

## **Aproximación a la Pena Privativa de Libertad desde el Modelo Argentino**

**Prof. Dr. Ramiro Anzit Guerrero**

[www.anzit-guerrero.net](http://www.anzit-guerrero.net)

Pos-Doctor en Garantías Constitucionales (UNLAM). Doctor en Derecho Penal (USAL). Magíster en Estudios Estratégicos (INUN). Abogado (USAL). Profesor Titular de Practica Forense y de Criminología de la Universidad del Salvador. Profesor de la Facultad Tecnológica de Amazonia (Brasil). Profesor invitado de las Escuelas de la Magistratura de los Estado de Pará, Paraíba y Rio Grande del Norte (Brasil). Publicó 14 libros, entre ellos: Derecho Penal y Paradigma Criminológico en América Latina. Derechos Informático, sus aspectos fundamentales, Realidades y Perspectivas del Derecho Penal en el Siglo XXI (Colombia). Miembro: Instituto de Ciências Penais (Minas Gerais – Brasil); Internacional Association for Counterterrorism & Security Professionals (EE.UU.); Instituto de Derecho Penal y Criminología del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; Miembro, South Asian Society of Criminology and Victimology (India).

La resocialización del condenado por actividades delictivas aparece en el discurso político, jurídico, penológico y criminológico argentino desde los albores del constitucionalismo nacional.

Ya en su redacción originaria de 1853-1860 el artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina preveía que *“las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”*.

La reforma de 1949 fue más allá, y explícitamente se encargó de determinar que *“las cárceles serán sanas y limpias, y adecuadas para la reeducación social de los detenidos en ellas”*. Aunque la reforma fue anulada por la Revolución Libertadora que derrocara al gobierno peronista, el contenido resocializador se mantuvo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional.

Así, la regla constitucional analizada, que sienta las bases del Sistema Carcelario Argentino, *“responde a principios esenciales sobre la pena privativa de la libertad y persigue, como finalidad primordial, la corrección y readaptación social del condenado”*<sup>1</sup>.

La llamada *“Pena - Castigo”* fue suprimida del plexo jurídico nacional y reemplazado, en su lugar, por el tratamiento de resocialización del condenado. De este modo, el constituyente al adoptar la política de resocialización del penado, pretendió asegurarse que aquél hombre que cometió un delito *“sea devuelto a la comunidad con predisposición*

---

<sup>1</sup> Cf. ZARINI, Helio Juan, *“Constitución Argentina Comentada y Concordada”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, Pág.103.

*de ser útil para sí, para su familia y para la propia sociedad, comportándose como el común de los hombres, sin violar o desconocer nuevamente las normas jurídicas*<sup>2</sup>.

El constitucionalista Helio Juan ZARINI, subraya, en este sentido, que *“el régimen carcelario no debe significar única o principalmente castigo, pago del mal causado, sino que pretende lograr ante todo y sobre todo la repersonalización, la resocialización del detenido, ayudándole a recobrar durante su presidio lo que él perdió al delinquir: su libertad, su integración normal en la sociedad*”<sup>3</sup>.

Siguiendo los lineamientos del texto constitucional, la Ley Nro. 24.660<sup>4</sup> define en su artículo 1° que *“la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la Ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad*”.

Y determina que el régimen carcelario deberá emplear, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten conducentes a tal fin<sup>5</sup>.

Al igual que la legislación penitenciaria argentina, prácticamente todos los Estados del orbe atribuyen al tratamiento penitenciario del penado la finalidad de reeducar y reincorporar a la sociedad a aquella persona que ha delinquido. A modo de ejemplo vale citar que la Ley Penitenciaria de Italia prevé que *“en relación con los condenados y los internados debe emplearse un tratamiento educativo que tienda, a través de los contactos con el mundo externo, a la reincorporación social de ellos*”<sup>6</sup>. Otro tanto puede afirmarse de la Ley Penitenciaria Alemana<sup>7</sup>, en tanto asigna a la ejecución de las penas privativas de libertad, y a las medidas de seguridad, el fin de hacer del detenido una persona capaz de *“conducir en el futuro, con responsabilidad social, una vida sin delitos*”<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> Cf. ZARINI, ob. cit., Pág.103.

<sup>3</sup> Cf. ZARINI, ob. cit., Pág.104.

<sup>4</sup> Sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada el 8 de julio del mismo año.

<sup>5</sup> Cf. Ley Nro. 24.660 Art. 1° segundo párrafo.

<sup>6</sup> Cf. Ley Nro. 354 del 26 de julio de 1975, Art. 1°; BARATTA, Alessandro, “Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad”, Ensayo presentado al Congreso de Estudios Regionales sobre “Estructura y función de las cárceles: Papel del Ente local”, Traducción del Dr. Juan Guillermo Sepúlveda A., publicado en “Nuevo Foro Penal”, Nro. 15, Junio / Septiembre de 1982, Bogotá, Colombia. En igual sentido, ELBERT, Carlos Alberto, “Memoria Criminológica: Alessandro Baratta – Criminología y Sistema Penal. Compilación In Memoriam”, Julio César Faria Editor Buenos Aires – Montevideo, Montevideo, 2006, Págs. 357 y sigs.

<sup>7</sup> Cf. Strafvollzugsgezet, 16 de marzo de 1976; Bundesgesetzblatt, T I, Págs. 581 y sigs.

<sup>8</sup> Cf. BARATTA, Alessandro, “Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad”, “Nuevo Foro Penal”, Nro. 15, Junio / Septiembre de 1982, Bogotá, Colombia. En igual sentido, ELBERT, Carlos Alberto, ob. cit., Págs. 357 y sigs.

Pese a los declamados principios de resocialización y reeducación que las leyes comentadas declaran, BARATTA, subraya la existencia de dos elementos de preocupación que limitan el optimismo del legislador.

El primero de ellos, al que denomina elemento escéptico, genera conciencia en el legislador de que las innovaciones que introduzca en el sistema carcelario *“no pueden hacer desaparecer de un solo golpe los efectos negativos de la cárcel sobre la vida futura del condenado y que son opuestos a su reintegración”*<sup>9</sup>.

El segundo elemento que conspira contra la verdadera resocialización del penado, según el enfoque de BARATTA, es el elemento real. El mismo, según su análisis, implica *“saber que, en la mayor parte de los casos, el problema que se plantea con respecto al detenido no es tan sólo el de una resocialización o de una reeducación”*<sup>10</sup>; ello por cuanto gran parte de *“la población carcelaria proviene de zonas de marginación social, caracterizadas por deficiencias que inciden sobre la socialización primaria en la edad escolar”*<sup>11</sup>.

En consecuencia, *“la cárcel viene a ser parte de un continuum que comprende familia, escuela, asistencia social, organizaciones sociales de tiempo libre, preparación profesional, universidad e instrucción de los adultos. El tratamiento penitenciario y la asistencia pospenitenciaria previstos en las nuevas legislaciones son un factor altamente especializado de este continuum, orientados hacia la recuperación de los retardos de socialización con que tropiezan los individuos marginados”*<sup>12</sup>.

Necesariamente, el análisis de BARATTA debe ser contrastado con la situación de la población carcelaria argentina. Ello permitirá desecharlo o, en su defecto, adoptarlo como tesis para la consecución del presente trabajo.

Así, en 2007 el 37% de los detenidos a disposición del Servicio Penitenciario Federal habían completado su educación primaria, el 21% no la había completado, el 20% no había finalizado sus estudios secundarios y el 8% había obtenido su título secundario.

---

<sup>9</sup> Cf. BARATTA, Alessandro, “Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad”, “Nuevo Foro Penal”, Nro. 15, Junio / Septiembre de 1982, Bogotá, Colombia. En igual sentido, ELBERT, Carlos Alberto, ob. cit., Pág.358.

<sup>10</sup> Cf. BARATTA, Alessandro, “Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad”, “Nuevo Foro Penal”, Nro. 15, Junio / Septiembre de 1982, Bogotá, Colombia. En igual sentido, ELBERT, Carlos Alberto, ob. cit., Pág.358.

<sup>11</sup> Cf. BARATTA, Alessandro, “Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad”, “Nuevo Foro Penal”, Nro. 15, Junio / Septiembre de 1982, Bogotá, Colombia. En igual sentido, ELBERT, Carlos Alberto, ob. cit., Pág.358.

<sup>12</sup> Cf. BARATTA, Alessandro, “Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad”, “Nuevo Foro Penal”, Nro. 15, Junio / Septiembre de 1982, Bogotá, Colombia. En igual sentido, ELBERT, Carlos Alberto, ob. cit., Págs. 358 y 359.

Sólo el 5% de la población carcelaria alojada en establecimientos federales durante el año 2007<sup>13</sup> poseía titulación universitaria o terciaria<sup>14</sup>.

Durante el mismo período de análisis, el 48% de la población carcelaria, al momento de su detención, se encontraba desocupado, el 29% poseía trabajo de tiempo parcial y sólo el 23% se encontraba empleado<sup>15</sup>.

Al analizar la capacitación laboral de los internos puestos bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal se observan datos verdaderamente reveladores acerca de la vulnerabilidad social que presentan quienes han pasado por el Sistema de Justicia Penal argentino: El 63% de ellos no tenía oficio ni profesión, el 28% tenía algún oficio y sólo el 9% declaró haber tenido profesión<sup>16</sup>.

Las afirmaciones formuladas por BARATTA, hace más de veinticinco años, no dejan de sorprender por su actualidad. Los clientes del Sistema Penal argentino, generalmente son reclutados de las capas más vulnerables de la población, sea que dicho análisis se efectúe desde el punto de vista socio – económico, sea que se lo formule desde la perspectiva de la formación profesional y nivel de empleo.

En consonancia con las afirmaciones de BARATTA, y los datos estadísticos *ut supra* referidos, ZAFFARONI explica que “*no es difícil que buena parte de los portadores del estereotipo criminal realmente cometan delitos que, como corresponde a su pertenencia de clase, grado de instrucción y entrenamiento, son obras toscas de la delincuencia, fáciles de descubrir*”, circunstancia ésta que los convierte en clientes habituales del sistema carcelario<sup>17</sup>.

El Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene, en definitiva, que “*el poder punitivo se reparte en la sociedad como una enfermedad infecciosa, que alcanza a quienes son vulnerables por (a) portación de estereotipo y comisión de hechos groseros y*

---

<sup>13</sup> Cabe destacar que el 2007 es el último año que registra estadísticas publicadas por el Servicio Penitenciario Federal.

<sup>14</sup> Cf. Dirección Nacional de Política Criminal, Secretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, Informe SNNEP, Informe Anual, Servicio Penitenciario Federal, Año 2007, Pág. 7.

<sup>15</sup> Cf. Dirección Nacional de Política Criminal, Secretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, Informe SNNEP, Informe Anual, Servicio Penitenciario Federal, Año 2007, Pág. 8.

<sup>16</sup> Cf. Dirección Nacional de Política Criminal, Secretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, Informe SNNEP, Informe Anual, Servicio Penitenciario Federal, Año 2007, Pág. 8.

<sup>17</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, Pág.13.

*poco sofisticados, (b) grotescos, (c) trágicos y (d) pérdida de cobertura (aunque en ínfima minoría)*<sup>18</sup>.

La situación descrita por BARATTA y ZAFFARONI, y corroboradas por las estadísticas elaboradas por la Dirección Nacional de Política Criminal, ha llevado a criminólogos europeos a decir que *“estando hoy en una sociedad en que el problema de la educación se ha convertido en el problema social por excelencia, la política social no puede hacerse sin política de educación, esto significa que las sanciones penales deben siempre venir como una parte de la política de educación. Los procesos regulativos del proceso penal no pueden comprenderse fuera de los otros procesos sociales de la socialización y de la educación”*<sup>19</sup>.

Es más, STEINERT ha llegado a explicitar que *“las instituciones del Derecho Penal pueden ser consideradas, al lado de las instituciones de la socialización, como la instancia decisiva de la seguridad en la realidad social. El Derecho Penal realiza al extremo inferior del continuum, aquello que la escuela realiza en la zona media y superior de ésta: la separación del grano de la cizaña, su efecto al mismo tiempo constituye y legitima la escala social existente y en tal modo asegura una parte esencial de la realidad social”*<sup>20</sup>.

No obstante que la observación de CALLIES guarda estrecha relación con lo normado por el artículo 18 de la Constitución Nacional y por la Ley de Ejecución de Penas Privativas de la Libertad Nro. 24.660, no debe perderse de vista que las característica socio – económicas – culturales de los sujetos sometidos al régimen carcelario nacional, del personal que allí presta servicios y de las propias prisiones hacen que éste sea simplemente un fin declarado diametralmente opuesto a los fines latentes del propio sistema.

El propio ZAFFARONI advierte que *“la prisión es una institución que deteriora, porque sumerge en condiciones de vida especialmente violentas, totalmente diferentes de las de la sociedad libre y, sobre todo, hace retroceder al preso a estadios superados de su vida, porque por elementales razones de orden interno le regula la vida como en su niñez o adolescencia, de modo que no es raro que condicione patologías regresivas”*<sup>21</sup>. Al mismo tiempo *“asigna roles negativos (posiciones de liderato internas) y fija los roles desviados*

---

<sup>18</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, ob. cit., Pág.14.

<sup>19</sup> Cf. CALLIES P.A. “Theori der Strafe im demokratischen und sozialem Rechtsstaat”, Frankfurt, Pág. 129.

<sup>20</sup> Cf. STEINERT H., “Der Prozen der Kriminalisierung. Untersuchungen zur Kriminalsoziologie”, München, 1972, Pág. 22

<sup>21</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, ob. cit., Pág.14.

*(se le exige asumir su papel y comportarse conforme a él durante años, no sólo por el personal sino también por el resto de los presos)*<sup>22</sup>.

En otras palabras *“la resocialización es una misión imposible...y...no puede negarse razonablemente el efecto deteriorante y fijador de roles desviados de la prisión”*<sup>23</sup>.

La situación por él descripta no resulta privativa del sistema carcelario argentino. Por ello, existen legislaciones que han incorporado cláusulas de carácter general con el objeto de evitar que se materialicen las situaciones descriptas por ZAFFARONI.

Así, la Ley Penitenciaria Alemana compele a las autoridades a *“limitar los más posible aquellas particularidades de la vida del instituto, que puedan tornar al individuo inhábil para la vida, de modo que la diferencia entre una vida en el instituto y la vida en el exterior no sea más fuerte de cuanto es inevitable”*<sup>24</sup>.

Incluso cultores de la Defensa Social, como JESCHECK se muestran –frente a sus consecuencias negativas—como partidarios de sustituir las penas de prisión por otras alternativas. Sobre el particular, resulta ilustrativa la reseña efectuada por Marco Antonio TERRAGNI: *“Las tendencias modernas de la Política Criminal surgen del desencanto ante la escasa eficacia de los programas resocializadores que lleva aparejada la privación de libertad. Así lo señala JESCHECK quien advierte que este movimiento exige la más extremada cautela en las intervenciones coactivas que realiza la justicia penal en la libertad y personalidad del inculcado, exigencia resumida en la frase ‘Radical Nonintervention’ en los Estados Unidos, que coincide con la nueva ‘Défense Sociale’ en el pesimismo que actualmente se advierte frente a las posibilidades de rehabilitación que se dan con la ejecución de la pena privativa de libertad. Se propone que, excepto en casos graves y de multirreincidencia, se excluya al inculcado del Proceso Penal, corrigiéndolo por medio de carácter no penal”*<sup>25</sup>.

## **Evolución Legislativa Argentina**

### **De la Pena – Castigo a la Pena Resocializadora**

---

<sup>22</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, ob. cit., Pág.14.

<sup>23</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, ob. cit., Pág.135.

<sup>24</sup> Cf. Bunderstag – Drucksache 7/918 (23 de julio de 1973); citado por BARATTA, Alessandro, “Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad”, “Nuevo Foro Penal”, Nro. 15, Junio / Septiembre de 1982, Bogotá, Colombia. En igual sentido, ELBERT, Carlos Alberto, ob. cit., Pág.358.

<sup>25</sup> Cf. TERRAGNI, Marco Antonio, “Penas Privativas de la Libertad”, publicado en <http://www.terragnijurista.com.ar/libros/pplibert.htm>, consulta realizada el 03 de enero de 2010.

La evolución de la pena privativa de la libertad, de “Pena – Castigo” a “Pena – Resocializadora” puede observarse no sólo en la legislación penitenciaria, sino en el propio Código Penal de 1921, los proyectos que lo antecedieron –especialmente el “Proyecto Tejedor”— y las reformas que fueron introducidas en él.

Por ello, en el presente Capítulo se analizarán, en primer término, la evolución de la pena en el Código Penal y, posteriormente, en la legislación penitenciaria nacional; para luego comparar la homogenización de éstas con los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos suscriptos por la Nación.

### **1. Penas Privativas de la Libertad hasta el “Proyecto Tejedor”**

Desde la Revolución de 1810, hasta la sanción de la Constitución Nacional de 1853 – 1860 los Delitos y sus respectivas penas se encontraban dispersos en innumerables Leyes Especiales; manteniéndose vigente en todo lo que no fuera derogada por ellas la legislación colonial.

Así, conforme explica ZAFFARONI, *“el control social punitivo durante muchos años se ejerció en función de Leyes Especiales contra cuatrerros, vagos y malentretenidos, a los que se incorporaba forzosamente al Ejército, con una pena de relegación, pues se los destinaba a la frontera por decisión de los Jueces de Paz del lugar”*<sup>26</sup>. En todos los casos, sostiene, se trataba de *“penas dirigidas contra los gauchos (mestizos)”* que *“por su naturaleza garantizaban que no podían alcanzar a otras clases sociales”*<sup>27</sup>.

Como se ve, desde antiguo aparece lo que la Criminología Crítica y la Sociología Criminal llamarían con posterioridad “Teorías del Etiquetamiento” o “Labelling Approach”; teorías éstas a las que se hiciera mención en el Capítulo I del presente trabajo.

En 1863, como consecuencia de la sanción de la Constitución de 1853 y su reforma de 1860 a raíz de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires, se sanciona la Ley Nro. 49.

Dicha norma legal contenía un listado de Tipos Delictivos, todos ellos de carácter Federal, aunque carecía de Parte General. Por ello se complementaba con la Ley Nro. 29 de abril de 1862 y las Leyes 48 y 50, ambas de orden procesal. Así todo, continuaba rigiendo, en todo cuanto no hubiere sido derogado, la legislación colonial.

### **2. Penas Privativas de la Libertad en el “Proyecto Tejedor”**

<sup>26</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, ob. cit., Pág.177.

<sup>27</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, ob. cit., Pág.177.

El Código Tejedor nació a instancias de una Comisión Especial convocada por el Poder Ejecutivo Nacional –a instancias de la delegación de facultades que autorizara el Congreso de la Nación—en 1864.

En 1866 fue entregado y sometido a la revisión de la “Comisión Villegas” que trece años después elevó sus conclusiones presentando un Proyecto totalmente distinto. No obstante, fue adoptado por las Provincias de La Rioja (1876), Buenos Aires (1877), Entre Ríos, San Juan, Corrientes, San Luis y Catamarca (1878), Mendoza (1879), Santa Fe y Salta (1880) y Tucumán (1881).

Por Ley Nro. 1441, el Congreso de la Nación adoptó el “Código Tejedor” como Ley Orgánica de los Tribunales de Capital.

En lo que respecta al tratamiento de las penas privativas de la libertad que hace, debe tenerse presente que el “Código Tejedor” se inspiró en el Código de Baviera.

De allí tomó las cuatro modalidades de penas privativas de la libertad: Presidio, Penitenciaría, Prisión y Arresto.; al tiempo que contemplaba Medidas de Seguridad como el Confinamiento y el Destierro.

Explica TERRAGNI que, en el modelo instituido por el “Proyecto Tejedor” aquellos *“sentenciados a presidio trabajarían públicamente en beneficio del Estado; con una cadena al pie, pendiente de la cintura o asida a la de otro penado; serían empleados en trabajos exteriores, duros y penosos, como construcciones de canales, obras de fortificación, caminos, y no recibirían auxilio alguno fuera del establecimiento”*, dado que *“en el Código Penal Imperial de Alemania ello equivalía a la reclusión, como pena grave, infamante, con trabajo forzado. Era la pena de los crímenes mientras que la prisión lo era de los delitos”*<sup>28</sup>.

En relación al lugar y al modo de ejecución de la pena, TERRAGNI aduce que Tejedor en su Proyecto partía de dos criterios que no necesariamente debían coincidir, puesto que *“llama Presidio a la pena más grave señalando en la nota explicativa: ‘En España, los Presidios eran ciertas ciudades o fortalezas guarnecidas de soldados. De allí vino a llamarse con el mismo nombre el castigo que se imponía a los reos de servir en los trabajos a que en ellos se los destinaba”*<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Cf. TERRAGNI, Marco Antonio, “Penas Privativas de la Libertad”, publicado en <http://www.terragnijurista.com.ar/libros/pplibert.htm>, consulta realizada el 03 de enero de 2010.

<sup>29</sup> Cf. TERRAGNI, Marco Antonio, “Penas Privativas de la Libertad”, publicado en <http://www.terragnijurista.com.ar/libros/pplibert.htm>, consulta realizada el 03 de enero de 2010.



Por ello, *“la falta total de tales establecimientos en nuestra tierra, la diferencia con las otras penas estaría dada por el modo de ejecución”*<sup>30</sup>.

El discurso criminológico en la obra de Tejedor no se encuentra ausente y es explicado de modo inequívoco por TERRAGNI al referirse a la pena ejemplificadora e infamante del empleo de los reos en trabajos públicos. En ese sentido, cita al propio Tejedor: *“No sólo intimida, sino que inspira horror y la opinión pública encuentra en ella una expiación suficiente para los más grandes crímenes”*<sup>31</sup>.

Los conceptos desarrollados por Tejedor acerca de las penas infamantes remiten a lo que muchos años después autores como AMELUNG y OTTO –inspirados en la obra de Günter JAKOBS—darian en llamar “Teoría de la Prevención – Integración”<sup>32</sup>.

Con respecto a la segunda pena del Proyecto, Tejedor dice que *“los sentenciados a Penitenciaría la sufrirán en las Penitenciarías donde las hubiese, o en establecimientos distintos de los Presidios, con sujeción a trabajos forzados dentro de ellos mismos y sin cadena, exceptuando el caso de temerse seriamente la evasión”*<sup>33</sup>.

Nuevamente se advierte la duplicidad de criterios: el del edificio del penal en sí y el del modo de ejecución. Como establecimientos distintos no había, la diferencia estaría dada en la práctica por el modo de ejecución.

En referencia al “Proyecto Tejedor”, TERRAGNI sostiene que la pena de Prisión se sufrirá en Cárceles que no eran los Presidios ni Penitenciarías: *“Y aquí aparecía nuevamente la dificultad propia de la ausencia de establecimientos distintos. Lo mismo puede decirse de la cuarta pena: el Arresto, que debía cumplirse en Cárcel, Policía o Cuerpo de Guardia, según los casos; pero esta Prisión será siempre diferente de la de los Acusados o Procesados, pudiendo ser arrestados en sus propias casas las mujeres honestas, las personas ancianas o valetudinarias, y las que vivan de algún arte, profesión u oficio doméstico”*<sup>34</sup>.

El esquema de las penas privativas de la libertad contemplado por Tejedor obligaba a las Provincias a contar con cinco tipos de establecimientos carcelarios distintos, de

---

<sup>30</sup> Cf. TERRAGNI, Marco Antonio, “Penas Privativas de la Libertad”, publicado en <http://www.terragnijurista.com.ar/libros/pplibert.htm>, consulta realizada el 03 de enero de 2010.

<sup>31</sup> Cf. TERRAGNI, Marco Antonio, “Penas Privativas de la Libertad”, publicado en <http://www.terragnijurista.com.ar/libros/pplibert.htm>, consulta realizada el 03 de enero de 2010.

<sup>32</sup> Cf. BARATTA, Alessandro, “Integración – Prevención: Una ‘Nueva’ fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica”, Doctrina Penal, Año 8, Nros. 29-32, 1985. En igual sentido, ELBERT, Carlos Alberto, ob. cit., Pág.1 y siguientes.

<sup>33</sup> Cf. TERRAGNI, Marco Antonio, “Penas Privativas de la Libertad”, publicado en <http://www.terragnijurista.com.ar/libros/pplibert.htm>, consulta realizada el 03 de enero de 2010.

<sup>34</sup> Cf. TERRAGNI, Marco Antonio, “Penas Privativas de la Libertad”, publicado en <http://www.terragnijurista.com.ar/libros/pplibert.htm>, consulta realizada el 03 de enero de 2010.

modo de poder alojar en ellos a quienes se encontraran detenidos con Prisión Preventiva, a los condenados a Presidio, Penitenciaría, Prisión y Arresto.

### **3. Penas Privativas de la Libertad en el Proyecto de Código Penal de 1891**

El hecho de que Francia hubiera sancionado en 1895 la Ley de Deportación, con el objeto de sancionar a los reincidentes, no tardó en ejercer influencia sobre los Proyectos de Código Penal para Argentina.

En efecto, en 1891 una Comisión presidida por Rodolfo Rivarola elaboró un nuevo Proyecto de Código Penal, donde las penas se redujeron a dos las penas privativas de la libertad: Presidio y Penitenciaría.

Dicho Proyecto, que no logró ser aprobado, introdujo la Deportación y mantuvo la Pena de Muerte. *“El Proyecto de 1891 fue el primero que proponía unificar la legislación penal”* y *“pese a serle criticable la Deportación y el mantenimiento de la Pena de Muerte, en general, tuvo la virtud de combinar la racionalidad y el sentido liberal del Código de Tejedor con otros textos adelantados de su época”*, explica ZAFFARONI<sup>35</sup>.

En materia de penas privativas de la libertad propiamente dichas, el Proyecto de 1891 proponía que la pena de Presidio se cumpliera con trabajos forzados en establecimientos destinados a tal efecto y emplazados a la mayor distancia posible de los centros poblados.

Contemplada, en ese sentido, la fundación de un Presidio en las islas del sur argentino, siendo éste el antecedente directo de la creación del Penal de Ushuaia; lugar donde además debía cumplirse la pena de Deportación, relegándose allí por tiempo indeterminado al condenado<sup>36</sup>.

La pena de Penitenciaría, por su parte, se ejecutaría en lugares distintos a los Presidios, y otorgaba a los penados la facultad de elegir el género de trabajo que realizarían.

### **4. Penas Privativas de la Libertad en el Código Penal Argentino**

---

<sup>35</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, ob. cit., Pág.179.

<sup>36</sup> Aunque el Proyecto de Código Penal de 1891 nunca llegó a convertirse en Ley, el Instituto de la Deportación allí contemplado se cristalizó mediante Ley Nro. 4189.

Finalmente, en 1921 por Ley Nro. 11179 se aprobó el Código Penal de la República Argentina a instancias de un proyecto presentado por el Diputado Rodolfo Moreno (h). Conforme surge del Mensaje con que presentara dicho Proyecto, Moreno se encargó de crear un sistema susceptible de ser aplicado en todo el territorio nacional: *“Teniendo en cuenta los antecedentes propios, las características del país, su sistema de gobierno, sus recursos, sus posibilidades y condiciones en general, ha creado un sistema penal práctico susceptible de ser aplicado y conveniente bajo todo punto de vista”*<sup>37</sup>.

De este modo, las penas privativas de la libertad quedaron limitadas a la Prisión y la Reclusión, y posteriormente unificadas por la Ley Penitenciaria Nacional<sup>38</sup>; borrando así las diferencias existentes en cuanto a su ejecución contempladas por los artículos 6 y 9 del Código Penal.

No obstante lo antedicho, y a efectos del análisis de la evolución de ambos Institutos, no debe soslayarse que la diferencia entre Reclusión y Prisión básicamente estaba dada por el lugar de cumplimiento de dichas penas, como así también por la imposibilidad de emplear a los condenados a Prisión en obras públicas.

Y aunque las diferencias en el modo de ejecución de ambas han desaparecido, los efectos que una y otra producen aún perduran<sup>39</sup>.

## **5. La Multirreincidencia: La Estigmatización aplicada a la Pena. La vulneración del Derecho Penal de Acto**

El artículo 50 del Código Penal define a la Reincidencia como la comisión de un nuevo delito, por parte de quien hubiere cumplido una pena privativa de la libertad, antes del transcurso del plazo detallado por la Ley.

El Sistema, que contemplaba a la Reincidencia Ficta, fue reemplazado en 1984 por Ley Nro. 23057, por lo que para su declaración se exige que la condena anterior haya sido cumplida total o parcialmente.

Si bien la jurisprudencia tiene dicho que *“de los términos de la ley (art. 50 in fine), y de sus antecedentes parlamentarios, se infiere que el Instituto de Prescripción de la*

---

<sup>37</sup> Cf. TERRAGNI, Marco Antonio, “Penas Privativas de la Libertad”, publicado en <http://www.terragnijurista.com.ar/libros/pplibert.htm>, consulta realizada el 03 de enero de 2010.

<sup>38</sup> Cf. Ley 11.833 de Organización Carcelaria y Régimen de la Pena y sus modificatorias Decreto Ley Nro. 412/58 de Unificación del Régimen Penitenciario, ratificado por Ley Nro. 14467, y Ley Nro. 24.660 de Ejecución de las Penas Privativas de la Libertad.

<sup>39</sup> En ese sentido ver Código Penal de la República Argentina arts. 13 (Requisitos para obtener la Libertad Condicional), 24 (Cómputo de Prisión Preventiva) y 44 (Pena prevista para la Tentativa).

*Reincidencia fue incorporado a nuestro Código Penal con la muy humana finalidad de que pudiera desaparecer la mácula de una sentencia condenatoria en quien encausa luego su conducta dentro de normas de vida digna y honesta, con lo cual sus beneficios sólo alcanzan a la primera condena*<sup>40</sup>, lo cierto es que los plazos de prescripción previstos para ello<sup>41</sup>, el requerimiento del Certificado de Antecedentes Penales como condición indispensable para conseguir empleo<sup>42</sup> y la existencia de la Multirreincidencia, no sólo contribuyen a la estigmatización del liberado y a la posterior aplicación de penas por tiempo indeterminado; eliminando así al Derecho Penal de Acto para regresar al Derecho Penal de Autor.

A ese efecto, contribuye el artículo 52<sup>43</sup> del Código Penal al determinar se impondrá Reclusión por Tiempo Indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la Reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1) cuatro penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor de 3 años; 2) cinco penas privativas de la libertad de 3 años o menores.

Así, originariamente se castigaba al delincuente habitual. DAYENOFF, explica, en ese sentido, que con anterioridad a la reforma introducida por Ley Nro. 23057 *“la opinión mayoritaria sostenía que era una medida aplicable a los delincuentes habituales sin ser necesario que hubiera incurrido en Reincidencia, pues bastaba que mediasen el número y tipo de condenas”*<sup>44</sup>.

No debe soslayarse que si bien el Tribunal se encuentra facultado para suspender por única vez la aplicación de la Reclusión por Tiempo Indeterminado, ello depende del *“juicio que se formen de la peligrosidad del condenado”*<sup>45</sup>.

Se ha llegado a sostener, incluso, que la Reclusión por Tiempo Indeterminado, que se impone como accesoria de la última condena, se cumple en función de seguridad y defensa para la sociedad<sup>46</sup>.

Llegados a este punto resulta necesario formular una advertencia que, a la vez, sirva de enlace con la crítica que pueda formularse a la Medida de Seguridad que implica la

---

<sup>40</sup> Cf. JA 1956-III-364; LL 84-665.

<sup>41</sup> Cf. Código Penal de la República Argentina, art. 51 incs 1) y 2).

<sup>42</sup> Cf. Código Penal de la República Argentina, art. 51 tercer párrafo; Ley Nro. 22117

<sup>43</sup> Texto según Ley Nro. 23.057.

<sup>44</sup> Cf. DAYENOFF, David Elbio, “Código Penal”, A-Z Editora, Séptima Edición. Buenos Aires, 2000, Pág.118.

<sup>45</sup> Cf. SCBA, 29/12/59; Fallos 1959-IV-45.

<sup>46</sup> Cf. S.T.de Chubut, 5/08/1960, J.A. Resolución 1969-684, Nro.67; Corrientes, 30/11/1979, L.L., 141-710 Nro. 25.764-S.; San Francisco, 4/05/1970, L.L., 141,680 Nro. 25.566-S.; S.T.de Córdoba, 20/03/1970, L.L., 140-807, Nro. 24.968-S.; S.T.de Santa Cruz, 7/07/1969, L.L.135-236; C. C. San Isidro, 4/08/1970, L.L.139 487; S.T.de Santa Cruz, 21/10/1969, R L.L. XXX 1873 Nro.11.

Reclusión por Tiempo Indeterminado, como accesoria de una condena penal basada en la peligrosidad del delincuente como función de seguridad y defensa de la sociedad. Matías BAILONE, citando a ZAFFARONI<sup>47</sup>, advierte que *“la peligrosidad y su ente portador –peligroso-- o enemigo ópticamente reconocible, proveniente de la mejor tradición positivista y más precisamente garofaliana, debido a su seguridad individualizadora, tarde o temprano termina en la supresión física de los enemigos. El desarrollo coherente del peligrosismo, antes o después, acaba en el campo de concentración”*<sup>48</sup>.

En igual sentido, aunque sin hacer alusión directa al estado de peligrosidad, se pronuncia el constitucionalista Germán BIDART CAMPOS: *“Diariamente comprobamos que en nuestra sociedad hay gente implacable con su prójimo cuando se trata de escudriñar comportamientos pasados. No hay perdón ni olvido ni derecho a la rehabilitación. Pensamos que si alguien una vez cometió actos malos es imposible que cambie y deje de cometerlos. La ética nos demanda que no acoplemos a nuestro prójimo condenas vitalicias porque el hombre tiene derecho a que se le reconozca su capacidad de cambio. ¿Por qué el Derecho acoge la prescripción? Porque postula que después de cierto tiempo no es socialmente bueno ni útil que hagamos juicios respecto de hechos pretéritos. ¿Por qué nuestra Corte ha repelido sanciones que inhabilitan de por vida el ejercicio de una profesión? Porque estima disvalioso que una mala conducta anule hacia el futuro de modo definitivo la posibilidad de trabajar honestamente. Quienes rechazamos la pena de muerte decimos que el hombre no puede privar a otro la oportunidad de redimirse porque quitándole la vida le ciega la capacidad de cambiar. Y ¿para qué sirve la vida biológica si casi se está muerto civilmente? Si las cárceles no son para castigo sino para seguridad, nadie puede atribuirse el papel de juzgador para inferirle el castigo de nunca olvidarse de su pasado”*<sup>49</sup>.

Ya sea que se comparta la tesis sostenida por ZAFFARONI a la que se refiriera BAILONE, o se adhiera a los postulados esgrimidos por BIDART CAMPOS, o ambos; lo cierto es que la Reclusión por Tiempo Indeterminado atenta contra los presupuestos de un Derecho Penal Mínimo, propios de un Estado de Derecho respetuoso de los

---

<sup>47</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “El Enemigo en el Derecho Penal”, Ediar, Buenos Aires, 2006.

<sup>48</sup> Cf. BAILONE, Matías, “El Enemigo en el Derecho Penal”, publicado en [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar), año 2007.

<sup>49</sup> Cf. BIDART CAMPOS, Germán, “¿Derecho al olvido, o a la Rehabilitación?”, ED, 1988.

Derechos Humanos, entre los que sobresalen los Principios de Humanidad, Trascendencia Mínima y Prohibición de Doble Punicción<sup>50</sup>.

## **6. El Código Penal y las Medidas de Seguridad como penas encubiertas**

A las penas de Prisión y Reclusión a que se hiciera referencia en los apartados anteriores, el Código Penal agrega las de Multa e Inhabilitación.

Tales medidas, que puede aplicarse conjunta o indistintamente a la pena privativa de la libertad, no constituyen motivo de interés para el presente trabajo; ello por cuanto no afectan la libertad ambulatoria del penado.

No obstante, manteniendo resquicios de tinte netamente positivista, y bajo el argumento de “tutelar” los mejores intereses del individuo criminalizado, el Código Penal introduce bajo la figura de “Medidas de Seguridad” verdaderas penas privativas de la libertad, cuyo alcance en el tiempo resulta indeterminado y para cuya aplicación no se contempla el Debido Proceso Adjetivo.

Las Medidas de Seguridad pueden ser de carácter “Educativo” o “Curativo”. Las llamadas “Medidas de Seguridad Eliminatorias” consagradas por el artículo 52 del Código Penal fueron atemperadas por la Ley Nro. 23.050, a cuyos comentarios se remite.

Las Medidas de Seguridad Curativas se encuentran contempladas por el artículo 34 inciso 1° del Código Penal, bajo la figura de la internación manicomial. Tienden a procurar que el declarado inimputable se dañe a sí mismo o a terceros. Por ello, sólo pueden ser aplicadas cuando exista peligro de que ello ocurra.

Su imposición requiere, además, el previo dictamen de Peritos y audiencia del Ministerio Público.

*“Si la internación se sustancia sin las garantías del Debido Proceso, se llega a una internación arbitraria. Esta se concreta mediante Decretos de reclusión forzada inmotivados y sin fundamentación suficiente; no se explicita el tratamiento a suministrar; se tienen entrevistas breves con el paciente; se omite su historia, su entorno, su actividad laboral. Se vulneran derechos tutelados jurídicamente: dignidad, libertad, la vida, la salud mental, derecho a la alternativa menos restrictiva de la*

---

<sup>50</sup> Ver en este Trabajo el Capítulo VII “Principios Humanizadores de la Ejecución de Penas Privativas de la Libertad”.

*libertad, a la externación, a asistencia letrada, a la tutela judicial y al control jurisdiccional de las condiciones de internación*<sup>51</sup>.

Aunque el caso llevado a su conocimiento se trató de una Insania propia del Derecho Civil, los conceptos vertidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en aquella oportunidad resultan –asimismo—aplicables a los supuestos de Inimputabilidad contemplados por el inciso 1° del artículo 34 del Código Penal. El Alto Tribunal, respecto de la Internación, fue contundente al señalar que “*los Principios de Legalidad, Razonabilidad, Proporcionalidad, Igualdad y Tutela Judicial de las condiciones de encierro forzoso...actualmente se ven fortalecidos y consolidados en la Constitución Nacional (arts. 16, 17, 19, 33, 41, 43 y 75, incs. 22 y 23), instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y otros convenios en vigor para el Estado Nacional*”<sup>52</sup>.

Las Medidas de Seguridad Educativas son aplicadas a los menores de edad, a quienes se responsabiliza por la comisión de hechos delictivos. RIGHI explica que tal medida “*consiste en la internación en establecimientos especiales en los que prevalece la orientación ‘correcional’*”, es decir que lo que se pretende es reformar al joven delincuente<sup>53</sup>.

La Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por su parte, sostiene respecto de estas Medidas que “*la base de la Medida de Seguridad de Internación es la peligrosidad del agente y ‘no son dictadas con el fin de compensación retribuidora por un hecho injusto, sino para la seguridad futura de la comunidad frente a las violaciones ulteriores del Derecho a esperarse de parte de ese autor’*”<sup>54</sup>. Por ello, “*la extensión de las Medidas de Seguridad no se determina según la gravedad del hecho, sino de acuerdo con la clase y peligrosidad del involucrado, extremo que obliga a responder, cuándo estas son necesarias, es decir, en qué momento su aplicación deviene indispensable para la protección de la comunidad y del afectado*”<sup>55</sup>.

Es la propia Cámara la que reconoce respecto de las Internaciones, en el fallo analizado, la inexistencia del Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad de las

---

<sup>51</sup> Cf. KRAUT, Alfredo Jorge, “Un caso prototípico de internación psiquiátrica arbitraria”, JA, 1989.

<sup>52</sup> Cf. CSJN, R.,M.J. S/Insania”, Sentencia del 19 de febrero de 2008.

<sup>53</sup> Cf. RIGHI, Esteban, FERNÁNDEZ, Alberto A. “Derecho Penal. La Ley. El Delito. El Proceso y la Pena”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, Pág.. 465.

<sup>54</sup> Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, Capital Federal, “ORTNER, Mariano S/”, Sentencia del 22 de mayo de 2006.

<sup>55</sup> Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, Capital Federal, “ORTNER, Mariano S/”, Sentencia del 22 de mayo de 2006.

Penas, como así también la indeterminación de la privación de la libertad a que se ve sometido el sujeto pasivo.

La referida sentencia va más allá y aclara: “*Es la propia Ley la que indica como fundamentos...en la internación en un establecimiento adecuado, que el autor revele condiciones que lo hagan peligroso*”<sup>56</sup>; de modo que “*la Medida de Seguridad debe ser proporcionada a la peligrosidad del sujeto pasivo*”<sup>57</sup>.

## **7. Penas Privativas de la Libertad en la Ley Nro. 24.660**

Como fuera expuesto en el Capítulo I del presente trabajo, en Argentina a partir de la sanción de la Ley Nro. 24660 “*la ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la Ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad*”<sup>58</sup>; al tiempo que se encuentra exenta de tratos crueles, inhumanos y degradantes<sup>59</sup>.

Para ello, se establece que “*la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial*”, correspondiéndole al “*Juez de Ejecución o Juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los Tratados Internacionales ratificados por la República Argentina y los Derechos de los condenados no afectados por la condena o por la Ley*”<sup>60</sup>.

La Ley de Ejecución de Penas Privativas de la Libertad establece en su artículo 10 y siguientes el sistema en que habrán de cumplirse las penas de Prisión y/o Reclusión, para lo cual elabora un régimen de progresividad<sup>61</sup>: 1) Período de Observación<sup>62</sup>; 2) Período de Tratamiento<sup>63</sup>; 3) Período de Prueba<sup>64</sup>; 4) Período de Libertad Condicional<sup>65</sup>.

---

<sup>56</sup> Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, Capital Federal, “ORTNER, Mariano S/”, Sentencia del 22 de mayo de 2006.

<sup>57</sup> Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, Capital Federal, “ORTNER, Mariano S/”, Sentencia del 22 de mayo de 2006.

<sup>58</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 1.

<sup>59</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 10.

<sup>60</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 3.

<sup>61</sup> Ver también Decreto Nro. 396/99, Anexo I, Arts. 1 a 7.

<sup>62</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Arts. 13, 14; Decreto Nro. 396/99, Anexo I, Arts. 8, 10, 11.

<sup>63</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 14; Decreto Nro. 396/99, Anexo I, Arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25.

<sup>64</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 15; Decreto Nro. 396/99, Anexo I, Arts. 26, 27.

<sup>65</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Arts. 28; 29; Decreto Nro. 396/99, Anexo I, Arts. 40 a 48.



Se contempla, asimismo, durante la ejecución de la pena privativa de la libertad un Régimen de Salidas Transitorias<sup>66</sup> y un Régimen de Semi-Libertad<sup>67</sup>. El primero de ellos tiene por objeto que el condenado afiance y mejore sus lazos familiares y sociales, curse estudios y/o participe en programas específicos de pre-libertad<sup>68</sup>.

El Régimen de Semi-Libertad, por su parte, pretende brindar al condenado la posibilidad de que trabaje fuera del establecimiento carcelario en iguales condiciones a la vida libre.

El legislador, al sancionar la Ley Nro. 24660, contempló asimismo métodos alternativos a las penas de cumplimiento efectivo, y en todos los casos dejó esa decisión en manos del Juez de Ejecución o Juez Competente. Así, el artículo 32 de la referida norma legal prevé la detención domiciliaria para enfermos con imposibilidad de tratar adecuadamente su dolencia en establecimientos carcelarios, enfermos incurables en período terminal<sup>69</sup>, discapacitados, mayores de setenta años, mujeres embarazadas y madres de hijos menores de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo.

También contempla la Prisión Discontinua –aunque para acceder a ella debe haberse cumplido parte de la pena privativa de la libertad<sup>70</sup>—, la Semi Detención<sup>71</sup>, la Prisión Diurna<sup>72</sup> y la Prisión Nocturna<sup>73</sup>.

La Ley Nro. 24.660 procura eliminar cualquier trato despersonalizado respecto de los condenados<sup>74</sup>, a los que denomina internos; y establece las normas de higiene<sup>75</sup>, alojamiento<sup>76</sup>, vestimenta<sup>77</sup>, alimentación<sup>78</sup>, requerimientos de información<sup>79</sup>, tenencia y depósito de objetos y valores<sup>80</sup>, etc.

---

<sup>66</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Arts. 16 a 22; Decreto Nro. 396/99, Arts. 28, 29, 30.

<sup>67</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Arts. 23 a 26; Decreto Nro. 396/99, Arts. 31, 32, 33.

<sup>68</sup> Cf. Decreto Nro. 396/99, Anexo I, Arts. 75 a 83.

<sup>69</sup> Ver también Decreto Nro. 1058 del 3 de octubre de 1997.

<sup>70</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 35 incs. a, b), c), d), e).

<sup>71</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Arts. 39; 40.

<sup>72</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 41.

<sup>73</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Arts. 42 a 44.

<sup>74</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 57.

<sup>75</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Arts. 58 a 61.

<sup>76</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 62.

<sup>77</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Arts. 63; 64.

<sup>78</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 65

<sup>79</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Arts. 66; 67.

<sup>80</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 68.

Si bien como regla las medidas de sujeción se encuentran prohibidas<sup>81</sup>, la Administración Penitenciaria goza de una amplia discrecionalidad para determinar los supuestos en los que serán empleadas<sup>82</sup>, sin perjuicio de que las mismas pueden ordenarse como precaución contra una posible evasión durante el traslado del interno<sup>83</sup>; por razones médicas, a indicación del facultativo, formulada por escrito<sup>84</sup>; por orden expresa del Director o del funcionario que lo reemplace en caso de no encontrarse éste en servicio, si otros métodos de seguridad hubieran fracasado y con el único propósito de que el interno no se cause daño a sí mismo, a un tercero o al establecimiento<sup>85</sup>.

Por Anexo I del Decreto Nro. 18/97 fue aprobado el Reglamento de Disciplina para los Internos, cuyo artículo 8 y concordantes establece la obligación de guardar el Debido Proceso Administrativo por parte del Director del establecimiento carcelario al momento de aplicar sanciones disciplinarias<sup>86</sup>.

El referido Decreto tipifica las infracciones leves<sup>87</sup>, medias<sup>88</sup> y graves<sup>89</sup>; al tiempo que determina las sanciones aplicables para cada una de ellas<sup>90</sup> y el procedimiento a seguir para su determinación<sup>91</sup>.

## **8. Recepción de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos por la legislación y la jurisprudencia nacional**

La República Argentina, al suscribir los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que hoy gozan de jerarquía constitucional se ha comprometido a adecuar su legislación interna a lo dispuesto en ellos, de modo tal de no generar contradicción alguna.

---

<sup>81</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 74.

<sup>82</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 76.

<sup>83</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 75 inc. a)

<sup>84</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 75 inc. b)

<sup>85</sup> Cf. Ley Nro. 24.660, Art. 75 inc c). En este supuesto, el Director o quien lo reemplace, dará de inmediato intervención al servicio médico y remitirá un informe detallado al Juez de Ejecución o Juez competente y a la autoridad penitenciaria superior.

<sup>86</sup> Cf. Decreto Nro. 18/97, Anexo I, Arts. 5; 7; 8; 10; 11; 12; 13.

<sup>87</sup> Cf. Decreto Nro. 18/97, Anexo I, Art. 16.

<sup>88</sup> Cf. Decreto Nro. 18/97, Anexo I, Art. 17.

<sup>89</sup> Cf. Decreto Nro. 18/97, Anexo I, Art. 18.

<sup>90</sup> Cf. Decreto Nro. 18/97, Anexo I, Arts. 19; 20; 24 (Suspensión Condicional de la Sanción Disciplinaria).

<sup>91</sup> Cf. Decreto Nro. 18/97, Anexo I, Arts. 29 y concordantes.

Ello deviene de lo normado, entre otros, por los artículos 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Independientemente de ello, la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados dispone de modo concluyente –y sin otorgar margen a interpretación alguna—que un Estado “*no podrá invocar disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un Tratado*”, criterio que fuera receptado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional – Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”.

Del mismo modo, el Alto Tribunal en el llamado “Caso Giroldi” ha sostenido que “*en consecuencia a esta Corte como órgano supremo de los Poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción—aplicar los Tratados Internacionales al que el país está vinculado (...), ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del art 1º de la Convención, en cuanto los Estados Parte deben no solamente ‘respetar los derechos y libertades reconocidos en ella’, sino además ‘garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción’. Según dicha Corte, ‘garantizar’ implica el deber del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación al art 1.1 de la Convención. Garantizar entraña asimismo ‘el deber de los Estado Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos’.*”

Desde el punto de vista de la primacía de las normas de Derecho Internacional sobre las de Derecho Interno, conviene recordar que si bien anteriormente la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideraba que el segundo tenía prelación sobre el primero, esta tesitura fue cambiando a lo largo de los últimos años, a punto tal de revertirse por completo.

Tradicionalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sostenido el principio de que entre Leyes de la Nación y Tratados no existía prioridad de rango y que regía el Principio de que las normas posteriores derogan las anteriores. Ello fue afirmado en la

causa “Martín y Cía. c/ Gobierno Nacional” resuelta el 6 de noviembre de 1963<sup>92</sup>. En esa ocasión se había llevado a conocimiento de la Corte Suprema la cuestión acerca de si el Decreto – Ley 6575/58 (ley 14.467) modificaba el Tratado de Comercio y Navegación suscripto con la República de Brasil en 1940 (aprobado por ley 12.688), que establecía una exención de impuestos, tasas y gravámenes desconocida por el citado Decreto – Ley. Las normas constitucionales que regulaban el caso eran los artículos 27 y 31, que eran complementadas por la ley 48 de jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales. Esta última, en su artículo 21 establece que: *“Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del Derecho de Gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido”*.

De tal modo, haciendo aplicación de tal regulación normativa, el Máximo Tribunal concluyó –en aquellos precedentes- afirmando que no correspondía establecer ningún tipo de superioridad o prelación de los Tratados sobre las leyes válidamente dictadas por el Congreso, pues ambos son igualmente calificados como “Ley Suprema de la Nación”, y no existe fundamento legal para acordar prioridad de rango a ninguno de ellos<sup>93</sup>. Igualmente, y frente a la equivalencia de jerarquía en cuanto ambos integran el ordenamiento normativo interno de la República, señaló que la solución aplicable al caso era el relativo a que las leyes posteriores derogan las anteriores<sup>94</sup>.

Por otra parte, ante la posible cuestión de orden internacional que pudiera suscitarse por una solución de tal tenor, consideró que ella es ajena al ámbito de los tribunales de justicia internos. En todo caso, habría de resultar materia propia de posibles reclamos de las altas partes contratantes, cuya conducción corresponde a las relaciones exteriores de la Nación, en una afirmación que constituye un desplazamiento del ámbito de competencia de los tribunales de la eventual responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus deberes internacionales.

---

<sup>92</sup> Cf. C.S.J.N. Fallos 257:99; LL 113-458; ED Tº 7, p. 785; COLAUTTI, Carlos E. “Los Tratados Internacionales y La Constitución Nacional”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1998, Pág.26 y siguientes.

<sup>93</sup> Cf. CSJN, Fallos 257:99, Considerando 6.

<sup>94</sup> Cf. CSJN, Fallos 257:99, Considerando 8.

Este criterio fue reiterado por el Alto Tribunal en el caso “S.A. Petrolera Argentina Esso S.A. c/ Gobierno Nacional”<sup>95</sup>. En esta oportunidad, la Corte Suprema aplicó directamente la doctrina sentada en Fallos 257:99, decidiendo que el Decreto 5153/55 –que imponía el pago de gravámenes para introducción al mercado interno de vehículos importados, al que la Corte Suprema de Justicia le atribuyó carácter legislativo- había modificado el Convenio Comercial entre la República Argentina y los Estados Unidos de Norteamérica del 14 de octubre de 1941<sup>96</sup> en su doble condición de opuesto y posterior a dicho tratado. Sin embargo, esa doctrina fue modificada en el caso “Miguel Angel Ekmekdjian c. Gerardo Sofovich”<sup>97</sup>.

Para transformar su anterior jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación utilizó, básicamente, dos argumentos distintos. El primero, relacionado con el Derecho Interno, alude a la condición de Acto Complejo Federal que caracteriza a un Tratado. Ello pues en su celebración interviene el Poder Ejecutivo, como órgano que los concluye y los firma (con cita entonces del artículo 86, inciso 14 de la Constitución Nacional, actual artículo 99, inciso 11), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante Leyes Federales (artículo 67, inciso 19 de la Constitución Nacional, actual art. 75, inc. 22, párr. 1º) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica los Tratados aprobados por Ley. Así, la derogación de un Tratado Internacional por una Ley del Congreso violenta la distribución impuesta por la misma Carta Magna, pues ello podría constituir un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre el Poder Ejecutivo, que es quien conduce las relaciones exteriores de la Nación (artículo 86, inciso 14, de la Constitución Nacional, en su anterior redacción)<sup>98</sup>.

El segundo argumento se refiere al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por Ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972, y en vigor desde el 27 de enero de 1980. En este caso, la Corte reconoce que el artículo 27 de la Convención constituye el “*fundamento normativo para acordar prioridad*” al Tratado sobre la Ley. Ese artículo establece que “*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado*” y de tal forma confiere primacía al Derecho Internacional Convencional sobre el Derecho Interno. Esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. Por otra parte, la Convención es un Tratado Internacional,

---

<sup>95</sup> Cf. CSJN, Fallos 271:7, de fecha 5 de junio de 1968; LL 131-771; COLAUTTI, Carlos, ob. cit., Pág.26 y siguientes.

<sup>96</sup> Cf. Ley 12.741.

<sup>97</sup> Cf. CSJN, Fallos 315:1492.

<sup>98</sup> Cf. C.S.J.N., Fallos 315:1492, Considerando 17.

constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los Tratados Internacionales frente a la Ley Nacional en el ámbito del Derecho Interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del Derecho Internacional por el propio Derecho Interno<sup>99</sup>.

Concluye el Máximo Tribunal, y por su claridad y contundencia vale transcribir: “*Que la necesaria aplicación del art 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado Argentino asignar primacía al Tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del Tratado Internacional en los términos del art. 27*”<sup>100</sup>.

Agrega que “*lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla*”<sup>101</sup>.

“*En este sentido, el Tribunal debe velar por que las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del Derecho Argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente*”, acotó el alto Tribunal<sup>102</sup>.

También sostuvo que “*en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un Tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata*”<sup>103</sup>.

En 1994, finalmente, se produjo la reforma constitucional que acogió esta doctrina y aun la amplió. No sólo reconoció la mayor jerarquía normativa de los Tratados respecto de las Leyes Nacionales, en el actual artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, sino que dio rango constitucional a un grupo determinado de Instrumentos Internacionales, y agregó un mecanismo de decisión para otorgar ese rango a otros Tratados de Derechos Humanos.

Así, es indudable que esta nueva perspectiva del problema impone revisar los criterios relativos a la jerarquía de las normas internas y los instrumentos internacionales. En rigor, corresponde modificar los parámetros tradicionalmente utilizados y adaptarlos a la nueva

---

<sup>99</sup> Cf. C.S.J.N., Fallos 315:1492, Considerando 18.

<sup>100</sup> Cf. C.S.J.N., Fallos 315:1492.

<sup>101</sup> Cf. C.S.J.N., Fallos 315:1492.

<sup>102</sup> Cf. C.S.J.N., Fallos 315:1492, Considerando 19.

<sup>103</sup> Cf. Fallos 315:1492.

realidad impuesta no sólo por vía jurisprudencial del Máximo Tribunal, sino por la propia Constitución.

En general puede afirmarse que todos los Tratados de Derechos Humanos establecen para el Estado tres obligaciones básicas: 1) la de respetar los derechos protegidos; 2) la de garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción y 3) adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos<sup>104</sup>.

Estas obligaciones, también conocidas en forma genérica como de “Respeto” y “Garantía”, surgen como reconocimiento por parte del Estado del interés que la comunidad internacional manifiesta sobre el tema. Y la traducción de esas obligaciones es la admisión de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Ello comprende, obviamente, la noción de restricción al ejercicio del poder estatal.

Expresamente estas obligaciones surgen del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por sólo citar algunas disposiciones de los Instrumentos de Derechos Humanos invocados para sustentar el derecho que me asiste.

En coincidencia con el punto de vista enunciado se ha dicho que, también en general, los Tratados de Derechos Humanos no contienen disposiciones expresas que establezcan la persecución de las violaciones a Derechos Humanos. Sin embargo, se han reconocido como puntos de partida a deberes de esta naturaleza a las prescripciones de los Tratados sobre el “Deber de respetar y Asegurar”, y, por otro lado, los “Remedios Efectivos”<sup>105</sup>.

El deber de “Garantía” fue caracterizado como *“el deber para los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar además, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los Derechos Humanos”*<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Cf. PINTO, Mónica: “Temas de Derechos Humanos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, Pág. 47 y siguientes

<sup>105</sup> Cf. AMBOS, Kai: “Impunidad y Derecho Penal Internacional”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, Pág. 65 y siguientes.

<sup>106</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Velázquez Rodríguez”, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, Nº 4, párrafo 166; PINTO, Mónica, ob. cit., Pág. 48.

Adviértase que en esa sentencia se establecen como medios para asegurar esa “Garantía” los deberes de prevención, investigación y sanción de las conductas que vulneren derechos re-conocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. A su vez, no resulta suficiente la declamación de esta garantía, sino que se exige al Estado la eficacia en su ejercicio.

Con esta última afirmación se relacionan los “Remedios Efectivos” o “Derecho a un Recurso”, tal como fueron consagrados por el Comité de Derechos Humanos (establecido en los términos del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en dos “Comentarios Generales” (artículo 40, inc. 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En el primero de ellos se señaló que: *“se deriva del art. 7º, leído juntamente con el art. 2º del Pacto, que los Estados deben asegurar una protección efectiva a través de algún mecanismo de control. Las quejas por maltrato deben ser investigadas efectivamente por las autoridades competentes. Quienes sean culpables deben ser considerados responsables, y las víctimas deben tener a su disposición los recursos efectivos, incluyendo el derecho a obtener una compensación”*<sup>107</sup>.

A su vez, y como contenido de las obligaciones de Garantía en el caso “Velázquez Rodríguez” ya consignado se ha definido a la prevención como *“todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los Derechos Humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”*<sup>108</sup>.

El deber de investigar también es una obligación de medio, y el fallo se ocupa de puntualizar que es una tarea que debe emprenderse con seriedad, y como un deber jurídico propio, de modo que no basta una mera formalidad que se sabe infructuosa de ante-mano o una mera gestión de intereses particulares que carga toda la iniciativa en los aportes privados o de las víctimas.

Por otra parte, también integra el deber de garantía la obligación de juzgar y sancionar a los autores de graves violaciones a los Derechos Humanos. El fundamento normativo de esta afirmación surge de los mencionados artículos 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de los

---

<sup>107</sup> Cf. HRC, General Comment Nº 7, Doc. ONU. CCPR/C/21/Rev. 1 (19/5/1989), criterio luego reiterado en General Comment Nº 20, par. 13 y s., Doc. ONU CCPR/C/21/Rev. 1/Add.3 (7/4/1992); AMBOS, Kai, ob. cit., Pág. 73.

<sup>108</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Velázquez Rodríguez”, Párr. 175.



artículos 4, 5 y 7 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Pero además, y ello es de particular importancia en el caso, la obligación de adoptar medidas, en consonancia con el deber de garantía, versa también sobre la derogación de las disposiciones incompatibles con los Tratados y comprende la obligación de no dictar tales medidas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades<sup>109</sup>.

De acuerdo a esta Opinión Consultiva los Estados se obligan a revisar la legislación vigente para adecuarla a los compromisos asumidos por los Tratados y a adoptar las medidas necesarias para efectivizar los derechos no reconocidos. Tales medidas no se limitan a la adopción de disposiciones que declaren la vigencia de un determinado derecho, sino que comprenden también la creación de los mecanismos recursivos necesarios para su protección.

El sentido último de estas disposiciones relativas a la exigibilidad en el ámbito interno de las normas internacionales en vigor que consagran Derechos Humanos es el de subrayar que la norma internacional en materia de Derechos Humanos integra el orden jurídico vigente y goza de una presunción de ejecutividad. Así, queda librado a la elección de cada Estado la vía o método a través del cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos pueda incorporarse al orden jurídico vigente en él. Pero resulta claro que lo relativo a su vigencia y exigibilidad han sido consagradas por el orden jurídico internacional y no es materia disponible para el Estado sin provocar responsabilidad internacional por su conducta.

Sin perjuicio de ello, la primacía del Derecho Internacional por sobre las Leyes del Congreso Nacional y el reconocimiento de la eventual responsabilidad del Estado por actos de sus órganos internos que pudieren vulnerar las exigencias de Cooperación, Armonización e Integración internacionales por los actos de sus órganos internos fue reiterada por la Corte Suprema de Justicia en el caso F.433.XXIII "Recurso de Hecho deducido por la actora en la causa Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica mixta de Salto Grande"<sup>110</sup>, entre otros.

Así, al menos desde la fecha de incorporación de aquellos Instrumentos de Derechos Humanos el Estado argentino se encontraba impedido de dictar normas que conculcaran

---

<sup>109</sup> Cf. CIDH, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención –arts. 1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos–, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994; PINTO, Mónica, ob. cit. Pág. 50

<sup>110</sup> Cf. CSJN, Fallos 316:1669

los derechos, libertades y garantías protegidos por los mismos, en violación a los deberes de “Respeto” y “Garantía” que ellos establecen.

Así lo resolvió la Corte Suprema al afirmar que: “el legislador no tiene atribución para modificar un Tratado por una Ley y si bien podría dictar una Ley que prescribiese disposiciones contrarias a un Tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una transgresión al principio de la jerarquía de las normas y sería un acto constitucionalmente inválido”<sup>111</sup>.

El Alto Tribunal al fallar en el llamado “Caso Giroidi” sostuvo que *“la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente ‘en las condiciones de su vigencia’ (art 75 inc. 22 párr. 2) esto es como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”*.

Agregó la Corte en el considerando 11 del citado “Caso Giroidi” que *“de ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”*.

De este modo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no sólo reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que además hizo un reconocimiento implícito de la primacía de los Instrumentos de Derechos Humanos (en este caso la Convención Americana Sobre Derechos Humanos) respecto de las normas de Derecho Interno.

En el ya mítico “Caso Ekmekdjian c/ Sofovich” el entonces Ministro de la Corte Ricardo LEVENE (h) fue claro al expresar que *“la ley 23.054...incorporó al Derecho Positivo de nuestro país el texto íntegro de la Convención (Americana Sobre Derechos Humanos), que había sido firmado sin reservas por el Estado Argentino y que cobró vigencia en nuestro medio a partir del depósito del instrumento de ratificación efectuado el 5 de setiembre de 1984”*<sup>112</sup>.

No debe soslayarse lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Tribunal Constitucional” (sentencia del 24 de setiembre de 1999): *“Los Tratados modernos sobre Derechos Humanos, en general, y, en particular, la Convención*

---

<sup>111</sup> Cf. C.S.J.N. “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)”, rta. 13-10-94, Fallos 317:1282, considerando 10.

<sup>112</sup> Cf. CSJN, Fallos 315:1492.

*Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos Tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”<sup>113</sup>.*

En materia de operatividad de los derechos y garantías contenidos en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, es dable subrayar el voto de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Julio NAZARENO y Eduardo MOLINÉ O’CONNOR en autos “Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional – Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”, quienes sostuvieron que *“en aquel marco constitucional, no reglamentado aún por el órgano competente, corresponde a este Tribunal delinear los alcances de la garantía mencionada con razonable flexibilidad, a fin de otorgar al peticionario la plena protección que ella establece, sin condicionar el ejercicio de aquella potestad reglamentaria que hasta el presente no ha sido ejercida por el Congreso Nacional”*.

Como principio, corresponde recordar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna<sup>114</sup>. Esta conclusión armoniza con la antigua doctrina del tribunal conforme con la cual las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias<sup>115</sup>.

El citado precedente de Fallos 239:459 agrega –según se desprende del voto de los Ministros Alfredo ORGAZ, Manuel ARGAÑARÁZ, Enrique GALLI y Benjamín BASAVILBASO—que *“no son como puede creerse, las ‘declaraciones, derechos y garantías’ simples fórmulas teóricas”, toda vez que “cada uno de los artículos y cláusulas que las poseen contienen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación”*.

---

<sup>113</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 24 de setiembre de 1999 in re "Tribunal Constitucional".

<sup>114</sup> Cf. CSJN, Fallos, 315:1492.

<sup>115</sup> Cf. CSJN, Fallos, 239:459.

Siguiendo esta línea argumental conviene recordar que *“basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida...en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias”*<sup>116</sup>.

Cabe destacar, en este punto, lo expuesto por el Juez R. PIZA ESCALANTE en la Opinión Consultiva OC-7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fechada el 29 de agosto de 1986, en la que expresa que *“lo fundamental es el deber inmediato e incondicional de cada Estado de respetar y garantizar los Derechos Humanos fundamentales, para que éstos alcancen normalmente una plena protección desde el punto de vista del Derecho Internacional, aun frente a aquellos ordenamientos internos para los cuales el último carece de inmediata exigibilidad. En virtud del deber de respetarlos, el Estado no puede violarlos directamente, aunque no los haya reconocido en su Derecho Interno; y en virtud del deber de garantizarlos, tampoco puede violarlos indirectamente, negando a sus titulares el amparo jurisdiccional y gubernativo necesario para exigir su cumplimiento, tanto frente a las autoridades públicas como frente a los propios particulares, ni siquiera bajo el pretexto de que tal amparo no haya sido provisto por su orden interno. Con otras palabras, el solo irrespeto de tales derechos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecido por el artículo 1.1 de la Convención (Americana de Derechos Humanos), sin necesidad de acudir al del artículo 2, de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacerlos efectivos en el orden interno”*.

En otro pronunciamiento, el mismo magistrado nos dice: *“Me parece que el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los Derechos Humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental --Principio Pro Homine del Derecho de los Derechos Humanos--, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción”*<sup>117</sup>.

Por imperio de los artículos 44, 45 y 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuentra facultada para intervenir en las denuncias que se formulen contra el Estado Nacional por

---

<sup>116</sup> Cf. CSJN, Fallos 239:459.

<sup>117</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Opinión según voto del Juez R. PIZA ESCALANTE.

inobservancia de las disposiciones contenidas en la misma o cualesquiera otros Instrumentos de Derechos Humanos que se encuentren ratificados por los Estados Parte de la Organización de Estados Americanos.

Es por ello, que la inobservancia a estos preceptos –que garantizan un piso en cuanto a los derechos que asisten a los hombres por su mera condición de seres humanos—por parte del Poder Ejecutivo Nacional implican una violación a la ley internacional.

Del mismo modo, el artículo 62.3 del citado Instrumento Internacional establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos "*tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido*". Agrega, en tanto el artículo 63 que cuando la Corte Interamericana "*decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados*".

Basta mencionar que para atribuir responsabilidad al Estado en la violación de Tratados de Derechos Humanos basta con que se reúnan dos requisitos indispensables:

1. Que la conducta sea atribuible al Estado.
2. La mera violación del Derecho Internacional.

Para la atribución de responsabilidad al Estado en materia internacional, de poco importa si el funcionario o el organismo al que pertenece carece de relevancia, bastando simplemente que sea parte del Estado.

*"En tal sentido, de acuerdo con los artículos 55 c) y 56 de la Carta de Naciones Unidas, los Estados miembros se obligan 'al respeto universal y a la observancia de los Derechos Humanos' y la inobservancia de estos deberes, aceptados como fuente general de Derecho Internacional de vigencia universal, genera el deber de penalización, que a su vez puede extraerse de otros instrumentos internacionales"*<sup>118</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que "*la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado*"<sup>119</sup>. Esta afirmación surge como consecuencia del pedido de definición que se formuló en esa Opinión Consultiva, relativo, por un lado, a los efectos jurídicos de una Ley, dictada por un Estado Parte, que contradiga en forma manifiesta las obligaciones que ese mismo Estado contrajo al ratificar

---

<sup>118</sup> Cf. Causa 17.889 "Incidente de Apelación de Simón, Julio" Jdo Fed 4 Sec 7 Reg 19.192.

<sup>119</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

la Convención Americana de Derechos Humanos; y por otro a las obligaciones y responsabilidades de los agentes o funcionarios que cumplan con una Ley de esa naturaleza, que también violan en forma manifiesta la Convención.

Con relación al caso en estudio sólo nos interesa el primer planteo. Y sobre él afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos que las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe, sin que pueda invocarse para su incumplimiento el Derecho Interno. Ello resulta acorde con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con Jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia<sup>120</sup>.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades<sup>121</sup>.

Esta afirmación, por otra parte, resulta congruente con la función de garante postulada por el juez PETRACCHI en su voto individual en el caso “Artigué, Sergio Pablo”, rta. 25-3-94<sup>122</sup> al sostener que la falta de respeto de los Derechos Humanos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecidos por el artículo 1.1 del Tratado.

A su vez expresó que: *“es indudable que la Corte Suprema posee una especial obligación de hacer respetar los Derechos Humanos fundamentales, pues, en la esfera de sus atribuciones, el Tribunal representa la soberanía nacional (Cf. Caso “Fisco Nacional c/ Ocampo”, Fallos 12:135). En ese carácter, es cabeza de uno de los poderes del Gobierno Federal, al cual indudablemente corresponde el arreglo de las cuestiones que pueden comprometer la responsabilidad internacional de la República Argentina, como las que den lugar a la intervención de los mencionados organismos supranacionales previstos en*

---

<sup>120</sup> Cf. Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, Nº 17, Pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, Nº 44, Pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, Nº 46, Pág. 167 y Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas --Caso de la Misión del PLO--(1988) 12, a 31-2, párr. 47.

<sup>121</sup> Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos., OC. 14/94, del 9 de diciembre de 1994 – párrafo 36—; BIDART CAMPOS, Germán, PIZZOLO (h), Calogero –coordinadores—, “Derechos Humanos – Corte Interamericana”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, Tomo 2, Pág. 733 y siguientes.

<sup>122</sup> Cf. CSJN, Fallos 317:247.

*la Convención Americana (Cf. Caso “Firmenich”, Fallos: 310:1476, considerando 4º y su cita)”<sup>123</sup>.*

Finalmente, sostuvo que *“la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos exige al Estado parte lograr ese resultado por medio de la legislación o, en su caso, por las sentencias de los organismos jurisdiccionales”<sup>124</sup>.*

La posición minoritaria asumida por el juez PETRACCHI en este caso constituye la aplicación del criterio sentado por el Alto Tribunal en Fallos 315:1495, que fue descartada en esta oportunidad por la mayoría, por entender que en ese caso no existía conflicto alguno entre las disposiciones del Tratado y la legislación interna nacional y provincial, sino que en definitiva se trataba de un conflicto entre tribunales.

Ya introduciéndose en lo referente al fundamento filosófico de los Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el “Caso Café La Virginia S.A.”<sup>125</sup> ha sostenido que *“de conformidad con el principio esencial en materia de hermenéutica legal que consiste en dar pleno efecto a la intención del legislador, tendiendo a armonizar la ley de que se trate con el orden jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, a fin de evitar su invalidez”.*

Y es justamente atendiendo a esta razón hermenéutica que debemos buscar la legitimación del Derecho en los Derechos Humanos, entendidos los mismos como un piso de derechos y garantías que los Estados deben reconocer a quienes se encuentran bajo su jurisdicción.

Esta interpretación lleva a considerar a los Derechos Humanos no como un conjunto de derechos y garantías consagradas en un todo sistémico, sino que debe tenerse al individuo como depositario de tales derechos, por lo que al privar del uso y goce de los mismos a un solo ser humano se estarían violando en su totalidad.

---

<sup>123</sup> Cf. CSJN, Fallos 317:247.

<sup>124</sup> Cf. CSJN, Fallos 317:247 y sus citas.

<sup>125</sup> Cf. LL 1995-D: 277