

ESTUDIOS SOBRE JURISPRUDENCIA

LA AUDIENCIA DE VISU Y AUDITUS

CONTROL DE LAS CONDICIONES DE
DETENCIÓN Y COMPENSACIÓN JUDICIAL
POR LOS DAÑOS SUFRIDOS EN EL
ÁMBITO CARCELARIO

Guillermo Todarello

VOCES: AUDIENCIA. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A SER
OÍDO. AUDIENCIA DE VISU. DETERMINACIÓN DE LA PENA.
PENA. PRISIÓN. CÁRCELES



LA AUDIENCIA DE *VISUY AUDITUS*.

Control de las condiciones de detención y compensación judicial por los daños sufridos en el ámbito carcelario.

Comentario al fallo NIZ de la CSJN

Guillermo Todarello

1. INTRODUCCIÓN

La propuesta consiste en analizar una de las líneas de trabajo que propone el fallo “NIZ” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En particular, el objetivo es profundizar no sólo la necesidad de llevar a cabo la llamada audiencia de *visu*, sino también intentar determinar el contenido de una entrevista de esa naturaleza, la manera en que la misma debería desarrollarse, y por supuesto, las consecuencias que podrían derivar de dicha reunión personal¹.

A tal fin corresponde iniciar nuestro trabajo desde la conceptualización del *derecho constitucional a ser oído*, ya que es precisamente allí donde encuentra fundamento la obligación de llevar adelante, de manera eficiente, la audiencia que abordaremos.

Una vez determinado el fundamento de dicha audiencia, y la forma en que la misma debería ser llevada a cabo, resultará esencial definir las consecuencias que pueden derivar de ese acto, vinculado en este caso en particular con la determinación de su situación de vulnerabilidad, la evaluación de las condiciones en que se ha cumplido la pena de prisión (ya sea en prisión preventiva o cumplimiento de condena) y la compensación o reparación por los *daños ilegales* sufridos como consecuencia de dicha detención.

En ese marco, y tal como se adelantó precedentemente, habré de concentrarme principalmente en aquellos casos en que la persona imputada se encuentra detenida, ya sea en prisión preventiva o cumpliendo condena², y ello así a fin de estructurar la manera en que habrá de ingresar en el proceso la consideración del trato penitenciario que el Estado ha brindado a la persona detenida, como así también, las eventuales consecuencias que experimentó durante el tiempo que ha permanecido en detención.

¹ El presente estudio es una versión ampliada –y desarrollada desde un enfoque vinculado a la actividad de la defensa– del artículo publicado en el tomo 26 de la colección “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, dirigida por Leonardo G. Pitlevnik y Damián R. Muñoz, editorial Hammurabi, Bs. As, 2019.

² Si bien en principio pensamos la audiencia de *visu* como un acto previo a la condena, también se verificará la necesidad de llevar a cabo dicha entrevista en el caso de personas condenadas, por ejemplo, en el marco de un trámite de unificación; o incluso en el trámite que se inicie ante el juez de ejecución como consecuencia de la denuncia –por ejemplo– de actos constitutivos de tormentos por parte del personal penitenciario.

Pero, además, me refiero a una audiencia de *visu* que exceda el supuesto procesal de determinación de la pena. Y es que aun cuando en la práctica no se verifiquen, existen otras situaciones en las cuales resultaría necesario ver y oír al imputado, y ello a fin de tener en consideración las condiciones en las cuales ha cumplido y cumple su detención, pensemos por ejemplo en los trámites de excarcelación, libertad condicional, asistida, etc.³. En el marco de esa tarea, sin duda, será imprescindible tener en consideración su grado de vulnerabilidad y la situación carcelaria, pero fundamentalmente, el efecto que dichas circunstancias han generado en la persona detenida, y ello, por ejemplo, a fin de tomar una decisión judicial vinculada con el acceso a un instituto de libertad o arresto domiciliario.

Lo expuesto nos obligará a considerar la experiencia personal del imputado como uno de los contenidos necesarios de esa audiencia, de lo cual derivará el análisis de la temática vinculada con la compensación o reparación por los daños ocasionados como consecuencia de la situación carcelaria o del trato recibido al interior de la cárcel.

Por otra parte, también resultará necesario el desarrollo de una entrevista personal en el supuesto exigido por el inciso 3° del artículo 431 bis del CPPN (juicio abreviado), e incluso, y aunque parezca una cuestión obvia, es fundamental reservar un espacio durante el debate oral para llevar adelante una verdadera audiencia de *visu* y *auditus*.

Si bien es posible que el acusado llegue al debate en prisión preventiva, o en situación de detención por estar cumpliendo condena por otra causa, también abordaremos la situación de aquellos acusados que se encuentran en libertad. En este último caso lo importante será recorrer los distintos elementos que habremos de señalar con el objetivo de determinar la condición de vulnerabilidad del acusado (o su grado de vulnerabilidad)⁴. Y ello como un examen imprescindible para la determinación de la pena.

Debe tenerse en consideración que una oportunidad útil y eficiente para examinar esta circunstancia en el marco del proceso puede ser también aquella prevista para la determinación del cómputo. De allí que al momento de definirse el mismo resulte necesario garantizar el derecho de audiencia con el objetivo de analizar las cuestiones vinculadas con el cumplimiento de la pena de prisión (Vacani 2015, 492).

La expresión “*de visu*” significa de vista, pero considero que no sólo es importante que el juez vea al acusado, creo sin duda que resulta además imprescindible que lo oiga. No podemos soslayar que el derecho constitucional y convencional que fundamenta esta garantía es el de ser oído. De allí que, si se pretende mantener la referencia latina, resultará más ade-

³ Ver Maier (2004, 560): “Como el derecho a ser oído no sólo se posee en miras a la sentencia definitiva, sino también respecto de decisiones interlocutorias que pueden perjudicar al imputado, las leyes procesales obligan a cumplir formalmente el acto de intimación en diferentes oportunidades desde el comienzo del procedimiento”.

⁴ Respecto a esta cuestión puede verse la propuesta elaborada por Zaffaroni respecto de la culpabilidad por la vulnerabilidad en Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000, 620 y ss.).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

cuando referirnos a la entrevista o audiencia personal aquí estudiada como audiencia de *visu* y *auditus* (de vista y audición)⁵.

A continuación, habremos de describir los precedentes jurisprudenciales que serán utilizados como disparador del presente trabajo.

2. EL FALLO “NIZ” DE LA CSJN

En este precedente, la Corte Suprema decidió dejar sin efecto la sentencia apelada porque el tribunal había impuesto pena sin que se haya llevado a cabo la correspondiente audiencia de *visu*, por lo que se consideró afectado el *derecho a ser oído*.

El fallo es muy concreto, pero para entenderlo claramente, conviene señalar que, si bien la causa se encuentra caratulada como “*NIZ, Rosa Andrea y otros s/ recurso de casación*”, en realidad se resolvió la situación de la acusada Delia G.

El agravio se desencadenó cuando la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, resolvió casar la sentencia dictada por el Tribunal Oral Federal N° 3 de San Martín, y condenar a Delia G. como *partícipe secundaria* del delito de fabricación de estupefacientes en forma organizada⁶ a la pena de cuatro años de prisión y multa de ochocientos pesos.

Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso extraordinario federal.

Los motivos del recurso fueron varios, pero, en lo que aquí interesa, sostuvo la violación al *derecho a ser oído*, con base en que no había dado cumplimiento a la inmediación previa a la determinación de la pena (artículo 41 del Código Penal) que subyace a esa garantía. Éste ha sido el argumento que finalmente prosperó en el Máximo Tribunal.

Es que al modificarse la calificación legal y definirse un criterio de participación más benigno, tal como es la participación secundaria, la defensa postuló que dicha circunstancia debió haber tenido su correlato en cuanto a la determinación de la pena, y que para ello resultaba esencial la correspondiente audiencia *de visu*.

Finalmente, el 15 de junio de 2010, la Corte Suprema resolvió el caso, y por mayoría⁷, compartió los argumentos vertidos por el Procurador Fiscal en su dictamen, a cuyos fundamentos y conclusiones se remitieron en razón de brevedad. En virtud de ello, se hizo lugar al recurso extraordinario y se dejó sin efecto la sentencia apelada. Asimismo, se ordenó el dictado de un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente fallo⁸.

⁵ A lo largo de este trabajo se emplearán indistintamente los términos de audiencia personal, entrevista personal, o audiencia y examen de visu y auditus.

⁶ Arts. 5, inciso “b”, y 11, inciso “c” de la ley 23.737.

⁷ Elena I. Highton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni.

⁸ La minoría, integrada por Ricardo Luis Lorenzetti y Carmen M. Argibay, señalaron que el recurso extraordinario era inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Para conocer el voto de la mayoría debemos remitirnos al punto IV del dictamen fiscal⁹, oportunidad en la cual el Procurador Casal señaló que: “Respecto del agravio relacionado con el derecho a ser oído y tomar conocimiento de *visu* del condenado antes de cuantificar la pena [...] asiste razón a la defensa ya que la omisión en la que incurrió el *a quo* en el caso, le implicó a G. un perjuicio concreto –al menos desde el punto de vista de la escala penal prevista para el delito motivo de condena– ya que la sanción que le fue impuesta permitía una determinación más favorable, extremo que, precisamente, torna esencial el cumplimiento del recaudo previsto en el artículo 41 del Código Penal”.¹⁰

Es por tal razón que el representante del Ministerio Público Fiscal estimó viable la apelación federal, y recomendó a la Corte Suprema dejar sin efecto la sentencia recurrida para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

3. LAS CITAS JURISPRUDENCIALES DEL FALLO NIZ

En el dictamen del Procurador General, al cual se remitió la Corte Suprema, se invocó el fallo “GARRONE”, y sus citas, fundamentalmente, “MALDONADO”¹¹, “RIVERO” y “AGÜERO”¹².

Veremos en forma sintética que disponen dichos precedentes:

“GARRONE” (*Fallos 330:393*)

En esta oportunidad, y tal como adelantamos, el 6 de marzo de 2007, la CSJN –por mayoría– compartió e hizo suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal¹³.

El dictamen del Procurador postulaba hacer lugar a un recurso extraordinario en el que se habían cuestionado las circunstancias agravantes tenidas en cuenta para condenar a Garrone¹⁴; y afirmó que, si bien conforme la doctrina del tribunal, las cuestiones de individualización de la pena no están incluidas dentro de las previsiones del art. 14 de la ley 48, en este caso, con base en la doctrina de la arbitrariedad se había afectado la garantía de defensa en juicio y del debido proceso.

⁹ De fecha 29 de diciembre de 2009.

¹⁰ El Procurador hizo referencia al precedente de Fallos: 330:393 (Garrone) sus citas y sentencias dictadas el 15 de julio de 2008 y el 11 de agosto de 2009, en los expedientes A. 1998, L. XLI y R. 1695, L. XLI, respectivamente.

¹¹ Comentado por Divito (2007).

¹² Comentado por Yohai (2018).

¹³ Para profundizar el análisis de este precedente puede consultarse el análisis que realizó Pitlevnik (2008) del fallo “Garrone”.

¹⁴ Por la comisión de dos hechos de robo en poblado y en banda reiterado, uno de ellos en concurso ideal con lesiones leves, ocurridos el 25 de octubre de 1990.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Con ese fundamento cuestionó la individualización de la pena realizada por el Tribunal de juicio en cuanto a la peligrosidad del autor, la valoración de otras condenas dictadas a su respecto, la forma en que se meritaban ciertas características del hecho que servirían para agravar la pena y **la falta de conocimiento de visu del acusado**.

Respecto de la entrevista personal en Cámara, la Corte hizo hincapié en "la necesidad de tomar conocimiento de visu del condenado antes de determinar la pena, según lo establece el artículo 41, inciso 2, in fine, del Código Penal". Afirmó que se trata de una regla destinada a garantizar el derecho a ser oído antes de la condena y asegurar que "una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación." Con cita del precedente Maldonado afirmó que, desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada.

"Maldonado" (Fallos: 328:4343)

El Tribunal Oral de Menores n° 2 de la Capital Federal condenó a Maldonado a la pena de catorce años de prisión como autor del delito de robo agravado en concurso real con homicidio calificado.

Contra ese fallo, el fiscal general interpuso recurso de casación, por entender que al atenuar la pena impuesta al imputado por medio de la aplicación de la escala penal de la tentativa, el tribunal había hecho una errónea interpretación del art. 4° de la ley 22.278.

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia, y condenó al nombrado a la pena de prisión perpetua. Dicha decisión fue apelada ante la Corte Suprema por la defensa oficial.

Si bien los agravios fueron diversos, nos interesa en este caso en particular el vinculado con el cuestionamiento formulado por la defensa respecto de la modificación de la pena por parte de la Cámara Nacional de Casación Penal *sin mantener previamente una audiencia personal con el imputado*, invocándose lo dispuesto por el art. 4° de la ley 22.278.

Respecto de ese agravio puntual la Corte señaló lo siguiente:

El artículo 41, inc. 2°, in fine del Código Penal señala claramente que: "El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto [...] en la medida requerida para cada caso". El art. 4° de la ley 22.278 es aún más categórico en tanto establece que la necesidad misma de la aplicación de una sanción al menor declarado responsable presupone la valoración de "la impresión directa recogida por el juez". Se trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación. Una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada. Si esto

es así respecto de los mayores, tanto más importante es respecto de los menores, para quienes se encuentra en juego incluso la posibilidad de que el tribunal, finalmente, resuelva prescindir de pena por estimarla innecesaria¹⁵ (del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti).

Debemos destacar la referencia que el Máximo Tribunal efectúa respecto de la necesidad de oír al imputado en la etapa recursiva:

La garantía mínima del debido proceso legal que rige en materia de jóvenes en conflicto con la ley penal y que pretende, desde el punto de vista procesal, el establecimiento de un sistema oral y contradictorio –no solamente al inicio sino a lo largo de todo el proceso– exige que se asegure la *audiencia* a la que alude el art. 4° de la ley 22.278, como instancia previa, a fin de adoptar alguna de las hipótesis reguladas en dicho apartado –que puede no ser una condena– y, en su caso, la fundada determinación de pena. La solución que mejor armoniza la legislación aplicable con las finalidades y objetivos precedentemente reseñados y que asegura que no se desnaturalice el fin con el que ha sido concebida la previsión en cuestión, **obliga a que se celebre dicha *audiencia* también por parte del órgano revisor** (del *voto* del juez Fayt).

“Rivero” (*Expte. R.1695.XLI, 11/8/2009*)

El Tribunal Oral de Menores n° 3 de Capital Federal condenó a Rivero a la pena de 3 años de prisión, de efectivo cumplimiento, como coautor del delito de robo con armas en grado de tentativa. Pese a la pretensión fiscal, el tribunal descartó la aplicación del artículo 41 *quater* del Código Penal¹⁶

Contra ese fallo, el Fiscal interpuso recurso de casación por entender que se había efectuado una errónea interpretación de la norma aludida.

A raíz de esa impugnación, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar parcialmente la sentencia, aplicar la agravante contenida en el artículo 41 *quater* del Código Penal y, consiguientemente, aumentar la pena a tres años y cuatro meses de prisión¹⁷.

Luego de llegar a la Corte Suprema, la defensa pública sostuvo que se había menoscabado el derecho de defensa en juicio en el ámbito específico de la instancia casatoria, toda vez

¹⁵ La Corte también recordó que el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño señala expresamente que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

¹⁶ Consideró que dicha agravante sólo era aplicable respecto de personas mayores de veintiún años de edad.

¹⁷ Sostuvo que la norma de mención había querido inequívocamente comprender a las personas de dieciocho años o más, y no sólo a quienes son mayores para la ley civil.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

que el *a quo* agravó la pena originariamente impuesta sin cumplir con el conocimiento personal del imputado que el artículo 41 del Código Penal exige.

Al resolver, la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia apelada afirmando que “tal como lo sostiene el recurrente, los jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal no han tomado conocimiento de *visu* del condenado antes de cuantificar la pena (según lo establece el art. 41, inciso 2º *in fine*, del Código Penal), razón por la cual resulta aplicable al caso lo resuelto en la causa “Maldonado” (conf. Fallos: 328:4343, considerandos 18 y 19).

“*Agihero*” (A. 1988. XLI, 15/7/08)¹⁸

Un tribunal de la provincia de Catamarca había condenado al imputado a la pena de reclusión perpetua, por considerarlo coautor –entre otros–, del delito de homicidio agravado.

Luego del trámite recursivo, la Corte Suprema dejó parcialmente sin efecto la sentencia apelada.

Devueltas las actuaciones, el tribunal resolvió declarar culpable al nombrado como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple, condenándolo a la pena de veinticinco años de reclusión.

La defensa interpuso recurso de casación local ante la Corte de Justicia de Catamarca, la cual, por mayoría, estableció la pena de veinte años de prisión.

Mediante la interposición de los correspondientes recursos, la Corte Suprema anuló la sentencia en cuestión. Y respecto de la temática vinculada con la audiencia *de visu*, intermediación y derecho a ser oído, el Máximo Tribunal refirió que ni los jueces de la Cámara ni el Tribunal Superior cumplieron con “la necesidad de tomar conocimiento *de visu* del condenado antes de determinar la pena”, según lo establece el art. 41, inc. 2º *in fine* del CP, “regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación. Desde este punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada” (fallo “Maldonado”, consids. 18 y 19)¹⁹.

A partir de estos precedentes, la Corte Suprema ha brindado determinados conceptos que sin duda constituyen el contenido del *derecho a ser oído*. En virtud de la importancia que asignamos al mismo, desarrollaremos a continuación sus principales características.

4. EL DERECHO A SER OÍDO

¹⁸ Comentado por Yohai (2018).

¹⁹ Del dictamen del procurador fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones se remitieron los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

Constituyendo el derecho a ser oído aquel que fundamenta la audiencia de *visu*, es necesario conceptualizarlo adecuadamente.

Explica Maier (2004, 552 y ss.) que la base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; ella incluye, también la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad), o para inhibir la persecución penal.

Se advierte entonces la configuración del derecho a ser oído como base del desarrollo del derecho de defenderse.

Aclara dicho autor que, como toda garantía constitucional, las escasas palabras que la formulan poseen un contenido mucho más profundo que el estrictamente semántico que sugieren los términos de la frase.

Y ello es lógico ya que de nada valdría que se escuchara al imputado si no se prevé, al desarrollar el contenido real de la garantía, ciertos presupuestos y ciertas consecuencias para el ejercicio de este derecho, en miras a su propia eficiencia, con la consecuencia de otorgarle, así, un significado mucho más preciso y valioso para el principio estudiado que el mero hecho de permitirle (facultad) emitir palabras en el procedimiento a través del cual se lo persigue penalmente.

Esa extensión y las consecuencias concretas que derivan del hecho de oír al imputado configuran uno de los objetivos de este trabajo.

El problema, como bien advierte Maier (2004), es que la ley reglamentaria (art. 28 CN), para el caso, la ley de enjuiciamiento penal, debe prever, necesariamente, actividades previas y consecuencias posteriores en relación al ejercicio de esta facultad, a fin de que ella se pueda constituir en el núcleo del derecho de defensa en juicio.

Sin perjuicio de ello, y aún cuando no se establezcan formalmente determinadas audiencias que garanticen el derecho de ser oído, el adecuado cumplimiento de la garantía exige respetar ese derecho y otorgarle al imputado la posibilidad de expresarse ante cada instancia relevante del proceso.

El derecho a ser oído no sólo se posee en miras a la sentencia definitiva, sino también respecto de decisiones interlocutorias que pueden perjudicar al imputado. De allí que las leyes procesales obligan a cumplir formalmente el acto de intimación en diferentes oportunidades desde el comienzo del procedimiento.

También es evidente que la falta de una imputación precisa y circunstanciada, o la falta de intimación, conduce a la privación del derecho a ser oído y, con ello, de la facultad de influir eficientemente, por esa vía, en la decisión respectiva. Y ello es así porque se lesiona,

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

según vimos, el derecho constitucional a la defensa, del cual el derecho a ser oído, para influir en la decisión, constituye parte integrante.

El derecho a ser oído alcanza su expresión real en la audiencia del imputado ante el tribunal. Precisamente, dicha audiencia –de acuerdo a las formas que luego veremos– constituye el presupuesto básico para que el imputado, al concederle el tribunal la palabra, se encuentre en condiciones óptimas para rechazar la imputación que se le dirige o, incluso si la admite, para incorporar otras circunstancias que la neutralicen o aminoren, según la ley penal.

La audiencia del imputado no sólo se debe procurar en relación a la sentencia final sino también, según dijimos, en orden a las decisiones interlocutorias que conforman la situación del imputado durante el procedimiento (entendiendo que aquí se vincula directamente con un trámite de excarcelación, prisión domiciliaria, cómputo de pena, etc.). Es por ello que la facultad del imputado de pronunciarse frente al tribunal sobre la imputación que se le dirige, no sólo es necesaria durante el juicio que ofrece el fundamento de la sentencia definitiva. Incluso Maier aclara que el imputado está facultado a requerir que lo escuchen en cualquier momento del procedimiento (Maier 2004, 562/3).

A nuestro criterio ello es imprescindible, ya que el derecho de audiencia es esencial cuando el acusado intenta comunicar a los magistrados por ejemplo su situación personal al interior de la cárcel, sus condiciones de detención, o incluso alguna circunstancia que haya significado un daño a su salud o a sus familiares.

Veremos que dichas circunstancias constituirán un elemento esencial al momento de evaluar la aplicación de decisiones vinculadas con la compensación o reparación como consecuencia de los daños padecidos durante el transcurso de la detención o la valoración de las condiciones carcelarias como atenuantes de la pena²⁰.

5. LA AUDIENCIA DE *VISU* Y SU PRÁCTICA

Una vez señalados los contornos del derecho de audiencia, es importante describir ahora las particularidades que revisten las audiencias de *visu*. Si bien, desde luego no resulta posible detallar la totalidad de las circunstancias procesales en las cuales resulta necesario llevar a cabo este tipo de audiencias, intentaré ensayar una descripción de sus principales características.

El objetivo es reflexionar sobre una práctica que sin duda puede ser mejorada, resultando ello por demás importante, ya que constituye un elemento apto para abordar una temática central como es la referida a las condiciones de detención y la necesidad de alcanzar el respeto por el trato digno en prisión.

²⁰ Puede verse en tal sentido, el precedente “Garrone” de la CSJN (citado previamente), y el comentario de Leonardo Pitlevnik (2008).

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

En primer lugar, las audiencias que implican un encuentro entre un imputado y el juez (o tribunal), no siempre se llevan adelante con la presencia del magistrado. Tenemos aquí entonces uno de los problemas más relevantes: la ausencia de uno de los sujetos esenciales.

Esta circunstancia puede verificarse en oportunidad de la audiencia prevista en el artículo 431 bis Código Procesal Penal, y también cuando el imputado o condenado detenido solicita una audiencia con el juez, cualquiera sea la temática que el acusado pretenda abordar.

Veamos estos dos supuestos por separado. Pero antes, una aclaración previa. En general, dichos actos se efectúan –por las razones que luego veremos– con la anuencia de la defensa y, si bien la mayoría de los actores del sistema judicial intentan resolver el problema procesal que los convoca, entiendo que dicha conducta colabora en la perpetuación de un problema más grave que se vincula directamente con las condiciones deficientes de detención.

Es probable que alguien sugiera que la audiencia de *visu* que se prevé luego de la celebración del juicio abreviado se lleva adelante básicamente para confirmar que el acusado ha suscripto el acuerdo con libertad, y que es precisamente su voluntad acceder al juicio abreviado y, por tal motivo, renunciar al juicio oral que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional²¹.

Sin embargo, y en esto creo que consiste la idea principal que intento compartir, se pierde una oportunidad relevante para conocer las características que ha asumido el cumplimiento de la pena de prisión experimentado por el acusado. Ya sea para compensarlo o reparar el daño, en el caso que corresponda, o para echar luz sobre un ámbito caracterizado por el secreto y la oscuridad de los procedimientos internos.

La cárcel es un lugar divorciado del ámbito judicial, y como sistema, se aprovecha de ello. Es un lugar oscuro en cuanto a la producción de datos. Siendo escasos aquellos que circulan desde allí hacia los tribunales. No existe otra forma de iluminar un sistema semejante sino con la información.

En general, los defensores aconsejan a sus defendidos no introducir cuestiones que confundan y excedan los términos vinculados a la ratificación o no de la firma en el abreviado. Además, deben agradecer si el juez (o el funcionario que designe) puede realizar la audiencia de *visu* el mismo día que se suscribe el abreviado y así evitar un nuevo traslado con todos los trastornos que ello implica.

Es cierto que también se emplea esa oportunidad para plantear algún cambio de alojamiento o, por ejemplo, solicitar afectación laboral, pero sin duda la práctica nos conduce a una

²¹ Desde luego que la discusión respecto de la constitucionalidad de este procedimiento, y el carácter particular que el mismo asume cuando una persona acusada suscribe un acuerdo de juicio abreviado con dos o más años de prisión preventiva, y ello deriva en su libertad (inmediata o próxima), no podrá ser tratado en este trabajo porque sin duda excedería la temática propuesta.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

conclusión: todos perdemos una oportunidad para controlar y mejorar las condiciones carcelarias.

Entiendo que el camino debería ser el inverso. Claro que es fundamental resolver la causa y la situación procesal del imputado. Pero no podemos soslayar que es el ser humano lo único verdaderamente importante, y que estamos trabajando con una cárcel que presenta características que no respetan las condiciones dignas de detención. Por ejemplo, como consecuencia de los índices de sobrepoblación y hacinamiento que registra en la actualidad el sistema penitenciario²².

Veamos ahora el supuesto en el cual el acusado solicita una entrevista personal con su juez.

En general, el pedido de audiencia puede llegar a conocimiento del juez por dos vías. A través de un escrito remitido por el propio detenido, o por solicitud de su defensa. En el primer caso, generalmente el juez remite ese escrito *in pauperis* a la defensa con el objetivo de garantizar el derecho de defensa, y también con la esperanza de que dicho encuentro pueda ser evitado a partir de la gestión de la defensa.

Existe sin duda una seria incomodidad en recibir a un detenido. Las razones de esa incomodidad deberán ser buscadas tal vez en áreas vinculadas a la psicología, pero aunque parezca obvio, entiendo que ello estriba en lo siguiente: el sistema judicial (todos nosotros) trabajamos con la cárcel como elemento central de este esquema. Y todos nosotros sabemos que la cárcel es un lugar de afectación permanente de los derechos humanos básicos de toda persona. De allí que recibir y oír *seriamente* a una persona detenida implique conectarnos con una situación que sabemos está mal, es irregular, y que básicamente, nos supera. Tal vez aquí pueda encontrarse algunas razones que expliquen la negatividad que envuelve y conlleva la sola idea de recibir un detenido.

Nadie desconoce la deficiente atención sanitaria que caracteriza al sistema penitenciario. Sin embargo, todos sabemos que remitir un oficio para que le brinden atención médica a una persona detenida no es suficiente. Esa falta de participación y compromiso de los actores judiciales ha hecho que el poder penitenciario adquiera una autonomía a partir de la cual se establece una situación de autogestión en la cual se verifican supuestos en los que en realidad poco le importa las manifestaciones, solicitudes y órdenes emitidas por jueces, fiscales y defensores.

Por ejemplo, la defensa puede solicitar el traslado de un detenido (ya sea dentro de una misma unidad o complejo, o hacia otro establecimiento penitenciario), el fiscal prestar conformidad para ello, y el juez ordenar dicho traslado. Sin embargo, la realidad hace que la

²² Corroborado a partir de la emergencia en materia penitenciaria decretada por el Poder Ejecutivo (RESOL-2019-184-APN-MJ, del 25/3/19) y los sucesivos habeas corpus colectivos que se hicieron lugar, por el agravamiento en las condiciones de detención que genera el hacinamiento y la sobrepoblación carcelaria (por ejemplo, CFCP, Sala II, “PPN”, causa 8237, reg. 1351/19, 28/6/19, donde se prohibió el ingreso de nuevos internos al CPF II; y CNCCyC, Sala I, “Álvarez”, causa 9785/2018, reg. 488/2019, 2/5/19, donde se prohibió el ingreso de nuevos internos al CPF CABA, entre otros).

autoridad penitenciaria no dé cumplimiento a dicha orden. Las razones pueden ser diversas y podríamos analizar cada una de ellas. Pero el problema radica en que la autoridad penitenciaria no siente que deba dar estricto cumplimiento a las órdenes judiciales. Y ello a mi criterio ha sido el resultado de la falta de participación de los actores judiciales en el control del trato carcelario que se brinda a las personas detenidas. La autoridad penitenciaria sabe que si no cumple la orden judicial no se verifica consecuencia alguna. De hecho, siempre podrá ensayar respuestas vinculadas a la seguridad, las cuales no sólo son infundadas, sino, directamente, improbables.

De allí también la incomodidad de los jueces, fiscales y defensores que saben que en realidad han perdido eficacia en ese ámbito.

Frente a esta situación se presentan dos caminos.

Uno de ellos lo representaré con una breve anécdota. Una persona se encontraba detenida como consecuencia de haber sido condenada en varias oportunidades, aunque a penas de corta duración. En virtud de ello, cualquier pena que recibiera, habría de ser de cumplimiento efectivo. Se trataba de una persona en situación de extrema vulnerabilidad y su vida intramuros era realmente compleja a raíz de su dependencia a los estupefacientes y al alcohol, siendo que no recibía ningún tipo de tratamiento, no trabajaba, ni estudiaba.

Lo concreto es que previo al momento de los alegatos se encontró la defensora con el fiscal en la puerta de la sala de audiencia, y allí compartieron una respetuosa conversación de las que típicamente se mantienen entre las partes mientras aguardan el comienzo de la audiencia. Luego de que la defensora expusiera la difícil situación que se encontraba atravesando el imputado, y la necesidad de buscar alternativas al encierro en virtud del daño que generaba en el acusado, el fiscal entendió perfectamente el drama humano, pero respondió que *para llevar adelante su función debía partir de la idea de que la cárcel funcionaba adecuadamente*.

No importa ahora el aspecto fáctico de la anécdota, lo único relevante de esta historia es que nos puede ayudar a explorar y revisar ideas que nos conducen a perpetuar una misma situación irregular respecto del trato digno en prisión, y el control de las condiciones de detención.

Reconozco que ha sido, y aún lo es, un pensamiento clásico el hecho de actuar –en estos casos en concretos– como si los establecimientos penitenciarios funcionaran adecuadamente, o por lo menos de manera regular.

Se verifica una especie de negación de la realidad, y estoy convencido de que todos debiéramos comenzar por revisar esta idea.

La cárcel ocupa un lugar central de la actividad judicial penal. Todo comienza con la amenaza de la pena de prisión prevista en el delito descrito en el tipo penal, luego aparece la presunta comisión del hecho, el despliegue de la actividad investigativa, la posible deten-

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

ción y prisión preventiva, el desarrollo de la causa, el juicio, los eventuales recursos, y la cárcel como pena, es decir, como resultado final de toda esa actividad.

Sin embargo, pese a ser un elemento central, la cárcel no es abordada por todos los actores que conforman el sistema judicial.

Esa falta de participación y compromiso configura una de los factores que permite el estado actual de la cárcel. El sistema judicial (jueces, fiscales, defensores) se encuentra conformado —en su mayoría— por personas muy capaces y comprometidas con la función. Si esa capacidad e inteligencia (que se verifica en términos jurídicos) pudiera también volcarse al ámbito carcelario y al control del trato dispensado, sin duda la situación debería mejorar. Pero algo más. Aún cuando luego de ese aporte la situación no registre resultados concretos, el avance sería indudable, porque ello generaría la posibilidad de que se compensaran los daños sufridos en prisión. Es aquí donde el instituto de la compensación —que luego será profundizado— comienza a jugar un rol preponderante.

Veamos ahora que ocurre cuando el detenido arriba a la sede judicial, por supuesto luego de hayan fracasado los intentos por evitar este encuentro.

En primer lugar, es necesario destacar la necesidad de que sea el defensor quien acompañe a la persona detenida en ese acto. Circunstancia que no siempre se verifica. También es cierto que muchas veces no es el juez quien lo recibe. Y creo que cuando la defensa lo considere necesario, sería muy importante la presencia del fiscal.

Sólo de esa manera podemos comenzar a percibir avances en el marco del derecho de audiencia.

El procedimiento que el detenido debe recorrer para llegar a la sede judicial es, sin duda, particular. La autoridad penitenciaria lo traslada durante la madrugada a una *leonera* (espacio colectivo en donde aguardan la llegada del móvil de traslado, y donde se sufre en exceso las inclemencias del tiempo, las posibles agresiones de otros detenidos y la falta de alimentos e ingesta de líquidos). Luego, asciende al móvil, donde es engrillado (una de sus muñecas es sujeta a una cadena ubicada en el piso, razón por la cual la persona viaja encorvada y soportando los movimientos bruscos que lógicamente se verifican en la parte de atrás de todo móvil. Así, recorre varios kilómetros porque se dirigen generalmente a otras unidades a recoger otros internos. Una vez que arriba a la alcaidía, es atendido a la hora que disponga el funcionario judicial. En esas condiciones debe llevar adelante el acto procesal que corresponda. Finalizado el mismo, debe lograr subir cuanto antes al camión que lo regrese, de lo contrario, deberá hacerlo por la noche y llegar a su lugar de alojamiento durante la madrugada. Ello sin contar con que el día de la audiencia se fija de acuerdo a la agenda del juez, sin considerar las actividades del interno, razón por la cual no sólo perderá el día de trabajo —el cual no será abonado—, el día de estudio, sino también, la visita, turnos médicos reservados —intra o extra muros—, etc. Más allá del maltrato que todo ello implica para cualquier ser humano, y los obstáculos que conlleva respecto del derecho de acceso a la justicia,

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

lo cierto es que resulta inaceptable que una situación como la descrita ocurra en la actualidad. Sólo el compromiso de todos los actores puede modificar esta situación²³.

El detenido no es bien recibido en el ámbito judicial. Allí se resuelve su conducta y su destino, pero el sistema judicial no está preparado para ello, sobre todo luego de que las causas egresan del juzgado de instrucción. Y a medida que avanza el proceso, la relación con el detenido es cada vez más raquítica.

Por supuesto que hay funcionarios respetuosos que procuran un trato adecuado con el detenido. Pero ello no puede depender del carácter o la personalidad de los funcionarios y funcionarias. Debe instrumentarse un sistema donde el centro del mismo sea el Hombre. En este caso, la persona detenida.

Entonces, pueden verificarse diferentes situaciones. Cuando el interno arriba a la sede judicial, podrá entrevistarse o no con su defensor. Ello debería ser obligatorio. Es probable que no concurra el defensor y en su lugar un empleado realice la gestión. Allí se verifica una clara disminución del estándar de defensa.

Es muy difícil llegar a la entrevista del detenido con el juez. Es probable que la secretaria o el secretario atiendan al detenido, y allí el mismo explique su tema. Es grave que se verifique esta situación. No porque el funcionario o la funcionaria no sean capaces de abordar la cuestión. Sino porque los cargos son insustituibles. Porque la responsabilidad y los recursos de actuación no pueden reemplazarse. Cuando el defensor solicita la colaboración de otro integrante de su defensoría, esa persona en general intenta solucionar el problema y no generar al defensor un problema nuevo vinculado ahora con la formulación de una denuncia por irregularidades en las condiciones de detención del asistido. Algo similar ocurre con la secretaria del juzgado o tribunal o cámara. Hará todo lo posible para que el detenido o la detenida regrese a su unidad satisfecho y poder decirle al magistrado que ha concluido sin inconvenientes su labor.

Dicha actividad se sustenta en las mejores intenciones de todos los actores. Pero se trata de una situación que no es la correcta, y que además es una de las razones que coadyuva a la perpetuación del estado de situación irregular en las cárceles.

Pienso que la modificación de esa forma de actuación puede configurar un recurso importante para el control de las condiciones de detención.

²³ Es preciso aclarar que estas ideas no intentan construir una idea negativa respecto de los funcionarios del servicio penitenciario. De hecho, no tengo dudas que el compromiso que todos los actores podrían desarrollar respecto de la cárcel haría visible aquellos funcionarios penitenciarios que ejercen adecuadamente su labor. Como así también permitiría visibilizar a quienes despliegan conductas contrarias a los estándares mínimos que deben caracterizar un adecuado tratamiento penitenciario.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

No podemos olvidar que hay jueces que no están presentes en el tribunal porque se encuentran prestando funciones en otro órgano judicial, de manera tal que en esos casos ni siquiera contarán con la opción de ser atendidos por un magistrado y allí los funcionarios y empleados deberán intentar contener la problemática. Desde luego, no puedo soslayar el caudal de trabajo que hace que los magistrados se encuentren limitados en sus recursos. Sin embargo, entiendo que la atención de las personas privadas de libertad debería ser el trabajo más relevante de todos los actores judiciales.

Una de las razones que se esgrimen (por cierto, con razón) para justificar esa falta de vinculación con la problemática carcelaria, y con las dificultades para recibir a un detenido tiene que ver con la falta de tiempo, y ello así en razón del cúmulo de trabajo. Y aquí sin dudas se encuentra una de las claves de este tema. ¿Existe algo más importante para el poder judicial penal que atender a un ser humano detenido? Entiendo que no. De manera tal que lo más importante debería ser precisamente recibir al detenido. Todo lo demás sin dudas podrá atenderse después. Ahora bien, la conclusión contraria se asume naturalmente, y creo que eso es lo que debería ser replanteado: ¿En qué estamos ocupados para no atender a una persona presa?

Existe un derecho a la audiencia. Y ello, en la actualidad, cobra un nuevo sentido y presenta un contenido diferente en virtud de lo establecido por los pactos internacionales, y en razón de las falencias que presenta el Estado para llevar adelante adecuadamente una situación de detención.

Pero supongamos que la audiencia se desarrolla con la presencia del detenido, su defensor y el magistrado. Aquí nos encontramos en general con un detenido que, si bien ha podido ser muy demandante frente a su defensor, resulta otro su comportamiento frente al magistrado. La distancia que se observa –por supuesto, siempre en general– hace que el detenido no pueda manifestar todo lo que habría querido a su juez, quien está generalmente apresurado y dispone de todos los recursos para finalizar cuanto antes la entrevista. El defensor no quiere introducir otras cuestiones que compliquen el aspecto procesal de la causa. Y lo cierto es que nadie quiere conocer demasiado de aquellos elementos vinculados con las condiciones de detención del interno.

Luego, el detenido se irá insatisfecho, angustiado, y con la idea de que defensor, el juez y los empleados del órgano judicial que saludan cordialmente a su defensor, en realidad trabajan en el mismo ámbito y por lo tanto son lo mismo en términos funcionales y responden a los mismos intereses.

En general nada de lo que derive de esa audiencia cambiará la situación del interno, porque incluso el oficio que se haya generado a partir de esa entrevista no tendrá un paciente impulso y cuidadoso reclamo, y cuando lo tiene, la autoridad penitenciaria decidirá si lo cumple o no.

Otro tipo de audiencia de *visu* es la que se verifica en el marco del juicio oral. En realidad, tiene mucho de *visu* y poco de *auditus*. Al imputado lo observan, pero lo cierto es que, si no declara en oportunidad de la indagatoria, o al momento de expresar las últimas palabras, es muy poco lo que puede saberse respecto de su situación personal y de las características que ha asumido el cumplimiento de su pena de prisión.

Es probable que la defensa aconseje no declarar en forma indagatoria. Lo cual desde luego que es válido, y en muchos casos, conveniente. Y también es cierto que cuando declara en algunos casos es la propia defensa la que limita al imputado, si es que éste quiere avanzar con otras cuestiones vinculadas a temas de su detención, o incluso por ejemplo a circunstancias relacionadas con aquellos daños y perjuicios de índole personal o familiar ocasionados como consecuencia de la detención. El consejo será omitirlas ya que las mismas no aportan nada respecto de la responsabilidad o no del asistido en el hecho. Y que, en realidad, lo único que hacen es confundir la situación y predisponer de manera negativa al juez o tribunal.

Lo expuesto configura una actuación discutible —al menos a mi criterio— por parte de la defensa. Es cierto que muchas veces esa decisión se adopta como consecuencia de la recepción negativa que presenta el hecho de introducir esta temática. Sin perjuicio de ello, no se trata de evaluar la conducta de los actores vinculados a la práctica judicial, sino de examinar el sistema en general, que es sin duda el que debemos adaptar para lograr obtener mejores resultados.

En el marco de un juicio oral, el derecho a ser oído tiene al menos tres objetivos básicos: garantizar la defensa del acusado respecto del delito imputado; conocer sus circunstancias personales para que el fiscal y el juez puedan solicitar y graduar adecuadamente la pena a imponer (aquí es muy importante la temática vinculada con la situación de vulnerabilidad y su prueba); y describir las condiciones y circunstancias en las cuales ha cumplido (hasta el momento) su detención, ello así a fin de garantizar la compensación de los daños sufridos.

Es importante resaltar el hecho de que éste derecho a ser oído es del imputado. Es decir que debemos poner el énfasis en que se trata de un derecho de la persona acusada y, en nuestro caso de estudio, detenida. Debemos entonces garantizar el empoderamiento del detenido. Y allí es fundamental la actividad de la defensa, pero veremos también la relevancia que adquiere la actividad del fiscal y del juez.

Desde luego que el defensor no hará nada que perjudique a su asistido, pero es importante comenzar a pensar en un cambio de paradigma respecto del momento en que se escucha a un detenido.

Continuando con la descripción del espacio de *visu* en el marco de un juicio oral, expresamos que en general la defensa es muy cuidadosa con relación a la declaración indagatoria en el juicio, básicamente porque existe el riesgo de que la persona acusada se auto-inculpe en atención al nerviosismo que emerge en ese momento tan particular. Y ello es perfectamente

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

atendible. Lo que creo es que no se ha ahondado adecuadamente respecto del momento en que el imputado debería expresar sus circunstancias personales. Además, si poco se trabaja sobre esa cuestión en particular, mucho menos aún respecto de las condiciones en que el detenido cumple su encierro.

En punto a sus condiciones personales, no puedo soslayar que algunos tribunales limitan el número de testigos de concepto. Lo asumen como algo menor y de escasa relevancia. También es cierto que no sólo los jueces comparten esa percepción. Entiendo que debiera haber una modificación respecto de esa idea. Y claro está, será una tarea fundamental de la defensa poder reunir la información respecto de dichas circunstancias y transmitir las al fiscal y al juez. Luego veremos algunas ideas para reunir esta información, por ejemplo, a partir de la conformación de un *legajo de vulnerabilidad*.

En cuanto a las últimas palabras, se trata de un espacio vacío de contenido. En general se estila no realizar manifestación alguna. O se utiliza para agradecer el trato dispensado y solicitar que se haga justicia. Nada de eso parece importante. En realidad, todos los actores esperan que el detenido no diga nada. Y ese es el problema. Necesitamos dotar esos espacios de un adecuado contenido, el cual estará conformado por la expresión de sus circunstancias personales (vulnerabilidad), y por el estado en el cual se encuentra cumpliendo su detención (evaluación de trato digno).

A continuación, habremos de recorrer algunas ideas para intentar examinar a las audiencias de *visu*, desde un punto de vista diferente.

6. FORMA Y CONTENIDO DE LA AUDIENCIA DE VISU

La audiencia de visu es una entrevista, y como tal presenta determinadas reglas que es importante conocer a fin de poder alcanzar un resultado satisfactorio.

La idea es reflexionar sobre algunas pautas de trabajo que puedan ser útiles al momento de desarrollar una audiencia personal. A tal fin, es importante nutrirnos de determinados conceptos que nos brinda la entrevista psicológica. Y ello así porque a mi criterio es muy importante dotarnos de una técnica específica que nos permita llevar adelante de una manera más eficaz esta práctica en particular, independientemente del lugar que nos corresponda ocupar en el esquema judicial.

Es una realidad que los actores judiciales no comparecen a los establecimientos carcelarios con la frecuencia, intensidad y compromiso que la gravedad de los hechos requiere. De allí que frente a esta situación y partiendo de la grave situación carcelaria vigente en nuestro país, se impone recorrer otros caminos que nos conduzcan hacia una fuente o canal de conocimiento diferente de los acontecimientos que algunos funcionarios no logran conocer. Esa información se producirá a partir de las diferentes audiencias de *visu* y *auditus* cuya forma particular de producción aquí proponemos.

Como consecuencia de ese conocimiento, se podrán tomar –entre otras– algunas medidas esenciales: *la evaluación de las condiciones personales* para graduar adecuadamente la sanción penal a imponer, *la consideración de la situación carcelaria y de los daños sufridos* específicamente por la persona detenida para meritarlos al momento de resolver diferentes interlocutorios como por ejemplo, el de excarcelación; y *la compensación o reparación* de aquellos daños ilegalmente sufridos en el marco de su permanencia en prisión.

La gravedad de la situación penitenciaria exige que busquemos otras vías para su abordaje, las cuales nos permitirán proponer nuevas medidas tendientes al control de la problemática. Si los actores judiciales –por la razón que fuera– no concurren a la cárcel en busca de aquellos problemas y de las soluciones o reparación de los mismos, debemos generar las condiciones propicias para que los detenidos sean adecuadamente oídos, ya que son ellos quienes poseen ese conocimiento en particular que los jueces, fiscales y defensores necesitan para evaluar la incidencia que dichas circunstancias habrán de tener en el marco de un proceso penal.

Tal como adelanté, entiendo que desde marcos teóricos vinculados con psicología y la justicia terapéutica se pueden extraer determinadas herramientas que nos ayuden a llevar adelante audiencias personales más efectivas y respetuosas de los derechos de los participantes (Maganto Mateo y Cruz Sáez 2009, 2015).

7. ASPECTOS FUNDAMENTALES

En primer lugar, debemos partir de la siguiente idea: la audiencia de *visu* es en definitiva una conversación entre dos o más personas (detenido, juez, fiscal y defensor), con objetivos determinados, los cuales pueden variar: conocer las condiciones personales de la persona acusada, oír la respecto de las condiciones de detención, etc.

Ello configura una diferencia explícita de roles en los intervinientes. Y estos roles marcan una relación asimétrica, puesto que las funciones son diferentes. Sin embargo, es muy importante reflexionar acerca de las circunstancias externas que operan sobre el detenido, ello así, al ser la persona que lógicamente ocupa el rol más vulnerable en tanto se encuentra en un espacio desconocido, con personas que manejan un lenguaje forense o técnico, que en la mayoría de los casos no es el suyo, y que naturalmente transita una situación personal muy compleja en tanto dicho acto se enmarca en un proceso en el cual se definirá su situación frente a la justicia.

De allí la importancia de tener en cuenta algunas cuestiones muy sencillas, pero relevantes, al momento de iniciar una audiencia personal: saludar de manera respetuosa a todas las partes y a la persona detenida, presentarse, mirar a los ojos, y si alguna de las partes se encuentra apremiada de tiempo, explicarlo²⁴. Ello permitirá, por ejemplo, reprogramar el acto

²⁴ Con relación a estas circunstancias, resulta muy importante conocer las herramientas que nos brinda la Justicia Terapéutica. Para introducirse en dicha temática puede consultarse Wexler (2014) y Wexler, Fariña

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

de una manera más respetuosa en el supuesto de que las particulares circunstancias del caso así lo requieran.

Sin pretender agotar la definición conceptual de entrevista, podemos marcar algunos elementos particulares que la caracterizan: la conversación que se mantiene (lenguaje verbal y no verbal), el contenido de la misma, el establecimiento de una relación interpersonal, los objetivos específicos, la configuración asimétrica de roles, las preguntas de las partes y las respuestas de la persona —en nuestro caso, detenida—.

La entrevista se caracteriza por ser una técnica previa al momento de la toma de decisión (ya sea, por ejemplo, para conceder o no una excarcelación o prisión domiciliaria, determinar la pena, establecer el cómputo, definir la compensación judicial, etc.), y debería resultar imprescindible en el proceso de evaluación para tomar la correspondiente decisión, ello así por la cantidad de información y conocimiento personal que aporta del sujeto en un breve espacio de tiempo.

La misma se desarrolla a través de una conversación enfocada a una determinada finalidad. Se centra en la información que relata el detenido y en la que pretenden conocer las partes.

Es imprescindible que las partes adquieran determinadas capacidades para poder llevar adelante una correcta audiencia de *visu*, y ello así porque no podemos soslayar el particular estado (caracterizado por el estrés, el sufrimiento y la angustia) que experimenta una persona que se encuentra acusada de la comisión de un delito, y mucho más cuando está privada de su libertad.

La información que se recoge de la persona es, por una parte, amplia y general, y por otra, específica y concreta, lo que convierten a esta técnica en un instrumento insustituible de evaluación. Esto hace que las habilidades de escuchar y de formular preguntas sean decisivas en la formación del evaluador (sea el defensor, el fiscal o el juez).

Es fundamental estar atento a las características de la persona acusada: tiempo que necesita para expresarse, ritmo, tiempo de latencia, cantidad de información aportada, organización de las ideas, emociones, etc. Por ejemplo, será muy diferente la forma de manifestarse de una persona de acuerdo a su capacidad intelectual, grado de educación alcanzado, nacionalidad, edad, etc. Todas estas circunstancias deben ser especialmente consideradas²⁵.

Rivera y Morales Quintero (2014). Este último trabajo es el resultado del II Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica, que se llevó a cabo en la ciudad de Puebla, México, en diciembre del 2014.

²⁵ Las entrevistas con adultos mayores y personas con alguna discapacidad requieren un cuidado específico en orden al tipo de relación que se establece, ello así en cuanto al lenguaje y modo de preguntar. Por ejemplo, en el caso de las personas detenidas que presenten algún tipo de discapacidad, será importante, a fin de verificar elementos vinculados a la culpabilidad por vulnerabilidad, los apoyos económicos, sociales y emocionales con los que estas personas contaba al momento de la comisión del presunto delito, y con los que contará en el futuro, ello a fin de graduar adecuadamente la pena que eventualmente habrá de imponerse.

Y un tema decisivo es aquel que se vincula con el temor que la persona detenida puede experimentar al momento de tener que expresar determinadas cuestiones vinculadas con los daños sufridos durante su detención. En estos casos desde luego será necesario que la entrevista se desarrolle sin la presencia de personal penitenciario. Aquí también se torna relevante la actividad de la defensa quien –siempre que conozca los datos que habrá de expresar la persona asistida– adelante la cuestión para cuidar el escenario y permitir al juez tomar las medidas de seguridad correspondiente. Y también para que pueda aportar todos los elementos de prueba correspondientes para probar los hechos denunciados. Adviértase por ejemplo que puede tratarse de una denuncia vinculada con la falta de atención médica. En estos supuestos es necesario –para garantizar la seguridad de la persona detenida– que la autoridad penitenciaria no conozca los motivos de la denuncia. En realidad, si la entrevista se lleva a cabo por ejemplo en el despacho de uno de los jueces (con el magistrado presente) es necesario –y generalmente se cumple– que la autoridad penitenciaria no participe del acto. El problema puede generarse cuando la entrevista se desarrolla en el marco de un juicio oral, y mucho más cuando se trata de un caso en el cual se están juzgando varios imputados. En estos supuestos lo ideal es que el juez o tribunal lleve adelante esta audiencia sin la presencia de los otros imputados, y por supuesto, sin la autoridad penitenciaria presente en el interior de la sala. Desde luego, sí parece conveniente que participen los defensores de los otros acusados.

Dijimos que una audiencia de *visu*, es una entrevista y que con sus particulares características implica una relación entre las personas que participan. Esta relación, por tanto, se inicia con un desconocimiento mutuo por parte de las personas integrantes (excepto defensor-acusado), por lo que básicamente juez y acusado necesitan estrategias de acercamiento y conocimiento para establecer las bases de una adecuada relación. Pero, sin duda, sobre quién dirige la entrevista (juez), recae la responsabilidad de recabar información para lograr un determinado conocimiento del imputado en un breve espacio de tiempo.

No olvidemos que una de las principales funciones que a mi criterio presenta la audiencia de *visu* y *auditus* es aquella referida al control de las condiciones carcelarias. De allí que debería ser un objetivo del juez (y del fiscal en su caso) recabar la mayor cantidad de información posible respecto de determinados aspectos del cumplimiento de la pena de prisión.

Una cuestión que debe tenerse en cuenta se vincula con la necesidad de preparar un camino previo respecto del cual habrá de transitar la entrevista.

Para ello las partes deben prepararse en punto a dos de las cuestiones esenciales que motiven una entrevista de esta naturaleza: las condiciones personales, especialmente las relacionadas con el *estado de vulnerabilidad del sujeto* (luego describiremos el listado de elementos tendientes a la prueba de vulnerabilidad); y las que se vinculan con las *condiciones de detención* (por ej. salud, alimentación, educación, trabajo, visitas, requisas, alojamiento en celdas de aislamiento (*buzones*), sanciones, traslados, maltrato, etc.).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Desde luego que toda entrevista es única, como lo son las personas, y es imposible planificarla detalladamente, pero sí es importante contar con una guía que permita a los actores judiciales verificar aquellas circunstancias que tal vez para el acusado resultan normales y que en realidad implican la afectación de derechos humanos básicos. Es común advertir la permanencia durante varios días de una persona en el sector de sancionados (*buzones*) lo cual implica el alojamiento de un ser humano en una celda de escasas dimensiones, sin luz, encerrado durante 23 horas; o la detención en destacamentos de gendarmería donde los detenidos se encuentran hacinados sin recibir ningún tipo de tratamiento penitenciario. Este tipo de circunstancias son naturalizadas por los internos, pero muchas veces también por los actores judiciales (defensores, fiscales y jueces). Claramente, ello no es porque estén de acuerdo con esas condiciones de detención, sino porque se ha generado un estado de impotencia que deriva en la sensación de imposibilidad respecto de la resolución de la problemática carcelaria.

El entrevistador (juez, fiscal, defensor) utiliza sus conocimientos, aporta su experiencia y trabaja con las técnicas que considera más adecuadas. No solamente su formación teórica es importante, sino que están implícitos —y ello es inevitable— su mundo de valores y creencias, sus propias experiencias de vida, las elecciones personales y su estatus socioeconómico y cultural, así como sus experiencias infantiles y el modo como ha resuelto sus propios conflictos. Estos aspectos van a marcar desde este primer momento un estilo de relación específica de los protagonistas (intervenientes) en el marco de la audiencia de *visu*.

La entrevista —al menos en el sentido que aquí propongo— implica el espacio para que el interno pueda expresar sus condiciones personales (guiado por los actores judiciales), y para que éstos puedan averiguar el estado en que cumplió o cumple su pena de prisión. Los personajes involucrados no actúan desde sí mismos, con una libertad absoluta, sino que actúan en función de un modelo de trabajo: de allí la importancia del listado de cuestiones a examinar y el conocimiento que deben tener de las diferentes cuestiones carcelarias que caracterizan el cumplimiento de la pena de esa persona en particular.

También es un signo particular de este tipo de audiencias la flexibilidad que adquiere el desarrollo de la misma, ya que, a pesar de tener objetivos prefijados, el examinador debe adaptarse a las características propias del entrevistado, y a lo que ocurre en ese momento en particular. Tal vez se requiera más de una audiencia, e incluso la elaboración de algún informe, por ejemplo, de carácter médico.

8. OBJETIVOS

Es evidente que la audiencia de *visu* perseguirá el objetivo previsto por el acto procesal que la sustenta. Sin embargo, es fundamental a mi criterio que en el marco de dicha audiencia se obtengan los elementos necesarios para determinar si la persona acusada se encuentra inserta en una especial situación de vulnerabilidad²⁶, y la forma en que cumple su pena de

²⁶ Además de la vinculada a su propia condición de detenido, la cual es por sí misma —conforme las reglas 22 y 23 de las Reglas de Brasilia— una condición de vulnerabilidad.

prisión. Esto último a fin de poder efectuar un adecuado control de las condiciones de detención, y determinar la existencia de daños que merezcan ser compensados, en caso de que así correspondiera.

Es preciso por tanto, guiar la entrevista al objetivo establecido. Y para ello se requiere estar atento a una serie de elementos vinculados con la comunicación entre dos o más personas.

De allí que para propiciar la comunicación con la persona detenida (*rapport*), sea imprescindible establecer un clima de confianza respetuosa y formal. Contener la angustia y ansiedad de la persona detenida. Escuchar, es decir, dedicar más tiempo a atender a lo que la persona detenida dice, sin interrumpir, sin juzgar (para ello se establece otro momento procesal), sin demostrar apuro (si lo hay, es conveniente explicarlo), sin expresar desinterés. Luego se habrá de ingresar en la etapa de preguntas, cuyas respuestas deberán ser atendidas de igual manera. Esto conlleva interesarse por lo que la persona manifiesta —aunque esto pueda parecer obvio— es decir, por el contenido de lo que expresa, teniendo en cuenta las características del lenguaje, el modo de informar, los silencios. En definitiva, se trata de obtener información, lo más exacta y válida posible, sobre el problema o problemas que presenta la persona detenida. Ello requiere estimular la expresión verbal de la persona detenida, realizando preguntas adecuadas para obtener datos necesarios.

9. PRIMERA FASE: CONOCIMIENTO Y APERTURA

La primera fase se denominada de conocimiento, ya que es el momento que toman contacto por primera vez las personas que habrán de llevar a cabo la audiencia. Lógicamente, necesitan de un tiempo para situarse ante las otras personas que habrán de tener como partes interlocutoras. En esta primera fase suceden los saludos y presentaciones. No hay una manera única de abordar el encuentro con una persona detenida. Dependerá también del espacio físico en donde la audiencia se lleve a cabo. Si es por ejemplo en un despacho, hay quien extiende la mano y saluda mientras dice su nombre, y hay quien saluda y se presenta sin dar lugar al contacto físico.

Las presentaciones pueden caracterizarse por ser abiertas y expansivas, mientras que hay otras más restringidas a lo puramente formal. Sin embargo, teniendo en consideración que en este primer momento la preocupación y ansiedad del detenido alcanza niveles muy elevados, parece conveniente que la actitud sea respetuosa y neutra. Es importante cuidar de no saludar con exceso de confianza a las personas representantes de la fiscalía o de la defensa, ello a fin de evitar temores de parcialidad. En definitiva, debe ser formal pero empática. Incluso se hace hincapié en la necesidad de mirar a la persona a los ojos. También es muy importante la comunicación no verbal. Las formulas de cortesía y la expresión verbal en las primeras intervenciones de los actores judiciales son esenciales porque se convierten en definitorias del tipo de relación que se habrá de establecer a lo largo de la audiencia de *visu*. El clima de confianza (respetuosa y formal) va a ser determinante, y va a condicionar el proceso de entrevista. Adviértase que tal vez ésta sea la única oportunidad que el interno

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

tenga para hacer saber alguna circunstancia relevante que le ha ocurrido durante su detención.

Siempre se debe pensar que es muy probable que el detenido haya experimentado situaciones extremas que no sepa cómo exponer en el marco de una audiencia de *visu* tradicional. De hecho, pareciera que en realidad las audiencias tal cual las conocemos (siempre en su mayoría y en términos genéricos) en realidad son refractarias para el interno, y se caracterizan por la generación de un clima tendiente a que la persona hable lo menos posible y no realice denuncia alguna.

Basta reflexionar acerca de que en el interior de los establecimientos carcelarios se verifican por ejemplo situaciones de violencia sexual. Sin embargo, no sólo es mínimo el número de investigaciones respecto de esta cuestión, sino que es casi nulo el intento de las propias personas detenidas por hablar o reflexionar acerca de esta cuestión. Entiendo que una audiencia de *visu* y *auditus* como la que se propone implica un cambio de paradigma, a partir del cual sean los propios actores judiciales (jueces, fiscales, defensores) quienes persigan el conocimiento de estas cuestiones.

Tras el momento del saludo, se toma asiento o se indica al detenido cuál es el suyo. Se abre la audiencia clarificando los objetivos de la misma (depende de la finalidad de la audiencia y si la misma ha sido fijada por el juez, o solicitada por el acusado y su defensa), explicando que habrá tiempo necesario para que pueda expresar lo que considera oportuno. Si el detenido solicitó una audiencia con el magistrado, y no inicia su relato, puede afirmarse por ejemplo lo siguiente: “*Vamos a tener un tiempo para hablar de lo que a usted le preocupa. Si lo desea puede contarme en el orden y en el modo que a usted le resulte más fácil aquello por lo que ha venido. Yo intervendré cuando lo considere necesario*”. En general, cuando el magistrado (también es válido para las entrevistas entre el defensor y el detenido) emite diversas frases de este estilo al inicio de la entrevista, da un tiempo al detenido para verse y ubicarse en el lugar, situarse ante la persona y poder iniciar su relato con menos ansiedad.

10. SEGUNDA FASE: CUERPO DE LA AUDIENCIA.

La segunda fase se conoce como la fase de exploración. Es el cuerpo de la audiencia de *visu*, en el que el detenido explica su demanda, o los magistrados formulan preguntas para tomar conocimiento de las condiciones personales del acusado o de las circunstancias vinculadas con la forma en que se encuentra cumpliendo su pena de prisión.

En esta fase, los actores judiciales tratan de escuchar, observar y preguntar adecuadamente para ir elaborando hipótesis, que deben ir confirmando o rechazando, a fin de dar posteriormente las respuestas correspondientes, en el caso de los magistrados; o formular las peticiones que consideraren adecuadas en el caso del fiscal y la defensa.

La actuación del juez y demás partes en este tiempo es fundamentalmente la de escuchar y posteriormente enfocarse en los diferentes temas planteados en el recorrido de preguntas

estructurado previamente. Desde luego será muy importante la intervención de la defensa, a partir de las preguntas que formule, en el caso de que se intente comunicar alguna circunstancia en particular. Y por supuesto, también será central la actividad que desarrolle el fiscal en punto a la profundización de aquellos actos relatados por el detenido y que según el representante del ministerio público entendiera que podría ser víctima de alguna conducta ilícita. Y aún cuando no se diera este supuesto, es fundamental la actividad del fiscal ya que en definitiva será el encargado por ejemplo de solicitar pena en su alegato. Una correcta determinación de la pena solicitada implica un adecuado interrogatorio respecto de las condiciones personales del detenido. Y de igual forma, la viabilidad del instituto de la compensación también implicará la necesidad de la opinión fiscal, la cual habrá de ser precedida por su intervención en la audiencia correspondiente.

11. TERCERA FASE: CIERRE DE LA AUDIENCIA

En la tercera fase, o de cierre de la audiencia, se despide al detenido. Conviene, antes de despedirse, clarificar con el interno cuál va a ser el modo en que seguirá el proceso que dio motivo a dicha audiencia. Si esto se ha hecho previamente durante la entrevista, es suficiente con solo recordarlo a modo de síntesis de forma que no quede ninguna duda sobre la cuestión procesal que en definitiva será el vehículo por el cual se resolverá el destino del interno.

Esta fase final será diferente de acuerdo a cada uno de los internos que participen en las audiencias. Algunos estarán más tranquilos porque han expuesto su situación, mientras que otros al momento de despedirse experimentan una profunda angustia. Es importante que la despedida sea respetuosa, y que la defensa pueda luego a solas con su asistido elaborar una conclusión final y explicarle claramente los actos que habrán de proseguir en el trámite judicial²⁷.

12. ACTITUDES FUNDAMENTALES DEL ENTREVISTADOR

12.1. EMPATÍA

La empatía es entendida como la capacidad del entrevistador para comprender —en nuestro caso objeto de estudio— a la persona detenida en la temática que intenta comunicar, y ser capaz de transmitir al interno dicha comprensión. Es por tanto un camino de ida y vuelta en el que se genera un *feed-back* receptivo-expresivo. La empatía supone, por una parte, ponerse en el lugar del otro, esforzarse por entender lo que dice y cómo lo dice (por supuesto, luego cada una de los sujetos procesales resolverá en consecuencia), atendiendo al punto de

²⁷ Post-entrevista: Finalizada la audiencia de visu es conveniente que cada una de las partes anote sus impresiones y formule sus conclusiones. Esto implica dedicar un tiempo a reflexionar y elaborar una representación gráfica que estructure el caso y aporte una explicación y comprensión del mismo. Y por supuesto la conclusión final de acuerdo a cuál sea el motivo de la audiencia de visu y dependiendo de la función concreta que el actor judicial ocupe. Lo expuesto es muy importante para que los posteriores actos que se lleven a cabo no confundan las impresiones que fueron obtenidas en el marco de la audiencia de visu.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

vista y el mundo de valores de la persona que se está expresando. Estas premisas resultan imprescindibles para entablar una adecuada relación entre el acusado y el defensor.

Este tipo de actitud en el entrevistador es lo que se denomina “*disociación instrumental*”, mecanismo cognitivo y emocional utilizado por el entrevistador (juez, fiscal o defensor) como herramienta en su trabajo de evaluación y toma de decisión. Esta disociación permite al profesional construir una cierta división interna. Por una parte, el actor judicial muestra una actitud de cercanía y comprensión con el problema del entrevistado (fundamentalmente si se encuentra detenido), o con la circunstancia que está relatando; y por otra se mantiene lo suficientemente distante cognitiva y emocionalmente como para permitirse pensar sobre lo que escucha y realizar hipótesis y conclusiones congruentes y válidas²⁸.

Este mecanismo, colabora para que el actor judicial no se implique emocionalmente hasta el punto de perder la objetividad y la dirección que le compete en el desarrollo de la entrevista. En esta actitud prima el componente no verbal sobre el verbal, es como si pudiera verbalizarse, sin decirse, “*comprendo lo que siente*”. Esto no significa por supuesto compartir lo que el interno manifiesta, hacer halagos, ofrecer prematuras seguridades.

La empatía favorece el establecimiento del *rappport*, da confianza al entrevistado y propicia una interacción relacional genuina. Esta actitud empática no interpreta, aunque sí intenta captar los sentimientos que hay detrás de las palabras del que habla, no valora, ni juzga (para ello el procedimiento establece otro momento procesal), sino que respeta la libertad del otro, y tampoco trata de aconsejar o consolar de forma prematura e indiscriminada.

No debe olvidarse que todas estas cuestiones serán relevantes en casos graves en los cuales el interno exponga una situación en la cual aparezca, por ejemplo, como víctima de tratos degradantes en el ámbito carcelario.

12.2. DISTANCIA EQUILIBRADA

La polaridad entre lejanía y cercanía emocional debe ser equilibrado: es lo que se conoce como *actitud de cercanía*, que consiste en una aproximación respetuosa y equilibrada. Es una actitud de contención que se trasmite tanto en el lenguaje verbal como no verbal. *La frialdad emocional o la pérdida de distancia no generan un ambiente positivo para que una persona detenida pueda expresarse*. Por el contrario, una actitud de cercanía implica comunicar al interno la disposición positiva para que se exprese. Esta actitud se manifiesta mediante la proximidad física, la postura, los gestos, los refuerzos verbales y otras conductas indicadoras de aceptación.

En algunas oportunidades se observa cierto enojo, fastidio o malestar en la forma de tratar a un imputado, y mucho más si la persona se encuentra detenida. Ello es contraproducente en el marco de una idea que pretende transmitir a la audiencia de *visu* como un espacio efi-

²⁸ Es fundamental que aquellos que trabajan con personas detenidas puedan desarrollar esta técnica de disociación para evitar un sufrimiento que no sólo será contraproducente para su salud psíquica sino que además le impedirá alcanzar resultados satisfactorios desde lo profesional.

caz para garantizar el respeto por los derechos humanos. Pero, además, pese a lo que comúnmente se cree, la actitud de cercanía o distancia equilibrada configura una cualidad imprescindible en un entrevistador, y permite desempeñar con seguridad el rol profesional que corresponda ejercer (juez, fiscal, defensor, peritos, asistentes sociales, etc.).

12.3. HABILIDADES DE ESCUCHA

Asociadas a las actitudes precedentes se reconocen las llamadas *habilidades de escucha*, las cuales se identifican como herramientas que favorecen el desarrollo de la audiencia, y que no son propiamente una conducta verbal, como por ejemplo: el contacto visual que supone una actitud de atención (de mirar para acercar, y no para incomodar); el establecimiento de una adecuada distancia entre ambos interlocutores, la cual debe reunir las características de cercanía, pero sin invadir el espacio personal y la sensación de privacidad; los gestos y expresiones que confirmarían la frase implícita que demuestre interés profesional por las manifestaciones del detenido: “*puede continuar con tranquilidad*”, “ *siga por favor...*”; y el clima de tranquilidad que sugiere al otro que puede tomarse su tiempo, etc.

En ese marco la persona detenida puede lograr progresivamente una sensación de tranquilidad. Disminuirá su estado de tensión y miedo. Ello le permitirá clarificarse a sí mismo y podrá incrementarse el deseo de seguir hablando de sí mismo o de alguna situación problemática en el ámbito penitenciario²⁹.

No debemos olvidar que la persona que se encuentra detenida arriba a la sede judicial en un estado de desconfianza respecto de todos los funcionarios vinculados al ámbito de los tribunales, incluso con su defensor, a quien muchas veces identifica y denuncia como relacionado con los jueces y fiscales. Se trata generalmente de una persona con experiencias diferentes en cuestiones vinculadas con la cultura, educación, capacidad económica, vínculos familiares, etc. Todas estas cuestiones son barreras y obstáculos para que el interno se exprese y manifieste con libertad sus condiciones personales de vida y, fundamentalmente, las experiencias que ha tenido al interior de la cárcel. De allí la importancia de reflexionar acerca de la mejor manera de poner en práctica las herramientas que nos permitan desarrollar una escucha consiente.

12.4. HABILIDADES COMUNICACIONALES: ESTRATEGIAS EN EL MANEJO DE LAS VERBALIZACIONES

El actor judicial que se encuentre a cargo de una audiencia con el detenido es la persona responsable del manejo de las verbalizaciones propias y de la persona detenida. La conduc-

²⁹ Es interesante también tener en cuenta los silencios instrumentales. El silencio suele ser mal soportado en algunas audiencias, viviéndose con tensión. Sin embargo, hay silencios que favorecen la relación interaccional y promueven en el entrevistado seguir hablando. Se denominan silencios instrumentales porque están al servicio de facilitar la reflexión y comprensión de lo que se está hablando, promueven profundizar en el tema o bien desinhibir el bloqueo en la comunicación. Son silencios serenos, no fruto del nerviosismo del examinador. El silencio instrumental favorece la escucha y mantiene la presencia del entrevistador y la cercanía al entrevistado.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

ta del entrevistador condiciona la del entrevistado, y la conducta verbal y no verbal de cada uno provoca respuestas diferentes en el otro. Ambos se realimentan mutuamente en un proceso de *feed-back* progresivo. Por ello, el entrevistador, que en nuestro ámbito es el profesional abogado, tiene la responsabilidad de manejar adecuadamente las verbalizaciones. En el mismo sentido se ha confirmado que las interrupciones y el tipo de intervenciones modifican el discurso verbal del entrevistado. Por ello es de suma importancia entrenarse en el conocimiento y manejo de las verbalizaciones, p. ej., cuando se interrumpe el relato con expresiones como: “*eso ya lo dijo*”. Una manifestación de esa naturaleza, emitida con fastidio o severidad, sólo conlleva la paralización del discurso de la persona que estaba en el uso de la palabra.

Las estrategias para utilizar adecuadamente las verbalizaciones en la entrevista son diversas, y generalmente dichos recursos cumplen dos funciones fundamentales: preguntar e informar.

La llamada *técnica especular*³⁰, es considerada como una de las que más facilitan seguir manteniendo una conversación. Tiene componentes no verbales importantes, pero en lo verbal se expresa con una frase similar a la dicha por el entrevistado, o bien con la repetición de su última expresión, como si se tratara de un espejo. Esto permite al entrevistado centrarse y orientarse en el tema que está tratando. De igual modo puede ser un simple cabeceo, una mueca de consentimiento o un parpadeo confirmatorio.

Se denomina a este tipo de técnicas como no-inducidas, debido a que las verbalizaciones del entrevistador son neutras, son comentarios que no comprometen su opinión, que simplemente indican a la otra persona que siga adelante, que estamos escuchando atentamente, participando de su narrativa.

Los elementos o herramientas de *apoyo verbal*, consisten básicamente en darle la palabra al otro. Las manifestaciones más comunes se representan en frases dichas sin prisas y con interés, del orden de: “*Continúe, por favor*”, “*sí, ya entiendo, siga si lo desea*” etc.

También resultan eficaces los *comentarios confirmatorios*. Sirven para alentar —en este caso puntual— al detenido para que continúe con su discurso. Estos comentarios son generalmente verbales, a partir de los cuales el interlocutor expresa frases como: “*efectivamente*”, “*claro*”, “*es así?*”. Sin perjuicio de ello, los gestos no verbales pueden ir en el mismo sentido³¹.

En determinadas oportunidades puede ser útil profundizar la llamada *realimentación comunicacional*. Es una manera eficaz de propiciar la comunicación con la persona protagonista de la audiencia, más aún cuando nos referimos a quien se encuentra detenida. Si bien existen

³⁰ Conocida también como de eco.

³¹ Adviértase que, en este caso, el funcionario que está interrogando a la persona detenida emite una expresión de asentimiento. Ello implica que los comentarios confirmatorios en general se habrán de vincular con cuestiones que no constituyen el objeto de la causa, el cual será motivo de resolución posterior. De allí que estos comentarios se emiten con relación a hechos no discutidos.

varias formas de realimentación, una de las más importantes es aquella identificada como “*realimentación informativa*”: Se trata de repetir lo que ha dicho para asegurarnos de que hemos entendido bien. Por ejemplo: “*Si no he entendido mal, usted dice que...*”. A partir de allí el interrogado comprueba si la información está siendo recibida correctamente, y en caso contrario tiene oportunidad de corregirla.

Y otra herramienta o estrategia que puede ser útil en determinados supuestos, es aquella identificada como “*señalamiento*”. Funciona como la técnica del subrayado en la escritura. Mediante el señalamiento el entrevistador pretende evidenciar un problema de la persona (en este caso detenida), que ella misma ha verbalizado sin tomar conciencia de ello. Permite focalizar aquellos aspectos de mayor interés y comprender lo que le ocurre aún —o fundamentalmente— cuando la persona no advierta la gravedad de lo que ha manifestado³².

13. INTERROGATORIO

En general, se verifican dos maneras de formular el interrogatorio, mediante preguntas abiertas o cerradas.

Preguntas abiertas. Para explorar el campo vinculado a las condiciones de detención es conveniente iniciar el interrogatorio mediante la formulación de preguntas abiertas. Dicha técnica permitirá que, al menos inicialmente, el entrevistado se exprese con sus propias palabras, a su ritmo, y en el orden que a él le resulte más cómodo. Por ello, no se aconseja iniciar la entrevista con preguntas muy cerradas que se contestan con un monosílabo. Ello es así porque la información inducida es en principio menos fiable, y dificulta la posibilidad de explorar otras áreas importantes. El interrogatorio cerrado suele hacerse cuando por ejemplo alguna de las partes ha elaborado una hipótesis y se pretende confirmar, pero si la hipótesis ha sido concebida precozmente, tenderá a dirigir, en este caso a la persona detenida, a un tipo de información inducida por el examinador, soslayando otras áreas importantes de exploración.

Preguntas cerradas. Son preguntas que suelen ser contestadas con un monosílabo. Se formulan para confirmar una información, concretar un aspecto del problema o para obtener un dato específico. En estos casos las preguntas cerradas o muy concretas resultan convenientes para establecer las causas de los hechos o para intentar delimitar una determinada circunstancia. Sin embargo, debe tenerse en consideración que acotan la información y estrechan el foco de investigación³³.

³² Por ejemplo, el encierro en celda de aislamiento (“buzones”) durante varios días sin sanción formal; la provisión escasa de alimentos, la no entrega de medicación, el hecho de compartir el colchón, etc.

³³ Otras variables del interrogatorio se encuentra constituida por la “Devolución de la pregunta”. Implica reenviar la pregunta al entrevistado, pero formulada de otro modo. Ello provoca que éste siga hablando, y muchas veces a partir de esta técnica suelen aparecer datos relevantes para el conocimiento de lo que ha sucedido. Por ejemplo, el detenido señala en forma de pregunta: “Yo quisiera saber por qué siempre “verduguean” o “descansan” a mi familia en las visitas?” y el entrevistador repregunta: “porque piensa que sus familiares tienen problemas para ingresar a la cárcel? ¿Hubo algún problema en concreto con alguien del

14. LA PREDISPOSICIÓN PERSONAL COMO ELEMENTO INSUSTITUIBLE

Las audiencias de *visu* configuran un espacio esencial para que la persona detenida pueda expresarse en punto al cumplimiento de sus condiciones de detención. Ello será eficaz en la medida en que dichas audiencias se lleven a cabo de una determinada forma y con un específico contenido. Los conceptos recorridos configuran algunas de las herramientas que podrían ser utilizadas en caso de que algunos de los sujetos procesales las consideren adecuadas y convenientes. Por supuesto que para los profesionales vinculados al ámbito judicial, el interrogatorio es una práctica habitual, pero sin embargo, muchas veces *intuitiva*. Tal vez no esté de más nutrirnos de algunos conceptos que nos brinda la entrevista profesional para introducirlos, en caso de que los consideremos necesarios y útiles, en la práctica de una comunicación tan particular y compleja como es la que se entabla con una persona privada de libertad.

Pero sin perjuicio de ello, y de acuerdo a lo examinado, será absolutamente relevante la **predisposición** de las personas que intervienen en la audiencia para alcanzar los resultados aquí propuestos. Dicho elemento es insustituible. Sin él, ninguna estrategia vinculada con el desarrollo de las entrevistas judiciales será suficiente. Una audiencia de *visu* llevada a cabo de una manera positiva resultará útil no sólo como forma de control de las condiciones de detención y del funcionamiento de la cárcel en general, sino también para tomar conocimiento de determinadas circunstancias que pueden derivar en la aplicación del instituto de la compensación. Sin duda, ello permitirá constituir a dichas audiencias personales en un concreto instrumento garantizador del respeto por los derechos humanos.

15. ACREDITACIÓN DEL ESTADO O CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD³⁴

Servicio Penitenciario? Es muy común que como consecuencia de ello, el interno exprese algún problema anterior, es decir que por ejemplo señale que los problemas comenzaron luego de la interposición de una denuncia contra algún miembro del SPF, o la presentación de una acción de hábeas corpus, etc. También pueden emplearse “preguntas clarificadoras”. Se trata de interrogar, con gestos o con palabras, cómo entiende el interno, en concreto, aquello de lo que está hablando: ¿qué quiere decir para usted...?; ¿me podría explicar algo más...? Es una forma neutra de solicitar información que demuestra interés sin prejuizar.

³⁴ Legajo de vulnerabilidad: En determinados casos puede ser importante que la defensa conforme un legajo o cuaderno de actuaciones tendiente a certificar la condición de vulnerabilidad de su asistido. Se trata de un soporte en el cual se habrán de constatar cada uno de los puntos que se describirán en este título, o al menos aquellos ítems que correspondan al caso concreto. En principio parece necesario la conformación de este legajo para aquellos casos en que se advierta que el asistido ingresa en alguna de las circunstancias descritas en las Reglas de Brasilia (Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad). Una posibilidad es que el mismo sea formado por la defensa pública desde la etapa de instrucción, y remitido posteriormente a la defensa que asistirá al imputado en el juicio oral, y en etapas recursivas, como así también a quien lo represente durante la ejecución de la pena (ello por supuesto en caso de ser una defensa diferente). En cada una de las etapas se irá agregando la documentación necesaria tendiente a demostrar o actualizar la situación de vulnerabilidad, y ello a fin de sustentar diferentes pedidos vinculados con la atención de salud, excarcelación, arresto domiciliario, morigeración del encierro bajo control de dispositivos electrónicos, salidas anticipadas, graduación de la pena, etc. El mismo estará conformado –entre otros documentos– por declaraciones del asistido, familiares y terceros, informes médicos, informes confeccionados por organismos de la Ministerio Público de la Defensa (Comisión de Cárceles, Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad, o por la Comisión o el programa que corresponda), fotografías, como así también por todos aquellos instrumentos

Hemos expresado que una de las finalidades relevantes que puede asumir la audiencia personal es aquella que permita demostrar si una persona se encuentra inserta en una especial situación de vulnerabilidad. Se identifica la situación de vulnerabilidad como un estándar social y personal en la cual se encuentran ubicadas determinadas personas, y que se vincula con el nivel de dificultad que tienen esas personas para acceder al reconocimiento y goce de determinados derechos³⁵. Sin embargo, no parece ser clara la forma en que se podría acreditar dicha circunstancia, y mucho menos los efectos jurídicos que derivan de la misma.

Más allá del enfoque doctrinario que se puede brindar a la presente temática, me parece importante compartir un conjunto de apuntes o ideas que resulta necesario transitar a fin de abordar esta cuestión. En concreto, al momento de tener que definir aquellas circunstancias que demuestran el estado de vulnerabilidad de una persona, existen ciertos temas que son inevitables a la hora de pretender comprobar esta situación. Veremos ahora ese listado de cuestiones y algunos ítems que deviene necesario conocer a fin de definir y probar el contenido de cada uno de esos puntos:

Salud (física y psíquica): A fin de comprobar alguna enfermedad y/o discapacidad que padezca la persona imputada (o algún familiar cercano), será necesario, en principio, contar con un informe médico que acredite dicha circunstancia. Se deberá prestar atención especial respecto a diabetes, VIH, cáncer y enfermedades autoinmunes. Así como también circunstancias que impidan o dificulten el desarrollo normal de tareas educativas y laborales. Respecto de todas estas circunstancias resultará imprescindible requerir si cuenta con certificado oficial, por ejemplo de discapacidad. Analizar junto con la persona si padece alguna discapacidad, ya que en diversas oportunidades el propio imputado lo desconoce, no le otorga la relevancia necesaria (por ejemplo, en caso de dificultad para caminar, problemas auditivos, etc.), o no ha realizado los trámites correspondientes para la certificación de la misma. Deberá brindarse atención a cualquier situación de discapacidad intelectual que impida o dificulte una cabal comprensión de la conducta imputada, o que por ejemplo, en razón de sus limitaciones, el ámbito carcelario configure un riesgo para su propia integridad física. También será importante indagar acerca del consumo de alcohol y estupefacientes. En relación con ello, será relevante obtener (p. ej. a través de su familia) constancias tendientes a acreditar la realización de tratamientos por adicción a las drogas (paco, cocaína, marihuana, pastillas) o al alcohol. Internación en centros de recuperación, granjas, etc. Otra cuestión a relevar, se vincula con la posibilidad de haber sido víctimas de violencia de género, abuso sexual (si derivó en aborto, por supuesto en caso de que tuviera la voluntad de expresarlo), otros delitos. En ese sentido, se intentará reunir toda información que pudiera obtenerse vinculada a internaciones o atenciones en hospital, sanatorio, clínica, obra social, curaciones, farmacia, médicos, medicamentos suministrados. Averiguar si realizó tratamien-

que la defensa considere apropiados a fin de acreditar la situación de vulnerabilidad que se pretenda invocar. Cada defensor evaluará la necesidad de la conformación del mencionado legajo, y la oportunidad para su concreta presentación (total o parcial del legajo) ante la autoridad judicial.

³⁵ Cfr. “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, conocidas también como “100 Reglas de Brasilia”.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

tos psiquiátricos y/o psicológicos, y las eventuales secuelas que pudieran seguir vigentes. Si fue sometido a intervenciones quirúrgicas. Cómo es el acceso a la salud de la persona imputada: Atención por obra social, prepaga o en hospitales públicos.

Conformación familiar: Recabar datos en cuanto a su pareja, si los hubiere, cantidad de hijos, edad de los mismos, estado de salud, acceso a la educación, salud, vivienda, alimentos, y demás derechos fundamentales. Verificar si existen otros familiares a cargo. **Alimentación:** Requerir información acerca de la alimentación de la persona acusada y su familia. Cantidad (acceso a las cuatro comidas) y calidad (capacidad nutricional). Verificar si concurre a comedores públicos. Enfermedades vinculadas con la alimentación.

Situación habitacional: Verificar si vive ciudad, barrio, villa de emergencia. Casa, departamento. Vivienda propia, alquilada, prestada, compartida, tomada. Materiales utilizados en la vivienda. Características de los mismos (ladrillo –revocado o no–, madera, chapa, cartón). Material del techo. Piso: tierra, contra-piso, baldosa. Baño: dentro de la casa, afuera (cloaca o pozo). Agua corriente o no (pozo, traslado de agua desde otro lugar, en qué medio traslada el agua, seguridad de pureza). Espacio habitacional: metros cuadrados. Cantidad de habitaciones. Número de personas que viven en la casa. Si son familiares o no. Características. Habitaciones. Muebles (cama, mesa, sillas). Fotos o filmaciones del domicilio (por ejemplo a través del teléfono móvil). Calles de tierra, mejorado, asfalto. Iluminación. Acceso a agua potable, cloaca, gas, energía eléctrica. Conocer si duerme o durmió en paradores públicos.

Situación laboral: Desocupado, trabajo estable, informal, changas. Ingresos aproximados.

Situación económica: Pobreza. Indigencia. Penuria económica. Situación de calle. Marginación. Recibe ayuda de familiares, amigos, conocidos, vecinos. Planes sociales. Asignación Universal por Hijo. Tarifa social. **Vestimenta:** personal y ropa de cama. Cómo se provee la ropa propia y de su familia. Posee el imputado y su familia la suficiente y apropiada, fundamentalmente, para época invernal. **Educación:** Nivel de educación. Edad en la cual terminó cada uno de los niveles educativos alcanzados. Computadora. PC. Notebook, Netbook. Analfabetismo digital. Dónde estudió (CABA, provincias). Escuela pública, escuela privada. Nivel intelectual. Manejo de matemáticas, lectura fluida o no, comprensión de texto, faltas de ortografía.

Discriminación: Se ha sentido discriminado (por villero, por extranjero, por inculto, por pobre, por su sexualidad). Ha tenido falta de oportunidades (descripción de situaciones, confirmar si posee DNI). Rechazos laborales por tener dirección en villa, lugares de difícil acceso, etc³⁶. Identificar discriminación en casos de mujeres (madres solteras, víctimas de trata). Desarrollar análisis con perspectiva de género. Especial atención en supuestos de niños, niñas y adolescentes. Pueblos indígenas. Población afro-descendiente. Migrantes.

³⁶ Dichos elementos son importantes para generar la comprensión de las circunstancias que conforman la realidad de la persona sometida a proceso. Y para demostrar que quien toma la decisión de realizar una determinada conducta, la toma desde un lugar diferente –en general– al de los operadores judiciales.

Personas privadas de libertad. Personas con discapacidad. Personas, grupos y colectividades LGBTI e intesex. Personas adultas mayores.

Condiciones de detención: Aquí deberán conocerse y profundizarse –entre otras– las cuestiones vinculadas a la atención de la salud, alimentación, visitas, trabajo, educación, requisas, condiciones de alojamiento (infraestructura), sobrepoblación y hacinamiento, intentos de suicidios (ideas suicidas, autoagresión), traslados, calificaciones, lesiones producidas por otros internos o por personal penitenciario. Dificultades para acceder a la justicia.

Desde luego que esta enumeración configura un esquema trabajo abierto, y que deberá adaptarse a las características de cada caso en particular. Sin perjuicio de lo cual, el objetivo es que a partir del análisis del mismo los operadores cuenten con una guía de las principales cuestiones que deberán probarse para acreditar la situación o la condición de vulnerabilidad de la persona sometida a proceso. Y considero que éste trabajo podrá alcanzar mejores resultados si se desarrolla a partir de una audiencia personal llevada a cabo bajo los parámetros aquí propuestos.

16. COMPENSACIÓN POR DAÑOS SUFRIDOS EN EL ÁMBITO CARCELARIO

Continuando con el análisis de aquellas temáticas que pueden tratarse o derivar de las audiencias personales, es momento ahora de abordar el instituto de la compensación o reparación.

La información que acredite un determinado daño sufrido por una persona privada de libertad puede ser obtenida por diversos medios (denuncia efectuada por la propia víctima, por familiares, por la defensa, etc.). Sin embargo, y tal como afirmamos en estas líneas, una fuente relevante de esa información puede estar dada por la audiencia personal.

Por supuesto que una vez que se obtenga esa información, el siguiente desafío estará conformado por el destino de la misma. Y en ese sentido, más allá del recorrido jurídico que pueda tener la denuncia, e incluso la eventual sanción a los responsables de la producción del daño (lesiones, tratos crueles, inhumanos o degradantes, discriminación, etc.), sin duda se impone una solución vinculada con la compensación de esa afectación³⁷.

El problema jurídico que plantea Vacani (2015) es el siguiente: la pena de prisión se cuantifica en todos los casos de manera abstracta, como privación temporal de la libertad ambulatoria, y ello más allá de que durante ese tiempo de detención se hayan aplicado tratos prohibidos constitucionalmente (art. 5.2 CADH y art. 7 PIDCP).

Como consecuencia de ello, en la práctica jurídica, el encarcelamiento es restricción de libertad ambulatoria aún cuando producto de las condiciones de encierro carcelario, el trato

³⁷ En nuestro medio, la idea central fue expuesta por Zaffaroni (1992) y Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000, 126, 901 y 954; 2009, 114/115, 711 y 744). Sin embargo, el mayor desarrollo de esta cuestión fue alcanzado por Vacani (2015); se trata de su tesis doctoral, dirigida precisamente por Zaffaroni. Y puede consultarse también Zaffaroni (2012).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

punitivo ha superado esa medida de castigo, en razón de haber sido arbitrario en diferentes ocasiones durante ese período.

Por lo tanto, la pena prisión, pese a provocar diferentes condiciones de maltrato físico y psicológico, es computada de una manera no respetuosa en cuanto a la protección de los derechos humanos, y ello así porque asimila un castigo más gravoso a uno legal.

En definitiva, reduce el proceso de cuantificación (art. 24 CP)³⁸ a una operación exclusivamente matemática, soslayando toda circunstancia vinculada con el trato punitivo.

Se advierte claramente el fenómeno del ocultamiento de la violencia al no tenerse en consideración cuando a una persona privada de libertad se le hayan aplicado tratos arbitrarios, y en consecuencia, haya sufrido lesiones concretas a bienes jurídicos protegidos por la Constitución Nacional.

En su obra, Vacani desarrolla las formas que asumen los tratos arbitrarios que puede sufrir una persona en prisión, y a partir de ello define un método que permita introducir esa calidad de punición en una forma concreta de cuantificación legal.

En definitiva, se busca generar un quiebre en el cómputo, que se reduce al plazo cronológico, y así establecer un cambio que refute la identidad “prisión/privación de libertad”, tal como viene dado hasta la actualidad.

La importancia de este esquema es que permite al agente jurídico obtener un conocimiento sobre la relación del ambiente y comprender qué ha significado el encierro carcelario en la persona (de allí la vinculación fundamental que presenta con la audiencia de *visu* y la importancia que ésta sea tomada de manera eficaz y responsable), y desde esa comprensión pensar el tiempo de prisión en forma no lineal (o cronológica o cuantitativa), sino *cualitativa*, definiendo sus diversas características como tiempo existencial.

La tesis en cuestión analiza y desarrolla el trato arbitrario y define un registro de aquellas prácticas punitivas que clasifica en tres categorías de violencia: estructural, activa e interna; las cuales resultan variables y sujetas a ampliación.

Luego define un método específico que permite traducir esos tratos arbitrarios a una cantidad de pena ilícita que fuera compensable a la pena formal aplicada como resultado de la sentencia; y así concluye que el encarcelamiento aplicado mediante tratos arbitrarios no es equiparable a la duración cronológica ni a la restricción de la libertad ambulatoria y, por ende, supone una medida de mayor valor, que se presenta cualitativa, en tanto sujeta a variaciones constantes y contenidos lesivos diversos que deben ser compensados.

³⁸ Debe tener en cuenta que Vacani se refiere en este tomo de su obra a la prisión preventiva, pero sus conceptos y conclusiones son aplicables a todo cumplimiento prisión, sea en su modalidad preventiva o como cumplimiento de pena firme.

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

En definitiva, la prisión preventiva (o la pena en su caso) no sólo es computable, sino también compensable a la pena cuando, durante su transcurso temporal la persona ha sido pasible de uno o varios tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Esta tesis, que en principio se dirige a la prisión preventiva, es absolutamente aplicable al cumplimiento de la pena impuesta por sentencia firme y será –por ejemplo a partir de un nuevo cómputo– donde deba verificarse la compensación por tratos arbitrarios aplicados durante el encierro. Como veremos al momento de analizar algunos precedentes jurisprudenciales, esa compensación puede aplicarse también a partir del otorgamiento de algún derecho durante el cumplimiento de la pena, por ejemplo, libertad asistida o arresto domiciliario.

Ello es en definitiva una manera de hacer operativa la prohibición constitucional de tratos arbitrarios (art. 5.2 CADH, art. 7º PIDCP y art. 9º DDHC).

Una de los principales desafíos que presentaba este sistema consistía en la determinación del tiempo que correspondía compensar o descontar de la pena a una víctima de tortura. Y por ello se ha establecido un mecanismo para compensar en concreto el daño sufrido. Es así que una vez identificado el trato arbitrario durante el transcurso cronológico del encarcelamiento, se procede a individualizar los derechos afectados por dichos tratos arbitrarios. Esos derechos afectados representan bienes jurídicos concretos que resultan protegidos constitucionalmente y, en razón de su jerarquía, son valorados por la norma penal.

Entonces, se tiene en cuenta la jerarquía del derecho lesionado, como así también la magnitud de la lesión provocada de acuerdo a las propias cualidades de este trato.

Como consecuencia de ello, se afirma que la individualización del monto compensatorio tiene como punto de partida el marco penal aplicable del bien jurídico más afectado por el trato punitivo, mediante el principio de absorción³⁹. Así en el caso de un caso de lesión grave, ese parámetro estará fijado en una escala de 1 a 6 años.

Sin duda, el encarcelamiento ha dejado de ser una mera restricción temporal de la libertad ambulatoria. En la actualidad la cárcel se caracteriza por la verificación de fenómenos como la sobrepoblación y el hacinamiento, el déficit en la atención de salud, la falta de cupo laboral y educativo, las pésimas condiciones edilicias, la mala alimentación, el maltrato a la visita, los traslados arbitrarios, las calificaciones infundadas, las requisas violentas, los golpes, las humillaciones, en definitiva, la tortura⁴⁰. Es por ello que debe compensarse cada caso en particular, es decir, por la forma concreta en que ha cumplido su detención.

³⁹ Es decir, se aplica la pena mayor en razón de que dicha pena absorbe a las menores.

⁴⁰ Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos: detectó durante 2017 a 1.408 víctimas que sufrieron 5.328 hechos de tortura o malos tratos. El RNCT fue creado en la República Argentina en el año 2010 por acuerdo inter-institucional entre la Procuración Penitenciaria de la Nación, el Comité contra la Tortura de la Comisión por la Memoria de la provincia de Buenos Aires, y el Grupo de Estudios sobre Sistema Penal

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

En esta tarea, la función de la defensa es esencial, pero también la del resto de los operadores jurídicos, y de allí la relevancia que asume la audiencia *de visu* como espacio adecuado para la relevación de estas cuestiones vinculadas con el trato arbitrario, todo ello con el objetivo de compensar aquellos tratos ilegales que la persona ha sufrido en prisión.

Y aquí se aporta un modo concreto de valorar en tiempo mensurable aquella medida mayor de castigo.

Se trata en definitiva de la determinación de las consecuencias jurídicas de la violación del derecho fundamental de todo encarcelado a recibir un trato digno en prisión. Ello a fin de evitar que la cárcel no cause un mal mayor que la imposición de la pena material: la prisión preventiva no sólo es computable (art. 24 CP), sino compensable a esa pena formal, siendo ello derivación necesaria de las lesiones causadas a bienes jurídicos que protege la cláusula de prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴¹.

En conclusión, cuando el trato punitivo aplicado ha sido arbitrario, se supera la restricción formal que implica la privación temporal de la libertad ambulatoria. En estos casos, se debe determinar la cantidad y entidad de las lesiones causadas a fin de cuantificarse esa coerción ilícita y luego compensarse a la pena formal. Dicho procedimiento es la respuesta jurisdiccional que la ley constitucional exige.

El hecho de que una persona detenida haya sufrido tratos arbitrarios durante el cumplimiento de prisión preventiva o de pena, conlleva a que necesariamente deba aplicarse una consecuencia compensatoria que, en forma reparatoria y correctiva implique el respeto y la operatividad de los principios de legalidad, proporcionalidad y prohibición de doble punición.

Sin duda la aplicación de tratos prohibidos en el ámbito carcelario expresa una cantidad de castigo que excede la restricción temporal de la libertad ambulatoria y exige su compensación. De no hacerlo se estarían avalando penas ilícitas cuantificadas como legales.

17. EL INSTITUTO DE LA COMPENSACIÓN Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Sin perjuicio de los conceptos que dan fundamento a este instituto, es importante ver su reflejo en el ámbito de la jurisprudencia.

y Derechos Humanos del Instituto Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

⁴¹ Se refiere a la prisión preventiva porque precisamente es dicha medida cautelar la que se estudia en este trabajo, sin perjuicio de que la compensación se aplica respecto de todo daño padecido por la persona encarcelada sea en prisión preventiva o en etapa de cumplimiento de pena firme.

Existen varios fallos que, con diferentes argumentos, muestran un avance en el sentido de lograr una reparación mínima, en tiempo vivencial, ante la constatación de un determinado daño en la persona sometida a privación de libertad⁴².

En los últimos tiempos se han verificado precedentes muy importantes con relación a esta temática. Por ello me parece importante destacar con mayor profundidad algunos de esos fallos en los que se han receptado aquellos conceptos vinculados con el instituto de la compensación⁴³.

“NÚÑEZ”

Se trata del fallo dictado por la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional⁴⁴. Y para reseñar sus antecedentes, cabe señalar que el TOC n° 27 de CABA condenó a Núñez a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, y le impuso la pena única de once años de prisión, comprensiva de la pena referida, y la de siete años y seis meses de prisión, que le fuera impuesta por el TOC N° 3 de San Isidro.

La defensa pública interpuso recurso de casación al considerar que Núñez había sufrido torturas mientras cumplía la pena impuesta por el Tribunal de San Isidro⁴⁵, y que ello debía verse reflejado mediante una disminución en el monto de la pena única.

⁴² Cfr. Vacani (2015, 506). Así, puede citarse el precedente de la Sala I de la Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en el caso “S., F. A. s/Hábeas corpus”, del 26/02/2013. Y antes de ese fallo, merecen destacarse los siguientes: TCPBA, Sala I, causa n° 49.286 y ac. 55.535, “R. L., H. s/hábeas corpus”, de fecha 18/02/2013; TCPBA, Sala I, causa 44.029, “B., J.C. s/recurso de queja (art. 433 del C.P.P.)”, de fecha 19/12/2011; CFCP, Sala I, causa n° 12.201, “P., D.”, del 02/11/2010; CFCP, del voto del juez Madueño; CFCP, Sala IV, “S., G.F. s/recurso de casación”, del 30/11/2010; CFCP, Sala IV, causa n° 12.393, “R. S., M. s/recurso de casación”, reg. N° 15.351.4, sentencia de fecha 17/08/2011; Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3 a cargo del juez Axel López, causa n° 133.463 “C.D.J.”, de fecha 22/01/2013; Tribunal N° 1 de Necochea, causa n° 4884-0000, “Villafañe Damián”, de fecha 6/13, publicado en <http://www.pensamiento penal.com.ar/sites/default/files/2013/06/ejecución08.pdf>; CFCP, Sala IV, causa n° 8557, “Roa, Jorge Alberto s/recurso de casación” (reg. n° 10.559.4), rta. el 17/06/2008; Juez Penal de Trelew, Pcia. de Chubut, causa n° 506/08, “U. E., Emanuel”, de fecha 4/11/2008; Jueza Penal de Trelew, Pcia. de Chubut, causa “F. J.” (carpeta 505, Legajo 3997), sentencia de fecha 24/11/2008.

⁴³ Es importante destacar que en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, se ha dictado la Resolución DGN N° 928-2019, por la cual se recomienda a los defensores públicos a renovar o agilizar los pedidos de libertad, o morigeración de la situación de encierro, a partir de la evaluación de las deficientes condiciones carcelarias, reconocidas por el propio Estado en su “declaración de emergencia en materia penitenciaria” establecida por Resolución N° 184/2019 del Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

⁴⁴ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 3, causa 56449/2013/TO1/CNC2 (reg. 451/2015), 11 de setiembre de 2015 (jueces Luis Fernando Niño, Pablo Jantus y Mario Magariños).

⁴⁵ Mientras Núñez se encontraba cumpliendo la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, en el Complejo Federal de Jóvenes Adultos de Marcos Paz, fue víctima de un hecho violento protagonizado por funcionarios del Servicio Penitenciario Federal. La denuncia sobre ese suceso se trató en la causa n° 2838 del Tribunal Oral Federal n° 1 de San Martín, el que el 30 de junio de este año decidió condenar, por sentencia no firme, a los agentes penitenciarios que tomaron parte en dicho evento.

En lo que aquí interesa, el tribunal federal tuvo por acreditado que el 16 de julio de 2011, cuando el imputado fue trasladado por la sección requisada a una oficina donde se inició una golpiza en la que le aplicaron

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Al momento de resolver, la Casación⁴⁶ confirmó la condena impuesta por el TOC 27, pero, además, reconoció que lleva razón el reclamo emitido por la defensa respecto de la unificación de penas.

Afirmaron los jueces que emitieron el voto mayoritario que la acreditación de la imposición de torturas al encausado Núñez, en ocasión de hallarse detenido a disposición del tribunal bonaerense de referencia, debe traducirse en una reducción de la pena que le restaba cumplir en virtud de aquel proceso, como medida paliativa de la enorme lesión al Estado constitucional de Derecho que dicha realidad puso al descubierto.

Se trata –según dijeron– de una pena cruel que fue sufrida por el condenado en circunstancias en que se hallaba sujeto a la autoridad penitenciaria, razón por la cual el órgano judicial debe tomarla debidamente en cuenta para decidir el conflicto,

...porque no puede sostener que lo prohibido no existe ni confundir lo que debió ser con lo que realmente fue [...] no por prohibidas dejan de ser penas. Se trata de un efectivo dolo punitivo que debe descontarse del que se autoriza jurisdiccionalmente, so pena de incurrir en doble punición y consiguiente crueldad⁴⁷.

Se afirmó también que los padecimientos que el Estado le provocó Núñez mientras se encontraba cumpliendo una condena, tienen un trascendente significado sobre la legitimidad de esa condena y, que, por ende, correspondía analizar dicho punto en la sentencia puesta en crisis, como reclamó la defensa.

Manifestaron que varias normas supranacionales, incorporadas a nuestra Carta Magna, como la Convención sobre la Tortura, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y las recomendaciones de los respectivos órganos de aplicación, así como fallos de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, constituyen un plexo jurídico que obliga a los Estados parte, a través de todos sus funcionarios y a los magistrados, a tomar todas las medidas necesarias para impedir que se produzcan hechos como los mencionados, así como a considerar sus consecuencias cuando se lleven a cabo.

organizadamente toda clase de golpes, mientras se hallaba sujetado con las esposas colocadas en manos y pies y a su vez enganchadas entre sí; en esas circunstancias le aplicaron golpes de puño, bastonazos, puntapiés, patadas, pisadas en el rostro con los borcegués, golpes en los tobillos; lo quemaron con encendedores en los pies y piernas y fue arrastrado –porque no podía caminar– hasta los “buzones” y bañado al menos en tres oportunidades con agua fría, además de haberle rozado con un bastón por sobre las ropas, en la región anal. Tras ello, con las tres esposas colocadas, lo trasladaron a un cuarto de paredes acolchonadas y lo dejaron media hora tirado en el piso desnudo. Poco tiempo después, tras haber sido revisado por un enfermero y un médico, tuvo que ser trasladado a un hospital extramuros. Se constataron múltiples lesiones, que incluyeron fracturas en los pies, tres quemaduras y diversos hematomas en el rostro y las piernas.

⁴⁶ Voto de los jueces Luis Niño y Pablo Jantus.

⁴⁷ Con cita de Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000, 126).

Aclararon que aunque la sentencia del Tribunal Oral Federal de San Martín no se encuentre firme⁴⁸, es incuestionable a esta altura la materialidad del suceso, porque se constataron oficialmente las graves lesiones sufridas por el imputado, como así también que ellas fueron producidas mientras se encontraba detenido en una unidad carcelaria. También, que las lesiones fueron provocadas después de que el encartado fuera sacado de su celda por personal de requisa del servicio penitenciario. Así las cosas, los graves hechos de tortura sufridos por Núñez, deben ser ponderados a la hora de graduar la sanción a imponer en estas actuaciones.

Por ello, en virtud de las torturas padecidas por el imputado mientras cumplía una de las condenas que ahora se unifican –cometidas en un establecimiento carcelario y por parte de funcionarios estatales– los fines que gobiernan la pena de prisión han quedado desvirtuados en la ejecución de esa sanción penal, porque todo el régimen de progresividad previsto constitucional y legalmente que tiene en mira la resocialización, se destruye por la irracional violencia aplicada por el Estado a través de sus agentes en el marco de ese proceso de ejecución de la pena. Dicho de otro modo, el proceso de progresividad propio de la ejecución penal, que con fines de prevención especial positiva, aspira a la futura incorporación del condenado en la convivencia pacífica en sociedad, supone y exige el fiel cumplimiento de las normas que rigen el tratamiento con los detenidos por parte del Estado.

Como en el caso ello no ha sucedido, y puesto que Núñez fue sometido a una feroz golpiza que le provocó graves lesiones, la regularidad de la condena que cumplía ha quedado cancelada y ello debe ser tenido en cuenta a la hora de graduar la nueva pena única a imponer, puesto que la intensidad de intervención estatal en la vida del condenado se ha exorbitado de tal forma que debe ponderarse de manera significativa a la hora de evaluar el monto de la pena única que incluye aquella condena.

En virtud del voto de la mayoría, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal resolvió confirmar la condena impuesta a Brian Oscar Núñez a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, imponer a Núñez la pena única de siete años y seis meses de prisión.

“REYNA”

Otro de los precedentes que resulta interesante examinar es el resuelto el 2 de junio de 2016 por la Sala I del Tribunal de Casación Penal⁴⁹.

Reyna se encontraba cumpliendo una pena de seis años y ocho meses de prisión por el delito de robo agravado⁵⁰. En el marco del cumplimiento de esa condena, fue sometido a

⁴⁸ El tercer voto corresponde al juez Mario Magariños, quien no acompañó el criterio de sus colegas por entender que la sentencia contra los agentes penitenciarios debería encontrarse firme.

⁴⁹ Causa 75.213, caratulada “Reyna”.

⁵⁰ Impuesta por el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial de San Nicolás.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

tortura y abuso sexual, y la defensa del nombrado solicitó la libertad asistida anticipada a la libertad condicional, petición que fue denegada por el juez de ejecución penal, y confirmada dicha denegatoria por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Nicolás.

Contra dicha resolución la Defensa Oficial dedujo recurso de casación agravándose porque el *a quo* no consideró los daños sufridos por Reyna como una pena ilícita que torna desproporcionada a la legalmente impuesta, en violación al principio de prohibición de doble punición y de torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Resulta fundamental tener en consideración que las agresiones sufridas por Reyna habían sido denunciadas en un hábeas corpus resuelto favorablemente por el juez de ejecución penal⁵¹. Y el examen médico ordenado en el marco de esa acción constató “dolor e hipoacusia de oído izquierdo,...perforación timpánica, sangre seca en perforación y conducto auditivo externo [e]dema de miembro inferior izquierdo y pie izquierdo [y] heridas en tobillo izquierdo...”.

Expresaron entonces los jueces de la Casación que de acuerdo a los hechos denunciados por Reyna en la acción de habeas corpus y lo comprobado en la misma, de acuerdo con lo emanado de la resolución final, el castigo sufrido por el nombrado por no haber querido ducharse debe calificarse como tortura.

El Estado es garante de la vida y la seguridad de las personas que se hallan sometidas a prisión cautelar o en virtud de una condena firme, ya que su grado de vulnerabilidad⁵², y situación le impiden preservar adecuadamente sus derechos. El Poder Judicial, como uno de los tres poderes del Estado, no puede omitir su deber de impedir cualquier acto de tortura o tratos crueles o inhumanos⁵³, de investigarlo⁵⁴, detener a sus ejecutores⁵⁵, y, si procediera, condenarlos⁵⁶.

⁵¹ En dicha oportunidad se describieron las agresiones padecidas por el interno: “A las 7:15 hs. del día 20 de febrero [de 2015] lo despiertan para ir a ducha el aclara que no quería ir y el encargado del pabellón n° 3 (...) lo saca de la celda por la fuerza y lo agrede a golpes de puño en la cabeza en la oreja(...) y el mismo encargado (...) llama a la guardia y la guardia ingresa al pabellón dando disparos de goma, los que le dan en las dos piernas, precisamente en los tobillos, todos lo agrede(n) (...), le ponen (...) las esposas y lo llevan (...) hasta la sala de abogados, arrastrándolo y le seguían pegando. Y luego en la sala de abogados (...) continuaron pegándole, (...) tocándole con el dedo en [el] ano por arriba de la ropa y apoyándole el pene en la cara, lo insultaba diciéndole (...) ‘puto’ y (...) le pega una patada en la cara cuando el dicente se encontraba en el piso. El que le pegó fuerte en el oído fue Hereñu (sic). Que desde que lo golpearon estuvo 5 días sin recibir atención en sanidad, que solo lo vio un enfermero. Recién lo vio un médico cuando le presentaron el Habeas Corpus...”.

⁵² Corte IDH en el caso “Bayarri v. Argentina”, 30/10/2008, párr. 67.

⁵³ Art. 2.1, Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

⁵⁴ Arts. 6.2 y 12, Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

⁵⁵ Art. 6.1, Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

⁵⁶ Art. 4, Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

Que las lesiones a las que fue sometido Reyna –pericialmente acreditadas–, son fruto de actos de tortura en el contexto de la ejecución de la sanción penal que oportunamente le fuera impuesta y ello debe encontrar reflejo en el tratamiento penitenciario que viene desarrollando Reyna, tal como lo propiciara su defensa técnica.

Y así manifestaron que en lo relativo al tiempo de prisión padecido por una persona, debe diferenciarse: un *tiempo cronológico o dimensión cuantitativa*, ligado a las reglas temporales⁵⁷, y manifestado a través del establecimiento de una sanción penal precisada en años, meses o días en una sentencia; de un *tiempo vivencial o dimensión cualitativa*, que no repara en el aspecto calendario, sino en las vivencias del sujeto sometido a encierro.

Es este último aspecto el que solicita la defensa oficial sea apreciado. Si la pena debe ser proporcional a la magnitud del injusto y a la culpabilidad del autor, tal principio se infringe cuando su ejecución se torna cruel o inhumana.

Afirmó que mal podría pretenderse que el régimen penal fortalezca la “*dignidad humana*” del condenado⁵⁸ mediante tratos crueles, inhumanos o degradantes de parte de quienes funcionalmente lo tienen a su cargo, sea por acción u omisión.

Y concluyó que cuando el detenido ha sufrido actos de torturas o maltratos durante su encarcelamiento, ello no puede omitirse en la cuantificación de la sanción penal en la sentencia o, como en el caso de autos, en cuestiones vinculadas a la ejecución⁵⁹.

En casos de esta magnitud resulta imprescindible su reparación. Así lo establece la Convención contra la Tortura: “Todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible...”⁶⁰.

De manera similar, se ha dispuesto que

...cuando se demuestre que un acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes han sido cometidos por un funcionario público o a

⁵⁷ Arts. 77 del Código Penal y 6 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁵⁸ Art. 5 de la ley 12.256.

⁵⁹ Tales actos delictivos padecidos por Reyna en lo que debió ser un tratamiento legal y digno tendiente a su reinserción social (arts. 5.6 CADH y 4° de la ley 12.256), implicaron una crueldad y la deshumanización del mismo que no puede dejar de considerarse. El propio Estado trastocó todo el sentido de “progresividad” en la ejecución de la pena, y con ello –a partir de infraccionar el deber de protección– desvirtuó, en este caso concreto, el programa de integración social.

⁶⁰ Art. 14, inc. 1°.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

instigación de éste, se concederá a la víctima reparación e indemnización, de conformidad con la legislación nacional⁶¹.

Como puede vislumbrarse, las normas internacionales distinguen la indemnización, de neto corte económico, de otras formas de reparación, lo que incluye vías como la que se propician.

En línea con ello, la Convención Americana prescribe que, ante la constatación de una lesión a un derecho o libertad, la Corte Interamericana “dispondrá..., si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”⁶².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado, de modo amplio, que “las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas”⁶³, lo que excede lo pecuniario para incursionar en vías de distinta índole⁶⁴.

La pena recaída tras la sentencia firme, debe ser expresada de modo lineal (cronológico), fijando la extensión máxima de la intervención punitiva estatal. Pero sin duda, ello implica el cumplimiento regular de la misma, aventando toda posibilidad de actos que la tornen en una pena cruel, inhumana o degradante. Cuando así sucede, es ineludible atender a esta faceta existencial recomponiendo la situación violatoria de derechos del penado o detenido, o reparando sus efectos, siempre que sea posible, del modo más aproximado a una plena restitución⁶⁵.

Los jueces entendieron que el otorgamiento de la libertad asistida funcionaba en el caso como una forma de reparación ante los hechos de torturas a los que fue sometido Reyna en el interior de un establecimiento penitenciario, donde el Estado no ha logrado cumplir con su deber de indemnidad.

Por lo expuesto, en atención al deber de reparar los actos de tortura sufrido por Reyna en el marco de su tratamiento penitenciario dentro de una Unidad del Servicio Penitenciario

⁶¹ Art. 11 de la resolución 3452 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de fecha 09/12/1975, “Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”.

⁶² Art. 63.1.

⁶³ Corte IDH, “Trujillo Oroza v. Bolivia”, Reparaciones y Costas, 27/02/2002, párr. 63.

⁶⁴ Por ej., lo decidido en el caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala”, Reparaciones, 26/05/2001, párrs. 102 y 103.

⁶⁵ Corte IDH, caso “Trujillo Oroza v. Bolivia”, Reparaciones y Costas, cit., párr. 61. Incluso para evitar una sanción internacional.

Bonaerense, los magistrados hicieron lugar al recurso interpuesto por la defensa oficial y dispusieron la libertad asistida del nombrado⁶⁶.

“BRITOS”

Y finalmente, merece destacarse la sentencia dictada por el Juzgado de Ejecución Penal n° 3 en el marco de la causa “Britos”⁶⁷.

Britos cumplía una pena única de trece años de prisión⁶⁸. Durante el transcurso de esa condena, y en el marco de otra causa, el juez a cargo del Juzgado Federal n° 7 decretó el procesamiento⁶⁹ de dos agentes penitenciarios por torturas agravadas en perjuicio del nombrado Britos.

Asimismo, dicho magistrado federal remitió copias de la mencionada resolución a la sede del juzgado de ejecución, a los efectos de que se valore la posibilidad de instrumentar **medidas de reparación respecto de la víctima**. El fundamento de esa medida radicó en lo prescripto por el Protocolo de Estambul, en cuanto a la necesidad de “asegurar que toda víctima de tortura obtenga reparación e indemnización adecuadas...”.

A raíz de ello, la defensa oficial solicitó –entre otras cuestiones– que Britos sea incorporado al régimen de libertad asistida.

Si bien la Fiscal se opuso a lo requerido por su contraparte, consideró que “...la permanencia en detención carcelaria de Britos lo expone a situaciones de una gravedad inusitada, haciendo que su integridad personal y su vida enfrenten un riesgo de irreparable daño ulterior”. Afirmó que, “...sin lugar a dudas se han agravado las condiciones de detención en las que se encuentra Britos...”, lo que implica, a criterio de la fiscal, la necesidad de “...viabilizar una alternativa a la prisión a fin de que su encierro en prisión no se convierta en un trato indigno o cruel...”. Por ello, estimó que “...una respuesta viable al caso que nos ocupa resultaría la prisión domiciliaria conforme lo regula el art. 32 inciso c) de la ley 24660”.

La defensa mantuvo sus pretensiones originales y, en subsidio, adhirió a lo dictaminado por la fiscalía, en cuanto a la incorporación del causante al régimen de prisión domiciliaria.

El magistrado de ejecución señaló que se presenta en el caso una suerte de acuerdo entre las partes en relación a la posible incorporación de Britos al régimen de prisión domicilia-

⁶⁶ Arts. 18 y 75 inc. 22° CN; 2, 8.2.h y 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes.

⁶⁷ Juzgado de Ejecución Penal N° 3, “Britos”, legajo N° 130.321, 8 de marzo de 2018.

⁶⁸ Tribunal Oral en lo Criminal N° 26, causa 3549.

⁶⁹ 29/12/2017, causa 3261/16.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

ria⁷⁰, sobre la base de que su actual detención podría constituir un trato indigno o cruel lo que, de algún modo, genera la aparición de la motivación prevista en el art. 32, inc. c), de la ley 24.6600. De hecho, tal pretensión permite solventar los dos aspectos debatidos en la incidencia; por un lado, **disponer la compensación sugerida por el magistrado federal ya que, obvio es decirlo, la detención domiciliaria es mucho más benigna que la carcelaria**; por el otro, cumplir con la necesidad de garantizar de modo real la integridad física y psicológica del condenado al extraerlo de una institución que, por ser total, podría conllevar la revictimización del causante.

En tal sentido, el magistrado entendió que el dictamen fiscal era razonable y fundado, y se ajustaba a la normativa legal aplicable. Por lo que resolvió incorporar al interno Britos al régimen de la prisión domiciliaria.

Desde luego, entiendo que la decisión judicial comentada adquiere una extraordinaria relevancia, y ello así por varios motivos. En primer lugar, debemos destacar la actitud asumida por el magistrado federal al remitir las actuaciones al juez de ejecución a fin de que se procure la reparación/compensación por los daños generados al Sr. Britos como consecuencia de las torturas recibidas por parte de funcionarios del Servicio Penitenciario Federal. Desde luego que no es menor la referencia que dicho magistrado efectúa respecto del Protocolo de Estambul (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 2004). También es importante señalar la posición asumida por la representante del Ministerio Público Fiscal al proponer –y compartir luego la defensa oficial– la prisión domiciliaria como una medida razonable para evitar que su detención se convierta en un trato indigno y cruel. Y finalmente, por supuesto que es necesario subrayar la decisión adoptada por el magistrado de ejecución al otorgar judicialmente dicho arresto domiciliario.

18. PALABRAS FINALES

Tal como refiere el mismo título de este trabajo, la audiencia *de visu y auditus* constituye una herramienta eficaz para garantizar los derechos humanos de aquellas personas que se encuentran alojadas en los diferentes establecimientos penitenciarios.

Pero dicha audiencia es fundamental no sólo como requisito para que los jueces puedan aplicar –en caso de corresponder– una pena proporcional y adecuada a los parámetros expuestos en los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Entrevistas de esa naturaleza están llamadas hoy a integrarse con un contenido más amplio, y que permita alcanzar un estado de mayor respeto por la dignidad de las personas privadas de libertad.

⁷⁰ Hizo hincapié en el efecto vinculante que posee el dictamen fiscal respecto de la decisión jurisdiccional, señalando que compete a los agentes de ese Ministerio Público Fiscal representar los intereses de la sociedad en la ejecución de esa pena, y procurar que ésta se ejecute de acuerdo a los principios constitucionales y conforme a la ley que la rige.

Es que la cárcel continúa siendo una de las instituciones sociales más cerradas en cuanto a la trasmisión de las circunstancias y datos que se verifican en su interior; constituyendo un espacio de continua y sistemática vulneración de derechos personales (Procuración Penitenciaria de la Nación, 2017).

Siendo ello así, y comprobada la permanente comisión de actos de tormentos (Procuración Penitenciaria de la Nación, 2018) no existe otra alternativa que continuar buscando caminos tendientes a prevenirlos o, en su defecto, compensarlos⁷¹.

Se ha demostrado que el acceso a la información es insuficiente a través de los canales tradicionales. De allí que si no son los funcionarios públicos quienes establecen un contacto directo con las irregularidades verificadas en el interior de los establecimientos, debemos reflexionar acerca de la importancia que adquiere la realización de audiencias personales con el contenido aquí propuesto, y ello a fin de que sean las propias personas detenidas quienes comuniquen, en un escenario propicio y bajo adecuadas reglas de interacción, aquellos actos prohibidos que los han tenido como víctimas.

Es por ello que en este estudio, luego de describir las líneas principales del precedente jurisprudencial que nos ha servido de disparador (fallo “Niz” y sus citas), y de describir el fundamento jurídico del mismo, basado en el derecho constitucional a ser oído, intentamos dotar a la audiencia personal de formas y contenidos particulares, tendientes a respetar los derechos de las personas detenidas. Y en concreto, a generar un espacio de valoración irrestricta por la dignidad del ser humano privado de libertad a fin de que cuente con la posibilidad de expresar las conductas que han afectado sus derechos personales.

De tal manera, se pretende no sólo conocer dichas circunstancias, sino básicamente, tener la posibilidad de identificar las situaciones de profunda vulnerabilidad en que se encuentran determinadas personas, y además, alcanzar un resultado jurídico específico vinculado con la compensación o la reparación de esas conductas negadoras de la dignidad humana.

Desde luego que ninguna de estas propuestas alcanzará el resultado pretendido sin la voluntad, el compromiso y la predisposición de los actores vinculados a esta tarea. También es verdad que nos encontramos transitando uno de los momentos de mayor gravedad en cuanto a la afectación de los derechos humanos de las personas detenidas, fundamentalmente como consecuencia de la sobrepoblación y el hacinamiento que se verifican en la mayor parte de las cárceles de nuestro país.

⁷¹ Con ese objetivo, existen proyectos novedosos como el ideado por Iñaki Rivera Beiras: Sistema de Registro, Alerta y Comunicación de la violencia institucional (SIRECOVI). El cual ya fue puesto en funcionamiento en Cataluña, y se encuentra basado en la construcción de un dispositivo útil para canalizar y enviar noticias sobre torturas y tratos vejatorios en ámbitos de privación de libertad, las cuales, una vez conocidas por el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, y debidamente contrastadas, puedan ser remitidas a las autoridades nacionales e internacionales con competencia en la materia (Rivera Beiras 2017, 181).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

A partir de dicha situación de crisis poblacional, derivan diferentes violaciones a otros derechos vinculados con salud, alimentación, trabajo, estudio, acceso a la justicia, requisas, visitas familiares, traslados, abrigo, calefacción, refrigeración, actividad física, condiciones habitacionales, iluminación natural y artificial, tratamiento penitenciario, calificaciones, etc. Y es que la arbitraria afectación de dichas circunstancias se traduce definitiva y directamente en discriminación, arbitrariedad, violencia y tortura.

Dichas circunstancias son suficientes para seguir trabajando en pos de obtener condiciones, espacios y relaciones más respetuosas de los derechos y garantías de las personas privadas de libertad. Y para ello hay que *abrir e iluminar* la cárcel, y la llave sigue siendo la información.

BIBLIOGRAFÍA

Divito, M. (2007). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Tomo 2. Leonardo G. Pitlevnik (dir.). Buenos Aires: Hammurabi.

International Rehabilitation Council for Torture Victims (2009). La evaluación psicológica de alegaciones de tortura. Una guía práctica del Protocolo de Estambul – para psicólogos. Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Disponible: <https://irct.org/>

Maganto Mateo, C. y Cruz Sáez, S. (2015). La entrevista psicológica. Disponible en: http://www.sc.ehu.es/ptwmamac/Capi_libro/36c.pdf

Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Morrison, J. (2015). *La entrevista psicológica*. México D.F.: Editorial El Manual Moderno.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004). Manual para la Investigación y Documentación eficaces de la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes.

Pitlevnik L. (2008). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Tomo 5. Leonardo G. Pitlevnik (dir.). Buenos Aires: Hammurabi.

Procuración Penitenciaria de la Nación (2017). La situación de los Derechos Humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe Anual 2017. Disponible en: www.ppn.gov.ar.

Procuración Penitenciaria de la Nación. Registro Nacional de Casos de Tortura y/o Malos Tratos. Informe Anual 2018. Disponible en: www.ppn.gov.ar.

Rivera Beiras, I. (2017). *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

Vacani, P. (2015). *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa*. Tomo I: Prisión Preventiva. Buenos Aires: Ad-Hoc, Buenos Aires.

Wexler, D. (2014). *Justicia Terapéutica: Una Visión General*, David B. Wexler?. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2468365> Arizona Legal Studies Discussion Paper N° 14-23. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2468365> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2468365>;

Wexler, D.; Fariña Rivera, F.; Morales Quintero, L.A. (2014). *Justicia Terapéutica: Experiencias y Aplicaciones*. México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales. Disponible en: www.inacipe.gob.mx.

Yohai, M.N. (2018). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Tomo 24. Leonardo G. Pitlevnik (dir.). Buenos Aires: Hammurabi.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E.R. (1994). *Las penas crueles son penas*. Derecho Penal y Criminología.

Zaffaroni, E.R. (2012). *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: Ediar.