario Alberto “¿Debe habilitarse el uso de telefonía celular a la población carcelaria?”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/07/doctrina36677.pdf>

Kemelmaier de Carlucci, Aída “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”. Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Las-nuevas-realidades-familiares-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial->

argentino-de-2014.-Por-Aida-Kemelmajer-de-Carlucci.pdf

Kent, Jorge "Derecho de la Ejecución Penal. Una aproximación al tercer milenio". AD-HOC. Bs.As. 1996.

Larsen, Pablo en "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Hammurabi, Bs.As. 2016.

López, Axel y Machado, Ricardo "Análisis del régimen de ejecución penal". Fabián Di Plácido Editores. Bs.As. 2004.

Material de ACiFaD de <http://familiaresdedetenidos.blogspot.com.ar/>

Morabito, Rodrigo ¿QUE ES LO CRUEL, INHUMANO Y DEGRADANTE DE UNA PENA?. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/07/doctrina30053.pdf>

Naranjo, María Vanesa "El derecho de visitas. Hacia el camino de la resocialización". Revista Pensamiento Penal, 02/02/2012. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/02/doctrina32944.pdf>

Rivera Beiras y Salt, Marcos "Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina". Editores del Puerto. Bs.As. 2005.

Schweizer, Viviana y Blanco, Guadalupe "Aproximaciones a la problemática de la reincidencia sexual" Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/doctrina41179.pdf>.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro "Manual de Derecho Penal. Parte General". EDIAR. Bs.As. 2006.

Zaffaroni, Eugenio, R., "El enemigo en el Derecho Penal", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007.

Alejandro Javier Osio,

Asociación Pensamiento Penal.

Docente UNLPam

Defensor Oficial de Ejecución, en lo Penal y de Faltas

De la Provincia de La Pampa