

RED DE INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DEL CONTINENTE AMERICANO (RINDHCA)

Grupo de trabajo sobre prevención de la tortura y malos tratos

Hacia la elaboración de un compendio de buenas prácticas en prevención de la tortura y los malos tratos a ser presentado en la 14a. Conferencia Internacional de la GANHRI a realizarse en Copenhague del 6 al 8 de noviembre de 2023

“Ser condenado a prisión o ser sometido a prisión preventiva en la actualidad en un sistema penitenciario en América Latina es, en los hechos, ser sometido a una muerte aleatoria, algo así como ser condenado a prisión ‘con la accesoria de que quizá también lo maten’.”

Elías Carranza (ILANUD)¹.

Introducción

Aun cuando los tratados internacionales permitieron avanzar la conciencia al respecto, lejos está de desaparecer la tortura como tal. *“Si el mal existe, bien está representado por la tortura”*².

Resulta imperioso repensar los alcances de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984) que define la tortura como *“todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.*

¹ CARRANZA, Elías, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”, 2012 Anuario de Derechos Humanos, Santiago, Chile: Universidad de Chile (p. 46). Texto disponible en <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r29431.pdf>

² DONNA, Edgardo Alberto en BARBERO, Natalia, *Análisis dogmático-jurídico de la tortura: la tortura en derecho internacional: la tortura como delito y como crimen contra la humanidad en derecho argentino y español* - 1ra. ed. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2011 (p. 9).

No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

Para evaluar si un sufrimiento es inherente o incidental a la privación legítima de la libertad, la Declaración sobre la Protección de las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes -aprobada por Resolución 3452 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975- establece como parámetros las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (Reglas Mandela). Si bien la Convención nada dice al respecto, puede interpretarse que es más amplia, al apoyarse en las normas y principios generales de Derecho Internacional, sin recurrir a un instrumento concreto³.

Este agregado que traía la Declaración podría ser considerado innecesario si se interpreta que las sanciones siempre deben cumplir con esta normativa; de lo contrario, podría alegarse que ya no son legítimas. La Convención no define si la legitimidad se define a partir del derecho interno de cada país o del derecho internacional. Se abre aquí una brecha de vaguedad toda vez que una sanción puede ser legítima para un Estado por ser conforme a su sistema interno, y al mismo tiempo no ser legítima para otro, o para la comunidad internacional. Así, la discrecionalidad sobre el concepto de tortura pasaría a manos del Estado. Permitiría la comisión de tortura por parte de un Estado y la Convención no resultaría aplicable⁴.

No se trata de que las sanciones legítimas no constituyan tortura, sino que, a la inversa, sólo son legítimas aquellas sanciones que no constituyen tortura y respetan las exigencias derivadas de los derechos humanos. En tal sentido, resultaría preferible prescindir de la disposición que trae la definición de la Convención ya que puede propiciar una interpretación contraria a su propio espíritu⁵.

En cuanto a los tratos inhumanos, crueles o degradantes, la Convención no incorpora una definición explícita. Sin embargo, el artículo 16.1 permite inferir claramente que la distinción se basa en el grado de intensidad del sufrimiento provocado por el trato o castigo infligido: *“Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra*

³ BARBERO, Natalia, *Análisis dogmático-jurídico de la tortura: la tortura en derecho internacional: la tortura como delito y como crimen contra la humanidad en derecho argentino y español* - 1ra. ed. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2011 (pp. 40/41).

⁴ BOULESBAA, Ahcene, *The UN Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff, La Haya, 1999. Citado por Natalia Barbero en BARBERO, ob. cit. (p. 41).

⁵ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, *El concepto de tortura en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984*, en GARCÍA VALDÉS, Carlos y otros (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, t. II (p. 2276). Citado por Natalia Barbero en BARBERO, ob. cit. (p. 82).

persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”.

INDH ARGENTINA

En Argentina, la reforma constitucional de 1994 creó la figura del Defensor del Pueblo de la Nación como órgano independiente, con plena autonomía funcional, instituido en el ámbito del Congreso de la Nación. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas⁶.

A nivel institucional, la prevención de la tortura y los malos tratos se trabaja en el Área de Grupos Vulnerables, en permanente articulación con todos aquellos organismos que integran el sistema penal y tienen por fin la protección de las personas privadas de la libertad y de sus grupos familiares.

Desde un enfoque de derechos, consideramos que la más efectiva prevención contra la tortura y los malos tratos es la aplicación de medidas alternativas al encierro.

En tal sentido, a pesar de los estándares nacionales e internacionales vigentes, como INDH, sistemáticamente recordamos a las autoridades nacionales los compromisos asumidos por el Estado argentino para garantizar el derecho a la integridad personal y la aplicación de medidas no privativas de la libertad de acuerdo con el principio de mínima intervención.

MARCO NORMATIVO

En materia de privación de libertad, mucho antes del surgimiento de los derechos humanos nuestra Constitución Nacional (1853) establecía: *“Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”*⁷.

En plena conformación del Estado argentino, nuestros Constituyentes reconocieron que el propio encierro mortifica y responsabilizaron a quienes invocaran la precaución para adornar castigos.

Tiempo antes, cuando nuestro territorio integraba el Virreinato del Río de la Plata, en Europa se publicaba *Una Introducción a los Principios de la Moral y de la Legislación* (1789) de Jeremy Bentham. El padre del utilitarismo moderno sostenía que el objeto general de todas las leyes debería ser aumentar la felicidad de la comunidad; por

⁶ Constitución Nacional, art. 86.

⁷ Constitución Nacional, art. 18.

tanto, evitar, en la medida de lo posible, todo aquello que tienda a eliminar esa felicidad: básicamente, evitar el daño. Sin embargo, agregaba, todo castigo, en sí mismo, implica un daño. Por el principio de utilidad, concluía que el castigo únicamente debiera admitirse en tanto permita evitar un mal mayor⁸.

Pasaron casi dos siglos desde la publicación de los principios de Bentham hasta que la mayor parte de los países que conforman la Organización de Estados Americanos (OEA) reconocieron a nivel normativo que el daño inherente a una privación de libertad no sólo afecta a la persona a la que se impone.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) suscripta en 1969 entró en vigencia en 1978. Con ella, el principio de intrascendencia de la pena⁹: la pena debe ser personal y no puede trascender de la persona que cometió el hecho ilícito. Sin embargo, al ser inevitable la expansión de sus efectos a las personas inocentes más cercanas a aquélla, el derecho penal debe cuidar que esa trascendencia se reduzca al mínimo.

En nuestro país, tanto el principio de trascendencia mínima de la pena como el principio de humanidad¹⁰, que excluye la aplicación de penas crueles, inhumanas y degradantes, tienen rango constitucional.

En 1984, la Argentina ratificó la CADH (Ley N° 23.054). En 1985, firmó la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; ratificada por ley en 1987 (Ley N° 23.338). Con la reforma constitucional de 1994, el Estado argentino otorgó jerarquía constitucional a distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que se encuentran la CADH, la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹.

⁸ BENTHAM, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. Citado por Mary Beloff en "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos", publicado por UNICEF en "Justicia y derechos del niño" Número 3, Buenos Aires, 2001 (p. 9).

Disponible en https://www.unicef.cl/archivos_documento/70/Justicia%20y%20derechos%203.pdf

⁹ CADH, art. 5.3.

¹⁰ Constitución Nacional, art. 18; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7.

¹¹ Constitución Nacional, artículo 75 inciso 22: "(...) *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.*

La CADH se complementa con la definición de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, cuyo artículo 2 dispone: *“se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”*.

La Convención Interamericana define a la tortura de una manera más amplia que la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura. Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, fue aprobada por la República Argentina por Ley N° 23.652 el 29 de Septiembre de 1988 y ratificada por el Gobierno Argentino el 31 de marzo de 1989.

Ni la Convención Americana ni la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura definen lo que debe entenderse por tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Tampoco establecen el límite que separa a estos comportamientos de los actos de tortura.

La posibilidad de que los familiares de las víctimas también sufran tratos crueles, inhumanos o degradantes fue considerado hace décadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La CIDH incluyó el trato digno a familiares de las personas privadas de la libertad entre los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008) y reiteró su importancia en su Informe sobre Personas Privadas de Libertad en las Américas (2011).

En su Opinión Consultiva OC-29/22 *“Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad”*, la Corte IDH reiteró que el respeto a la dignidad humana constituye el principio general del trato debido a las personas privadas de libertad, haciéndolo extensivo a sus familiares.

El 12 de julio pasado, se celebró una audiencia temática regional ante la CIDH en el marco de su período 187 de sesiones sobre el *“Impacto diferenciado de la cárcel en la vida de las mujeres familiares de personas privadas de la libertad en las Américas”*.

Como INDH, hace años venimos señalando a las autoridades estatales la necesidad de que los procesos penales no sólo respeten el principio de inocencia, sino también

Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara (...)”.

la trascendencia mínima de la pena considerando a quienes integran el núcleo familiar de las personas privadas de la libertad.

El sufrimiento inherente o incidental que el encarcelamiento disemina entre los vínculos afectivos de la persona a la que se impone es contrario a la protección diferenciada que nuestra Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran respecto de niñas, niños, adolescentes, mujeres y personas con discapacidad. Se trata de personas que integran grupos en situación de vulnerabilidad, agravada por la privación de libertad en tanto expone a quienes la transitan y a sus seres queridos a una mayor discriminación y afectación de sus derechos.

Ya en 1990, la Asamblea General de la Naciones Unidas, en su Resolución 45/110, adoptaba las Reglas mínimas de la ONU sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Allí, los Estados Miembros se comprometieron a introducir alternativas al encierro en sus respectivos ordenamientos jurídicos con el objeto de reducir la aplicación de las penas de prisión, racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación de las personas involucradas en la comisión de hechos ilícitos.

La comunidad internacional acordó aplicar las Reglas de Tokio a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. “*Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención*”¹², como “*parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos...*”¹³.

Más de 30 años después, a pesar de la plena vigencia de estos estándares y de las vastas recomendaciones formuladas al Estado argentino por parte de organismos internacionales y nacionales, como INDH continuamos recordando a las autoridades de nuestro país que la privación de la libertad antes del dictado de una sentencia condenatoria debe ser excepcional, en tanto lesiona el derecho de libertad, el derecho a un juicio previo y el principio de inocencia. Aun cuando sólo debiera admitirse su imposición cuando sea indispensable, por tiempo limitado, y cuando no exista otra medida menos gravosa, la privación de libertad continúa siendo la regla.

Para que la prisión preventiva sea compatible con la CADH, debiera estar fundada en asegurar que la persona imputada no impedirá el desarrollo del proceso ni la acción de la justicia, y el dictamen fiscal debiera siempre sustentar la ausencia de viabilidad de la aplicación de medidas alternativas. Sin embargo, el encarcelamiento cautelar se utiliza como herramienta de control social y como pena anticipada.

¹² Regla 2.6.

¹³ Regla 2.7.

A fines de 2008, la Ley N° 26.472 introdujo modificaciones a la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, así como al Código Penal y al Código Procesal Penal de la Nación. La norma facultó al juez a disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria en los siguientes casos: a) cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario impida a la persona recuperarse o tratar adecuadamente su enfermedad y no corresponda su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) cuando la persona padezca una enfermedad terminal; c) cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario implique un trato indigno, inhumano o cruel para una persona con discapacidad; d) cuando la persona sea mayor de 70 años; e) cuando se trate de una mujer embarazada; f) así como en el caso de la madre de una niña o niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

Sin perjuicio de esa facultad y del sistemático abuso de la prisión preventiva denunciado a las autoridades argentinas por distintos órganos de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano, es notoria la discrecionalidad para el otorgamiento de arrestos domiciliarios, una de las pocas medidas alternativas realmente vigentes.

El Estado argentino no cumple con las recomendaciones formuladas por el Comité de Derechos del Niño en el Día de Debate General de 2011 respecto de la especial protección que debe brindarse a “Niñas y niños de padres presos”. Tampoco cumple con la Observación General Nro. 14 (2013), donde el Comité remite a lo expresado en el Día de Debate General de 2011.

Lejos está el sistema penal de registrar la diferente percepción del tiempo que tienen niñas y niños¹⁴. Rara vez logra ver el sufrimiento detrás de las fojas que luchan por hacerse carne delante de sus ojos. Con sus palabras y sus formas, invisibiliza a las personas.

Queda un largo camino por recorrer para que realmente se brinde una consideración primordial al interés superior de niñas, niños y adolescentes y se garantice la protección diferenciada de mujeres y personas con discapacidad, entre otros grupos en situación de vulnerabilidad¹⁵.

A continuación, compartimos algunas de nuestras acciones tendientes a garantizar un trato digno hacia quienes, en su mayoría por la selectividad propia del sistema, deben transitar procesos penales, en pos de que algún día el encarcelamiento sea una verdadera última ratio y su trascendencia, realmente mínima.

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 93.

¹⁵ CN, art. 75 inc. 22 y 23; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Belem do Pará–; Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, entre otros instrumentos internacionales.

BUENAS PRÁCTICAS

1. OPINIONES CONSULTIVAS PARA GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES AFECTADOS POR EL ENCARCELAMIENTO DE SUS REFERENTES AFECTIVOS

Ante la falta de perspectiva de niñez y de género advertida en el sistema penal, en 2023, recurrimos a la emisión de opiniones consultivas con el objeto de recordar a las autoridades estatales que los pedidos de arresto domiciliario debidamente fundados en el interés superior de niñas, niños y adolescentes sólo debieran rechazarse ante la acreditación de que la medida pudiera ser perjudicial para el desarrollo integral de la persona menor de edad.

a. El caso de Reyna

Nacida en una cesárea de urgencia con 32 semanas de gestación, Reyna pasó por dos internaciones -una, en terapia intensiva- antes de que se dispusiera el arresto domiciliario definitivo de su padre, Cristiam, de nacionalidad boliviana, sin familia en la Argentina y condenado sin sentencia firme por un hecho de narcomenudeo.

Durante sus primeros 45 días¹⁶, Reyna perdió la oportunidad de recibir el cuidado permanente de su madre, Rossio, y de ser amamantada cada 3 horas, según indicación médica y estándares internacionales. Esto, porque Rossio -también de nacionalidad boliviana y sin familia en el país- no pudo alojarse en la residencia para madres del hospital al no tener con quién dejar a Bayron y a Leonardo, sus otros hijos de 4 y 6 años.

Los tiempos de la justicia penal agravaron la situación de riesgo en que se encontraban las criaturas y su madre. Obligaron a Rossio a debatirse entre la salud de su hija recién nacida y el cuidado de sus dos hijos pequeños.

Sola en el país, mientras Reyna continuaba internada, Rossio tuvo que implorar que le dieran el alta para poder reencontrarse con sus otros hijos después de una semana. Había tenido que dejarlos de urgencia al cuidado de una madre de la escuela con quien no tenían ningún vínculo establecido.

Reyna y su familia perdieron la oportunidad de recibir la asistencia integral que el hospital brinda a las familias con bebés prematuros¹⁷. El equipo

¹⁶ La Declaración de Derechos del Niño Hospitalizado establece que todo niño tiene derecho, mientras permanece en el hospital, a contar con la compañía permanente de al menos uno de sus padres. Disponible en https://www.unicef.cl/archivos_documento/6/Derechos_ninho_hospitalizado.ppt

¹⁷ El recién nacido prematuro tiene derecho a ser acompañado por su familia todo el tiempo. La contención familiar del recién nacido prematuro forma parte de sus necesidades vitales para una mejor y más rápida recuperación. <https://www.unicef.org/argentina/media/386/file/Dec%C3%A1logo%20del%20prematuro.pdf>

interdisciplinario presta servicios únicamente por la mañana, cuando Rossio tenía que ocuparse de alimentar y vestir a Bayron y a Leonardo para llegar al hospital lo antes posible y poder amamantar a Reyna. Mientras, la justicia penal se tomaba su tiempo para analizar si el arresto domiciliario de la pareja de Rossio, papá de Reyna, Bayron y Leonardo, era realmente la mejor alternativa.

Ese pedido tenía un antecedente. Sin ningún tipo de ayuda ni acompañamiento, Rossio venía ocupándose completamente sola de la crianza de sus dos hijos y de las tareas del hogar desde la detención de Cristiam, en 2020. Había perdido un embarazo en marzo de 2022. En octubre de ese año, cursando ya el embarazo de Reyna, tuvo que pasar tres días internada por pérdidas y dolores abdominales.

Hasta ese momento, nadie le había dicho que Cristiam podía volver a solicitar el arresto; que el embarazo configuraba un “hecho nuevo” en el que fundar el planteo.

“Si no es de riesgo, probablemente lo rechacen”, adelantó la defensa pública cuando consultamos por el caso.

La Defensoría del Pueblo de la Nación, la Defensoría General de la Nación, la Procuración Penitenciaria de la Nación y el Consulado General del Estado Plurinacional de Bolivia unimos fuerzas para hacer ver a las autoridades del Estado que una mujer, dos niños y una bebé nacida con 32 semanas de gestación, estaban sufriendo los estragos de la pena aún no firme impuesta al padre de esa familia.

A pesar de la urgencia, las autoridades del Estado argentino precisaron 45 días para disponer el arresto domiciliario de Cristiam. Aunque no de manera definitiva, sino sujeto al alta hospitalaria de Reyna.

Tres días duró el “idilio” del arresto domiciliario por el que tanto se había luchado. Ante la necesidad de camas, ni bien pudieron, las autoridades del hospital firmaron el alta de Reyna.

En tiempo récord, sin previo aviso, Gendarmería Nacional Argentina ejecutó la orden del tribunal federal y se llevó a Cristiam del domicilio familiar media hora antes de la salida de la escuela de Bayron. Fuera del horario judicial, sin interlocutores en funciones, no hubo mucho por hacer. La defensa pública tuvo que formular un nuevo planteo.

Por una desinteligencia del tribunal, Cristiam no fue realojado en la unidad más cercana a su domicilio familiar: lo trasladaron a kilómetros de distancia. Durante casi 5 meses, Reyna, Bayron y Leonardo no pudieron ver a su padre, ni siquiera para compartir sus cumpleaños de 5 y 7 años. La distancia impidió el contacto familiar.

Reyna volvió a ser internada; esta vez, por un cuadro de bronquiolitis grave por el que fue intubada. A pesar de la urgencia, la defensa pública entendió que desde su rol no cabía solicitar al máximo tribunal penal del país que adelantara la fecha de audiencia para tratar el recurso contra la sentencia que denegara el pedido de arresto domiciliario definitivo de Cristiam. La Defensoría del Pueblo de la Nación y el Consulado General del Estado Plurinacional de Bolivia hicimos el pedido.

Seis meses después de formulado el planteo inicial con motivo del embarazo de Reyna, el máximo tribunal penal del país concedió cinco minutos a esta INDH para plantear lo obvio: que Reyna, Bayron y Leonardo necesitaban a su padre en el hogar; así como Rossio, a su pareja, para una crianza corresponsable; que, a pesar de los dictámenes favorables y ningún elemento que acreditara posibles vulneraciones a los derechos de la niñez o de la mujer si se concedía el arresto, el Estado continuaba vulnerando los derechos de esta familia.

Esa misma tarde, la Cámara Federal de Casación Penal anuló la resolución. Al día siguiente, el Tribunal Federal dispuso el arresto domiciliario sin limitación temporal.

Un mes después, Bayron y Leonardo pudieron retomar la escolaridad habitual de la mano de su padre, mientras Rossio acompañaba a Reyna en su segunda y prolongada internación.

Luego de 50 días, Reyna fue dada de alta. Dos días después, ingresó nuevamente en terapia intensiva y otra vez fue intubada. Esta vez, su madre pudo estar a su lado en todo momento, sabiendo que Bayron y Leonardo estaban al cuidado de su padre.

b. El caso de Brandon

La defensa pública solicitó la colaboración de esta INDH en el incidente de arresto domiciliario fundado en el interés superior de Brandon, el hijo de 16 años de uno de sus asistidos de nacionalidad peruana.

La madre de Brandon había fallecido cuando él tenía 3 años. Cuando cumplió 10, su padre fue privado de la libertad y quedó a cargo de su tío y abuelos paternos. En distintas oportunidades, la defensa pública había solicitado el arresto domiciliario con el fin de que Brandon pudiera crecer al cuidado de su padre vivo. Sin ninguna acreditación de posibles perjuicios para el desarrollo del niño, siempre se lo habían denegado.

Cuando la familia de Brandon decidió regresar al Perú, su tío le pidió a un amigo que se fuera a vivir por un tiempo a la casa de Brandon. Esta persona,

a quien Brandon no conocía, se trasladó provisoriamente a la planta baja de su vivienda paterna y empezó a compartir con él las últimas horas del día.

Brandon manifestó la necesidad de estar con su padre. Desde que lo habían detenido, en diciembre de 2017, todo había sido muy difícil para él y se sentía muy solo.

En su tercera intervención en el caso, el representante de los intereses de Brandon se pronunció nuevamente a favor de la concesión del arresto domiciliario de su padre con el objeto primordial de optimizar las condiciones que favorecieran el bienestar físico y emocional del joven, para posibilitar su adecuado desarrollo evolutivo. Si bien entendió innecesario ahondar en la relevancia del vínculo paternofilial, sí destacó que el adolescente no contaba con familiares en el país que pudieran brindarle los cuidados y atención acordes a su etapa vital.

Fundó su conclusión en el derecho de Brandon a crecer y ser cuidado por su padre¹⁸, así como en el principio de igualdad¹⁹ respecto de otras personas menores de edad. Y aclaró: *“...Es, pues, inverso el razonamiento que debe hacerse cuando se ha invocado el “interés superior” de un niño ... para la concesión de un arresto domiciliario. No debe analizarse si se dan, objetivamente, los presupuestos previstos en ... [el Código Penal y en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad], sino si se están viendo garantizados los derechos y obligaciones que emanan de esa Convención [CDN] para el desarrollo integral de ese sujeto de derechos, y luego analizar si los supuestos legales previstos por el legislador canalizan adecuadamente esas necesidades o aquellas que se hubieren evaluado en el caso concreto al dilucidar cuál es el interés superior del niño(...) si se advierte que no se están canalizando esas necesidades, se impone una interpretación de aquellas normas que rigen el proceso que, aún por fuera de los supuestos previstos, permita garantizar el normal u óptimo desarrollo de un niño...”*

En su dictamen, el Fiscal General destacó los dichos del tío de Brandon, quien había manifestado su preocupación por el futuro de su sobrino: *“lo saqué de donde estaba, ahora va al colegio y reparte pan y torta frita por el barrio, se juntaba con otra gente. Está encarrilado, acá hay mano fuerte, pero yo me voy y el chico queda solo...”*

Aun cuando tuvo en cuenta la situación de extrema vulnerabilidad en que se encontraba Brandon y el dictamen favorable al arresto domiciliario de su padre emitido por el representante de los intereses del adolescente, el Fiscal General dictaminó en contra de la medida recurriendo a normativa infraconstitucional -

¹⁸ CDN, arts. 7 y 9.

¹⁹ CN, art. 16.

el Código Penal-, evidenciando una absoluta falta de perspectiva de niñez y de género. Por como lo expresara, parecía que, por sí solo, un techo acondicionado, con los servicios básicos e indispensables, compartido con un adulto que ni siquiera era referente afectivo para el joven, pudiera proveer mejor cuidado y atención integral que su padre.

Si bien referenciamos la incoherencia y arbitrariedad del dictamen fiscal, también destacamos su injustificable atraso jurídico, a la luz de la norma constitucional (art. 75 inc. 22 CN) de rango superior a la ley citada por aquél. Más aún, cuando desde antiguo se sabe que *“Las leyes duras o rigurosas deben limitarse a los casos para que se han dado... El juez no debe castigar lo que la ley no castiga [en el caso, Brandon]. Si es necesaria una nueva ley para nuevos casos que ocurren, reclámase, hágase, promúlguese [o sea, un nuevo art. 75 inc. 22 y una denuncia de la convención]; pero entre tanto, ... No estiremos ni queramos hacer elásticas las leyes para tener el gusto de atormentar a los hombres²⁰”*.

Considerando que no se había acreditado de qué manera el interés superior de Brandon se vería afectado negativamente por el arresto domiciliario de su padre, resultaba evidente que era esa medida y no otra la que mejor protegía los derechos del adolescente.

2. ALIANZA ESTRATÉGICA POR NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES AFECTADOS POR EL SISTEMA PENAL

En 2015, la Defensoría del Pueblo argentina intervino en el caso de una adolescente de 15 años cuyo padre había fallecido y su madre se encontraba privada de la libertad. La joven se autolesionaba y había tenido varios intentos de suicidio. La defensa penal de la madre había solicitado el arresto domiciliario fundado en el interés superior de su hija, acompañando los dictámenes psicológicos que indicaban que la joven necesitaba la presencia de su madre en el hogar.

Si bien las autoridades fiscales y judiciales no acreditaron de qué manera el arresto domiciliario vulneraría el interés superior de esa joven, rechazaron el pedido. De manera extraoficial, trascendió que los verdaderos argumentos para denegar sistemáticamente la aplicación de la medida eran la pertenencia de la madre a la comunidad gitana y el hecho de encontrarse involucrada en una causa donde algunos de sus consortes masculinos, aunque no ella, habían tenido intentos de fuga.

²⁰ Escriche, J., “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”, T. III, pág. 647, Ed. Imprenta Eduardo Cuesta, Madrid 1875.

La Defensoría del Pueblo argentina elaboró un extenso informe sobre la consideración primordial que debía brindarse al interés superior de esa niña. Nada logró conmover a las autoridades fiscales ni judiciales.

El caso permitió advertir la escasez de programas destinados a brindar protección especial a niñas, niños y adolescentes con referentes afectivos privados de libertad, en clara contradicción al interés superior de la niñez y al principio de intrascendencia o trascendencia mínima de la pena.

Ese año, realizamos una propuesta legislativa y una serie de recomendaciones encaminadas a priorizar el interés superior de la niñez en el proceso penal y en la ejecución de la pena privativa de la libertad²¹.

En 2016, la Defensoría del Pueblo argentina conformó la Alianza Estratégica por Niñas, Niños y Adolescentes afectados por el Sistema Penal con organismos de la sociedad civil, autoridades públicas nacionales y provinciales del sistema de protección integral de niñez y del sistema penal con el objeto de trabajar conjuntamente en el diseño, seguimiento y evaluación de políticas públicas para brindar una protección especial a niñas, niños y adolescentes con referentes afectivos privados de la libertad, así como para prevenir el ingreso de adolescentes en el sistema penal y garantizar sus derechos.

A partir de la convocatoria realizada por la Defensoría del Pueblo de la Nación argentina, distintos organismos del sistema penal y del sistema de protección de niñez y adolescencia reforzaron sus acciones para brindar protección especial y promover los derechos de este grupo de niñas, niños y adolescentes.

DIRECTRICES DE JUSTICIA JUVENIL

En Argentina, el Régimen Penal de la Minoridad vigente continúa siendo regulado por el Decreto-Ley N° 22.278/80 (modificado por Ley N° 22.803) que responde al denominado “Modelo Tutelar o de la situación irregular” y recibió pronunciamientos críticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)²² y del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas²³ por no adecuarse a los estándares que establecen la CDN y demás tratados internacionales.

En 2019, la Mesa de Justicia Juvenil de la Alianza Estratégica por Niñas, Niños y Adolescentes afectados por el Sistema Penal aprobó las “Directrices de Justicia Juvenil”²⁴. Durante dos años, el Área de Grupos Vulnerables de la Defensoría del Pueblo de la Nación coordinó las distintas etapas del proceso que concluyó en un

²¹ Recomendaciones presentadas al Sistema Interinstitucional de Control de Cárceres; al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; y a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

²² Corte IDH: Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2003. Disponible en <https://bit.ly/1wq0HFu>. Caso Mendoza y otros vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013. Disponible en <https://bit.ly/1ffOKoZ>.

²³ Comité de los Derechos del Niño: Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de la Argentina, párr. 80 (CRC/C/ARG/CO/3-4). Disponible en <https://bit.ly/2JtHLjs>

²⁴ https://www.dpn.gob.ar/documentos/20200708_32216_558120.pdf

documento unánime que refleja la experiencia práctica de cada institución participante y el objetivo común de garantizar eficazmente la protección especial que las personas adolescentes imputadas por la comisión de hechos ilícitos deben recibir por parte del Estado.

Fueron parte de esta construcción colectiva, además de la Defensoría del Pueblo de la Nación, el Área de Niñez y Juventud de la Asociación Pensamiento Penal; la Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación; la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; la Secretaría de Gestión Educativa del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología; el Área de Colectivos Vulnerables de la Procuración Penitenciaria de la Nación; la Subsecretaría de Protección de la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires; la Dirección Nacional de Adolescentes Infractores a la Ley Penal de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia; y la Coordinación de Estrategias Preventivas en Contextos de Encierro de la Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas.

Dirigido especialmente a quienes integran el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y al personal de seguridad del país, las “Directrices de Justicia Juvenil” elaboradas por la Alianza Estratégica por Niñas, Niños y Adolescentes afectados por el Sistema Penal fueron declaradas de interés jurídico por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En términos de impacto, distintos organismos impulsaron propuestas que tomaron como base las Directrices de Justicia Juvenil:

- **Declaración Conjunta interinstitucional: Acuerdo de principios básicos para la Derogación del Decreto-Ley 22.278 y la sanción de un Sistema de Justicia Juvenil**

El acuerdo fue firmado por la Defensoría de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Defensoría General de la Nación, el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional Argentina, y la Defensoría del Pueblo de la Nación.

Siguiendo el camino emprendido por la Defensoría del Pueblo de la Nación en la Mesa de Justicia Juvenil de la Alianza Estratégica por Niñas, Niños y Adolescentes Afectados por el Sistema Penal, en noviembre de 2022 se suscribió la “Declaración Conjunta Interinstitucional: Acuerdo de principios básicos para la Derogación del Decreto-Ley 22.278 y la sanción de un Sistema de Justicia Juvenil”.

El acuerdo considera que la sanción de una Ley de Justicia Juvenil debe promover y garantizar el respeto de los derechos y las libertades fundamentales, con un debido proceso que lo sustente. Aboga por una propuesta de reforma del régimen actual que contemple ineludiblemente la edad mínima de responsabilidad penal, la creación de

un sistema especializado, un catálogo de medidas alternativas al proceso y a la pena, penas alternativas a las previstas para personas mayores de edad, continuidad de los estándares de la justicia juvenil.

- **“Hacia una justicia penal juvenil respetuosa de los derechos de niños, niñas y adolescentes”**

En marzo de 2023, UNICEF Argentina y la Defensoría de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes convocaron a una jornada de trabajo para tratar temas vinculados con la justicia juvenil y su enfoque de acuerdo a los estándares internacionales. Allí se ratificaron los compromisos asumidos en la Declaración Conjunta de 2022. Al finalizar la jornada se emitió un nuevo documento interinstitucional que fue firmado por los distintos organismos y especialistas participantes: Comité Nacional para la Prevención de la Tortura; Defensoría General de la Nación; Defensoría de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; Defensoría del Pueblo de la Nación; Defensorías de Niñez de las provincias de Córdoba, La Pampa y Santiago del Estero; Procuración Penitenciaria de la Nación; Red de Magistrados y Funcionarias/os judiciales de la Nación; Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles; UNICEF Argentina; Alejandro Morlachetti, especialista de Protección de Derechos y Acceso a la Justicia de UNICEF; y Mary Beloff, miembro del Comité de los Derechos del Niño.

- **Mesa de Trabajo “A 10 años del Fallo “MENDOZA” de la Corte IDH”**

En mayo de 2023, la Defensoría General de la Nación convocó a un reunión interinstitucional en la que se evaluó el impacto de la sentencia del caso “Mendoza y otros vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a 10 años del pronunciamiento. En esa decisión, el Estado argentino fue condenado por la imposición de penas de prisión perpetua a cinco personas por delitos cometidos cuando eran menores de edad, así como por otras afectaciones de derechos humanos cometidas en su perjuicio.

Estuvieron presentes titulares y demás autoridades de los siguientes organismos: Comité Nacional para la Prevención de la Tortura; Defensoría General de la Nación; Defensoría de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; Defensoría del Pueblo de la Nación; Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y Comité para la Prevención de la Tortura de la Ciudad de Buenos Aires; Procuración Penitenciaria de la Nación; UNICEF.

Durante la jornada, se evaluó el impacto del fallo tanto a nivel internacional como nacional; su estado de ejecución; las condiciones de alojamiento de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal; y las situaciones de violencia institucional.

Entre las propuestas formuladas, se acordó conformar una Mesa de Trabajo permanente para el cumplimiento del fallo “Mendoza” y organizar una campaña interinstitucional dirigida a la ciudadanía con el fin de problematizar los lugares

comunes que vinculan los índices de delincuencia juvenil con los montos de pena o la edad de punibilidad.

3. FORMACIONES PERIÓDICAS A FUERZAS DE SEGURIDAD

Durante 2015 y 2016, la Defensoría del Pueblo argentina fue convocada por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia para participar en los Cursos Intensivos para Aspirantes al Cuerpo Especial de Seguridad y Vigilancia de los dispositivos penales juveniles.

En 2019, junto al Ministerio Público Fiscal de la Nación, esta INDH brindó una capacitación en Derechos Humanos y Régimen Penal Juvenil en el Curso de Investigador Criminal de la Escuela Superior de Gendarmería Nacional Argentina.

Ese mismo año, luego de su visita al país en abril de 2018, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes presentó su informe ante el Consejo de Derechos Humanos, en el que manifestó especial preocupación por la vulnerabilidad de las personas menores de edad privadas de la libertad.

Entre diversas cuestiones, recomendó a las autoridades del Estado argentino que *“...i) Velen por que todos los agentes del orden y miembros del personal penitenciario de todas las provincias reciban una formación inicial y formaciones periódicas sobre los derechos humanos (incluidas las Reglas Nelson Mandela), sobre el trabajo con detenidos en situaciones de vulnerabilidad y sobre la detección precoz de indicios de una posible enfermedad mental y de tortura y otros malos tratos”*.

En tal sentido, considerando el rol estratégico que cumple el Cuerpo Especial de Seguridad y Vigilancia, en virtud de lo solicitado por las autoridades del Consejo de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en julio de 2023, la Defensoría del Pueblo argentina comenzó a brindar un taller de promoción de derechos humanos dirigido al personal de seguridad de los dispositivos penales juveniles.

Los encuentros abordan, entre otros, los siguientes temas: adolescencias y juventudes, trayectorias de vida y vulnerabilidad social; violencia y sus diferentes manifestaciones (adultocentrismo, discriminación, bullying, etc.); rol estratégico del personal del Cuerpo Especial de Seguridad y Vigilancia; buenas prácticas; derechos, principios y garantías de niñas, niños, adolescentes y jóvenes; principio de especialidad.

4. PREVENCIÓN DE MUERTES POR COVID

Desde que se declaró la pandemia por COVID-19, esta INDH impulsó el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por distintos organismos internacionales, así como de las acordadas dictadas por los máximos tribunales penales del país para aplicar el arresto domiciliario a todos los grupos de personas en situación de vulnerabilidad con el objeto de descomprimir al máximo las cárceles.

Sin perjuicio de ello, la necesidad de llevar adelante una política activa para la vacunación contra el COVID-19 de personas privadas de la libertad cobraba especial relevancia para disminuir los casos graves de la enfermedad, las hospitalizaciones y las muertes. En especial, ante el crecimiento sostenido de la tasa de encarcelamiento desde la década del '90 y las declaraciones de emergencia carcelaria en el ámbito federal y bonaerense.

El Ministerio de Salud de la Nación, como organismo rector del sistema de salud, con fecha 23 de diciembre de 2020 publicó el Plan Estratégico para la vacunación contra el COVID-19 en la República Argentina, que tuvo como población objetivo, entre otras, a las personas privadas de libertad.

En 2021, iniciamos investigaciones de oficio con el objeto de recabar datos sobre la cantidad de personas privadas de la libertad vacunadas contra el COVID-19 en las jurisdicciones del país con mayor población carcelaria: Buenos Aires, Mendoza, Santa Fe y Córdoba.

La medida adoptada nos permitió conocer el grado de avance del Plan Estratégico con respecto a la vacunación de personas bajo custodia del Estado, así como brindar colaboración activa a las autoridades penitenciarias ante la emergencia sanitaria por la pandemia por COVID-19.