



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

PRESENTAN INFORME

Excmo. Tribunal Oral:

Alberto Giordano, Defensor Público Oficial ante los Jueces y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Correccional n° 3; Cecilia Mage, Defensora Pública Oficial Adjunta ante los Tribunales Orales en lo Criminal n° 11; y Virginia Sansone, Defensora Pública Oficial ante los Jueces Nacionales de Ejecución Penal, en representación de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, en la causa N° 1989/17/09, caratulada “R.P. s/Autorización de visitas”, que tramita ante VV.SS., constituyendo domicilio procesal en la calle Callao 970, 3° Piso, de la Ciudad de Buenos Aires, nos presentamos en dichos autos, y a VV.SS. decimos:

1. OBJETO

Que venimos a presentar este informe para exponer nuestra opinión respecto al derecho que asiste a las personas privadas de libertad de acceder a visitas íntimas con sus parejas del mismo sexo. En consecuencia, expondremos las razones por las cuales creemos que corresponde otorgar a la Sra. R.P. el derecho a mantener visitas íntimas con su pareja, la Sra. G.C.M.

2. ANTECEDENTES DEL CASO

R.P. y G.C.M mantienen una relación sentimental desde el año 2003. Se conocieron cuando ambas estuvieron detenidas en la misma Unidad, la n° 31, donde permanecieron alojadas en el Pabellón 8. El vínculo se mantiene actualmente, luego de que la Sra. G.C.M recuperara su libertad. Por estos motivos, requirieron autorización para acceder a visitas íntimas. Sin embargo, nunca pudieron hacerlo.

Con fecha 16 de septiembre de 2009, a través de un escrito *in pauperis forma*, R.P. denunció ante este Tribunal que en la Unidad n° 31 no le permiten tener acceso a visitas íntimas con su pareja, la Sra. G.C.M. Invoca que la negativa obedece a que se trata de una pareja integrada por personas del mismo sexo y constituye, por ende, un trato discriminatorio.

En forma paralela al escrito presentado ante esta sede, frente a la imposibilidad de acceder a los encuentros requeridos, la Sra. R.P. hizo el reclamo también en la Unidad n° 31. En fecha reciente, el 13 de noviembre del año en curso, el Director de la Unidad ordenó: 1) No hacer lugar a la solicitud interpuesta por R.P. en el sentido que se autorice a

la ex interna G.C.M. a ingresar en calidad de concubina; y 2) Autorizar el ingreso de G.C.M en calidad de amiga.

De la lectura de los Considerandos, no surge con claridad qué motivos indujeron a resolver de esa forma. En primer término, señala que la Dirección de Auditoría General sostuvo que correspondería no hacer lugar a la petición. A continuación, menciona que la Dirección de Asistencia Social sostuvo que se desprende la falsedad de los datos declarados (sin hacer referencia, en el texto de la resolución, a qué datos se refiere). Luego, acota que el informe social de la sección Asistencia Social se pronunció a favor de autorizar el ingreso de la Sra. G.C.M, “dado que esta relación actúa como favorecedora en el proceso de reinserción social de la causante”. Para finalizar, transcribe el art. 38 del Dec. N° 1136, que regula en qué supuestos se autorizará el ingreso para visitas de ex internos. Esta norma, tras mencionar algunos supuestos concretos, agrega que “Otros casos podrán ser considerados por el Director, previo informe del Servicio Social cuando del mismo resulte que la visita puede ser favorable y compatible con el tratamiento del interno”. Concluye entonces que de la norma transcripta surge que es atribución de la Dirección autorizar la visita de una ex interna que no reúna los extremos exigidos por la reglamentación. Sin más, resuelve en la forma indicada.

3. OPINIÓN SOBRE EL OBJETO DEL LITIGIO

Cabe aclarar que si bien en la resolución dictada por el Director de la Unidad 31, recaída con fecha 13 de noviembre de 2009, no se hace mención a la orientación sexual de la solicitante para denegar las visitas íntimas solicitadas, desde esta Comisión inferimos que tras dicha negativa subyace un prejuicio hacia las parejas homosexuales que redundaría en un acto de discriminación contra R.P. y G.C.M. Para arribar a esta conclusión, esta Comisión parte del especial cuidado que deben tener los funcionarios públicos cuando están frente a situaciones que involucran los derechos de los grupos históricamente desaventajados, como los son en este caso, las personas integradas por personas del mismo sexo.

A continuación, analizaremos en primer lugar la normativa que regula el derecho a las visitas íntimas en el marco de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Veremos que en casos como el presente, no hay ninguna restricción expresa para el otorgamiento de los encuentros requeridos. A continuación, nos referiremos a los principios y derechos constitucionales que son aplicables, y que se ven conculcados con la negativa a las visitas solicitadas. Estos son: principio de humanidad de las penas; principio de reserva; principio de legalidad; derecho a la salud; derecho a la autonomía; derecho a mantener contacto con el mundo exterior; derecho al mantenimiento de los vínculos familiares y el principio de no discriminación.

3. 1. El derecho de acceso a visitas íntimas. Requisitos.

El artículo 167 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, n° 24.660, dispone que “*Los internos que no gocen de permiso de salida para afianzar y mejorar los lazos*



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

familiares podrán recibir la visita íntima de su cónyuge o, a falta de éste, de la persona con quien mantiene vida marital permanente, en la forma y modo que determinen los reglamentos”.

En un caso resuelto por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba, se entendió que esta norma *"garantiza mantener relaciones íntimas de los internos con su cónyuge o a falta de éste con la persona con quien mantiene vida marital permanente en la forma que determinen los reglamentos, entendiendo que la enumeración que expresa la norma no es limitativa y por lo tanto extensible a personas con una elección de sexo diferente u orientación homosexual, destacando que el único límite para el ejercicio de un derecho en el ámbito penitenciario, está basado en la seguridad del Establecimiento, cuestión que no se vincula con la actividad sexual de los internos ni con su elección sexual"*¹. En el mismo caso, el tribunal adhirió a la opinión del Fiscal General, conforme a la cual estando acreditado que son pareja de larga data, negarles un régimen de visitas íntimas a una pareja homosexual, implica un trato desigual, contrario a lo dispuesto en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Creemos que este concepto amplio fue receptado en el Decreto Nacional 1.136/97, que aprueba el Reglamento de comunicaciones de los internos. Como veremos a continuación, esta reglamentación no restringe el acceso a visitas íntimas a parejas heterosexuales.

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

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

La norma prevé dos supuestos claramente diferenciados:

a) En casos de vínculos de parejas anteriores a la detención, establece que podrán recibir la visita del cónyuge o de la persona con quien mantuviera vida marital. De

USO OFICIAL

¹ Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2 de Córdoba, 17/11/2005, "NN y otros".

acuerdo con el artículo 8 del Anexo, la relación de convivencia –cuando no hubiera hijos comunes- debe acreditarse a través de una información sumaria judicial o administrativa.

b) En casos de vínculos iniciados luego de la detención, se requiere una relación de 6 meses de antigüedad, como mínimo. Cabe aclarar que en este último supuesto bien puede darse la situación de que haya existido concubinato posterior a la detención (por ejemplo, en casos de parejas alojadas en la misma Unidad y Pabellón), pero ello no es necesario, en otras relaciones pudo no haber habido convivencia (por ejemplo, en caso de cualquier relación heterosexual iniciada con posterioridad a la detención, ya que al no existir establecimientos carcelarios mixtos, sería un recaudo de imposible cumplimiento).

El supuesto habilitado en segundo término por el artículo 38 (parejas iniciadas con posterioridad a la detención), significa entonces que **no es un requisito acreditar el concubinato**. Por el contrario, **requerirlo sería un absurdo**: si fueran convivientes, no necesitarían solicitar autorización para mantener encuentros íntimos. Lo que hay que acreditar es la existencia de una relación de una antigüedad mínima de 6 meses. Además, de ser el caso, puede acreditarse que en algún momento posterior a la detención hubo relación de convivencia, pero obviamente habrá cesado al momento de solicitar la visita íntima.

Por consiguiente, no es de aplicación necesaria el artículo 8 del Anexo del Reglamento; y la interpretación del art. 51 del Reglamento debe hacerse de forma que se concilie con el artículo 56 (máxime cuando el artículo 56 es el que regula en forma específica las visitas íntimas).

El artículo 64 regula los extremos requeridos para acceder a estas visitas. La norma dispone que reunidos estos requisitos, el Director **debe** conceder la visita de reunión conyugal solicitada. Uno de los requisitos exigidos, es la acreditación del vínculo.

De lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 56, que es el aplicable al caso en cuestión, no se deriva ninguna restricción en función de la naturaleza heterosexual u homosexual de la pareja. Esta disposición hace referencia a una “relación afectiva”, sin más calificación. Es decir, en virtud del artículo 56, cabría conceder el derecho de visitas íntimas si R.P. lograra acreditar la relación afectiva que data de más de 6 meses.

Ahora, cabe preguntarse cómo se puede o debe acreditar el vínculo. El Anexo A del Reglamento de Comunicaciones de los Internos hace referencia a la documentación requerida para la acreditación de los vínculos familiares, pero nada prevé respecto de estos supuestos. Como mencionamos anteriormente, el artículo 8 regula cómo acreditar las relaciones concubinarias, pero nada dice respecto de los casos de relaciones iniciadas con posterioridad (los demás artículos se refieren a la acreditación de otros vínculos familiares: vínculo conyugal, y relaciones de parentesco por consanguinidad o afinidad).

Lo cierto es que en el caso de R.P. y G.C.M, hubo relación sentimental mediando convivencia. Y, toda vez que esa convivencia se desarrolló dentro de la Unidad 31, la autoridad en condiciones de dar cuenta de dicho vínculo sentimental y de la convivencia es el propio



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

establecimiento. Negarse a asumir la responsabilidad de pronunciarse sobre la existencia o no del vínculo afectivo, significa tanto como negar el derecho, pues lo hace de imposible efectividad.

Cabe acotar sobre este punto, que R.P. intentó obtener un pronunciamiento de este tipo y, por medio de la Defensoría Pública Oficial ante la Cámara de Casación Penal, gestionó ante el Director de la Unidad n° 31 del SPF, un certificado que diera cuenta de la situación descripta. Con fecha 17 de abril de 2009, en una respuesta meramente formal, la División de Seguridad Interna de la Unidad 31 emitió un informe en el que da cuenta de que R.P. y G.C.M permanecieron alojadas juntas en el Pabellón N° 8 de la Unidad 31, pero en el mismo informe se agrega que otras mujeres detenidas también se alojaban en dicho pabellón. Es decir, el informe no se expidió sobre la existencia de la relación afectiva. Tampoco se adoptaron los recaudos que fueran necesarios para poder acreditarla (por ejemplo, a través de testimonios de otras detenidas).

En síntesis, en el caso encontramos que:

- a) La reglamentación de la ley permite el acceso a visitas íntimas en casos de relaciones afectivas (sean heterosexuales o no) iniciadas con posterioridad a la detención, y con una antigüedad no menor a los 6 meses;
- b) No es requisito que haya existido convivencia en estos supuestos. En caso de que haya habido relación de concubinato, este extremo debe ser acreditado mediante información sumaria judicial o administrativa (conf. Art. 8 del Anexo A del Reglamento de Comunicaciones de los Internos).
- c) No está previsto normativamente de qué forma hay que acreditar la relación afectiva, cuando no medió convivencia;
- d) En casos como el presente, en el que el vínculo sentimental tuvo inicio y se mantuvo dentro de la Unidad n° 31, quien está en mejores condiciones de acreditar tanto la relación afectiva como la relación de concubinato es el propio centro carcelario;
- e) En el caso, hubo un pedido expreso en tal sentido de R.P.;
- f) La negativa de las autoridades penitenciarias a asumir esta función no podría ser invocada para negar el ejercicio del derecho.

Por su parte, el artículo 38 del Reglamento de Comunicación de los Internos también resulta pertinente para este caso, ya que regula los supuestos en los que se puede habilitar el ingreso de ex-internos a la unidad penitenciaria, como es el caso de G.C.M. De hecho, ésta fue la norma invocada por el Director de la Unidad n° 31 para negar el acceso a encuentros íntimos. Dispone esta norma:

“Art. 38. La visita de ex-internos se autorizará cuando se tratara de:

a) Cónyuge;

b) Concubina o concubinario;

c) Parientes por consanguinidad en primer grado.

Otros casos podrán ser considerados por el Director, previo informe del Servicio Social cuando del mismo resulte que la visita puede ser favorable y compatible con el tratamiento del interno.”

Se da por reproducido lo dicho anteriormente, respecto a que las autoridades carcelarias son quienes están en mejor posición para comprobar la existencia de la relación de convivencia invocada.

Más allá de este argumento, interesa poner de resalto que, en tanto nuestro país adoptó un modelo republicano de gobierno, la atribución conferida al Director en el último párrafo del artículo 38 de ninguna manera es un permiso para negar el ingreso a personas por razones arbitrarias o por mero capricho. Por el contrario, mediando el informe favorable del servicio social, corresponde en principio autorizar el ingreso de las personas que estuvieron antes detenidas, y las razones invocadas para oponerse a ello deberían valorarse muy estrictamente.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, vemos que el informe favorable del servicio social fue considerado para autorizar el ingreso de G.C.M en calidad de amiga, pero se les denegó la petición vinculada a los encuentros íntimos, sin que se hayan invocado motivos graves y serios que sustenten este rechazo. Creemos que esta negativa es incompatible con las disposiciones que regulan quiénes pueden acceder a este tipo de visitas, a las que ya nos hemos referido, pero fundamentalmente es incompatible con principios de rango constitucional.

En efecto, el derecho de las personas privadas de libertad a mantener encuentros íntimos encuentra fundamento constitucional en numerosos principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional y en numerosos tratados internacionales de derechos humanos elevados a igual jerarquía, como los principios de legalidad y reserva, de humanidad de la pena, y los derechos a la salud, a la autonomía e intimidad, a mantener vínculos familiares y a no ser discriminados.

3. 2. Principio de Humanidad de las Penas

El Principio de Humanidad de las Penas, consagrado en el art. 18 de la CN, establece que *“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que lo autorice”*.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Dicho principio ha sido también receptado en numerosos instrumentos internacionales incluidos con la reforma constitucional de 1994 (Art. art. 75 inc. 22 de la CN)² y por la Ley 26.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (Arts. 3º, 2da. Parte y 9º).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recoge el Principio de Humanidad de las Penas en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, al reconocer “el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral” (Preámbulo).

Por aplicación del Principio de Humanidad de las Penas, el Estado tiene el deber de aplicar y ejecutar las penas, en este caso la pena privativa de la libertad, de la forma menos lesiva a la dignidad humana; y ello porque todas las personas privadas de libertad conservan todos los derechos y garantías fundamentales, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado, restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad (CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Principio VIII).

Esta conclusión también es corolario necesario de los principios de reserva y de legalidad, recogidos expresamente en el art. 2 de la Ley nº 24.669. En tal sentido, se sostiene que *“El artículo 2º de la ley de ejecución establece como principio general la aplicación en el ámbito de la ejecución de las medidas de encierro del principio constitucional de reserva (CN, art. 19): ‘las personas privadas de libertad conservan todos los derechos no afectados por la sentencia de condena o por la ley o las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten’. Esta norma es, en realidad, una derivación lógica del principio constitucional de legalidad (nulla poena sine lege) que determina que el contenido de las penas debe estar previsto legalmente y que no se puede privar o restringir los derechos subjetivos de las personas privadas de libertad más allá de lo previsto en la amenaza penal con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. De esta manera, el interno en un centro carcelario es un sujeto de derechos que, como regla general, será titular de los mismos que las personas libres (ámbito de reserva) y, como excepción, sufrirá las limitaciones especialmente previstas en el ordenamiento jurídico como inherentes a la resolución judicial que dispuso la medida de encierro carcelario.”*³

USO OFICIAL

² Cf. Arts. 5, DUDH; 5.2, CADH; 7, PIDCP; 16, CAT.

³ Marcos Salt, Los derechos fundamentales de los reclusos – España y Argentina, Iñaki Rivera Beiras y Marcos Salt, ed. Del Puerto, Bs. As., 1999, 178-179.

El deber del Estado no se agota sólo con el cumplimiento de obligaciones negativas, tales como la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, sino también mediante acciones tendientes a garantizar los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

En este caso, negar el derecho de R.P. a mantener encuentros íntimos con su pareja, la Sra. G.C.M, es ir más allá de la pena impuesta en la sentencia, pues afecta sus derechos a la salud (incluida la salud sexual); a la intimidad; a mantener contacto con el mundo exterior y al mantenimiento de los vínculos familiares; todos los cuales hacen al desarrollo integral de su personalidad y a su dignidad humana.

En este orden de ideas, sostenemos que aunque nuestro ordenamiento jurídico no consagre expresamente el derecho a mantener relaciones sexuales con la persona de su elección, éste derecho puede colegirse de diversas normas, como se analizará a continuación.

3. 3. Derecho a la salud

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la salud como *“el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad”* (Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19 y 22 de junio de 1946, Actas Oficiales de la Organización Mundial de la Salud, Nro. 2, p. 100).

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptan el concepto amplio de salud enunciado por la OMS, al sostener que *“las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social”* (Principio X).

El derecho a la salud incluye también a la salud sexual, definida como *“un proceso continuo de bienestar físico, psicológico, y sociocultural relacionado con la sexualidad. La salud se evidencia en las expresiones libres y responsables de capacidades sexuales que conducen al bienestar personal y social, enriqueciendo la vida individual y social. No es simplemente la ausencia de disfunciones, enfermedad y/o malestar. Para poder conseguir y mantener la salud sexual es necesario que se reconozcan los derechos sexuales de todas las personas”* (OPS/OMS, 2000).

Sobre el derecho al ejercicio de la sexualidad de las personas privadas de libertad, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-269 de 2002, sostuvo que: *“Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano el cual debe verse de una manera integral teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no lo anula. La relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad.”*



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Las visitas íntimas solicitadas por R.P. forman parte de los mencionados derechos sexuales, los cuales encuentran su fundamento en los derechos a la salud y a la autonomía de los individuos, reconocidos en la Constitución Nacional y en numerosos tratados internacionales de derechos humanos⁴, e incluyen el respeto a la dignidad, a la privacidad y a la integridad física, mental y moral. Por estas razones, R.P. no puede ser privada de su derecho a las visitas íntimas, sin contrariar los mandatos constitucionales.

3.4. Derecho a la autonomía

Otro de los derechos involucrados en el presente caso, es el derecho a la autonomía, consagrado en el art. 19 de nuestra Carta Magna: *“Las acciones de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”*.

Esta norma obliga a hacer una distinción entre las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero (moral social o "intersubjetiva"), de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual (moral personal o "autorreferente"), e impone un límite a la actividad del legislador: no puede prohibir conductas que se desarrollen dentro de la esfera privada, entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18 de la C.N., sino como aquellas que no ofendan al orden o a la moralidad pública, ni perjudiquen a terceros. En consecuencia, las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones legales⁵.

Resta por analizar qué criterios han de tenerse en cuenta para calificar las acciones que afecten el orden y la moral públicos y distinguirlas de aquellas reservadas al ámbito privado de las personas.

Ya en el siglo pasado Cooley definía el derecho de privacidad como "el derecho de ser dejado a solas", fórmula ya clásica, que significa que la persona goza del derecho de ser dejado a solas por el Estado, para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión externa. Sólo razones que demostraren, en base a muy rigurosos juicios, que se encuentra en juego la convivencia social pacífica, admitirían por vía excepcional la intromisión estatal en esa dimensión individual.

En este orden de ideas, no se advierte de qué manera la decisión de mantener relaciones sexuales con una persona del mismo sexo ponga en juego la convivencia social

⁴ Cf. Arts. 33, CN; 24, CDN; 12, PIDESC; 11, DAD; 25.1, DUDH; 10 h, 12, 14.2.e y 16.1.e, CEDAW.

⁵ Cf. CSJN, Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar, 6 de Abril de 1993.

pacífica, pues claro está que no se afecta derecho alguno de terceros, y por tanto es una conducta autorreferente que atiende al plan personal de vida.

En realidad, las limitaciones que padecen actualmente las personas privadas de libertad para acceder a encuentros íntimos con personas de su mismo sexo, sólo se explican en un régimen perfeccionista y autoritario, conforme al cual es una misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal. Como se señaló anteriormente, este tipo de posturas no tiene cabida en el marco de una democracia constitucional como la nuestra, que contiene una prohibición de interferir con las conductas privadas de las personas, prohibición que responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan, según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y sólo dentro de los límites en que no se afecte igual derecho de los demás.

3. 5. Derecho a mantener contacto con el mundo exterior y derecho al mantenimiento de los vínculos familiares

Mantener contacto con el mundo exterior es uno de los derechos básicos de las personas privadas de libertad. Este principio fue recogido por el art. 158 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, n° 24.660, que establece: “El interno tiene derecho a comunicarse periódicamente, en forma oral o escrita, con su familia, amigos, allegados, curadores y abogados, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social. En todos los casos se respetará la privacidad de esas comunicaciones, sin otras restricciones que las dispuestas por juez competente”.

El contacto con el exterior incluye, entre otros aspectos, el acceso a las visitas íntimas y el respeto de los derechos sexuales de las personas privadas de su libertad, y obliga a los Estados a proporcionar instalaciones adecuadas y a no imponer requisitos que desnaturalicen este derecho, como excluir de este servicio a las personas que no mantengan vínculo matrimonial con la persona visitante o prohibir las visitas íntimas entre personas del mismo sexo -como sucede en este caso-.

El Principio XVIII de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, afirma que *“las personas privadas de libertad tendrán derecho a (...) mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas”*.

En igual sentido, el Manual de Buena Práctica Penitenciaria⁶, elaborado por la organización internacional no gubernamental Reforma Penal Internacional (PRI), para la implementación de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, recalca la necesidad de *“mejorar la cantidad y calidad de los contactos familiares, y otros”*, y afirma que *“los contactos de los reclusos con el exterior se deben ver más como derechos que como privilegios”*.

⁶ Reforma Penal Internacional, Manual de Buena Práctica Penitenciaria, 2ª ed., San José, Guayacán, 2002. p. 101.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

La familia, entendida en sentido amplio (lazos sanguíneos y afectivos), es parte fundamental en la resocialización de las personas privadas de su libertad. En lo que hace en particular a la salud sexual, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994), y la IV Conferencia Mundial de la Mujer de Naciones Unidas (Beijing, 1995), refirieron que este derecho entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y que su objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales. En sentido coincidente, la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas expresó que *"Los derechos sexuales incluyen el derecho a la información, sobre cuya base se pueden tomar decisiones fundadas acerca de la sexualidad; los derechos a la dignidad, a la privacidad y a la integridad física, mental y moral para realizar una elección de carácter sexual; y el derecho a las normas más elevadas de salud sexual"*⁷.

3. 6. Principio de no discriminación

Nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos elevados a rango constitucional, establecen los principios de no discriminación y de igualdad (art. 16 CN, y arts. II, DADDH; 2° y 7°, DUDH; 1, CADH; 2 apartado 1 y 26, PIDCP).

Los tratados internacionales de derechos humanos contienen prohibiciones expresas de trato discriminatorio a algunas categorías en particular. Tal como afirma Dworkin, *"la raza y otros rasgos de distinción similares son especiales sólo porque la historia sugiere que algunos grupos son más propensos a que se les niegue la consideración debida, de modo que las decisiones políticas que actúan en su contra deberían ser tomadas en cuenta con especial sospecha"*⁸. Cualquier distinción que se haga bajo esos parámetros, contra alguna de esas clases, se denomina "clasificación sospechosa".

Precisamente en atención a esta situación nuestro ordenamiento jurídico, cuando proscribe el trato discriminatorio, atiende en especial a ciertas categorías, que identifican a grupos desaventajados, y representan *"criterios de diferenciación prohibidos"*⁹. Esto quiere decir que cuando nos encontramos frente a un grupo que corresponde a una de las

USO OFICIAL

⁷ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, sobre "Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen", 21 de enero de 1999, E/CN.4/1999/68/Add.4.

Otros foros especializados se manifestaron en el mismo sentido. Así, la Declaración de los Derechos Sexuales sostiene que : "El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social. Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad para todos los seres humanos" Declaración del XIII Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia (España). Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, el 26 de agosto de 1999, en el Congreso Mundial de Sexología de Hong Kong.

⁸ Ronald Dworkin, "El Imperio de la Ley", Editorial Gedisa, Barcelona, 1992, pág. 269.

⁹ Conf. Martínez, Fernando Rey, "El derecho fundamental a no ser discriminado en razón del sexo", p. 56, Ed. Maagriz Hill, Madrid, 1995).

categorías previstas en la norma y recibe un trato desigualitario, la diferencia de trato goza de una presunción de arbitrariedad, pues el constituyente así lo ha considerado previamente.

En este sentido, la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha sostenido que: *“En el derecho argentino, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales sobre la igualdad y no discriminación, así como las previstas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, cabe concluir que cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua, u otras similares, se presume inconstitucional”*, y ha agregado, con cita a Corwin, que *“La expresión “clase sospechosa” puede caracterizar a un grupo “discreto e insular”, que soporta incapacidades, o está sujeto a una historia tal de tratamiento desigual intencionado, o está relegado a una posición tal de impotencia política que exige la protección extraordinaria del proceso político mayoritario (“La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual”, ps. 630/1)”*¹⁰.

Ahora bien, aunque los tratados internacionales no incluyen expresamente entre estas categorías la orientación sexual, el Comité de Derechos Humanos -en referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)- sostuvo que *“se debe estimar que la referencia al ‘sexo’, que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual”*.¹¹

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió el 20 de diciembre de 2008 la primera Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, en la que reafirma el principio de no discriminación incorporado en los artículos 2 de la DUDH, 2 del PIDESC, y 2 y 26 del PIDCP (párrafo 2); y explicita que el principio de no discriminación exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género (párrafo 3).

Estas decisiones y pronunciamientos son de relevancia para la resolución del presente caso. En efecto, la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ámbito local no significa solamente el reconocimiento de nuevos derechos o un mayor alcance de su protección, sino que también implica la incorporación de los principios del derecho internacional de derechos humanos en relación con su pleno goce y ejercicio conforme sus criterios de aplicación. Ello, en virtud del propio art. 75, inc. 22) de la Constitución, el cual dio rango constitucional a los tratados de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”. Al respecto, la Corte Suprema estableció que la jurisprudencia de los órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos, constituyen no sólo una **imprescindible** pauta de interpretación de los deberes y obligaciones

¹⁰ “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/amparo” Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de fecha 16 de diciembre de 2002. El resaltado es propio.

¹¹ Comité de Derechos Humanos, “Nicholas Toonen v. Australia”, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), párr. 8.7.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

que de ellos derivan¹², sino que incluso conforman un **criterio de interpretación obligado e imperativo**¹³.

Asimismo, algunos tribunales extranjeros, a través de sus diferentes resoluciones, han remarcado la importancia de los temas relacionados con prácticas discriminatorias fundadas en la identidad sexual de los individuos. La Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-101, 1998), sostuvo que: *“La homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida”*. Otros tribunales también han tenido oportunidad de expedirse al respecto (Corte Suprema de Canadá, caso “Egan c. Canadá”, 1995; U.S. Supreme Court, caso “Romer vs. Evans”, 1996; U.S. Supreme Court, “Price Waterhouse vs. Hopkins”, 1989; U.S. Supreme Court, “Craig vs. Boren”, 1976; Corte Europea de Derechos Humanos, caso “Christine Goodwin vs. United Kingdom”, Application 28957/95; v. asimismo Comisión Europea de Derechos Humanos, caso “Mark Rees vs. United Kingdom”, Application Nro. 9532/81, 12.12.1984).¹⁴

Los instrumentos internacionales relativos a las personas privadas de libertad contienen cláusulas generales de prohibición de discriminación en base a categorías sospechosas:

a) Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas.

Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera (Principio fundamental 6.1).

b) Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas.

USO OFICIAL

¹² CSJN, Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-, Fallos: 328:2056, rta. el 14 de junio de 2005, considerando 17°.

¹³ CSJN, Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. -causa N° 17.768-, Fallos: S. 1767. XXXVIII, rta. el 14 de junio de 2005 (ver en particular los votos de los Dres. Pretacchi –considerando 24°-, Zaffaroni –considerando 15°-, Highton de Nolzco –considerando 29°-, Lorenzetti –considerando 21-25°. En casos como “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal” (CSJN, Fallos: R. 230. XXXIV, rta. el 9 de marzo de 2004), “Quiroga, Edgardo Oscar” (CSJN, Fallos: 327:5863, rta. el 23 de diciembre de 2004.), “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones” (CSJN, Fallos: L. 486. XXXVI, rta. el 17 de mayo de 2005) y “Verbitsky Horacio s/ habeas corpus” (CSJN, Fallos: V. 856. XXXVIII, rta. el 3 de mayo de 2005), la Corte Argentina hizo aplicación de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos, hecho que entraña un reconocimiento implícito del valor obligatorio de estas decisiones.

¹⁴ Juzgado Laboral de 5° Nominación de Rosario, Provincia de Santa Fe, Agosto 2007. “MC c. DAM y/u Otro s. Cobro de Pesos” Expte. Nro. 764/99.

No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otros factores (Supra nota 2, principio 2.).

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

Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquier otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad (supra nota 2, Principio II).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido criterios de suma claridad en relación con el principio de no discriminación. En primer término, ha dicho que no toda distinción de trato implica en sí misma una situación de discriminación, sino sólo aquella distinción que carezca de fundamentación objetiva y razonable. Por lo tanto, las distinciones resultarán discriminatorias cuando persigan una finalidad arbitraria o ilegítima, como también cuando, persiguiendo una finalidad legítima, lo hagan por medios que no sean razonablemente proporcionales.¹⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el carácter de *ius cogens* de la prohibición de discriminar, es decir, se trata de una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto, que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma posterior de igual carácter.¹⁶ En virtud de ello, los Estados no pueden alegar desconocimiento o negativa a cumplir con esta obligación, por tratarse de una norma inderogable en el estado actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En concordancia, la diferenciación establecida entre las personas en virtud de su orientación sexual, constituye un claro ejemplo de lo denominado “categoría sospechosa”, cuya principal consecuencia radica en la inversión de la carga de la prueba, dado que se estima *a priori* que dicha diferenciación resulta discriminatoria, y por lo tanto inválida.

Esta doctrina resultó expresamente aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener la aplicación de lo que denominó “doctrina europea”, conforme la cual la presencia de un motivo de distinción prohibido por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, hace pesar sobre la legislación que lo incluye una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba.¹⁷ La prueba que debe realizarse acerca de la validez de la distinción, ya no se limita a la sencilla prueba de la finalidad legítima y los medios

¹⁵ Cfr. Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4., párrs. 56/57.

¹⁶ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 100/101.

¹⁷ CSJN, “Hooft, Pedro Cornelio Federico s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 16 de noviembre de 2004, consid. 4 del voto de la mayoría.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

razonables de la distinción, sino que la presunción de inconstitucionalidad que conlleva la diferenciación empleando una “categoría sospechosa” fuerza al Estado a demostrar la existencia de un “interés estatal insoslayable” que la justifique.¹⁸

En razón de lo expuesto, la aplicación de las visitas íntimas a favor de personas del mismo sexo, permite garantizar el principio de igualdad, evitando discriminar en razón de la orientación sexual de las personas privadas de libertad.

4. PETITORIO

Por todo lo expuesto, solicitamos de VV.SS.:

- a) Se tenga por presentado este informe; y
- b) Se tengan en cuentas las consideraciones que aquí se formulan al momento de resolver el presente caso.

USO OFICIAL

¹⁸ CSJN, “Repetto, Inés María v. Provincia de Buenos Aires”, sentencia del 8 de noviembre de 1988, consid. 7 del voto de los Dres. Bacqué y Pettrachi.