

Oficio 238/13.

Montevideo, 14 de octubre de 2013.

**Sr. Presidente de la Comisión de Constitución,
Códigos, Legislación General y Administración.
Diputado Aníbal Pereyra.**

De mi más elevada consideración.

Conforme lo oportunamente solicitado, por su atento intermedio pongo a disposición de la Comisión el presente informe sobre el proyecto de ley de Habeas Corpus presentado por el Sr. Representante Nacional Dr. Felipe Michelini.

La iniciativa introduce diversas modificaciones al proyecto aprobado por la Cámara de Senadores el 13 de octubre de 2010 (Carpeta 430/10, Repartido 396/10; “Habeas Corpus - Normas”). Tras algunas apreciaciones generales se ofrece un análisis exegético del texto sustitutivo.

I. Generalidades: procedencia de la ley. Expectativa internacional; apreciación del Comité de Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada en relación a la reglamentación del Habeas Corpus en Uruguay.

1) Según lo establecido por el artículo 332 de la Carta, los preceptos de ésta “que reconocen derechos a los individuos (...) no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva”. En su mérito, al tenor del artículo 17 de la Constitución, el

Habeas Corpus procede en todo caso de “prisión indebida”, a fin que la autoridad aprehensora “explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión”, no siendo para ello menester el dictado de la correspondiente reglamentación.

2) Pese a no constituir un presupuesto necesario para la acción, es absolutamente conveniente la reglamentación legal del Habeas Corpus: su determinación precisa (“*accertamento*”, como diría la doctrina *jus publicista* italiana) en sede de causales, legitimación activa, jurisdicción, competencia, plazos y procedimiento, propician en su conjunto el mejor escenario para la aplicación del artículo 17 de la Constitución.

3) La doctrina ha afinado el alcance que la noción de “reglamentación” posee en sede del artículo 332 de la Carta: “Los principios generales de derecho relativos a derechos de los individuos reconocidos por preceptos de la Constitución suplen la falta de reglamentación para posibilitar su aplicación. Pero debe esclarecerse cuál es el nivel jerárquico de las reglas de derecho que pueden constituir la ‘reglamentación respectiva’ de los preceptos constitucionales en esas materias. El empleo de la palabra ‘reglamentación’ no significa que la existencia de un reglamento sea suficiente (...) porque si bien la Constitución utiliza esa expresión para aludir a reglamentos en sentido estricto, también en muchas oportunidades se refiere con ella a la regulación de algún tema por ley. Para analizar la cuestión, deben distinguirse tres ámbitos, según la materia de que trate el precepto constitucional a aplicar y por ende su ‘reglamentación respectiva’: un ámbito de *reserva de la ley*, otro de *reserva del reglamento* y finalmente la *materia compartida entre la ley y el reglamento*” (Cajarville Peluffo, Juan P., “**Los Principios en el Derecho Administrativo Uruguayo**”, Edit. Amalio Fernández, Montevideo, 2009, págs. 73 y 74). “La Constitución utiliza las palabras ‘reglamento’ y ‘reglamentar’ o derivados para aludir a regulación por ley, en los artículos 37, 55, 77 inc. 2do. num. 2., 79 inciso 2do., 85 nums. 6 y 15,126, 188, 210 261 y 304; el mismo

significado debe asignárseles en los arts. 54 inc. 2do., y 57” (Cajarville, op. cit., pág. 73).

4) A diferencia de cuanto ocurre, por ejemplo, en materia de reglamentación del trabajo y del derecho de huelga (artículos 54 a 57 de la Constitución), aspectos en los que la reglamentación es expresamente encomendada por el Constituyente al Legislador, el artículo 17 de la Carta nada dice al respecto; no obstante, dado que “el orden y las formalidades de los juicios” constituye materia de *reserva legal* (Carta, art. 18) la vía legislativa resulta, sin necesidad de mayor desarrollo, la constitucionalmente pertinente.

5) La aprobación del proyecto de Habeas Corpus es aguardada con interés en el exterior. En el párrafo 25 del documento de “Observaciones Finales” al informe presentado en abril de 2013 por nuestro país ante el Comité de Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada¹, dicho órgano expresó: “El Comité acoge con beneplácito que el recurso de *habeas corpus* esté previsto en la Constitución de la República y la afirmación del Estado parte de que su falta de reglamentación no impide su ejercicio efectivo. Al respecto, el Comité toma nota de que hay un proyecto de reglamentación que se encuentra sometido a estudio de la Cámara de Representantes del Parlamento desde el año 2010”.

¹ En cumplimiento de las obligaciones asumidas por el artículo 29.1 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada, entrada en vigencia el 23/12/2010, Uruguay fue el primer país en presentar el Informe al respectivo Comité. La reglamentación de la acción de Habeas Corpus en Uruguay despertó el interés de los relatores, quienes durante el diálogo con la delegación nacional, en abril de 2013, formularon múltiples interrogantes a la delegación nacional acerca de las características del proyecto, y consonancia con ello instaron a su aprobación.

II. La acción de Habeas Corpus en el contexto de una política general de prevención de la desaparición forzada y de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

6) La acción de Habeas Corpus constituye un factor fundamental en la prevención de las desapariciones forzadas, así como en la eliminación de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

7) El derecho de toda persona a no ser víctima de desaparición forzada, codificado primero por la Declaración de Naciones Unidas de 1992² e introducido luego con carácter vinculante por la correspondiente Convención Internacional³, conlleva la interdicción absoluta de cualquier forma de prisión clandestina o secreta⁴, lo que a su vez implica que toda persona privada de libertad debe ser mantenida únicamente en lugares oficialmente reconocidos y controlados⁵.

8) A este derecho a la permanencia en lugares oficiales se añade el consiguiente derecho a la vinculación con el exterior. Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse

² Adoptada por la Asamblea General de ONU el 18/12/1992. El artículo 2.1 de ésta dispone que “ningún Estado cometerá, autorizará ni tolerará las desapariciones forzadas”. El compromiso de la prevención emerge del artículo 2.2 del mismo texto: “Los Estados actuarán a nivel nacional, regional y en cooperación con las Naciones Unidas para contribuir por todos los medios a prevenir y eliminar las desapariciones forzadas”.

³ Ratificada por ley 18.420, de 08/12/2008. Durante los trabajos preparatorios de la Convención (2003-2006), juristas como el Profesor Louis Joinet, el Embajador francés Bernard Kessedjian y el Profesor Manfred Nowak, se mostraron partidarios de erigir el derecho a no ser sometido a desaparición forzada en un derecho autónomo (esto es, considerándolo no meramente una conducta pluriofensiva y lesiva de otros derechos ya codificados) lo que fue aceptado y finalmente quedó recogido por el artículo 1 de la Convención Internacional.

⁴ Artículo 17 de la Convención Internacional contra la Desaparición Forzada.

⁵ Idem, artículo 18.2 literal C.

con su familia, un abogado o cualquier otra persona^{6,7}; tratándose de un extranjero, también tiene derecho a recibir asistencia consular⁸. En su mérito, encontrándose una persona privada de libertad en condiciones en las que pueda presumirse su desaparición forzada, cualquiera que tenga un interés legítimo (un allegado de la víctima, por ejemplo) se encuentra jurídicamente habilitado para interponer la acción de Habeas Corpus⁹. En tal sentido esta acción emerge, junto a otras medidas¹⁰, como uno de los medios más eficaces para evitar la desaparición forzada.

9) Corresponde recordar al respecto que, en virtud de instrumentos regionales e internacionales, nuestro país se ha comprometido a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir este penoso flagelo¹¹, lo que incluye el establecimiento de garantías contra cualquier forma de detención fuera de la protección de la ley¹².

⁶ Idem, artículo 18.2 literal D; artículo XI de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, ratificada por ley 16724, de 01/11/1995.

⁷ Artículos 9.2 y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificada por ley 13.751, de 10/07/1969; artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por artículo 15 de la ley 15.737, de 08/03/1985; artículo 2.1 de la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificada por ley 15798, de 17/12/1985.

⁸ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963), artículo 36, literal C.

⁹ Convención Internacional contra la Desaparición Forzada, artículo 18.2. literal F.

¹⁰ Por ejemplo: el registro administrativo, sin excepción, de todas las personas privadas de libertad, más el monitoreo permanente de los lugares de detención, realizado por instituciones nacionales de Derechos Humanos, esto es, independientes técnica y funcionalmente.

¹¹ Convención Internacional contra la Desaparición forzada, artículo 23.1 literal B; artículo I, literal C de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada.

¹² En la definición de la desaparición forzada dada por el artículo 2 de la respectiva Convención Internacional, la sustracción de la persona a la protección de la ley constituye un elemento señalado. De acuerdo a la Convención, se entiende por desaparición forzada “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”. La Convención ordena (artículo 12.1) a cada Estado Parte velar “porque toda persona que alegue que alguien ha sido sometido a desaparición forzada

10) Del mismo modo que lo ha hecho recientemente respecto de la desaparición forzada (año 2008), Uruguay previamente ha asumido (año 1985) obligaciones positivas de prevención de la tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes¹³.

11) El establecimiento de marcos legales adecuados y de políticas públicas que aseguren el efectivo cumplimiento de la prohibición de la tortura y toda otra forma de maltrato, representa la premisa básica de la acción preventiva: “El establecimiento de un marco legal que prohíba y prevenga la tortura y otros malos tratos es la base de cualquier estrategia de prevención. La tortura y otros malos tratos están totalmente prohibidos por el derecho internacional y los Estados deben reflejar esta prohibición internacional en sus constituciones y /o legislación. De acuerdo con las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, ésta debe constituir un delito conforme al derecho penal nacional, y los delitos deben ser castigados con penalidades apropiadas. Además, las evidencias de tortura y otros malos tratos deben ser inadmisibles en los procesos judiciales puesto que esto negaría una de las principales razones de que dichos abusos fueron cometidos” (**Asociación para la Prevención de la Tortura, “El Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, I.I.D.H. y Oficina de la A.P.T. para América Latina, A.P.T., San José de Costa Rica, 2010, pág. 21).**

tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes, quienes examinarán rápida e imparcialmente la denuncia y, en su caso, procederán sin demora a realizar una investigación exhaustiva e imparcial (...). En el mismo sentido, agrega la Convención en el artículo 12.2: “Siempre que haya motivos razonables para creer que una persona ha sido sometida a desaparición forzada, las autoridades (...) iniciarán una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal”.

¹³ Artículos 10 y 11 de la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y su Protocolo Facultativo (este último, ratificado por ley 17.914, de 06/10/2005).

12) Las obligaciones internacionalmente asumidas por Uruguay para la prevención de las desapariciones forzadas y de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, también implican el compromiso de establecer medios procesales ágiles y eficaces, que viabilicen la investigación “pronta e imparcial”¹⁴ toda vez que existan motivos razonables para suponer que se han verificado aquellos crímenes¹⁵.

13) La investigación de los hechos debe ser “efectiva, debe realizarse por individuos calificados”¹⁶ y “orientarse tanto a determinar la naturaleza y circunstancia de los hechos denunciados como la identidad de las personas que en ellos puedan haber participado”¹⁷. Asimismo, “al menos en los casos en que es necesario asegurar el derecho a una reparación, la supuesta víctima debe ser informada de los resultados de la investigación”¹⁸.

¹⁴ Art. 12, Convención Internacional Contra la Tortura. En su Comunicación 59/1996, párrafo 8.2., en el caso *Encarnación Blanco Abad c. España*, el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura insistió en la necesidad de una investigación pronta de los hechos, entendiendo la ésta “era esencial, tanto para evitar que la víctima pueda continuar siendo sometida a los actos mencionados, como por el hecho de que, salvo que produzcan efectos permanentes y graves, en general, por los métodos empleados para su aplicación, las huellas físicas de la tortura y, con mayor razón, de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, desaparecen en corto plazo”.

¹⁵ El artículo 24.3 de la Convención Internacional contra la Desaparición Forzada ordena que “cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas”.

¹⁶ Comunicación 113/1998 del Comité de Naciones Unidas contra la Tortura, caso *Ristic c. Yugoslavia*, párrafo 9.5.

¹⁷ Caso *Blanco c. España*, op.cit., párrafo 8.8.

¹⁸ Comunicación 207/2002 del Comité de Naciones Unidas contra la Tortura, caso *Dimitrijevic c. Serbia y Montenegro*, párrafo 5.4. El derecho a la verdad ha sido expresamente consagrado por primera vez en forma expresa por el art. 24 de la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas.

14) La incorporación a nuestro derecho interno de las figuras de la desaparición forzada y de la tortura en el año 2006¹⁹ supuso un importante avance hacia la articulación de una política pública para la prevención de estas conductas. La actual iniciativa tendiente a la reglamentación del Habeas Corpus emerge como la oportunidad para perfeccionar un segundo pilar, de carácter procesal -existente pero perfectible- en el contexto de una estrategia global hacia la eliminación de estos males.

15) El primer paso fue dado en nuestro país mediante la ratificación de las correspondientes convenciones internacionales y la incorporación de los respectivos delitos de desaparición forzada o tortura a la legislación interna; ahora es indispensable completar la evolución de los medios procesales, a fin de asegurar eficazmente la protección prevista por las normas sustantivas. “Tanto el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura como el Comité de Derechos Humanos han interpretado sus respectivos tratados en el sentido que incorporan un deber por parte de los Estados de introducir garantías procesales y de capacitar al personal que tenga contacto directo con los detenidos, así como también de monitorear su cumplimiento” (**Asociación para la Prevención de la Tortura y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, “La tortura en el derecho internacional”**, Ginebra, 2008, pág. 25).

16) “En su Observación General sobre el artículo 7, el Comité de Derechos Humanos reconoció la importancia de mantener las normas que rigen los interrogatorios bajo revisión, capacitar al personal encargado de aplicar la ley, el personal médico, los funcionarios de policía y cualesquiera otras personas que intervienen en la custodia o el trato de toda persona sometida a detención o prisión, e incorporar la prohibición contra

¹⁹ Ley 18026, de 04/10/2006, de “Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad”. El artículo 21 de esta norma introdujo la figura de la desaparición forzada y el artículo 22 la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

los malos tratos a las normas operativas y los estándares éticos que deben cumplir esas personas. El Comité reconoció, asimismo, que las garantías procesales pueden ofrecer una manera efectiva de prevenir los malos tratos” (**Asociación para la prevención de la Tortura**, op. cit., pág. 27). Teniendo en cuenta la duración que normalmente tienen en nuestro país los procesos penales de conocimiento, la vía procesal sumaria abre cauces para una protección en tiempo razonable, esto es, también, en términos más reales.

III. Análisis del artículo 1. Inclusión la tortura y otras formas de maltrato como causales de la acción. Ampliación del concepto tradicional de Habeas Corpus.

17) Además del clásico amparo de la libertad personal contra cualquier acto arbitrario de las autoridades administrativas, el proyecto aprobado por el Senado incluía en su artículo 1 “la protección de la persona privada de libertad contra torturas y otros tratamientos o condiciones de reclusión violatorias de la dignidad del hombre”. La redacción de este proyecto del año 2010 seguía al pie de la letra la fórmula antes establecida por el artículo 354 de la ley 16.893, como se recordará, el fallido Código del Proceso Penal que nunca llegó a sustituir al vigente²⁰.

18) El proyecto alternativo consagra en el primer inciso de su artículo 1 la tradicional fórmula constitucional, introducida en la reforma de 1917 y mantenida desde entonces. Hallándose en total consonancia con el artículo 17 de la Carta, se comparte la redacción adoptada en el primer inciso del artículo 1 del proyecto.

19) El segundo inciso del artículo 1 innova con respecto al proyecto de 2010, por cuanto agrega tres supuestos: a) “sospecha o denuncia fundada sobre alguna persona privada de libertad, que sea víctima de tratos crueles, inhumanos o degradantes”; b) “en forma

²⁰ Dicho Código debía entrar en vigencia en 1998, luego fue aplazado *sine die* y finalmente fue derogado.

subsidiaria”, en los casos de “prisión tornada indebida sea por negación de los recursos de libertad anticipada, libertad condicional, libertad otorgada por gracia de la Suprema Corte de Justicia u otras hipótesis similares; c) “en caso de abuso o actuación ilegítima por parte de instituciones privadas”.

20) Este segundo inciso del artículo 1 del proyecto alternativo amerita múltiples consideraciones:

a) El texto incorporado recoge la evolución de un instituto jurídico con larga ascendencia histórica²¹, cuyo enunciado tradicional se ha ido enriqueciendo con el tiempo, asumiendo nuevas dimensiones en el Derecho Comparado. Más allá de su concepción inicial, el Habeas Corpus en sus actuales versiones garantiza no sólo la libertad ambulatoria arbitrariamente vulnerada por la autoridad administrativa, sino que también consagra una amplia protección de otros derechos inherentes a la dignidad del ser humano. Por ende, recogiendo la evolución del instituto, se comparte la idea de ampliar su concepto, tal como lo recoge en su primer artículo el proyecto alternativo.

b) La posibilidad de interponer la acción en los casos de personas privadas de libertad en condiciones *ab initio* legítimas, devenidas ilegítimas por un hecho posterior imputable a un funcionario estatal o con su aquiescencia (en los casos de desaparición forzada o tortura) aportaría inéditas posibilidades de exigibilidad judicial de las

²¹ Ha sido larga la lucha por la protección ante el desborde de la autoridad. Desde el siglo V a.C., en la época antigua del Derecho Romano, la “auctoritas” del “tribuno de la plebe” protegía al pueblo frente a los frecuentes excesos de los magistrados patricios. En la época clásica romana el pretor, mediante un interdicto denominado “homine libero”, disponía la inmediata libertad de todo ciudadano injustamente detenido (“Ordeno que liberes al hombre libre que retienes con dolo malo”). En la Edad Media el Justicia Mayor de Aragón podía interceder ante el rey en los casos de arbitrariedad en perjuicio de algún noble. La ley inglesa de 1679, modificada en 1816, aproximó definitivamente al Habeas Corpus a su regulación actual.

garantías de los procesados o penados²². A primera vista este es uno de los aspectos más innovadores del proyecto, y el que probablemente podría tener un mayor impacto si el mismo se aprobara. La reglamentación del Habeas Corpus abriría un promisorio escenario de afirmación, promoción y exigibilidad de derechos en lo que atañe a la privación de libertad.

c) El proyecto de 2010 consagraba la “protección de la persona privada de libertad contra torturas y otros tratamientos o condiciones de reclusión violatorias de la dignidad del hombre”. El proyecto informado establece la procedencia de la acción “en caso de sospecha o denuncia fundada sobre alguna persona privada de libertad, que sea víctima de tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

d) La fórmula de 2010 -“tratamientos o condiciones de reclusión violatorias de la dignidad del hombre”- tal como fue dicho en su oportunidad por este informante a la Comisión (octubre de 2012) resultaba excesivamente difusa, por lo que era conveniente dotar de mayor precisión al texto; ello por dos razones: una jurídica, la otra práctica.

e) Desde el punto de vista jurídico, la expresión “tratamientos o condiciones de reclusión violatorias de la dignidad del hombre” es más vaga, general e indeterminada que las nociones de “tortura” u “otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”, toda vez que éstas han sido definidas por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. Como ha señalado Carlos Santiago Nino, la relación entre derecho y lenguaje no es un tema menor, siendo en la práctica una permanente fuente de dificultades en la aplicación

²² Al no distinguirse la situación procesal de la persona sometida a un procedimiento judicial, es forzoso concluir que la acción prevista por el proyecto procederá en cualquier etapa, sea ésta de conocimiento o de ejecución.

e interpretación de las normas²³. El acto de tortura tiene en nuestro derecho dos expresas referencias, uno en la definición aportada por el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura, y otra similar, incluida en el tipo penal establecido por el artículo 22 de la ley 18.026; a su vez, si bien no existe definición legal sobre los “otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes” éstos se encuentran totalmente proscriptos en nuestro Derecho. En definitiva, al introducir por vía legal la referencia a actos de maltrato que están absolutamente prohibidos, los Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público y Fiscal contarían con suficientes recursos jurídicos para determinar en cada caso si procedería o la acción de Habeas Corpus. Por el contrario, si se mantuviera la fórmula más indeterminada del proyecto del 2010 podrían plantearse en la práctica dudas e interpretaciones posiblemente riesgosas para los derechos que se pretenden garantizar. Por lo dicho, se comparte la sustitución de la noción “tratos o condiciones violatorias de la dignidad del hombre” por la expresión “tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Si bien el proyecto alternativo no menciona a texto expreso la tortura, en virtud de la parificación legal que existe en nuestro Derecho entre “tortura” y “otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” se asume que ésta se encuentra implícitamente consagrada en el literal A del segundo inciso del proyecto sustitutivo y constituiría una causal hábil para la interposición de la acción. De todas formas, para evitar cualquier duda, se sugiere agregar la palabra “tortura” en el antes mencionado literal, el que podría quedar redactado en los siguientes términos: **“En caso de sospecha o denuncia fundada sobre alguna persona privada de libertad, que sea víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes”**.

²³ *Introducción al Análisis del Derecho*, Edit. Astrea, Bs. As. 1984, pág. 9. El problema del Derecho y el lenguaje fue debatido en 1995 en la Cámara de Diputados a propósito de la creación del delito de “copamiento”, introducido al Código Penal por la ley 16.707 de Seguridad Ciudadana. Las reflexiones realizadas por el diputado Dr. Jorge Orrico mantienen vigencia y, *mutatis mutandi*, al menos en lo que hace a la necesidad de la mayor precisión en los términos legales, resultan aplicables al caso.

f) El texto alternativo franquea la acción ante la mera “sospecha” de tortura o maltrato a una persona privada de libertad. La amplia fórmula posibilitaría que, ante una eventual imposibilidad de verificar con prontitud la verdad material de la vulneración de derechos, igualmente la acción quedaría expedita a partir de un relato articulado y verosímil de los hechos. Ello plantea un escenario garantista puesto que no se requeriría más que la invocación del maltrato, en un relato razonablemente sustentado.

g) La referencia a la “denuncia fundada” sobre maltrato tendría también en la práctica interesantes rendimientos. En efecto, con frecuencia se presentan fuera de la vía administrativa (ante el Poder Judicial o frente a las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, por ejemplo) denuncias sobre actos de tortura o de maltrato que han sido precedidas por otros reclamos estériles en la vía administrativa. De este modo, toda vez que una persona privada de libertad haya reclamado infructuosamente en sede administrativa –ante las propias autoridades penitenciarias que le maltrataron- tendría expresamente expedita la vía judicial para el Habeas Corpus. En tal caso, la existencia de anteriores “denuncias fundadas” realizadas en vano ante la Administración, no constituiría *per se* una prueba de la veracidad del maltrato, pero al menos constituiría un indicio hábil para el tribunal a la hora de proveer, concediendo o denegando la acción.

h) En relación al literal B del segundo inciso del artículo 1 del proyecto informado, el suscrito entiende que la denegación de recursos tales como la libertad anticipada, libertad condicional o gracia por la Suprema Corte no tornan por sí “ilegítima” la privación de libertad subsecuente. La ilegitimidad de alguna de aquellas decisiones resultaría de su falta de conformidad con el ordenamiento jurídico, más allá de la formal apariencia de regularidad, bajo la cual se encontraría subyacente un motivo antijurídico.

i) Como ha postulado la doctrina, corresponde distinguir las nociones de ilegalidad e ilegitimidad. “Puede decirse que la idea genérica de disconformidad con la ley, se especifica en lo ilegítimo por el mero hecho de que el acto o la cosa que de tal se califique sea de mal origen, de procedencia indebida, aunque por lo demás se ajuste enteramente a las condiciones y requisitos que la ley establece para el caso” (**Goldstein, Mateo, en Enciclopedia Jurídica OMEBA**, tomo XIV, Edit. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1961, pág. 961). Sólo en cuanto mediara un motivo espurio, una decisión denegatoria de la libertad anticipada o de la libertad condicional devendría ilegítima, en cuyo caso, por vía de consecuencia, también lo sería la consiguiente privación de libertad.

j) Aun en este supuesto, en la práctica sería difícil que un órgano -de menor jerarquía que la Suprema Corte de Justicia, legalmente independiente de ésta pero hallándose su titular bajo superintendencia correctiva y disciplinaria²⁴- revirtiera sumariamente lo resuelto en la vía ordinaria.

k) Por el contrario, a diferencia de los supuestos anteriores, se advierten promisorias posibilidades en materia de excarcelaciones provisionales. Mientras las libertades anticipadas, condicionales o la gracia son otorgadas o denegadas por la Suprema Corte de Justicia, las excarcelaciones provisionales son dispuestas o rechazadas, previa vista fiscal, por el Juez Letrado de la causa.

l) El proyecto no refiere expresamente a la denegación de la libertad provisional, pero obviamente ésta encuadra en el concepto “otras hipótesis similares” a las libertades anticipadas o condicionales. En la práctica, la aplicación de la prisión preventiva se ha desnaturalizado completamente, al punto que funge como un indebido adelanto de la

²⁴ Carta, art. 239 numeral 2; ley 15.750, art. 55.

pena. Empleada a manera de “penitencia”, cuyo término resulta indescifrable para la persona privada de libertad y su propia defensa, la prevención con prisión excede - normalmente en forma holgada- su finalidad cautelar. Este Comisionado ha planteado repetidamente en sus informes que la errónea dirección de la política criminal, orientada hacia una prevención general, constituye la primera causa del hacinamiento y del explosivo aumento de la población reclusa en nuestro país. Asimismo, el modo y la forma en que se aplica la prisión preventiva relativiza, cuestiona y minimiza el principio de presunción de inocencia.

ll) Teniendo en cuenta que la excarcelación provisional es resuelta por el propio juez de la causa, resultaría absolutamente razonable que otro tribunal de la misma jerarquía pudiera, en vía sumaria, pronunciarse sobre la extensión de la prisión preventiva. Para un defensor resulta frustrante -más de una vez este informante la experimentó en su etapa de defensor público- tener que renunciar a un recurso procesal en virtud de la excesiva e irrazonable duración de su trámite; sería el caso, por ejemplo, del letrado que considera que no existe siquiera semiplena prueba para fundar el procesamiento y la prisión de su defendido, pero se ve compelido a no interponer un recurso de apelación puesto que la tramitación de éste, en virtud del tiempo que insume, puede terminar perjudicando el interés de quien está privado de su libertad²⁵.

m) Por ello, la habilitación del Habeas Corpus para la revisión de la prevención con prisión -cuando ésta sobrepusiera su naturaleza cautelar- estaría consagrando un recurso

²⁵ Quien ejerce la defensa penal en nuestro país, en forma pública o privada, se ve enfrentado permanentemente a esta clase de situaciones. Ello supone decisiones que rozan la ética profesional: ¿en qué medida puede un defensor contribuir a convalidar una situación que considera injusta? No obstante, al mismo tiempo de velar por la justicia en relación a su defendido, tiene frente a sí un concreto mandato, el de obtener la libertad de aquél lo más pronto posible. La desnaturalización del recurso de apelación - cuando éste se vuelve contra el derecho de quien acciona- constituye un caso lindante con la denegación de justicia.

efectivo para recuperar el equilibrio de la política criminal en nuestro país, perdido hace ya demasiado tiempo.

n) Por último, para finalizar el análisis del segundo inciso del artículo 1 del proyecto, resta considerar la hipótesis de “abuso o actuación ilegítima por parte de personas o instituciones privadas”.

o) La privación de libertad no es sólo administrativa o judicial, esto es, estatal; también existen muchas personas privadas de libertad en instituciones de carácter privado, como por ejemplo los residenciales para personas de tercera edad o con capacidades diferentes²⁶, en condiciones que podrían asimilarse a la privación de libertad. Al ampliar en forma expresa el ámbito personal de aplicación de la acción, el proyecto avanza en una dirección compatible con el establecimiento de un Mecanismo Nacional de Prevención²⁷ con competencia amplia, es decir, en todos los casos de privación de libertad (lo que obviamente comprende a las personas privadas de libertad en establecimientos o clínicas de carácter privado). Si la ley establece mecanismos de monitoreo y prevención en estas áreas privadas de la privación de libertad, es congruente que se establezcan, en relación a las mismas, unas garantías procesales sumarias.

²⁶ De acuerdo a cifras proporcionadas por el Ministerio de Salud Pública, unas doce mil personas se encuentran en clínicas o casas residenciales privadas. No todas se encuentran privadas de libertad, y hasta es probable que la mayoría se hallan en tales lugares en virtud de un vínculo contractual. No obstante, al menos una considerable porción de dicha población no puede abandonar los lugares por su propia decisión, lo que técnicamente verifica una situación parificable a la privación de libertad.

²⁷ El artículo 83 de la ley 18446, de creación de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, designa a ésta como Mecanismo de Prevención, a los efectos del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura. En lo que refiere a personas privadas de libertad en cárceles, la norma establece la coordinación con el Comisionado Parlamentario. Dentro de la competencia del Mecanismo se incluyen a todas las personas privadas de libertad, comprendiendo también a quienes se encuentran en instituciones privadas.

21) En suma, teniendo en cuenta que la redacción del artículo 1 del proyecto alternativo es más comprensiva que la correspondiente al mismo artículo del proyecto venido del Senado, aun con las observaciones respecto de los casos de denegación de libertad o gracia por la Suprema Corte de Justicia, se comparte la propuesta.

IV. Análisis del artículo 2. Casos de suspensión de garantías.

22) El artículo 2 del proyecto alternativo dispone que la acción de Habeas Corpus establece que éste “como recurso excepcional, nunca podrá ser limitado o suspendido en estado de excepción, aún en los supuestos previstos en los 31, 168 numeral 17 y 253 de la Constitución”.

24) Tanto la Convención Internacional contra la Tortura como la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas establecen fórmulas afines con la introducida en el proyecto. El artículo 2.2 de la Convención contra la Tortura dispone que “en ningún caso podrán invocarse situaciones excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”. En la misma línea, la Convención contra las Desapariciones Forzadas establece en su artículo 1.2 que “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada”. Teniendo en cuenta el carácter absoluto de los derechos sustanciales reconocidos por las mencionadas Convenciones, respecto de cuya vigencia son irrelevantes las hipótesis de conmoción provocadas por factores internos o externos, resulta pertinente la reglamentación de la acción de Habeas Corpus en términos que no dejen ninguna duda sobre la inoponibilidad de aquellas circunstancias excepcionales.

25) La redacción del proyecto sustitutivo es aun más amplia que la establecida en el texto aprobado en el Senado, por dos razones:

a) En primer lugar, además de las referencias a los artículos 31 y 168 numeral 17 de la Constitución, ya previstos en el texto de 2010, el proyecto alternativo agrega la cuestión de la jurisdicción militar, artículo 253 de la Carta.

b) En segundo lugar, el texto suprime la parte final del texto adoptado en 2010, en cuanto la acción, mediando las circunstancias de suspensión de la seguridad individual o medidas prontas de seguridad, quedaba “restringida a la comprobación del cumplimiento estricto de los requisitos constitucionales formales, anuencia o comunicación a la Asamblea General o Comisión Permanente, en su caso, control del trato, lugar y condiciones de la reclusión o traslado y de la efectividad de la opción de salir del país, cuando proceda”. Al eliminar esta referencia, la fórmula se torna más garantista, en cuanto procedería plenamente la acción sin quedar “restringida” a la “comprobación” de cuestiones formales. Siendo a favor del titular de la acción, se comparte modificación propuesta.

26) La referencia al artículo 253 de la Constitución, agregada con acierto en el proyecto sustitutivo, no es un detalle menor; la cuestión de la jurisdicción militar tiene que ver con la efectividad, imparcialidad e independencia de las investigaciones, cuando los hechos son cometidos por quienes revisten la condición de militares. A propósito, desde el exilio escribía en 1979 el Dr. Carlos Martínez Moreno: “*Se atribuye a Clemenceau haber dicho, con ocasión del proceso a Dreyfus, que la justicia militar es a la justicia lo que la música militar es a la música*” (“**Los días que vivimos**”, Cámara de Senadores, Montevideo, 1994, pág. 347).

27) Otras legislaciones, en algún caso señaladas por la promoción y protección de los Derechos Humanos, acogen en sus legislaciones la posibilidad de mantener incomunicadas a algunas personas detenidas por sus fuerzas militares -en el país o en el exterior- por lapsos que pueden llegar a varios días, a disposición de tribunales militares, invocando “razones técnicas” o de “seguridad”; ello entraña riesgos objetivos de desaparición forzada, tortura y maltrato. La inclusión del artículo 253 de la Constitución entre las situaciones que no obstan a la interposición de la acción de Habeas Corpus colocaría a nuestra legislación en una posición de avanzada.

V. Análisis del artículo 3. Legitimación.

28) El proyecto alternativo mantiene la redacción prevista en el artículo 3 del proyecto aprobado en el Senado, lo que se comparte. La posibilidad de actuar de oficio es acorde con la moderna previsión contenida en el artículo 12.2 de la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas (nota al pie nro. 12 del presente informe).

29) Asimismo, la actuación de oficio encuadra con lo previsto en el literal A del segundo inciso del proyecto informado, que prevé la procedencia de la acción toda vez que exista la mera “sospecha” del maltrato. En cuanto ésta corresponda a la inquietud de un particular, el mismo podrá promover la acción ante el tribunal correspondiente; si quien poseyera dudas fuera una “autoridad señalada como responsable”, ésta debería impulsar el trámite de oficio. Sería el caso, por ejemplo, del director de un establecimiento penitenciario si tuviera dudas sobre la legitimidad del empleo de medios de coerción por parte de sus subordinados, independientemente de lo que éstos le hubieren informado. En tal caso, sin perjuicio de otras resultancias administrativas, debería promover la acción ante el tribunal competente.

VI. Análisis del artículo 4. Competencia.

30) A diferencia del proyecto venido del Senado, que fincaba la competencia en el Juez Letrado en lo penal del lugar de los hechos aducidos, el proyecto alternativo la radica en su homólogo en materia civil. Cuando se trate de denuncias sobre torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes a una persona que se encuentre privada de libertad por decisión judicial, entenderá el propio Juez de la causa.

31) En estos supuestos la atribución de la competencia al Magistrado que entiende en el caso resulta incuestionable. Fuera de estas situaciones, tratándose de actos arbitrarios que priven, restrinjan, limiten o amenacen la libertad ambulatoria, este informante considera -en principio y sin perjuicio de alguna razón o factor de peso en contrario- que sería preferible la jurisdicción penal.

32) En efecto, son los Magistrados penales quienes más tratan con las autoridades administrativas cuestiones sobre la libertad ambulatoria. Si bien los homólogos civiles también pueden hacerlo, aquéllos lo hacen con habitualidad tanto en Montevideo como en el resto del país.

33) Por otra parte, el inciso final del artículo 4 prevé que “si el sujeto involucrado es menor de dieciocho años, conocerá la Judicatura de Niños y Adolescentes”. Siendo procedente esta solución, debe tenerse en cuenta que, fuera de Montevideo, la jurisdicción de adolescentes es desempeñada por los Magistrados Letrados con competencia penal.

VII. Análisis del artículo 5. Demanda.

34) El proyecto alternativo modifica lo previsto en el texto venido del Senado, en cuanto la demanda debe presentarse por escrito (aquél preveía también la denuncia verbal bajo acta) y con firma letrada.

35) Existiendo un servicio de Asistencia Letrada de Oficio de carácter nacional y con Defensores en régimen de dedicación completa, el requisito de la asistencia letrada no puede ser visto como una limitación al ejercicio de la acción. En consecuencia, se comparten las modificaciones introducidas.

36) También se comparte el tercer inciso, agregado por el proyecto alternativo, en el sentido que “la falta de datos de la persona en cuyo favor se actúa y prueba de los hechos no impedirá la sustanciación del proceso”. Ello es plenamente congruente con la amplia fórmula prevista en el literal A del segundo inciso del artículo 1, esto es, que la acción procede ante la simple “sospecha” de tortura o maltrato.

37) La posibilidad de accionamiento -fuera de días y horas hábiles- en el domicilio del Magistrado competente, previsión que se comparte, tendría rendimiento fuera de Montevideo puesto que en la capital el público desconoce el régimen de turnos y el propio lugar de residencia del Magistrado.

VIII. Análisis del artículo 6. Trámite.

38) Se comparte la remisión a la ley 16.011, de 29/12/1988, prevista en el primer inciso del artículo sexto.

39) Teniendo en cuenta las competencias de este Comisionado Parlamentario con respecto a las personas privadas de libertad (ley 17.684, de 29/08/2003 y artículo 9 de la ley 18.446, de 24/12/2008, en cuanto ordena la coordinación entre la I.N.DD.HH. y el

Comisionado Parlamentario), **se solicita a la Comisión se sirva agregar al Comisionado Parlamentario entre las instituciones mencionadas en el inciso segundo como destinatarias de la noticia del inicio de las actuaciones.**

40) Es de pleno recibo la previsión añadida por el cuarto inciso, es decir, que el Tribunal “podrá constituirse para inspeccionar las dependencias administrativas referidas, ordenar que la autoridad requerida presente ante sí al detenido e interrogar directamente a la persona en cuyo favor se actúa”. Sin perjuicio de que “todos los jueces son responsables ante la ley, de la más mínima agresión contra los derechos de las personas” (Carta, artículo 23), y que “para ejecutar sus sentencias y para aplicar los demás actos que decreten, pueden los tribunales requerir de las demás autoridades el concurso de la fuerza pública que de ellas dependa, o los otros medios de acción conducentes de que dispongan” (artículo 4 de la Ley Orgánica de la Judicatura y de los Tribunales, ley 15.750, de 08/07/1985), es conveniente la explicitación de la facultad de inspeccionar los lugares de reclusión que poseen los Magistrados.

41) Tal como ya se ha planteado en el segundo capítulo de este informe, la acción de Habeas Corpus constituye una parte indispensable para la adopción y ejecución de una política pública de prevención de la desaparición forzada, la tortura y cualquier forma de maltrato. Ello incluye tanto el monitoreo de los lugares de detención como la mayor inmediación de los tribunales en la instrucción de posibles casos de maltrato, para lo cual es indispensable prever la observación directa de los Magistrados actuantes.

42) También se considera oportuno el inciso 6. El decreto ley 15.365 (Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal, de 18/01/1983, artículo 2) ordena a los Magistrados de ese servicio “defender los intereses que le están encomendados, como sus convicciones se lo dicten”. No obstante, ante casos de desaparición forzada, tortura, maltrato o

menoscabo arbitrario de la libertad ambulatoria, es acertado reafirmar, por vía legal, que la protección de los Derechos Humanos constituye una de las funciones del Ministerio Público.

43) Finalmente, en relación al último inciso del artículo 6, en materia de competencia se reproduce lo ya planteado en los numerales 30 y 31 de este informe.

IX. Análisis del artículo 7. Sentencia.

44) Se comparten las modificaciones introducidas por el proyecto alternativo, en cuanto explicita correctamente la apelabilidad de la sentencia desestimatoria, regulando adecuadamente los plazos. La supresión del tercer inciso previsto por el proyecto del Senado, no genera inconvenientes pues toda sentencia estimatoria debe ser cumplida, y va de suyo que para ello debe ser notificada a las partes, salvo que fuera pronunciada en audiencia; el *imperium* es una cualidad inherente a la jurisdicción (inciso primero del artículo 6 de la ley 15.750).

Dr. Alvaro Garcé García y Santos.

Comisionado Parlamentario.