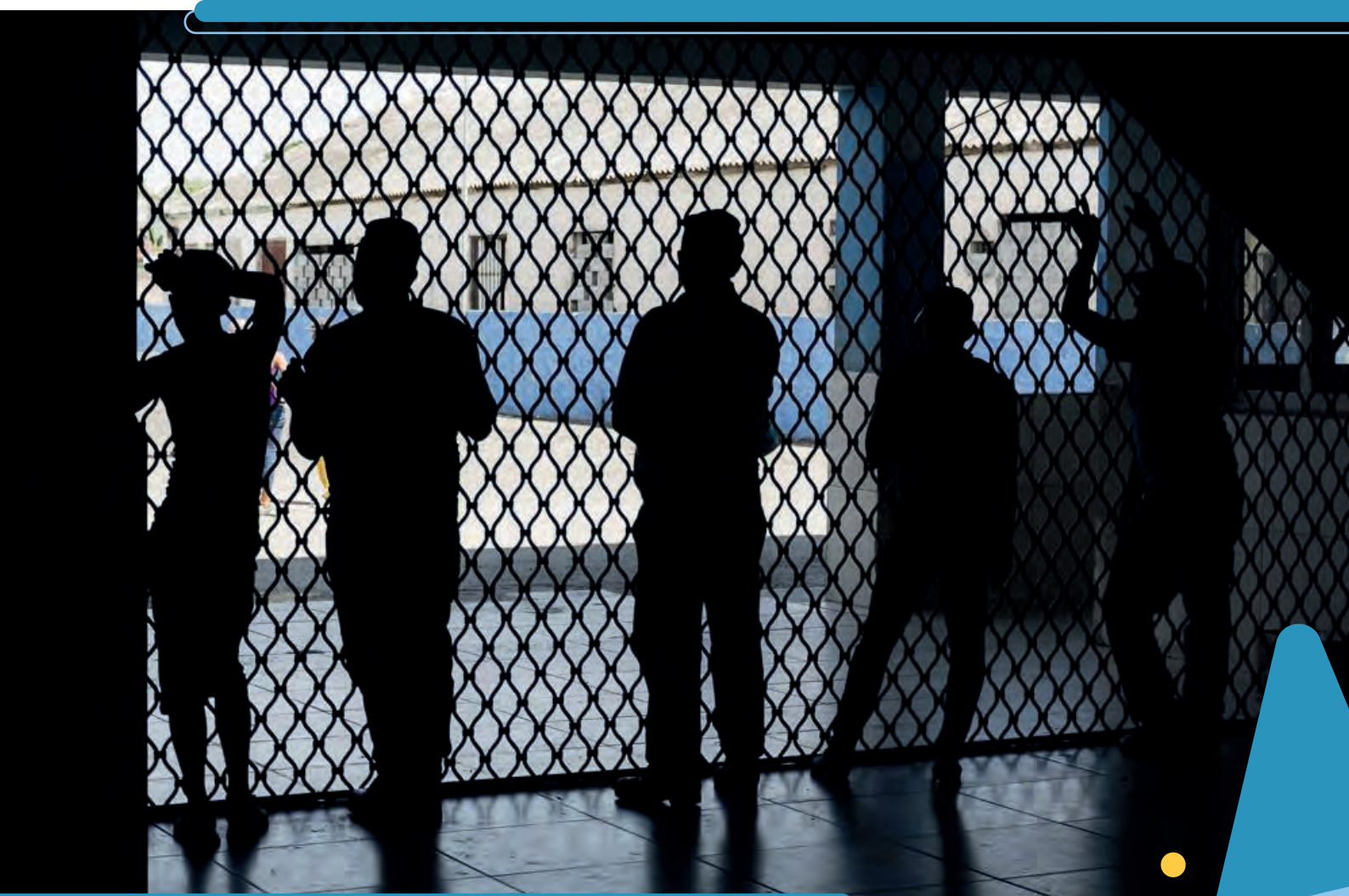




Ministerio Público  
de la Defensa  
República Argentina



# Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación

.....  
La defensa de las personas  
privadas de libertad

---

## ÍNDICE

---

### SECCIÓN I. LA DEFENSA DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

- 9 **El trabajo de la Comisión de Cárcels de la Defensoría General de la Nación**  
*Guillermo Todarello*  
*Leandro Destéfano*

### SECCIÓN II. EXPERIENCIAS NACIONALES

- 17 **Compensación por daños sufridos en el ámbito carcelario y por deficientes condiciones materiales de detención**  
*Guillermo Todarello*  
*Leandro Destéfano*
- 45 **Reflexiones críticas sobre la prisión real y materialmente perpetua en Argentina**  
*Rubén A. Alderete Lobo*
- 67 **Caminos alternativos en materia penitenciaria: revisitando el principio de justicia social**  
*Natalia Ojeda*  
*Andrea Lombraña*  
*Carolina Di Próspero*  
*María Belén Pepe*
- 77 **Hacinamiento carcelario, COVID-19 y resoluciones judiciales: análisis del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires del 11 de mayo de 2020\***  
*Leonardo Pitlevnik*
- 97 **Prisión en domicilio: desafíos y estrategias para la defensa pública en contextos de emergencia**  
*Lisi Trejo*
- 111 **Medidas de prevención y acciones para responder a situaciones de violencia en contextos de encierro. El Sistema Interinstitucional de Control de Cárcels**  
*Lucía Gallagher*
- 125 **La experiencia de la Dirección de Control y Asistencia de la Ejecución Penal: un aporte para pensar la seguridad pública y la prevención de la reiteración delictiva, por fuera de los muros de la cárcel**  
*María Virginia Barreyro*

- 137 **Los padecimientos mentales al interior de la prisión. Abriendo un campo de experiencias**

*Mercedes Rojas Machado*

- 151 **Emergencia carcelaria, sobrepoblación y emergencia sanitaria**

*Marta Monclus Masó*

### SECCIÓN III. EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

- 167 **Estándar interamericano sobre obligaciones en situaciones graves de hacinamiento y sobrepoblación**

*Carlos E. Gaio*

- 181 **El principio de resocialización según la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso López vs. Argentina**

*Martina Gómez Romero*

- 195 **La medida cualitativa de prisión en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comentario a “Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”**

*Pablo Andrés Vacani*

- 211 **Emergencia carcelaria y sanitaria en los sistemas penitenciarios de América Latina. Algunas notas para el caso argentino**

*Alejandro Forero Cuéllar*

### SECCIÓN IV. ENTREVISTA

- 225 **“No vamos a permitir que los jueces pongan sus manitas en las prisiones”**

*Profesor Miguel Sarre*

*Por Rubén A. Alderete Lobo*

*Revista del Ministerio Público de la  
Defensa de la Nación  
Nº15. Noviembre 2020*

*Editora:  
Stella Maris Martínez*

*Director:  
Gabriel Ignacio Anitua*

*Escriben:  
Guillermo Todarello  
Leandro Destéfano  
Rubén Alderete Lobo  
Carolina Di Prospero  
Natalia Ojeda  
Andrea Lombraña  
María Belén Pepe  
Leonardo Pitlevnik  
Lisi Trejo  
Lucía Gallagher  
Virginia Barreiro  
Mercedes Rojas Machado  
Marta Monclus  
Carlos Gaio  
Martina Gómez Romero  
Pablo Vacani  
Alejandro Forero*

*Coordinación:  
Julieta Di Corleto  
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia*

*Diseño y diagramación:  
Subdirección de Comunicación Institucional*

*Foto de tapa:  
“La Espera” de Alejandro Sebastián Comes.  
2º premio - Concurso Fotográfico de la Campaña Reglas Mandela, organizada  
por el Ministerio Público de la Defensa y la Procuración Penitenciaria de la Na-  
ción. Año 2016*

*El contenido y opiniones vertidas en los artículos de esta revista son de exclusiva  
responsabilidad de sus autores.*

*Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina*  
*Defensoría General de la Nación*

*[www.mpd.gov.ar](http://www.mpd.gov.ar)*

*ISSN 2618-4265*

Vale comenzar por una brevísima cronología. En noviembre de 2019, nuestra institución resolvió que el número 15 de esta publicación estaría dedicado a la cuestión carcelaria. Históricamente, la atención de las personas privadas de la libertad había sido un tema sensible dentro del Ministerio Público de la Defensa; sin embargo, hacia fines del pasado año la Defensa Pública enfrentaba nuevos desafíos, vinculados con la declaración de la emergencia penitenciaria decretada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

En enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) advirtió sobre la propagación, a nivel planetario, de un nuevo virus, el Covid-19, y alertó sobre los riesgos de su expansión. Solo dos meses más tarde, ante la pandemia que afrontaba el mundo entero, la Argentina declaró la emergencia sanitaria nacional. Desde entonces, las cárceles se convirtieron en un foco de especial preocupación. A las habituales condiciones de hacinamiento e insalubridad se sumó la necesidad de paliar la propagación del virus Covid-19 al interior de dichas instituciones de encierro.

En ese contexto, signado por la emergencia, se gestó y desarrolló este número de la Revista, en el que muchos autores y autoras escribieron sus contribuciones, de cara a un escenario de grandes retos en materia carcelaria. Ya en la primera sección, dos integrantes de la Comisión de Cárceres del Ministerio Público de la Defensa, presentan el trabajo sostenido realizado incesantemente desde la institución para la protección de las personas privadas de la libertad. Los mecanismos de intervención son múltiples y se implementan para fortalecer y apuntalar la actuación de los/las defensores/as en la gestión de los casos. Y el trabajo coordinado, tanto al interior de la Defensa Pública, como con la colaboración de otros organismos estatales y no gubernamentales, es uno de los valores primordiales de dicho mecanismo institucional, creado hace más de dos décadas.

Manteniendo la estructura de las ediciones anteriores, la segunda sección, “Experiencias nacionales”, está orientada a mapear las múltiples intersecciones que presenta la realidad carcelaria, si se la piensa en términos de vulnerabilidades sociales. Muchas de las personas privadas de la libertad provienen de los sectores más desaventajados de la sociedad o pertenecen a grupos que -en sí mismos- requieren especial atención, como las personas con discapacidad, las mujeres o el colectivo LGBTTT. Los artículos reunidos permiten pensar la prisión desde diferentes perspectivas, desde la historia, la sociología y, por supuesto, también desde el ámbito del derecho. Todos esos aportes llevan a reflexionar sobre la necesidad de permanecer construyendo miradas críticas sobre las instituciones de encierro.

En la sección “Experiencias comparadas”, gestada a partir de lo trabajado en otras latitudes, los textos reflejan la preocupación global por el aumento de la población carcelaria. La superpoblación constituye una limitación estructural que afecta las condiciones de detención hasta convertir a las penas, con irritante frecuencia, en tratos crueles, inhumanos y degradantes. A partir del reconocimiento de dicha realidad, los textos de esta sección recogen los esfuerzos realizados por organismos internacionales de derechos humanos para orientar políticas penitenciarias que reconozcan y tiendan a reparar efectivamente esa situación. Estos

trabajos buscan renovar, paralelamente, las discusiones locales, tomando en consideración los lineamientos de los tribunales internacionales.

Por último, en la sección “Entrevista”, este número cuenta con el valioso aporte del Profesor Miguel Sarre, quien nos acerca su experiencia en la reforma de la Ley Nacional de Ejecución Penal de México, una normativa que abandona el modelo del régimen progresivo de la pena como un instrumento para el control de la población carcelaria. En diálogo con los temas incluidos en esta publicación, la entrevista se detiene a identificar los retos más importantes que enfrentan los sistemas carcelarios en los próximos años.

Las cárceles constituyen un desafío urgente en materia de derechos humanos y la Defensa Pública debe velar por la protección de los seres humanos que en ellas se encuentran. Por esos motivos, y sin claudicaciones, esta Revista está consagrada a reflexionar, analizar y evaluar las acciones destinadas a concretar los ideales que, orientan, sin desmayo, el trabajo de los/as defensores/as públicos oficiales.

**Stella Maris Martínez**

# Compensación por daños sufridos en el ámbito carcelario y por deficientes condiciones materiales de detención

## Guillermo Todarello

*Defensor Público Oficial, coordinador de la Comisión de Cárceles*

## Leandro Destéfano

*Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación, co-titular de la Comisión de Cárceles*

## I. Introducción. Concepto de compensación

La idea de compensación de la que trataremos se explica ya en el diccionario cuando indica, en términos generales, que el vocablo *compensar* significa “dar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado”<sup>1</sup>.

Sabemos que la ejecución de la pena privativa de libertad implica la restricción de ciertos derechos, entre los cuales se destaca por antonomasia la pérdida de la libertad ambulatoria. Luego se limitan o restringen también ciertos derechos específicos –y no otros– pues, como es sabido, “los prisioneros son ‘personas’ titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso”<sup>2</sup>.

En tal sentido, los tratados internacionales sobre derechos humanos, que son derecho positivo en nuestro ámbito (art. 75 inc. 22 CN), consagran que toda persona privada de libertad será tratada con el debido respeto a

<sup>1</sup> Véase RAE, DLE: [https://dle.rae.es/compensar?m=form\\_segunda\\_acepcion](https://dle.rae.es/compensar?m=form_segunda_acepcion).

<sup>2</sup> Fallos: 318:1894; 327:388; 334:1216



la dignidad inherente al ser humano, y vedan la imposición de tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>3</sup>, cristalizando así el llamado principio de humanidad o de proscripción de la crueldad, implícito en el art. 18 de nuestra Carta Magna, cuando prohíbe para siempre las penas que asumen el carácter de tormento y la pena de azotes.

Esas directivas, además, emanan de la normativa internacional que regula la situación de los reclusos, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)<sup>4</sup>, y también los Principios y Buenas Prácticas sobre Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, de la Organización de Estados Americanos<sup>5</sup>.

No obstante, una visión realista de la situación carcelaria nos muestra que los derechos de las personas privadas de libertad son sistemáticamente vulnerados. Esto ocurre en diversas modalidades, mediante el desconocimiento de los derechos, lo que puede tener lugar por desidia, por incapacidad o por falta de recursos. Se inscriben aquí, mayormente, los derechos vinculados al tratamiento penitenciario (como el trabajo, la educación, o las relaciones sociales), u otros derechos que

las personas no pierden al estar privadas de la libertad. También, en ocasiones, esta categoría de derechos se afectan deliberadamente, como cuando no se otorga trabajo con la intención de perjudicar al preso, o cuando se afectan sus visitas con el mismo objeto.

Asimismo, se cuenta en este marco de afectación dolosa la que asume una forma casi sorda, mediante mortificaciones de poca lesividad, pero constantes, que en cualquier otro ámbito configurarían supuestos de acoso o maltrato tan relevantes que habilitan a exigir su cese, pero que, en la cárcel, se pierden por la cantidad y la gravedad de otras afectaciones, y porque, en definitiva, la prisión es un ámbito de vínculos “naturalmente” conflictivos y hostiles que el preso “tiene que soportar”. Si bien es evidente que la prisión no autoriza a infligir estos males, lo cierto es que el sistema los ha terminado aceptando y, salvo excepcionalmente, no hace nada con ellos.

Y luego hay en otros supuestos que entrañan mayor lesividad, porque la afectación avanza sobre los derechos humanos de los reclusos, en particular, sobre su integridad psicofísica o sobre su vida. Esta vulneración, a diferencia de las anteriores, además de revestir mayor gravedad por la naturaleza de los derechos afectados, en ciertos casos resulta irreversible.

Ya introducidos en el tema de este trabajo, podemos afirmar que la persona privada de libertad, en el marco de la relación jurídica que establece con el Estado cuando ejecuta su detención, puede sufrir daños en su integridad psicofísica, provocados dolosamente por los agentes estatales (lesiones, tratos crueles, inhumanos o degradantes, discriminación, etcétera).

Más allá de la eventual determinación de la responsabilidad penal y civil del autor directo, y de la responsabilidad civil del Estado, se plantea lo que constituye la materia de este trabajo: la pertinencia de otorgar una *compensación* a la víctima del hecho, estimable en un tiempo que se deducirá de la pena que está purgando.

3 Art. 5 DUDH, 5.2 CADH; y art. 7 PIDCP.

4 Regla 1: “Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes”.

5 Principio 1, que establece: “Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos [...]”.

Esa reducción temporal de la sanción se empieza a vislumbrar como justa a poco que se considera que la pena, como mal legítimo que se inflige al sujeto, no puede comprender más que la privación de la libertad ambulatoria, y que si provoca otros males de gravedad, que en el derecho positivo son relevantes para fijar una consecuencia en favor de la víctima, resulta equitativo que ello sea compensado de algún modo, porque esos males son ilegales.

Al ser así, no solo un principio básico de justicia exige que existan determinadas consecuencias jurídicas por ese sufrimiento ilegal, sino que lo impone el derecho positivo por la violación del derecho fundamental de todo encarcelado a recibir un trato digno en prisión, del que deriva la prohibición de infligir tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La manera propuesta de compensar ese daño ilegal durante la purga de la pena es mediante la reducción de un lapso de esta que se considere proporcional al perjuicio sufrido, es decir, que se compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento no autorizado por el Estado.

Quien ha desarrollado más profundamente esta solución es Vacani, que sostiene:

[...] si la medida de castigo es la representación más cabal del trato punitivo aplicado sobre una persona, la regulación de su duración y las condiciones impuestas previas a la condena también son parte de los límites normativos derivados del principio de legalidad, proporcionalidad y mínima irracionalidad, que impiden confundir la equiparación formal que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de cuantificar el tiempo de prisión, con la equiparación de su naturaleza, al ser una ilícita y otra legal. En razón de ello, si la primera ha sido objeto de tratos arbitrarios, su naturaleza no coincide con el contenido de

privación de libertad ambulatoria sobre cuya medida se valora el castigo arbitrario (Vacani 2015, 491).

Más allá de que la solución a primera vista se presenta como justa tiene, de todos modos, diversas aristas que deben ser analizadas.

Una de ellas es la de precisar cuál es la fuente que exige que el Estado deba descontar un período de la pena, más allá del principio de justicia que involucra la cuestión, y si ello resulta exigible o es solo potestativo.

Vinculada a lo anterior, está la cuestión relativa a los alcances o extensión de la compensación. A este respecto, para tener un abordaje integral que no desatienda a la víctima en numerosos casos, correspondería analizar también la posibilidad de aplicar el instituto en aquellos supuestos en los que la lesión a los derechos de la víctima proviene de otros presos y no de agentes del Estado, precisando la fuente de la responsabilidad estatal también en ese caso.

Otra materia de análisis se vincula con la medida de esa reducción desde el punto de vista de la proporcionalidad, esto es, cuánto es el descuento de pena que corresponde en función de la gravedad del mal sufrido.

También es pertinente analizar la procedencia de la compensación, no ya por ilícitos sufridos personalmente por la persona privada de libertad, sino en razón de condiciones materiales del encierro que produzcan un cambio cualitativo de la pena que, por su magnitud, implique un trato cruel, inhumano o degradante, que supone la privación de otros derechos no contemplados en la ley ni en la sentencia, y que genera un plus de sufrimiento antijurídico que no debe ser soportado por el hecho de estar privado de la libertad<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> No analizaremos aquí, por exceder la materia de este trabajo, otro tipo de compensaciones, como la que preveía la ley 24.390 mediante la modificación que in-

Además entran en juego aspectos procesales a la hora de hacer operativa la compensación, algunos de los que serán brevemente analizados, sin agotar todos los que el instituto puede plantear.

Finalmente, se citarán algunos casos de nuestra incipiente jurisprudencia sobre la materia.

Todas estas son cuestiones que distan de ser evidentes, porque la compensación de la que tratamos es un instituto todavía en ciernes en nuestra práctica judicial.

## II. La fijación de la pena

Como ya se dijo, la pena es imposición de un mal *legal* que se vincula con la privación de la libertad ambulatoria, y que no solo no puede acarrear otros males distintos a ese, sino que, además, pretende tener un contenido esencialmente cualitativo, en el sentido de que, legalmente, se justifica solo para reinsertar socialmente al individuo como único objetivo válido de la privación de la libertad en nuestro derecho<sup>7</sup>.

Ello implica que el sujeto debería transitar su estancia en prisión abocado a realizar un tratamiento individualizado y progresivo que lo preparará para la futura vida en sociedad, tal como lo determina la ley 24.660, reglamentaria de ese principio.

Sobre la base de esas premisas, entonces, se valida la imposición de la pena.

---

trodujo al art. 24 del Código Penal, al establecer que a partir de los dos años de prisión preventiva esta se computa a razón de dos días de pena por cada día de prisión preventiva. Uno de los objetivos de ese cómputo privilegiado era, precisamente, compensar a quienes permanecieran en detención por un plazo prolongado sin recibir sentencia. La ley 25.430 derogó ese cómputo, comúnmente llamado del "2 por 1".

7 Cfr. art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art.10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pero la realidad carcelaria muestra, a cada paso, que la prisión es un lugar inepto para preparar al individuo para la vida en sociedad, y aunque ello tiene una evidencia indiscutible, de todos modos, la pena se impone como si tal cosa no ocurriera, es decir, se pide por los fiscales y se decreta por los jueces bajo la forma de una operación exclusivamente matemática que, soslayando toda circunstancia real vinculada al trato punitivo, se establece como si estuviera destinada *efectivamente* a tornar operativo el principio de reinserción social.

Ese rasgo absurdo que tiene la pena de desentenderse absolutamente de la realidad en la que se ejecuta, y que se funda en un idealismo acomodadizo de los teóricos y en el desinterés de los operadores jurídicos en la práctica, se traduce en una respuesta meramente cuantitativa –tiempo de encarcelamiento– por parte del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, que se olvida de los fines de la pena y, aún peor, de la dignidad del preso.

Y esa ceguera no solo ignora el tratamiento penitenciario como base de la reinserción, sino que muchas veces consiente, sin que nadie ya se espante, el ejercicio directo de una violencia sobre el preso que lesiona sus derechos humanos más básicos, y que deberían gozar de la misma protección constitucional que los de cualquiera de los demás habitantes de la Nación.

Ese esquema, que se sustenta en el error de identificar la prisión solo con la pérdida de la libertad, y que además conlleva la declamada pretensión de brindar alguna utilidad a quien la sufre, debe encontrar un límite al menos cuando la persona es seriamente afectada en sus derechos fundamentales, como ocurre con su integridad psicofísica, o cuando las condiciones de detención asumen un tratamiento degradante e inhumano.

Y esa es la función que viene a cumplir la compensación, proponiendo generar un quiebre en el *quantum* de la pena, que refute

la identidad automática entre prisión y privación de la libertad ambulatoria, consideradas sin atender a sus circunstancias concretas.

Es cierto que la admisión de la necesidad de hacer operativo este instituto presupone un compromiso de los agentes jurídicos con el conocimiento de lo que es el ambiente carcelario en general y de lo que significa para la persona, de modo de ir abandonando esa concepción arraigada según la que el preso, por ser preso, tiene que soportar ciertas cosas, aun graves.

Pero ese compromiso, a pesar de no ser optativo, pocas veces se asume. Si se lo cumpliera, sería más fácil comprender el tiempo de prisión en forma no meramente cronológica, cuantitativa o lineal, sino como una instancia en esencia cualitativa, existencial y que, por serlo, no admite determinados perjuicios para la persona. Al contrario, si se consienten estos perjuicios, la pena pasa a expresar un castigo que nada tiene que ver con la sola restricción temporal de la libertad ambulatoria ni con sus fines, y si esto se acepta, se están avalando como legales penas que se volvieron ilícitas.

Frente a ello, se ha advertido con razón que el juez:

[...] no puede sostener que lo prohibido no existe ni confundir lo que debió ser con lo que realmente fue. Si [las] penas prohibidas [...] pese a la prohibición, se impusieron y sufrieron, no por prohibidas dejan de ser penas. Se trata de un efectivo poder punitivo que debe descontarse del que se autoriza jurisdiccionalmente, so pena de incurrir en doble punición y consiguiente crueldad (Zaffaroni et ál. 2014, 133).

### III. Características del hecho que justifica la compensación. Exigibilidad y alcances

Si la idea de compensación que venimos desarrollando tiene pretensiones de ser apli-

cable, nos lleva a considerar que esta podrá ser factible frente a perjuicios sufridos por la persona privada de libertad de suficiente entidad como para, mínimamente, configurar delitos penales.

Como hemos dicho, la compensación emerge ante la violación de la garantía constitucional del trato digno y humanitario que se debe al preso, que tiene como consecuencia la prohibición de causar tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si bien estos constituyen una variedad de sucesos que exceden a los delitos penales, entendemos que en el caso de ilícitos contra las personas privadas de libertad, la compensación, en general, se aplicará cuando asuman ese carácter, por su mayor gravedad respecto de otros tratos arbitrarios que puedan sufrir. Por cierto, tales tratamientos podrían eventualmente configurar torturas<sup>8</sup>, pero de ningún modo es necesaria esa calificación de los hechos para considerar aplicable el instituto.

La exigencia de que mínimamente estemos frente a ilícitos penales no vuelve ilegítimo ambicionar que la compensación, en una etapa ulterior de su desarrollo en la práctica judicial, pueda dar respuesta a otros tratos arbitrarios que no constituyen delitos, pero ello no parece posible aún, cuando ni siquiera tiene mayor arraigo para hechos delictivos, y cuando, además, la situación carcelaria está plagada de situaciones que hacen de la arbitrariedad la regla general en las prisiones.

Por lo demás, esa exigencia tampoco impide la aplicación de la compensación por otros motivos que no configuran delitos concretos contra las personas, y que se vinculan con de-

8 En el caso de la Corte IDH *Bueno Alves vs. Argentina* (sentencia del 11/05/2007), en el que la víctima recibió golpes en los oídos (perforación del tímpano) y en la zona abdominal, así como insultos e intimidación con un arma de fuego por parte del personal policial en una sede de esa fuerza, tales actos fueron considerados torturas (párrs. 69, 74 y 75 del fallo).

ficiencias materiales de los establecimientos, como hemos adelantado y veremos luego, pero en ese caso estaremos frente a otra categoría de sucesos que la hacen aplicable (y no sucesos que constituyen acciones ilícitas concretas sobre la persona del preso, como a los que hacemos referencia aquí).

La prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes tiene como reflejo el deber de garantía que tiene el Estado respecto de la vida y de la integridad de los presos; desde esa perspectiva, la violación de ese deber puede ser considerada la fuente de la obligación de compensar a la persona detenida que es víctima de un delito.

En este sentido, tanto la normativa supranacional como la nacional imponen al Estado un deber de custodia y seguridad respecto de las personas privadas de libertad. Sobre ese deber, tenemos ya que el primer principio de los Principios y Buenas Prácticas sobre Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establece que a toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de los Estados “en particular, y tomando en cuenta la posición de *garante* de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal”.

A su turno, la primera de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) señala que “todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos” y que “se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos”.

De manera coincidente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

En los términos del artículo 5.2 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] toda persona privada de libertad

tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. *En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos (el destacado es nuestro)*<sup>9</sup>.

En el mismo sentido, reafirmó esa misma Corte:

[...] la posición de garante que tiene el Estado respecto a personas privadas de libertad<sup>10</sup>, en razón de que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas, [...] que obliga al Estado a brindar a los internos, con el objetivo de proteger y garantizar sus derechos a la vida y a la integridad personal, las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención. Por ello, [...] Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar los derechos de las personas en circunstancias de privación de libertad<sup>11</sup>. Asimismo, [...] la Corte recuerda que, de conformidad con la normativa internacional, el Estado debe asegurarse de

9 Corte IDH, caso *Neira Alegría y otros*, sentencia del 19 de enero de 1995, párr. 60, entre muchos otros.

10 Cfr. caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 221; caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 95, y caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 78.

11 Cfr. “Asunto Natera Balboa. Medidas provisionales respecto de Venezuela”. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de diciembre de 2009, considerando decimocuarto, y “Asunto Guerrero Larez. Medidas Provisionales respecto de Venezuela”. Resolución de la Corte de 17 de noviembre de 2009, considerando decimotercero.

que las medidas de seguridad adoptadas en los centros penales incluyan el entrenamiento adecuado del personal penitenciario que presta la seguridad en el penal y la efectividad de dichos mecanismos para prevenir la violencia intracarcelaria, tales como la posibilidad de reaccionar ante hechos de violencia o de emergencia al interior de los pabellones. El Estado debe asegurarse que las requisas sean correcta y periódicamente realizadas, destinadas a la prevención de la violencia y la eliminación del riesgo, en función de un adecuado y efectivo control al interior de los pabellones por parte de la guardia penitenciaria, y que los resultados de estas requisas sean debida y oportunamente comunicados a las autoridades competentes<sup>12</sup>.

A su turno, nuestra Constitución Nacional establece una directiva explícita acerca de cómo deben ser los lugares de detención para ser compatible con sus principios: “las cárceles de la Nación, serán sanas y limpias, *para seguridad* y no para castigo de los reos detenidos en ellas” (art. 18 CN).

Con relación a esa previsión del art. 18, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que: “como tal, impone al Estado la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una codena o una detención preventiva la *adecuada custodia* que se manifiesta en el respeto de la *vida de los internos, de su salud y de su integridad física y moral*” (Fallos 318:2002; 328:1146; el destacado es nuestro).

Por su parte, a nivel infraconstitucional, la ley 24.660 –de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad– establece la exigencia de un tratamiento digno a los detenidos, cuando se-

ñala que la finalidad del encarcelamiento es la “adecuada reinserción social” (art. 1), y que “estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art. 9).

Una vez establecido ese deber estatal de modo claro y preciso por la normativa citada, con relación concreta a la responsabilidad del Estado frente a su desatención agregamos que la ley 26.944 –de Responsabilidad Estatal–, establece que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa (art. 1), porque el deber de garantía del Estado acerca de la vida y de la integridad de los presos genera un factor objetivo de atribución de responsabilidad.

En tal sentido, el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado, como factor de atribución del hecho, implica que, para afirmarla, se prescinde de la indagación acerca de la culpa o dolo del agente, con lo que el eje del problema desplaza la culpabilidad del autor a la causalidad, es decir, a la determinación de cuál fue el hecho que, materialmente, causó el daño. Como consecuencia, más allá de quién sea el autor del daño, el deber de reparar a la víctima pesa igualmente sobre el titular de la actividad, que en el caso es el Estado (Alterini et ál. 1993, 197 y ss.). Esta responsabilidad objetiva no exime la del autor del hecho que surge de su culpa o su dolo, que puede y debe averiguarse en forma concomitante, pero la responsabilidad del Estado, al ser objetiva, no depende de esa elucidación y ya queda afirmada con el hecho que estaba obligado a evitar en tanto *garante* de la vida y de la integridad de los presos.

Esto muestra también por qué la ley establece que, además de ser objetiva la responsabilidad del Estado, también es *directa*, pues la responsabilidad tiene ese carácter cuando ella recae por un hecho o acto propio (incumplimiento del deber de garantía, en el caso), mientras que la responsabilidad indirecta o refleja es la que corresponde por el hecho de

12 Corte IDH, “Medidas provisionales respecto de la República de Argentina-Asunto de las Penitenciarias de Mendoza”, párr. 52.

otro (como sería la del agente que ejecuta el hecho particular).

En este sentido, se ha dicho que “la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo *principal y directo* por sus consecuencias dañosas” (el destacado es nuestro)<sup>13</sup>.

Atento a este tipo de responsabilidad, es evidente, su configuración no depende de una eventual condena en sede penal a los responsables, ni la comprobación de un factor de atribución subjetivo con respecto a un agente en particular.

En primer lugar, porque la fuente de responsabilidad del Estado es el incumplimiento de deberes que le son propios, cuya determinación no depende de la culpabilidad penal de tal o cual persona, en tanto transita por carriles absolutamente distintos.

Y, en segundo lugar, porque la responsabilidad por falta de servicio prescinde de la necesidad de individualizar a un culpable (aunque la falta de servicio presuponga un obrar indebido), ya que se asienta en el deficiente funcionamiento de la entidad, es decir, que la responsabilidad del Estado se determina por la falta de servicio al no cumplir, en cuanto tal, las obligaciones primarias que tiene en el marco de sus tareas específicas, como son, en el caso, la guarda, seguridad y preservación física de las personas detenidas<sup>14</sup>.

13 Fallos 306:2030, considerando 6.

14 Se clarifica aún más la cuestión cuando la ley 26.944 establece los requisitos de la responsabilidad estatal objetiva y directa, por actividad *ilegítima* del Estado (que de eso se trata aquí, precisamente, de un obrar ilegítimo frente al deber de garantía y seguridad que pesa sobre él). En tal sentido, establece (art. 3) que esos requisitos son: a. causación de un daño cierto debidamente acreditado (inciso a), que es el que se provoca a la integridad del preso; b. la imputabilidad material por la

La responsabilidad civil del Estado ante la presencia de los presupuestos aludidos ha sido afirmada en reiteradas ocasiones por la CSJN en varios precedentes, como veremos ahora.

En efecto, sobre la responsabilidad del Estado por su función de garante de la seguridad de los presos, la CSJN afirmó, en “Badín”, que en estos casos hay que considerar que un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos, proscribiendo toda medida “que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija” (art. 18 de la Constitución Nacional)<sup>15</sup>.

La Corte destacó, asimismo, en ese precedente, que la cláusula citada tiene contenido operativo, y que como tal “*impone al Estado*, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, *la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral*” (el destacado es nuestro). Y agregó que la segu-

---

inactividad o actividad a un órgano estatal (inc. 2), que en el caso es el Servicio Penitenciario; c. la relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño (inc. 3), la que concurrirá cuando por ese incumplimiento estatal de garantizar la vida y la seguridad de los detenidos (un deber primario del Estado, como hemos visto, y también del órgano encargado de la custodia y seguridad de los presos, como verificaremos enseguida a partir de la ley orgánica del Servicio Penitenciario Federal N° 20.416, y de los precedentes de la Corte Suprema que se citarán) se producen las lesiones del preso; d. y la falta de servicio, consistente en una actuación u omisión irregulares por parte del Estado, la segunda mediante la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado (inc. 4); ello también se da en el órgano que cumple la función de custodia carcelaria, pues existe a su respecto una obligación específica y primaria, que es la de garantizar la guarda e integridad de los detenidos (arts. 1 y 5 de la ley orgánica citada, sobre la que volveremos).

15 Fallos 320:1645, consid.3.

ridad, como deber primario del Estado, exige también, como se desprende del citado art. 18, resguardar los derechos de los propios penados, cuya readaptación se constituye en un objetivo superior del sistema.

Y agregó que si no se cumple con ese deber y se causa daño a los internos, ello compromete la responsabilidad del Estado, pues implica *la omisión de sus deberes primarios y constituye una prestación irregular del servicio a cargo de la autoridad penitenciaria*.

Y dijo finalmente de modo rotundo que si:

[...] el Estado no puede garantizar la vida de los internos... de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa (consid. 9)<sup>16</sup>.

En el fallo “Perea de Romero, Gladys Toribia c. Provincia de Córdoba”<sup>17</sup>, la Corte Suprema, con remisión al dictamen de la procuradora fiscal de la Nación, ratificó los conceptos anteriores, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en cuanto esta señaló que *“quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal”* (el destacado es nuestro), pues es el Estado quien se encuentra en una situación especial de garante de ellas, ya que son las autoridades las que ejercen un fuerte control y dominio sobre las personas sujetas a su custodia.

16 Fallos 318:2002.

17 Fallos 328:1146.

En particular, dijo la Corte, el derecho a la integridad personal de los internos no solo implica que el Estado debe respetarlo (*obligación negativa*), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana.

La Corte afirmó, asimismo, más genéricamente, que quien contrae la obligación de prestar un servicio –en el caso, de policía de seguridad– lo debe hacer en condiciones adecuadas para alcanzar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o ejecución irregular<sup>18</sup>.

Un caso paradigmático de la CSJN en la materia que nos ocupa es “Gatica, Susana Mercedes c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”<sup>19</sup>. Allí, la Corte reiteró los conceptos anteriores en cuanto a que el art. 18 le impone al Estado, a través de los servicios penitenciarios, la obligación de dar una custodia adecuada a los privados de libertad, en respeto de su vida y de su integridad, ya que si los servicios penitenciarios han contraído la obligación de prestar un servicio, lo deben hacer en forma adecuada para alcanzar el fin para el que ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o su ejecución irregular. Agregó que la Corte IDH ha dejado sentado que los detenidos tienen derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y que el Estado debe garantizarles el derecho a la vida y a la integridad personal, dada la posición especial de garante en que se encuentra. Y, con cita al fallo Verbitsky, añadió que “el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (*obligación negativa*), sino que,

18 Fallos 306:2030; 307:821; 315:1892.

19 Fallos 332:2842.



además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de un deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana<sup>20</sup>.

En ese marco, la Corte agregó en “Gatica”, que el demandado tiene a su cargo, entre otros, el deber de garantizar la seguridad de los internos. En tal sentido, citó, en ese precedente, la ley orgánica del servicio penitenciario bonaerense (demandado en aquel caso), que establece prácticamente las mismas directivas que las que rigen en nuestro ámbito federal al respecto.

En efecto, la ley 20.416 (Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal), en lo que nos interesa, expresamente establece, ya en su artículo 1º, que el Servicio Penitenciario Federal es una fuerza de seguridad de la Nación destinada a la custodia y guarda de los procesados.

Y reafirma lo anterior en el art. 5, cuando indica las “Funciones” de esa fuerza y consigna como la primera de ellas la de “velar por la seguridad y custodia de las personas sometidas a proceso procurando que el régimen carcelario contribuya a preservar o mejorar sus condiciones morales, su educación y su salud física y mental” (inciso 1º, el destacado es nuestro)<sup>21</sup>.

De acuerdo a lo dicho hasta aquí, entonces, si agentes de un servicio penitenciario causan un daño a los presos en su integridad, emergerá la responsabilidad del Estado por la violación de su obligación de garantía respecto de su salud y de sus vidas, que será tal con independencia de si, al mismo

tiempo, se prueba o no la culpa o el dolo de tal o cual agente.

Pero, además, desde este punto de vista, la compensación podrá ampliar su ámbito de aplicación, pues no solo será factible por hechos de los penitenciarios, sino que podrá ser operativa también respecto de actos ilícitos de otros internos, pues en estos casos el Estado incurrirá igualmente en responsabilidad por la omisión de observar un deber normativo de actuación expreso y determinado que la ley le impone, que es su función de custodia carcelaria, en ejercicio de su obligación primaria de garantizar la guarda e integridad de los presos<sup>22</sup>.

Es decir, si el Estado no es mínimamente diligente o demuestra desinterés en su tarea de cuidar la integridad de los presos, y a raíz de ello uno sufre un daño en su integridad a manos de otro, surgirá la relación de causalidad entre el mal desempeño configurado a partir de la falta de servicio por omisión y el resultado (daño sufrido por la víctima), lo que hace operativa la compensación por los daños sufridos por la víctima.

De esa manera, se asegura que la compensación opere no solo cuando el deber de garantía y seguridad respecto de los presos se quiebra por la acción directa y dolosa de los agentes sobre ellos, sino que abarcará también los casos en que ello ocurra por la omisión de cuidado de las personas privadas de libertad.

El voto de la mayoría de la Corte en el precedente “Gatica” afirmó que uno de los presupuestos ineludibles de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita es la eje-

20 Fallos 328:1146.

21 Como dijimos, esta obligación de garantía y seguridad asumida por el SPF respecto de los presos en su ley orgánica se replica en sus pares de los servicios penitenciarios provinciales, lo que es lógico porque derivan todas del deber de seguridad del art. 18 CN, que es la base de la misión principal que tienen esos organismos: preservar la integridad de los presos.

22 La lesión provocada por otro preso podrá no configurar un supuesto de *violencia institucional*, porque para ello es necesario un obrar doloso de los agentes del Estado (por acción o aquiescencia), pero de ningún modo impide la afirmación de la responsabilidad objetiva del Estado por violación de su deber de garantía, la que se afirma con prescindencia de la actuación personal de los agentes.

cución irregular del servicio y, con relación a ella, dijo que quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe realizar en condiciones adecuadas para alcanzar el fin para el que ha sido establecido, y afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular (consid.10).

Entonces, siempre que una persona privada de libertad sufra un daño ilícito en prisión configurativo de delito, sea por el obrar directo de los penitenciarios, sea a manos de otro preso, la víctima podrá ser acreedora a una compensación en su pena, pues, en esos casos, se halla comprometida la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento del expreso deber que tiene uno de sus órganos (el Servicio Penitenciario Federal) de brindar seguridad y custodia a las personas privadas de libertad.

También podemos decir que en estos casos no concurrirán las eximentes de responsabilidad que suelen provocar la ruptura del nexo causal en otros supuestos de responsabilidad objetiva, como resultan ser, además de la culpa de un tercero (otro preso, por caso, que hemos descartado), la culpa de la misma víctima<sup>23</sup> (como sería el caso, por ejemplo, de que sufra lesiones como consecuencia de una conducta de agresión iniciada o provocada por ella), porque ni aun así cede el deber del Estado de seguridad y custodia.

La cuestión ha sido ya aclarada por la Corte de modo terminante, cuando dijo en “Gatica” que: *“aun admitida la participación de la víctima en el hecho, se trataba de una eventualidad previsible en el régimen penal, que pudo evitarse si la autoridad penitenciaria hubiera*

23 Se agrega como eximente de responsabilidad el caso fortuito o la fuerza mayor, que según los casos podría operar como elemento que pudiera provocar la ruptura del nexo causal. Pero los sucesos que pueden constituirlo no tienen nada que ver con la materia que tratamos, que es la lesión a los derechos del preso (vida, integridad) por acciones dolosas.

*cumplido adecuadamente sus funciones”*<sup>24</sup> (el destacado nos pertenece).

Otra ventaja que se observa al entender que la compensación surge del incumplimiento del deber de custodia y seguridad del Estado respecto de los presos es que su aplicación podrá ser vista progresivamente, cada vez más, como un deber y no como una potestad del Estado, pues es una consecuencia directa (sin perjuicio de otras) del incumplimiento de esa obligación estatal.

Finalmente, consideramos, tiene la ventaja de una menor dificultad probatoria, porque, como hemos dicho, para afirmar la responsabilidad estatal basta demostrar la relación de causalidad entre un hecho lesivo padecido intramuros y el daño (esto no implica adelantar opinión sobre el carácter inconmovible de esa prueba, a lo que nos referiremos más abajo cuando analicemos la necesidad o no de una sentencia firme para hacer operativa la compensación).

En este punto, cabe pensar que, desde el punto de vista probatorio, si se demuestra que el hecho ocurrió dentro de un penal (lo que no ofrece dificultad alguna, ciertamente), el crédito de la víctima a la compensación ya podría considerarse pertinente, sin necesidad de indagar sobre la responsabilidad penal del agente.

#### **IV. El monto de compensación por el hecho ilícito que la persona privada de libertad sufrió**

Puesto que hemos visto que el encarcelamiento con tratos arbitrarios no es asimilable a la duración de la privación libertad ambulatoria, la prisión puede ser compensada si durante su transcurso temporal la persona ha sido pasible de uno o varios tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Ahora bien, una vez que se constata que ello

24 Considerando 12, y en igual sentido, “Badín”, Fallos 318:2002, citado (considerando 4).

ha ocurrido, la siguiente cuestión que plantea el instituto es la determinación del tiempo que correspondería compensar o descontar de la pena impuesta a raíz del daño sufrido.

En este sentido, se ha dicho con razón que las eventuales dificultades para calcular el descuento que debe hacerse a la pena legal por la pena ilícita sufrida no pueden ser un obstáculo para rechazar el planteo e ignorarla, pues ello supondría un uso perverso de la seguridad jurídica (Zaffaroni et ál. 2014, 998).

Entonces, el mecanismo que se ha propuesto consiste en individualizar los derechos afectados por el trato arbitrario, los que tienen correlación con bienes jurídicos penalmente tutelados, que se traducen, como sabemos, en tipos penales particulares. Así, la individualización del monto compensatorio puede tener como punto de partida la escala penal de la tipicidad penal vinculada al bien jurídico afectado por la lesión sufrida por el beneficiario, y si son varios los bienes jurídicos afectados, el de mayor relevancia penal, aplicando el principio de absorción<sup>25</sup>.

De ese modo, por caso, la compensación tomará como parámetro la magnitud de la lesión provocada: por ejemplo, en el caso de una lesión grave –art. 90 CP–, el parámetro estará fijado en una escala de 1 a 6 años, que es la escala penal del delito en cuestión.

Siguiendo este camino, y una vez determinada la entidad de las lesiones sufridas por una coerción ilícita, se compensará la pena legal mediante su reducción temporal, determinada en función de la sanción que podría corresponder por delito sufrido, de acuerdo con la escala penal del tipo respectivo, que sirve como indicador.

Más allá de que esa parece una forma de resolver la cuestión con cierta precisión, lo que es un dato a favor, también se ha procedido a

la reducción siguiendo, en términos generales, los parámetros de los artículos 40 y 41 del Código Penal, sin mayor especificidad<sup>26</sup>. Asimismo, en la jurisprudencia, la compensación ha consistido en otorgar algún derecho que implica una morigeración de la privación de la libertad propiamente dicha, como la libertad asistida o el arresto domiciliario<sup>27</sup>.

En el caso del arresto domiciliario, si bien la solución no está mal, porque implica el cese de la prisión intramuros –con lo que ello significa–, consideramos que no debe excluir la posibilidad de disminuir el monto de la pena que se viene sufriendo –que, entendemos, debe tomarse como la regla general en materia de compensación–, sobre todo si la prisión domiciliaria halla su sustento también en una afectación de la integridad psicofísica permanente a causa del perjuicio sufrido.

## V. La compensación frente a tratos arbitrarios que no constituyen delitos contra las personas

Hasta aquí, hemos desarrollado la procedencia de la compensación frente a delitos que sufrió la víctima directamente en su persona.

Pero puede ser posible extender el instituto a otros supuestos de tratos inhumanos o degradantes de suficiente entidad para hacerla operativa, más allá de que no configuren delitos que recaigan sobre la persona. Estas situaciones pueden, eventualmente, configurar otros delitos –como incumplimiento de los deberes de funcionario público, desobediencia, etc.–, o acaso no ser delictivos, en el sentido de que los funcionarios a cargo de las prisiones no tienen la culpa de que ocurran, sino que obedecen a deficiencias o carencias materiales del Estado, pero aun así compro-

<sup>25</sup> Es decir, se aplica la pena mayor dado que dicha pena absorbe a las menores.

<sup>26</sup> Caso “Núñez” –que se citará más abajo–, aplicándose la compensación al fijar la pena única.

<sup>27</sup> Caso “Britos”, que también se citará abajo.

meten la responsabilidad estatal y pueden tornar viable la aplicación del instituto.

En tal sentido, la Corte IDH ha dicho que cuando las condiciones de privación de libertad se agravan de modo tan extremo que viola el artículo 5.2 de la Convención Americana o de sus equivalentes constitucionales nacionales, dado que la pena impone un dolor o aflicción que excede en mucho el que es inherente a toda pena o privación de libertad, la compensación deviene pertinente<sup>28</sup>.

Ahora bien, sin pretender agotar los casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes que registra la jurisprudencia internacional, algunos ejemplos dan cuenta de que esos tratamientos mortificantes muchas veces resultan de una entidad tal que podrían hacer operativa la compensación.

Así, por citar supuestos que, en nuestra opinión, habilitarían la compensación por considerarlos un tratamiento cruel, inhumano y degradante, observamos que para la Corte IDH constituyen tales tratos los siguientes: en su conjunto, la privación a la persona detenida de toda comunicación con el mundo exterior durante un mes, viviendo en condiciones insalubres sin poder siquiera cambiarse de ropa, y el uso de salida al patio durante 30 minutos por día durante el año de aislamiento, con un régimen de visitas en extremo restringido<sup>29</sup>; también la constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior, particularmente, con su familia; sumado al hecho de ser mantenida en una celda húmeda y subterránea de exiguas dimensiones sin condiciones necesarias de higiene con otros 16 reclusos, donde tiene que dormir sobre

hojas de periódico<sup>30</sup>; el hecho de ser mantenida durante un año bajo aislamiento riguroso, hacinada con otros presos en una celda pequeña, sin ventilación ni luz natural, y con visitas sumamente restringidas<sup>31</sup>; finalmente, y con criterio general, ha dicho también que:

[...] las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del artículo 5 de la Convención Americana, dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y conllevan sentimientos de humillación e inferioridad<sup>32</sup>.

Según los ejemplos anteriores, no es difícil advertir que las víctimas de estos tratos arbitrarios padecieron un sufrimiento en prisión que excede con mucho el que legalmente debían tolerar. Frente a ello, no habría menos razones jurídicas que las que se sostendrían si fueran víctimas de delito para admitir que les correspondería un recorte de su pena por el período durante el que sufrieron el maltrato manifiestamente ilegal.

Esta solución ha sido expresamente receptada por la Corte IDH en el “Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”<sup>33</sup>, en el que

30 CorteIDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia del 12/11/1997 (Fondo), párr. 91

31 CorteIDH, *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia del 18/8/2000 (Fondo) párr. 85.

32 CorteIDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catria) vs. Venezuela*, sentencia del 5/6/ 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 97.

33 CorteIDH, *Medidas Provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Resolución del 22/11/2018.

28 CorteIDH, *Medidas Provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Resolución del 22/11/2018, párr. 93.

29 CorteIDH, *De la Cruz Flores vs. Perú*, sentencia del 18/11/2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 130.

conviene que nos detengamos en forma breve.

En ese instituto de detención de Río de Janeiro, se habían constatado diversas irregularidades de toda índole: sobrepoblación con densidad aproximada del 200%, cuando los criterios internacionales –como el del Consejo de Europa– señalan que sobrepasar el 120% implica sobrepoblación crítica; la existencia de solo nueve personas encargadas de la seguridad del establecimiento, que alojaba más de 3800 personas; numerosas muertes de internos sin que, en muchos casos, quedaran establecidas sus causas; falta de separación entre personas adultas mayores y LGBTI; ausencia de colchones, de ropa, calzado, ropa de cama y toallas para todos los detenidos; insuficiente incidencia del sol y ventilación cruzada en las celdas, y carencia de agua caliente disponible en la unidad carcelaria; inestable red eléctrica y el riesgo de incendio por el cableado expuesto; ausencia de un plan de prevención y combate de incendios; carencia de espacios dignos para el descanso nocturno, con hacinamiento en dormitorios; atención médica ínfima (una médica a cargo de más de tres mil presos, cuando la OMS/OPS considera que, como mínimo, debe haber 2,5 médicos por cada 1.000 habitantes para prestar los servicios más elementales en materia de salud a la población libre); inseguridad personal y física resultante de la desproporción de personal en relación con el número de presos (ya que había grupos de fuerza que ejercían el poder dentro del penal).

En este contexto, la Corte IDH afirmó que esta situación de detención implicaba la violación del artículo 5.2 de la Convención Americana, y también del artículo 5.6 de la misma convención, pues las penas así ejecutadas nunca podrán cumplir con la reforma y readaptación social del condenado, tal como lo prescribe el citado dispositivo convencional.

Además, en lo que nos importa, sostuvo:

Cuando las condiciones del establecimiento se deterioran hasta dar lugar a una pena degradante como consecuencia de la sobrepoblación y de sus efectos antes señalados, *el contenido aflictivo de la pena o de la privación de libertad preventiva se incrementa en una medida que deviene ilícita o antijurídica* (párr. 92, el destacado es nuestro).

Y agregó que cuando el agravamiento de las condiciones de privación de libertad sea tan extremo que resulte violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana o de sus equivalentes constitucionales nacionales, porque esa pena impone un dolor o aflicción que excede en mucho el que es inherente a toda pena o privación de libertad, la solución que se han propuesto han sido, básicamente, disponer la directa libertad de los presos –porque es intolerable que el Estado ejecute penas como mínimo degradantes–, o bien “que de algún modo se provoque una disminución de la población penal por lo general *mediante un cálculo de tiempo de pena o de privación de libertad que abrevie el tiempo real, atendiendo al mayor contenido aflictivo, producto de la sobrepoblación penal*” (párr. 93, el destacado es nuestro).

En sus conclusiones sobre el caso, estableció que persistía una situación de riesgo de daño irreparable a los derechos a la integridad personal y a la vida de los presos del establecimiento en cuestión, lo que exigía que la Corte Interamericana disponga medidas concretas para preservar sus derechos fundamentales (párr. 116), y el único medio para hacer cesar la situación ilícita frente a la Convención Americana consistía en procurar la reducción de la población del instituto (párr. 117).

Así, señaló:

En principio, y dado que es innegable que las personas privadas de libertad en el IPPSC *pueden estar sufriendo una pena*

que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenderse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución. Las penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional [...], (párr. 120, el destacado es nuestro).

Igualmente, una referencia importante fue la responsabilidad que les atribuyó a los jueces que disponían privaciones de libertad en ese contexto. Expresó sobre ello (en el párrafo 123, con resaltado del original):

Cabe presuponer en forma absoluta que las privaciones de libertad dispuestas por los jueces del Estado, a título penal o cautelar, lo han sido en el previo entendimiento de su licitud por parte de los magistrados que las dispusieron, porque los jueces no suelen disponer prisiones ilícitas. Sin embargo, se están ejecutando ilícitamente y, por ende, dada la situación que se continúa y que *nunca debió existir pero existe*, ante la emergencia y la situación real, lo más prudente es reducirlas en forma que se les compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento no dispuesto ni autorizado por los jueces del Estado.

En cuanto al cálculo de la reducción propiamente dicho, es decir, al *quantum* de la compensación, manifestó:

Dado que está fuera de toda duda que la degradación en curso obedece a la super-

población del IPPSC, cuya densidad es del 200%, o sea, que duplica su capacidad, de ello se deduciría que duplica también la inflicción antijurídica sobrante de dolor de la pena que se está ejecutando, lo que impondría que el tiempo de pena o de medida preventiva ilícita realmente sufrida se les computase a razón de dos días de pena lícita por cada día de efectiva privación de libertad en condiciones degradantes (párr. 121, el destacado es nuestro).

También sostuvo que la reducción del tiempo de prisión compensatoria de la ejecución antijurídica, conforme al cómputo antes señalado, debía quedar supeditada –en el caso de imputados o condenados por delitos contra la vida, la integridad física o sexuales– a un peritaje técnico criminológico que indicara, según el pronóstico de conducta resultante y sobre la base de indicadores de agresividad de la persona, si correspondía la reducción del tiempo real de privación de libertad en la forma señalada del 50%, si esta no era aconsejable en absoluto en razón de un pronóstico de conducta totalmente negativo, o si debía abreviarse en menos del 50% (párr. 129).

Con ese propósito, indicó que el Estado debía arbitrar los medios para llevar a cabo estos peritajes criminológicos, organizando un equipo de profesionales compuesto por psicólogos y asistentes sociales idóneos, que debían actuar mínimamente en grupos de tres expertos (párr. 130).

Respecto de la aplicación de ese cómputo que exigía “tomar en cuenta como pena el sobrante antijurídico de dolor o sufrimiento padecido”, aclaró que la vía institucional para cumplirlo debía escogerla el Estado según su derecho interno, pero que no podría alegar incumplimiento por obstáculos de derecho interno (párr. 124).

Este precedente tiene una importancia fundamental para hacer operativo el instituto

de la compensación en casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes derivados de la sobrepoblación y de la insalubridad y deficiencia material de los lugares de detención.

Por cierto, tiene la ventaja respecto de los casos en que la compensación proviene de delitos contra las personas de que aquí su reconocimiento no depende de sentencias judiciales que declaren la existencia del hecho ilícito como presupuesto para hacerla efectiva (como se exige en algún caso que luego veremos), aunque también ofrece la dificultad de que, en el estado actual de nuestras prisiones, la situación carcelaria que implica una situación de prisión antijurídica es generalizada, lo que exigiría la aplicación de la compensación con una extensión que nuestros jueces difícilmente estarán dispuestos a otorgar (lo que no debe mermar nuestra voluntad de reclamarla, de todos modos).

Con todo, constituye un avance que el supremo tribunal interamericano haya receptado el instituto, mediante la consideración de que es ilícita o antijurídica la privación de libertad que se ejecuta muy por debajo de los estándares mínimos admisibles para considerar la estancia en prisión conforme a las imposiciones del derecho internacional de los derechos humanos.

Para cerrar este apartado, recordemos que en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa se ha dictado la Resolución DGN N° 928/2019, que recomienda a los defensores públicos a renovar o agilizar los pedidos de libertad o de morigeración del encierro de los asistidos a partir de la constatación de condiciones carcelarias deficientes, partiendo de la base de que el Estado las reconoció mediante la Declaración de Emergencia en Materia Penitenciaria, dispuesta por Resolución N° 184/2019 del Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Esa postura institucional del Ministerio Público de la Defensa frente a la crisis peni-

tenciaria imperante –que, por supuesto, existe con independencia de que sea formalmente declarada, aunque esa declaración puede dar mayor fuerza a los pedidos de la defensa ya que hay un reconocimiento expreso del Estado sobre su existencia– podría ser la base para los defensores para avanzar un paso más: cuando se constaten deficiencias tales que impliquen que la pena causa un agravio a la persona detenida que excede del sufrimiento que debe soportar por su situación de prisión, requieran la aplicación de la compensación con relación al período antijurídico de privación de la libertad. En este sentido, y penosamente, en muchos aspectos nuestras cárceles reproducen las graves deficiencias anotadas por la Corte IDH en el fallo citado, y justificarían invocar el instituto.

Por lo demás, la fuente de la obligación estatal en este caso es la misma que ya hemos analizado, que se vincula con el incumplimiento del Estado de su función de garante respecto de la persona privada de libertad, que le impone un trato digno hacia ella y la exigencia de brindarle seguridad y custodia adecuadas.

## VI. La cuestión procesal y la compensación

Una cuestión procesal de importancia en esta temática consiste en precisar cuándo la compensación es aplicable, sea que provenga de un delito sobre la persona del beneficiario, sea que derive de circunstancias materiales del alojamiento que implican un trato inhumano o degradante (infraestructura, alimentación, atención médica, etcétera).

En el segundo caso, la cuestión parece más simple. Si se verifica un tratamiento carcelario ilegal mediante una herramienta o en el marco de un procedimiento fehaciente (una inspección por un organismo estatal o supranacional, una denuncia de *habeas corpus*,

etc.), podría hacerse aplicable el instituto, como lo ha resuelto la Corte Interamericana en el fallo revisado<sup>34</sup>.

En el primer caso, la cuestión es más complicada, cuando la compensación deriva de un delito contra la persona privada de libertad. Desde esa perspectiva, surge el interrogante acerca de cuál sería el momento en que emerge el deber de reparar el daño causado, es decir, a partir de cuándo se vuelve una exigencia para el Estado aplicar la compensación.

Si decimos que esta estará determinada por la existencia de un delito, a primera vista, lo jurídicamente adecuado sería que la obligación de reparar surgiera con la sentencia firme que declara su ocurrencia.

El problema que plantea esta solución es que, en muchos casos, esa sentencia firme llegaría tarde, cuando ya no haya nada que compensar porque la pena que la víctima estaba cumpliendo se agotó. Sabemos, al respecto, que uno de los muchos déficits de nuestro sistema de enjuiciamiento es la prolongada duración de los procesos, la que tornaría a la compensación en un instituto de imposible aplicación en muchos casos. Otro problema es la inquietud que genera que el instituto dependa de circunstancias puramente aleatorias, como la marcha de una causa y la voluntad o la decisión de tal o cual actor jurídico. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la solución se muestra un poco endeble, porque la compensación no debería sujetarse a los accidentes de la práctica forense.

En algunos casos que veremos luego, sin profundizar demasiado en la cuestión, se ha sostenido que si en el proceso donde se investiga la responsabilidad penal de los autores se halla probada la materialidad del hecho (por ejemplo, si se constatan las lesiones sufridas y su causa mediante una prueba científica estricta,

como sería un informe médico forense, evidencia que, a su vez, puede reforzarse por otros medios de prueba de igual o parecido rigor – ingreso a un hospital extramuros de la víctima donde se la trata por su lesión, etc.–), puede tenerse por demostrado el presupuesto de ilicitud que genera la responsabilidad estatal y que autoriza aplicar la compensación, aunque no se hayan precisado todavía, mediante una condena firme, los autores del hecho.

De todos modos, resulta bastante difícil –cuando no, contradictorio– admitir que no pueda sostenerse la culpabilidad del autor porque no existe sentencia firme de condena, pero al mismo tiempo sí aceptar que pueda afirmarse, ya de modo indubitable, la existencia del hecho que se le atribuye.

Puede salvarse la cuestión si se piensa que la responsabilidad del Estado que viabiliza la compensación surge con independencia de la indagación acerca de la culpabilidad del autor, con lo que podrá afirmarse aunque no se identifique al agente.

Así, para probar la responsabilidad del Estado, como ya hemos dicho, bastará con demostrar la lesión sufrida por la víctima y su causación intramuros –que ya genera la responsabilidad estatal por la afectación del deber de garantía respecto de los presos–, sin necesidad de avanzar sobre la responsabilidad penal de los autores particulares.

De todos modos, no se nos escapa que la mayor facilidad en la obtención de una prueba no hace a la certeza sobre la existencia del hecho que se busca probar, y que este, en rigor, recién podrá afirmarse cuando una sentencia firme diga que existió.

No obstante, si insistimos en analizar la cuestión desde la perspectiva de las fuentes de las obligaciones, podría admitirse la operatividad de la compensación sobre la base de prueba, incorporada al proceso, que constate la lesión a la integridad de la persona y de su causa, esto es, que demuestre de que fue víc-

34 Vgr. “Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”.



tima de un delito en prisión, aunque no haya condena firme contra el autor o aunque ni siquiera esté individualizado, e incluso aunque no haya condena civil contra el Estado.

En esa línea, frente a la eventual objeción por la falta una condena penal pasada en autoridad de cosa juzgada, diremos que la compensación no depende de ello, sino que deriva del incumplimiento del deber de garantía por parte del Estado respecto de la custodia y seguridad de los presos, y que, entonces, no es necesaria más prueba que la del hecho lesivo sufrido intramuros, sin que importe el perpetrador. Desde este modo, la operatividad de la compensación no queda sujeta a la previa determinación de la culpabilidad de los autores, ya que esta no es la fuente del deber de compensar.

Por su parte, ante la falta de una sentencia de condena civil (la responsabilidad del Estado es de esa naturaleza), diríamos que, en el caso de lesiones intramuros, en tanto no es admisible la ruptura del nexo causal mediante la demostración de la culpa de la víctima, el Estado no podrá en modo alguno exonerarse de responsabilidad si se prueba la lesión y su ocurrencia dentro del establecimiento, de manera que deviene de un excesivo rigor formal (causal de arbitrariedad de las decisiones judiciales<sup>35</sup>) la exigencia de que exista una declaración formal de responsabilidad estatal mediante una sentencia firme para hacer valer la compensación en un proceso penal y a los fines exclusivamente de la pena (distinto sería si se tratara de una pretensión de resarcimiento de contenido patrimonial, que sí exigirá que sea reconocido por una sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada en el fuero respectivo).

Además, la prueba de la lesión y su acaecimiento en una cárcel puede provenir tanto de un proceso civil como de uno penal, aunque es más probable que surja del segundo, por

la mayor factibilidad de que este se active por denuncia, frente al proceso civil regido por el principio dispositivo, que supone una iniciativa dependiente del afectado, siempre más difícil.

Resta una breve mención al supuesto en el que la víctima está ejecutando una condena ya firme que, por principio, no podría ser modificada mediante la compensación. A este respecto, hay que descartar que pueda plantearse un recurso de revisión (art. 479 y ss. CPPN), porque los supuestos que lo integran son taxativos y se refieren a cuestiones del todo ajenas a la materia que tratamos aquí<sup>36</sup>.

Sin embargo, aquí cabe señalar que tanto la compensación como la revisión tienen como objetivo reparar una injusticia material, y no corregir errores judiciales previos. En el caso de la compensación, esa injusticia sobreviene a la condena firme, y por causas ajenas a los hechos que la motivaron. Recordemos la idea originaria de compensación, que significa dar algo o beneficiar a alguien en resarcimiento del daño que se le produjo. Ese principio de justicia elemental que tiene el instituto es el que autorizaría a remover la inmutabilidad de la cosa juzgada material, por resultar írrita o injusta en forma sobreviniente, al causar un agravio constitucional por afectar el principio de humanidad de la pena o proscripción de la crueldad del art. 18 CN, consagrado expresamente mediante la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes que, como ya hemos visto, la compensación involucra y que vuelven inválida o antijurídica a la pena a la luz de la Carta Magna.

Respecto del procedimiento, por lo demás, no es una materia que debería revestir mayor importancia, pues frente a un planteo que se sustenta en la invalidez de una pena de

35 Fallos 342:2125; 342:1412, entre muchos otros.

36 La alteración de circunstancias de hecho o de prueba, de circunstancias de derecho (inciso 5; entrada en vigencia de una ley más benigna), o a la condena producto de un delito del juez (inciso d).

prisión que se volvió ilícita por inconstitucional –y el requerimiento consecuente de que sea revisada mediante la compensación–, la cuestión federal planteada debe ser atendida superando cualquier obstáculo formal o aun en ausencia de un procedimiento expreso, y porque, en definitiva –y de eso se trata la cuestión– para la persona privada de libertad “el derecho a ser tratado como ser humano no puede alterarse mediante las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28 CN)” (Zaffaroni et ál. 2014, 134).

## VII. La compensación en la jurisprudencia local

Aunque no son numerosos todavía, existen varios fallos en nuestra jurisprudencia que aplican la compensación ante la constatación de un determinado daño en la persona sometida a privación de libertad. Entre ellos, nos interesa destacar los que siguen.

### VII.1. “Núñez, Brian”

Brian Núñez se encontraba alojado en el Complejo Federal de Jóvenes Adultos de Marcos Paz, cumpliendo la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de San Isidro, provincia de Buenos Aires. Allí, el 16 de julio de 2011, a raíz de un reclamo que formuló para que le permitieran ver por televisión un partido de fútbol, fue llevado por el personal de la Sección Requisa a una oficina donde se le propinó una golpiza mientras estaba esposado de pies y manos y, a su vez, tenía enganchadas entre sí las esposas de los miembros superiores con las de los inferiores por medio de una tercera. En ese estado de absoluta indefensión, le dieron golpes de puño, patadas –golpes en los tobillos, pisadas en el rostro con los borceguíes–, y bastonazos. También fue quemado con encendedores en los pies y en las piernas, y luego fue arrastrado

hasta el sector de aislamiento –“buzones”–, donde fue bañado al menos en tres oportunidades con agua fría; además, fue rozado con un bastón sobre su ropa, en la zona anal.

Posteriormente, todavía esposado del modo que hemos indicado, fue llevado a una habitación de paredes acolchonadas, donde fue dejado en el piso durante media hora, desnudo. Después fue revisado por un médico y por un enfermero y, debido a sus lesiones, fue trasladado a un hospital. Allí se constataron múltiples lesiones, entre ellas, fracturas en los pies, tres quemaduras y hematomas en el rostro y las piernas.

La denuncia del hecho dio origen a la causa N° 2838 del Tribunal Oral Federal N° 1 de San Martín, donde fueron condenados los agentes penitenciarios responsables del hecho. Esa sentencia, cuando se dictó el fallo que aplicó la compensación, no estaba firme.

El fallo que comentamos aquí pertenece a la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional<sup>37</sup>, que entiende en el recurso deducido por la defensa contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 27 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que condenó a Brian Núñez a la pena de cuatro años y seis meses de prisión por el delito de homicidio en grado de tentativa, y a la pena única de once años de prisión, comprensiva de la anterior y de la de siete años y seis meses impuesta por el Tribunal en lo Criminal N° 3 de San Isidro.

La defensa oficial se agravió, entre otros motivos, de la pena única impuesta, y expuso, como uno de los argumentos que demostraban su arbitrariedad, que no se había tenido en cuenta, respecto de las condiciones personales de su defendido, la situación de tortu-

<sup>37</sup> 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 Niño, Jantus y Magariños).

ra que había vivido Núñez mientras cumplía pena de la primera de las causas que integraban la pena única. La defensa entendió que la crueldad aplicada a su asistido por las autoridades del SPF debió traducirse, en el proceso de unificación de penas, en una sanción única que restara en su composición toda o una gran parte de la pena de siete años y seis meses impuesta por el TOC N° 3 de San Isidro (el tribunal que unificó la pena solo restó un año de la suma aritmética entre ambas).

Al momento de resolver la incidencia, en lo que es materia de análisis en este trabajo, el juez Niño sostuvo que en el caso era jurídicamente indiscutible la existencia de actos de tortura en el ámbito penitenciario en perjuicio de Núñez mientras se encontraba cumpliendo la condena no firme, y que “deviene francamente intolerable [que] las condiciones del encierro potenci[e]n el padecimiento del individuo privado de su libertad ambulatoria –y de todas las que de ella dependen– hasta hacer trizas la más modesta idea de proporcionalidad entre delito y pena”. Agregó que la demostración acerca de la imposición de torturas a Núñez debía traducirse en una reducción de la pena que le restaba cumplir del primer proceso, como medida paliativa de la enorme lesión al Estado de derecho que dicha realidad puso al descubierto, pues la pena impuesta a Núñez, a partir de los sucesos relatados, se había vuelto una *pena cruel*, que no podía ser obviada por la justicia 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 crueldad<sup>38</sup>.

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

En cuanto a que no se encontraba firme la sentencia de condena a los responsables del hecho de tortura, Niño sostuvo que ello no impedía la solución propuesta porque:

[...] no se ha discutido la materialidad del ilícito; por lo demás, la especial relación de sujeción en que se hallaba Núñez al resultar victimizado conduce a equiparar las diferentes alternativas de su producción, toda vez que, por acción o por omisión, la custodia de sus bienes jurídicos más elementales por parte de los agentes estatales resultó groseramente vulnerada.

Se propuso, en consecuencia, imponer a Núñez la pena única de siete años y seis meses de prisión.

A su turno, el juez Jantus (que adoptaría la misma solución) refirió que, efectivamente, los padecimientos que el Estado le provocó a Núñez mientras se encontraba cumpliendo su pena debían tener un significado trascendente sobre la legitimidad de su condena. En tal sentido, refirió que si bien el hecho de tortura sufrido por Núñez no era desconocido por tribunal de San Isidro, a cuya disposición se encontraba cuando ocurrió (en tanto le otorgó un arresto domiciliario como consecuencia de esos eventos), cuando lo condenó no hizo ninguna consideración al respecto, mientras que normas superiores y la jurisprudencia internacional<sup>39</sup> obligan a los jueces a considerar las consecuencias de tales actos. Al respecto, sostuvo que a raíz de las torturas sufridas por Núñez mientras cumplía una condena en un establecimiento carcelario, cometidas por funcionarios estatales:

[...] los fines que gobiernan la pena de prisión han quedado desvirtuados en la ejecu-

39 Corte IDH, *Medidas provisionales respecto de la República de Argentina-Asunto de las Penitenciarias de Mendoza*, párr. 52.

ción 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 [...] 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 [...].

En punto a que la sentencia de condena contra los penitenciarios no se encontraba firme, refirió, al igual que su antecesor en el fallo, que era incuestionable a esa 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.

Finalmente, el tercer voto fue del juez Magariños, que no acompañó a sus colegas porque entendió que la sentencia contra los agentes penitenciarios no estaba firme.

En definitiva, y 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, en lo que interesa, imponer a Núñez la pena única de siete años y seis meses de prisión.

## VII.2. “Reyna, Damián Ezequiel”

El fallo fue dictado por la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Bue-

nos Aires<sup>40</sup>. Reyna se encontraba cumpliendo una pena de seis años y ocho meses de prisión por el delito de robo agravado (pena que vencería el 29 de febrero de 2018). En el marco del cumplimiento de esa condena, fue sometido a 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 por la Cámara de Apelaciones del Departamento Judicial de San Nicolás.

La defensa oficial de Reyna interpuso recurso de casación, agraviándose por la omisión de considerar los daños sufridos por Reyna en su lugar de detención como una pena ilícita que tornaba desproporcionada a la pena legalmente impuesta, en violación del principio de prohibición de doble punición y de prohibición de torturas, y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La sala interviniente pasó revista al art. 18 CN (en cuanto establece que las cárceles son para seguridad y no para castigo), a la normativa internacional que establece el tratamiento digno para los reclusos y la prohibición de que sean sometidos a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y a la jurisprudencia internacional<sup>41</sup> y nacional<sup>42</sup> que establece la posición de garante del Estado respecto de las personas privadas de libertad. Consideró que, en el marco del *habeas corpus* que se había tramitado en favor de Reyna, se había probado que el 2 de febrero de 2015, ante su negativa a ir a ducharse, el encargado del pabellón lo sacó de su celda y lo agredió a golpes de puño, y que luego llamó a la guar-

40 Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, Causa 75.213, caratulada “Reyna, s. Recurso de Casación”, registro 445/16, rta. el 2/6/16.

41 CorteIDH, *Mendoza y otros vs. Argentina* (sent. 13/05/2013, párr. 188).

42 “Badín” (Fallos 318:2002; consid. 3), entre otros precedentes.

dia, que entró al pabellón dando disparos de goma que impactaron en los tobillos de Reyna. Luego lo agredieron todos, y le pusieron esposas y lo llevaron a la sala de abogados, arrastrándolo, mientras le seguían pegando. Una vez en la sala de abogados continuaron pegándole, y tocándole el ano con el dedo por arriba de la ropa y apoyándole el pene en la cara, mientras lo insultaban, y uno de los jefes –que identificó– le pegó una patada en la cara mientras Reyna se encontraba en el piso. Se probó también que luego de la golpiza lo mandaron a “buzones” (aislamiento), que estuvo cinco días sin recibir atención médica, y que recién lo vio un enfermero cuando se presentó el *habeas corpus*. Se verificó también que, en el marco de esa acción, se ordenó su examen médico por parte de un perito oficial, que constató hipoacusia del oído izquierdo, perforación del tímpano, sangre seca en perforación y conducto auditivo externo, edema de miembro inferior izquierdo y pie derecho, y heridas en el tobillo izquierdo.

Frente a dicha situación, el juez del *habeas corpus* manifestó que “si bien no existen por el momento los elementos de prueba que permitan corroborar la veracidad de la golpiza que refiere haber recibido Reyna en su declaración, las lesiones que presenta, la correspondencia de la data de las mismas con el momento en que refiere haber sido golpeado”, lo llevaban a acoger la acción, por agravamiento en las condiciones de detención.

En el fallo comentado, se agregó que aun cuando al momento de su decisión (precisamente, la de ese fallo) que se estaba adoptando no se había citado a ningún penitenciario a prestar declaración indagatoria en el marco de la investigación sobre esos hechos, no había obstáculo para concluir que las lesiones sufridas por Reyna –fehacientemente verificadas por el correspondiente dictamen médico legal– se produjeron en el interior de un establecimiento carcelario. Agregó que nadie

había puesto en duda los sucesos y que así los estableció el juez de ejecución en su decisión en el marco del *habeas corpus*.

En vista de lo anterior, y considerando que el Estado es garante de la integridad de las personas encarceladas, se afirmó que este resultaba responsable junto a los funcionarios encargados de la seguridad de los establecimientos carcelarios, y que los hechos sufridos por Reyna debían calificarse como tortura en el contexto de la ejecución de su pena. De todos modos, se indicó, esto no se reflejó de ningún modo en el tratamiento penitenciario que venía desarrollando Reyna, pero que debió tenerse en cuenta. Y agregó:

Aun cuando no resulte habitual en nuestra Judicatura, cabe deslindar en lo relativo al tiempo de prisión padecido por una persona: un tiempo cronológico o dimensión cuantitativa, ligado a las reglas temporales del art. 77 del C.P. y con él, , del art. 6 del C.C.yC., y manifestado a través del establecimiento de una sanción penal precisada en años, meses o días en una sentencia como conclusión firme de un proceso; de uno 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 [...]. De modo que [...] la restricción de derechos propios de la sanción punitiva puede estimarse tanto en su extensión o medida, como en su intensidad, grado o vigor para determinar si resulta inconciliable con la Carta Magna nacional, admitiendo ésta última calidad, los aspectos cualitativos, vivenciales o existenciales antes mencionados. La ejecución de la sanción penal no puede quedar al margen de la legalidad en su cumplimiento, de modo que reine en su desarrollo la plena arbitrariedad de los funcionarios a cargo, con acciones ilegales y contrarias

a los Derechos Humanos de los penados [...].Mal podría pretenderse que el régimen penal fortalezca la “dignidad humana” del condenado (art. 5 ley 12.256) mediante tratos crueles, inhumanos o degradantes de parte de quienes funcionalmente lo tienen a su cargo, sea por acción u omisión.

Asimismo, manifestó que cuando el detenido ha sufrido actos de torturas o maltratos durante su encarcelamiento, ello no puede omitirse en la cuantificación de la pena o en cuestiones vinculadas a su ejecución, pues tales actos delictivos sobre la persona detenida trastocan todo el sentido de “progresividad” en la ejecución de la pena, desvirtuando el programa de reinserción social.

Y si bien refirió que no correspondía adentrarse en la discusión acerca de si en estos casos corresponde hablar de “compensación”, lo cierto es que resultaba imprescindible su reparación, pues así lo establece el art. 14, inc. 10, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes cuando indica que todo Estado Parte debe velar por que su legislación garantice a la víctima la reparación y el derecho a una indemnización.

Finalmente, sostuvo que la pena, que no puede ser expresada más que de modo lineal, cronológico, implica también su cumplimiento regular, rechazando toda posibilidad de actos que la tornen cruel, inhumana o degradante, y que, si eso sucede, es ineludible atender a esta faceta existencial recomponiendo la situación violatoria de derechos del penado o deteniendo o reparando sus efectos, del modo más aproximado a una plena restitución. En consecuencia, y dado que Reyna había satisfecho el requisito temporal exigido, resolvió otorgarle la libertad asistida como una forma de reparación por los hechos de torturas sufridos en el establecimiento carcelario.

### VII.3. “Bellot, Gustavo Adolfo”<sup>43</sup>

El fallo que anotaremos admite la compensación por deficientes condiciones de detención en lo que atañe al servicio de salud brindado a la persona privada de libertad.

La Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Nicolás, con fecha 19 de mayo de 2016, había rechazado el recurso de apelación deducido por la defensa oficial de Bellot, y confirmado la resolución de origen por la que se le había denegado la libertad asistida (en su lugar, se le otorgaron las salidas transitorias).

La defensa dedujo recurso de casación, en el que planteó que para resolver la incidencia debió considerarse el estado de salud de Bellot, que no había logrado una atención médica eficaz en el lugar de detención (sin perjuicio de otras consideraciones atinentes a su buena conducta y el adecuado cumplimiento de las pautas impuestas en sus salidas transitorias).

El tribunal consideró que uno de los motivos en que se basó el Departamento Técnico Criminológico del Servicio Penitenciario para desaconsejar el otorgamiento de la libertad asistida anticipada fue que Bellot llevaba una vida pasiva, ya que no trabajaba ni estudiaba.

La casación respondió que la pasividad no puede dar motivo a que se sugiera no conceder la libertad asistida, pues ella se debe a su lamentable estado de salud (tumoraciones en la región sub-maxilar derecha, con halo erimatoso y doloroso al tacto, así como una lesión no rehabilitada en la rodilla izquierda, que afectan su vida diaria), y que antes del inicio de sus graves dolencias Bellot trabajaba y estudiaba.

Sobre el punto, agregó que no se le brindó atención médica adecuada, falencia que era

43 Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, Causa 7881. “Bellot, Gustavo Adolfo s. Recurso de Casación (Solicita trámite de Habeas Corpus)”, rta. el 13/10/16, registro N° 835/2016.

de larga data, según las pruebas incorporadas a la causa. Todo ello, según la casación, implicó una flagrante violación al derecho a la salud de Bellot, y correspondía al Poder Judicial el deber de verificar la existencia de vulneración de derechos de las personas internadas en dependencias estatales para su subsanación y, en su caso, compensación.

En tal sentido, refirió que Bellot padecía patologías que no habían recibido el

tratamiento médico sanitario correcto, de manera que la forma en que transcurría su tratamiento penitenciario era, a todas luces, cruel e inhumana.

En definitiva, expresó que los padecimientos de Bellot, no atendidos idóneamente en lo que debió ser un tratamiento legal y digno tendiente a su reinserción social, trasuntaban una crueldad o deshumanización que resultaba imprescindible reparar, por lo que resolvió, a modo de reparación, el otorgamiento de la libertad asistida anticipada.

#### VII.4. “Britos”

Finalmente, cabe destacar la sentencia dictada por el Juzgado de Ejecución Penal N° 3 en el marco de la causa “Britos”<sup>44</sup>. Britos cumplía una pena única de trece años de prisión. Durante el transcurso de esa condena, y en el marco de otra causa, el juez a cargo del Juzgado Federal N° 7 decretó el procesamiento de dos agentes penitenciarios por torturas agravadas en perjuicio de Britos, a la par que remitió copias de la resolución al juez de ejecución para que analizara la posibilidad de instrumentar medidas de reparación respecto de la víctima. El fundamento de esa decisión radicó en lo prescripto por el Protocolo de Estambul, en cuanto establece la necesidad de “asegurar que toda víctima de tortura obtenga

reparación e indemnización adecuadas [...]”. A raíz de ello, la defensa oficial solicitó que Britos fuera incorporado al régimen de libertad asistida.

Una vez que se corrió vista a la representante del Ministerio Público Fiscal, se opuso a la medida, aunque reconoció que la permanencia en detención de Britos lo exponía a “situaciones de una gravedad inusitada”, haciendo que su integridad personal y su vida corrieran peligro. En ese contexto, sostuvo que se veían agravadas las condiciones de detención en las que se encontraba el indicado, entonces sostuvo la necesidad de una alternativa a la prisión para que su encierro no se convirtiera en un trato indigno o cruel, y propuso la prisión domiciliaria.

El juez de ejecución señaló que la posible incorporación de Britos al régimen de prisión domiciliaria, sobre la base de que su actual detención podría constituir un trato indigno o cruel, hacía encuadrar el caso en el art. 32, inc. c, de la ley 24.6600, y que esa solución permitía resolver los dos aspectos debatidos en la incidencia: por un lado, disponer la compensación que el magistrado federal sugirió, ya que la detención domiciliaria es mucho más benigna que la carcelaria; y, por el otro, cumplir con la necesidad de garantizar de modo real la integridad física y psicológica del condenado al sacarlo de una institución que podría conllevar su revictimización. De esa manera, Britos fue incorporado al régimen de la prisión domiciliaria.

#### VIII. Palabras finales

En nuestro país, las condiciones carcelarias no logran alcanzar un estándar mínimo que sea respetuoso de los derechos básicos de las personas privadas de libertad.

Aún no se han podido resolver cuestiones esenciales vinculadas con la alimentación y la atención sanitaria. Ello, sin considerar temá-

<sup>44</sup> Juzgado de Ejecución Penal N° 3, “Britos”, legajo N° 130.321, 8 de marzo de 2018.

ticas relacionadas al trabajo, educación, visitas, traslados, violencia institucional e intracarcelaria, entre muchas otras. Desde luego, ante esa realidad, la reinserción social es un concepto que jamás se concreta en la práctica.

Frente a esa situación, y aun cuando haya que continuar insistiendo para que esos derechos se cumplan, es imprescindible, a nuestro criterio, profundizar la aplicación del instituto de la compensación, tanto por daños sufridos en el ámbito carcelario, como por condiciones materiales de detención que resulten degradantes. En definitiva, si los daños no pueden evitarse, deben ser resarcidos o compensados.

En este trabajo hemos intentado avanzar en ese sentido, de allí que pretendimos ingresar con mayor detalle en las condiciones concretas de aplicación del instituto, y esperamos haber logrado algún aporte al analizar la cuestión desde la perspectiva de la fuente de las obligaciones, y su vinculación con el deber de garantía del Estado respecto de las personas privadas de libertad.

## Bibliografía

Aterini, Atilio; Oscar Ameal y Roberto López Cabana. 1993. *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 4ª edición.

Real Academia Española. (s.f.). “Compensar”. En: *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/compensar?m=form>.

Vacani, Pablo. 2015. *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa*. Buenos Aires: AdHoc.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2014. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2ª edición.

-----  
-----, 2000. *Derecho*

*penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1ª edición.

## Jurisprudencia nacional

CSJN, “Alpacor Asociados SRL c/ AFIP s/ amparo ley 16.986”, FCB 013010004/2013/CS0010, rta. 3/12/2019. Fallos: 342:2125.

CSJN, “Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”; B 142 XXIII, rta. 07/08/1997. Fallos: 320:1645.

CSJN, “Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”; B. 142. XXIII, rta. 19/10/1995. Fallos: 318:2002.

CSJN, “Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus”; D 346 XXIV, rta. 19/10/1995. Fallos: 318:1894.

CSJN, “García, Ricardo Mario y otra c/ Buenos Aires Pcia. de s/ Indemnización de daños y perjuicios”; G. 93. XXII, rta. 08/09/1992. Fallos: 315:1892.

CSJN, “Gatica, Susana Mercedes c / Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y Perjuicios”; G. 383. XL. ORI22/12/2009. Fallos: 332:2842.

CSJN, “Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires”; 1985. Fallos: 307:821.

CSJN, “Marichal, Yamila Gisela c/ Mancini, Ramiro Exequiel s/ laboral por cobro de pesos - recurso de inaplicabilidad de ley”, CSJ 001800/2016/RH001, rta. 29/08/2019, Fallos: 342:1412.

CSJN, “Méndez, Daniel Roberto s/ Rec. de casación”; M. 821. XLIII. REX, rta. 01/11/2011. Fallos: 334:1216.



CSJN, “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal”; R. 230. XXXIV, rta. 09/03/2004 Fallos: 327:388.

CSJN, “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”, 1984, Fallos: 306:2030.

CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”; V. 856. XXXVIII, rta. 03/05/2005. Fallos: 328:1146.

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 3, “Núñez, Brian”, causa 56449/2013/TO1/CNC2 (reg. 451/2015), rta. 11/9/2015.

Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, “Bellot, Gustavo Adolfo s. Recurso de Casación (Solicita trámite de Habeas Corpus)”, causa 7881, registro Nro. 835/2016, rta. 13/10/2016.

Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, “Reyna, s. Recurso de Casación”, causa 75.213, registro 445/16, rta. 2/6/2016.

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

### Jurisprudencia internacional

Corte IDH, caso *Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007.

Corte IDH, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000.

Corte IDH, caso *De La Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004.

Corte IDH, caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Corte IDH, caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

Corte IDH, caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006.

Corte IDH, caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995.

Corte IDH, caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

Corte IDH, caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Fondo.

Corte IDH, *Asunto Guerrero Larez. Medidas provisionales respecto de Venezuela*. Resolución de la Corte de 17 de noviembre de 2009.

Corte IDH, *Asunto Natera Balboa. Medidas provisionales respecto de Venezuela*. Resolución de la presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de diciembre de 2009.

Corte IDH, *Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Resolución de la Corte de 22 de noviembre de 2018.

Corte IDH, *Medidas provisionales respecto de la República de Argentina-Asunto de las Penitenciarías de Mendoza*, Resolución de la Corte de 1° de julio de 2011.

### **Documentos y normas de organismos internacionales**

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Principios y Buenas Prácticas sobre Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, de la Organización de Estados Americanos. Adoptados por la Comisión Interamericana de DDHH durante el 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela). Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977.