Prólogo

— I —

Textos manuscritos, en ocasiones con una caligrafía temblorosa, que intentan expresar una queja: son las *cartas del dolor* que, con frecuencia, reciben quienes ejercen la función judicial en el fuero penal …

Aquellos textos suelen encabezarse con un latinismo: hábeas corpus; y, por tratarse de personas privadas *legítimamente* de su libertad (sea en forma cautelar o por una sentencia firme), jurídicamente son calificados con la expresión "correctivo".

Haya o no razón en la petición, lo cierto es que estos escritos encarnan diversas emociones: las más de las veces ira; pero también temor o angustia. En todo caso, son manifestaciones de un estado de ánimo que pretende *expresar* un reclamo frente a lo que se considera un injusto agravamiento en las condiciones de la detención que se experimenta.

Resulta paradójico que, hasta hoy, la doctrina jurídica no se haya ocupado, en forma sistemática y seria de este instituto del derecho procesal constitucional. Al lado de los diversos trabajos que se ocupan de la *modalidad principal* de esta acción (esto es, aquella que se orienta a cuestionar una privación ilegítima de la libertad ambulatoria), es notorio el descuido dogmático y constitucional respecto del hábeas corpus correctivo.

Quizá esta despreocupación sea una de las tantas consecuencias derivadas de aquel profundo *olvido* en que suelen incurrir algunos juristas, *posterior* a la aplicación de alguna institución procesal (la prisión preventiva) o a la ejecución del título condenatorio (sentencia); una suerte de *amnesia* que termina diluyendo el tremendo efecto *existencial* de aquellas instituciones, esto es, el ingreso del ciudadano a una institución total (la cárcel).

Pareciera que la faena "científica" se acaba con las lucubraciones sofisticadas y abstractas que se ufanan en analizar los presupuestos sustantivos o procesales para aplicar una pena o imponer una medida de coerción. Es como si, luego de esto, los juristas ya nada tuviesen que hacer o decir.

La pluma elegante de Gustavo Alberto Arocena, uno de los cultores del derecho penitenciario de mayor prestigio en nuestro medio y con proyecciones internacionales, felizmente *ha quebrado esta tremenda desidia*. Y lo ha hecho con un trabajo impecable en su estructura y argumentación.

— II —

La obra se integra con ocho capítulos, los cuales, sucesivamente, se ocupan de la finalidad y naturaleza jurídica del instituto; su concepto; el análisis de la ley 23.098, el ámbito de aplicación de sus disposiciones y el procedimiento de hábeas corpus; el hábeas corpus correctivo y las facultades propias del juez del proceso; la declaración de inconstitucionalidad de una norma en que se funda el acto u omisión lesiva en el marco de esta acción constitucional; el hábeas corpus y el Estado de sitio; el hábeas corpus correctivo como instrumento para la realización del principio de control jurisdiccional permanente de la ejecución de la pena y la aplicación del instituto en la praxis judicial.

El contenido descrito permite observar la profundidad y completitud del trabajo: todos los meandros de la institución son re-

corridos con rigor dogmático, pero fundamentalmente desde el prisma de la Constitución y de los pactos internacionales de derechos humanos —con idéntica jerarquía (art. 75, inc. 22, *CN*)—; metodología fundamental, esta última, desde que la casuística del hábeas corpus correctivo muestra que las hipótesis de procedencia guardan siempre íntima relación con derechos y garantías explicitados en aquellos instrumentos.

— III —

De la rica trama que ofrece el libro, permítaseme que me detenga en dos cuestiones que, en lo personal, me generan un particular interés.

En primer lugar, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, aún de oficio, en el marco de una acción que, por la teleología que la inspira, debe ser *esencialmente expeditiva*. Indudablemente, tanto el art. 6º de la ley 23.098 como el art. 43 de la *CN*, luego de la reforma de 1994, admiten tal posibilidad. Y lo hacen con un operador deóntico determinado ("podrá", dicen ambos textos). Con acierto, el autor señala que, de verificarse una tensión constitucional, la declaración es imperativa. Nada más atinado que este juicio. Es que la utilización de la expresión lingüística facultativa puede hacer pensar que el juez del hábeas corpus posee una suerte de *discrecionalidad* para eludir, transitando senderos diversos, el planteamiento de una cuestión constitucional. Es lógico, desde luego, que esta cuestión debe surgir en *forma clara*. Sin embargo, también es necesario enfatizar que, detectada aquella cuestión, será un *deber del magistrado interviniente* analizar la validez de la norma cuestionada; desde el *mirador obligado del principio de supremacía.*

En otras palabras, no se le concede al juez un derecho a que sopese la cuestión, en una línea similar a la práctica del *certiora-*

ri[1]. El juez del hábeas corpus *no puede liberarse, deambulando por atajos o desvíos, de la obligación de pronunciarse expresamente frente a este tipo de cuestionamientos*.

El segundo aspecto que quiero resaltar se vincula con la nítida relación que traza el autor entre esta acción constitucional y uno de los principios básicos del derecho de ejecución, a saber: el de control jurisdiccional permanente.

El acierto al enfatizar esta relación no puede ser mayor. Es que si, como correctamente lo ha señalado el Tribunal Constitucional de Perú, la controversia a resolver en un hábeas corpus "radica en examinar si las condiciones de reclusión, detención o internamiento resultan lesivas de los derechos fundamentales o contrarias a los principios constitucionales", a cuyo fin "el análisis debe centrarse en los derechos a la vida, a la integridad, a la salud, a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes, a la dignidad e, incluso, a la contravención de principios constitucionales que incidan negativamente en la situación de estas personas"[2], es obvio que esta faena sólo puede ser realizada correctamente a partir de un conocimiento *serio* que se derive de *una investigación sumaria*, que en ocasiones, incluso, requerirá una evaluación *in situ* de parte del magistrado, de las condiciones en que se está llevando a cabo la institucionalización. Esta actividad es la manifestación más clara de un control jurisdiccional *efectivo*.

[1] Cfr., *mutatis mutandis*, Häberle, "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional", en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, 1997, ps. 265 y 266.

[2] Sentencia del expte. 1429-2002-HC/TC, fundamento 2, en Huerta Guerrero, *Hábeas corpus y condiciones de reclusión. Una síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, disponible en *www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01429-2002-HC.html (accedido el 5/10/15)*.

— **IV** —

Aquí finalizo esta presentación, con que me ha honrado el autor. Antes de ello quisiera realizar una reflexión adicional.

El encarcelamiento de una persona por parte del Estado y como consecuencia de la comisión de un delito, no significa que sus derechos puedan ser descuidados, sino que las manifestaciones exteriores de esos derechos deben ser permitidas, en caso de que no resulten contrarias a la pena que se ejecuta. Por eso es lícito afirmar que los internos que cumplen una pena privativa de libertad mantienen, durante la ejecución de la misma, la titularidad de todos aquellos derechos fundamentales *que no se vinculen con su libertad de abandono del centro carcelario*[3]. Entre estos derechos no afectados por la pena se cuenta el de la libertad de expresión, derecho subjetivo muy significativo no sólo por cuanto —en su esencia— no provoca ningún conflicto con la ejecución de la pena sino porque, además, es uno de los *medios* más importantes que posee el penado para hacer valer todos aquellos *otros derechos* de los que es titular y no se ven afectados por la pena y que, en el medio carcelario —por sus características (*una malentendida relación de sujeción del interno a la administración*)— se pueden ver, indebidamente, conculcados.

En la práctica, lo más frecuente es que cuando un interno vea vulnerado un derecho directamente efectúe su reclamo por ante el juez de ejecución. Y uno de los *canales de comunicación* más frecuentes entre el interno y sus jueces suele ser la acción constitucional que este libro analiza.

Este *valor comunicacional* del hábeas corpus correctivo también debe ser valorado positivamente. Lo dicho no significa *ba-*

[3] Cfr. Pinto de Miranda Rodrígues, "Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión", en AA.VV., *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, 2000, p. 56.

nalizar esta acción. Por el contrario, *en tanto canal de comunicación idóneo con el juez, el hábeas corpus correctivo se convierte en una herramienta eficiente para desplegar el control jurisdiccional de la ejecución*.

Por todo esto, felicito al autor por tan admirable *suma.* Un libro como este, que analiza, con profundidad, un instrumento constitucional que es garantía del resguardo de la *dignidad* de las personas privadas de libertad, jamás será un título olvidado en un catálogo de biblioteca. *Será —deberá ser— un texto guía*, que oriente a los operadores jurídicos en su faena cotidiana y, al hacerlo, ayudará a la formación de una *sensibilidad constitucional*; sensibilidad que tendría que adquirir una importancia proporcional a la mayor vulnerabilidad que genera el encierro institucional.

José Daniel Cesano

Córdoba, 7 de agosto de 2015