

EL PAPEL DE LA MAGISTRATURA DE VIGILANCIA EN ITALIA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LOS DETENIDOS*

ANTONIA MENGHINI**
Università degli Studi di Trento

SUMARIO: I. La magistratura de vigilancia. II. El reconocimiento de la existencia de derechos del detenido. III. La situación post sentencia Torreggiani. IV. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Magistratura, vigilancia, detenidos, derechos.

I. LA MAGISTRATURA DE VIGILANCIA

La figura del juez de vigilancia (actualmente conocido con la expresión “magistrado de vigilancia” —en italiano: *Magistrato di Sorveglianza*—) está reconocida en Italia desde la sanción del Código Penal de 1930, todavía vigente. El propósito de esta decisión legislativa consistió en incorporar, en cada tribunal penal, un juez cuya tarea principal consistía en vigilar la ejecución de las penas y las medidas de seguridad, otra novedad de este cuerpo normativo. De ahí proviene su definición como *juez de la legalidad de la pena*¹.

De este modo, la competencia de la magistratura de vigilancia se proyecta sobre dos objetos distintos, aunque íntimamente vinculados: por un lado, la tutela de los derechos de los detenidos y, por otro, la ejecución de la pena (y, por ende, la individualización del tratamiento reeducativo a través de la concesión de los llamados *beneficios penitenciarios*). En lo que atañe, en particular, a las medidas alternativas a la detención, la ley de ordenamiento penitenciario —Ley N° 354, de 26 de julio de 1975— ha afirmado categóricamente su carácter jurisdiccional. En cambio, tratándose de la tutela de los derechos de los detenidos, la asunción de dicho carácter ha sido más bien el resultado de un largo camino, en que la jurisprudencia —en particular, la de la Corte de Casación y la del Tribunal Constitucional— ha contribuido de manera determinante.

* Traducción directa del italiano realizada por el profesor Dr. Juan Pablo Castillo Morales. (Universidad de Valparaíso y Universidad Andrés Bello).

** Profesora de la Facultad de Derecho de la Università degli Studi di Trento (Italia) y garante de los derechos de los detenidos de la Provincia Autónoma de Trento.

¹ No hay que olvidar que el mismísimo Aristóteles, en su *Política*, destacaba que el magistrado más importante era precisamente el que supervisaba el momento ejecutivo de la pena.

El magistrado de vigilancia es, por lo tanto, un juez *ad hoc* distinto del juez de ejecución, es decir, del juez que, fruto de su cognición, dicta una sentencia y que tiene competencia sobre dicho título. Se trata, en cambio, de un juez establecido en el territorio y que está cerca de los condenados (es precisamente por esto que también se lo conoce como “juez de proximidad” –en italiano, *giudice di prossimità*–), ajeno al título que se ejecuta y que no ha incidido de ningún modo en el juicio en que se ha afirmado la responsabilidad penal del interesado.

La magistratura de vigilancia, por las funciones y tareas que a ella se confían, es la que el condenado conoce más de cerca; frente a cualquier otra, es la que mejor puede pronunciarse sobre las modalidades de cumplimiento de la pena. En este sentido –y esto lo profundizaremos mejor cuando aludamos a la competencia de los tribunales de vigilancia para conceder o revocar medidas alternativas–, la magistratura de vigilancia es *juez de la persona y no del hecho*. En casi la totalidad de prerrogativas que le son propias, el magistrado de vigilancia está llamado a formular un juicio sobre la persona –o, mejor, sobre la personalidad del condenado– y, si se evalúa la concesión de una medida alternativa, a formular una prognosis, cuyo objeto es la peligrosidad social del mismo, entendida como la probabilidad estadística de que el sujeto vuelva a delinquir o, más específicamente, si la medida alternativa está en condiciones de impedir la reincidencia.

1. Competencia funcional del magistrado de vigilancia

El artículo 69 del ordenamiento penitenciario contiene las funciones del magistrado de vigilancia, las cuales esquemáticamente pueden clasificarse en *jurisdiccionales, administrativas y de vigilancia*².

² Que, para una mejor comprensión del lector, transcribimos en lo pertinente: Artículo 69. *Funciones y medidas del magistrado de vigilancia*. 1. El magistrado de vigilancia supervisa la organización de las instituciones de prevención y de pena y plantea al Ministro las necesidades de los distintos servicios, en particular la referida a la implementación del tratamiento reeducativo. 2. Además, ejerce vigilancia dirigida a asegurar que la ejecución de la custodia de los imputados se lleve a cabo de conformidad a las leyes y reglamentos. 3. Supervisa la ejecución de las medidas de seguridad personales. 4. Se pronuncia sobre el reexamen de peligrosidad de conformidad al inciso segundo del artículo 208 del Código Penal, así como sobre la aplicación, ejecución, transformación y revocación, incluso anticipada, de las medidas de seguridad. Mediante un decreto fundado, se pronuncia, asimismo, a propósito de las medidas antes señaladas, sobre la eventual revocación de la declaración de delincuencia habitual, profesional o por tendencia de los artículos 102, 103, 104, 105 y 108 del Código Penal. 5. Aprueba, mediante decreto, el programa de tratamiento al que se refiere el artículo 13, y si en éste se detectan elementos que constituyan violación de los derechos del condenado o del interno lo restituirá con observaciones para una nueva formulación. Aprueba, mediante decreto, la medida de admisión del trabajo externo. Imparte, además (...) disposiciones dirigidas a eliminar eventuales violaciones a los derechos de los condenados e internos. 6. Proveen según el artículo 35 *bis* sobre los reclamos de los detenidos e internos referidos a: a) las condiciones de ejercicio del poder

i. Jurisdiccionales

Bajo esta categoría de funciones, quedan comprendidas las relativas al pronunciamiento del artículo 148 CP (es decir, la incapacidad psíquica que sobreviene mientras se ejecuta la condena); a las medidas de seguridad (en particular, a la reevaluación que debe llevar a cabo el magistrado de vigilancia una vez que se ejecute efectivamente la medida de seguridad, lo cual puede tener lugar mucho después de la dictación de la sentencia de condena); a la declaración de habitualidad y profesionalidad frente al delito, de tendencia a delinquir. Además, es competente para dividir en cuotas y convertir las penas pecuniarias, condonar la deuda y ejecutar la semidetención y la libertad controlada (se trata, en estos casos, de penas sustitutivas a las penas privativas de libertad breves impuestas directamente por el juez del mérito, pero sobre cuya modalidad de ejecución es competente el magistrado de vigilancia) y para conceder la ejecución de la pena en el domicilio, figura que tiene lugar si la pena, incluso residual, es igual o inferior a 18 meses (Ley N° 199 de 2010).

También es competente para proveer, mediante un decreto debidamente motivado y a requerimiento del ministerio público o propuesta del director del instituto, en materia de correspondencia de los condenados, después de la sentencia de primera instancia.

En fin, de conformidad al procedimiento previsto en el nuevo artículo 35 *bis* del ordenamiento penitenciario (el llamado *reclamo* [de carácter] *jurisdiccional* –conocido en italiano con la fórmula *reclamo giurisdizionalizzato*–), se pronuncia sobre los reclamos de los detenidos en materia disciplinaria y sobre los reclamos cuyo objeto sea un perjuicio grave y actual para el ejercicio de un derecho, derivado de la inobservancia, por parte de la administración penitenciaria, de las disposiciones previstas en la ley de ordenamiento penitenciario y en el reglamento respectivo.

disciplinario, la constitución y la competencia del órgano disciplinario, la impugnación de la deuda y la facultad de disculpa; en los casos del artículo 39, inciso primero, números 4 y 5, se valorará también el mérito de las medidas adoptadas; b) la inobservancia por parte de la administración de disposiciones previstas por la presente ley y por el respectivo reglamento de la que deriven para el detenido o interno un perjuicio grave y actual para el ejercicio de sus derechos. 7. Provee, mediante decreto motivado, sobre los permisos, licencias a los detenidos semilibres e internos, y sobre las modificaciones relativas a la puesta a prueba ante un servicio social y a la detención domiciliaria. 8. Provee mediante ordenanza sobre la reducción de la pena por liberación anticipada y sobre la remisión de la deuda y sobre la hospitalización prevista en el artículo 148 del Código Penal. 9. Expresa fundadamente su parecer sobre las propuestas y las instancias de gracia que involucren a los detenidos. 10. Desarrolla, además, todas las otras funciones atribuidas por ley.

ii. Funciones administrativas y de vigilancia

En lo que concierne estrictamente a las funciones *administrativas* y de *vigilancia*, el magistrado de vigilancia supervisa la organización de los centros penitenciarios, pudiendo plantear al ministro del ramo las necesidades de los distintos servicios, especialmente en lo que se refiere a la aplicación del tratamiento reeducativo. Con la finalidad de que el magistrado de vigilancia pueda llevar a cabo su encargo institucional de mejor manera, también se prevé su obligación de visitar los centros penitenciarios y de entrevistarse con los detenidos. Además, supervisa la ejecución de las medidas de seguridad y medidas alternativas. Provee en materia de permisos, mediante decreto motivado, licencias para los semilibres e internos y sobre eventuales cambios a los presupuestos de las medidas alternativas. También está llamado a manifestar su parecer –que ha de estar debidamente motivado– ante las propuestas y las instancias de gracia.

Asimismo, en casos urgentes, es competente para conceder provisoriamente las medidas alternativas cuando concurran sus presupuestos, así como para suspenderlas en caso de violación. Es competente, además, para disponer la medida alternativa de la expulsión y para pronunciarse sobre la liberación anticipada (disminución de 45 días por semestre, siempre que el condenado haya tenido una participación constante en el proceso de reeducación). Se pronuncia también sobre la llamada suspensión condicional de la ejecución de la pena en el límite de dos años (artículo 2º de la Ley N° 207 de 2003).

Aprueba mediante decreto el programa de tratamiento (que debe redactarse dentro de los nueve meses siguientes al ingreso en la cárcel); si advierte o reconoce alguna violación a los derechos del detenido, lo restituye con las observaciones del caso hasta que se practiquen las modificaciones que correspondan.

Por último, imparte disposiciones dirigidas a eliminar eventuales violaciones de los derechos de los detenidos (artículo 69, número 5, del ordenamiento penitenciario). Sin embargo, se trata de una previsión que no se concretiza en un procedimiento de carácter jurisdiccional. De esto se sigue que la disposición, aunque esté dotada de carácter vinculante para la administración penitenciaria, no tiene valor de título ejecutivo, con todas las consecuencias que eso implica desde el punto de vista de la coercibilidad de la medida.

A propósito de las peculiaridades del papel del magistrado de vigilancia y su calificación como *juez de proximidad*, es muy interesante la previsión que exige que debe siempre integrar el órgano jurisdiccional colegiado cuando éste actúe como órgano de primera instancia (por ejemplo, en materia de concesión de medidas alternativas). No así, en cambio, cuando el tribunal de vigilancia actúe como órgano de mérito de segunda instancia respecto de un rechazo por parte del magistrado de vigilancia –piénsese, por ejemplo, en materia de permisos-premios–.

2. Competencia funcional del tribunal de vigilancia

Cual juez de primera instancia, se pronuncia sobre la concesión de las medidas alternativas a la detención (puesta a prueba bajo control del servicio social, semi-libertad, detención domiciliaria, liberación condicional) y su eventual revocación; sobre la remisión de la ejecución de la pena (de manera facultativa y obligatoria); sobre la instancia de rehabilitación, y sobre la admisibilidad de la asistencia jurídica a cargo del Estado. Además, tiene competencia para pronunciarse sobre la conversión, por penas privativas de libertad, de las sanciones sustitutivas cuando se compruebe la violación de las prescripciones, y para dar por acreditada la llamada colaboración con la justicia (artículo 58 *ter* del ordenamiento penitenciario). Esta última figura es particularmente relevante para el eventual acceso a beneficios de quienes han sido declarados responsables de alguno de los delitos contemplados en el artículo 4º *bis* del ordenamiento penitenciario (delitos graves, dentro de los cuales destacan los de matriz mafiosa o de subversión del orden democrático, terrorismo, delitos contra la libertad sexual, delitos graves de tráfico de estupefacientes, homicidio, robo con violencia agravado, secuestro, etc.).

En sede de apelación, es competente para pronunciarse sobre los recursos contra las medidas del magistrado de vigilancia en materia de medidas de seguridad (re-evaluación de la peligrosidad, ejecución, aplicación, transformación y revocación) y también sobre las impugnaciones contra las sentencias de condena y absolución en lo relativo a las disposiciones que guardan relación con medidas de seguridad.

En sede de reclamo, el tribunal de vigilancia se pronuncia contra las decisiones del magistrado de vigilancia en materia de permisos, correspondencia, cómputo de los periodos de licencia/permiso en vista del fin de la pena; sobre el decreto que dispone la prórroga de los regímenes de vigilancia particular y de régimen duro de prisión (artículo 14 *bis* y 41 *bis* del ordenamiento penitenciario); sobre los reclamos en materia de liberación anticipada y de suspensión condicional de la ejecución de la pena o en los casos de oposición a las expulsiones.

Por último, hay dos decisiones que el tribunal de vigilancia puede adoptar *de plano*: la declaración de extinción de la pena luego del buen resultado de la puesta a prueba bajo control del servicio social y la concesión de la rehabilitación, que extingue las penas accesorias y cualquier otro efecto penal de la condena.

II. EL RECONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE DERECHOS DEL DETENIDO

El reconocimiento en torno a la existencia de derechos del detenido es una conquista relativamente reciente³.

³ Sobre el particular, cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, (Napoli, 2014); ID., *Diritti dei detenuti e costituzione*, (Torino, 2002); A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, (Torino, 2002).

En efecto, fue sólo mediante la ley de ordenamiento penitenciario que comenzó a valorarse *en su integridad* cuanto prevé el artículo 27, inciso 3º, de la Constitución italiana, es decir, no sólo lo relativo a la función reeducativa de la pena, sino también –y principalmente– la dimensión humanitaria que debe caracterizar a la pena⁴. De hecho, es evidente que la reeducación no podrá tener lugar allí donde no se reconozca ese núcleo duro de derechos inalienables que funda y se identifica con el concepto de dignidad de toda persona, incluso de aquella *in vinculis*; es más –tal como lo ha destacado la Corte Constitucional–, primeramente y sobre todo tratándose del sujeto recluso, en tanto sujeto “débil” por definición⁵.

El artículo 1 del ordenamiento penitenciario, de hecho, es concluyente cuando dispone que “el tratamiento penitenciario debe guardar conformidad con la humanidad y debe asegurar el respeto de la dignidad de la persona”. En esta disposición se advierte claramente que el tratamiento reconoce implícitamente una serie de derechos que, a pesar del estado de privación de libertad, no se ven afectados. El reconocimiento de derechos del detenido está, enseguida, expresamente previsto en el artículo 4 del ordenamiento penitenciario, conforme al cual “los detenidos y los internos ejercitan personalmente los derechos que les corresponden según la presente ley, incluso si se encuentran en estado de interdicción legal”. A su turno, tal como ya señalamos, el artículo 69, número 5, del mismo cuerpo normativo, atribuye al magistrado de vigilancia el poder de supervisar e intervenir a fin de eliminar eventuales violaciones a los derechos de los detenidos e internos.

Al menos formalmente, el conjunto de disposiciones citadas da cuenta de la superación de una concepción del detenido como sujeto pasivo de la ejecución penal –es decir, como mero destinatario de las propuestas de tratamiento⁶– por una que favorece la idea de que el detenido se sitúa, en tanto titular de derechos, al centro del “proyecto” reeducativo.

En esta materia, que ha sido definida como una “larga marcha” hacia la tutela y reconocimiento pleno de los derechos de los detenidos,⁷ el aporte de la jurisprudencia constitucional y de casación ha sido determinante. En efecto, la Corte Constitucional ha afirmado en varias ocasiones no sólo la existencia de posiciones

⁴ Art. 27, inciso 3º, de la Constitución: “Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado”.

⁵ Así, expresamente, Corte Constitucional de 28 de julio de 1993, n. 349, disponible en www.giurecost.org.

⁶ En particular, en virtud de la tesis de la llamada supremacía especial. Cfr., recientemente, A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, (Napoli, 2015), pp. 21 y ss.

⁷ De este modo, C. RENOLDI, “Una nuova tappa nella ‘lunga marcia’ verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti”, en *Giur. cost.*, (2009), p. 3766.

subjetivas dignas de tutela, sino también la necesidad de que las mismas reciban una adecuada tutela jurisdiccional.

Ya en 1979 la Corte Constitucional afirmó que la persona privada de libertad conserva intacta “la titularidad de las situaciones subjetivas”; asimismo, declaró que “aquella parte de la personalidad humana” no se verá afectada por las penas y las medidas de seguridad privativas de libertad o la custodia cautelar en la cárcel⁸.

Sin embargo, la existencia de posiciones subjetivas accionables por parte de los detenidos no obsta a que la administración penitenciaria conserve y regule un “poder de coacción personal”. Es lo que ocurre, en efecto, con la ley de ordenamiento penitenciario. La administración penitenciaria puede adoptar medidas sobre las modalidades ejecutivas de la pena siempre que éstas “no vayan más allá del sacrificio de la libertad personal del detenido impuesto por la sentencia de condena y que respeten los derechos inviolables de los detenidos e internos”⁹. Por lo tanto, la competencia de la administración penitenciaria debería limitarse a las intervenciones sobre la modalidad específica de concreción del régimen carcelario, sin que eso implique una aflicción adicional que incida negativamente en el *quantum* de la privación de la libertad personal fruto del *status detentionis*.

1. El perímetro de las situaciones jurídicas justiciables

Resulta fundamental delimitar el marco de situaciones jurídicas susceptibles de tutela. La Corte Constitucional, mediante la paradigmática sentencia N° 26 de 1999, lo delimitó comprendiendo los derechos cuya protección está cubierta por la Constitución y las posiciones subjetivas que tienen su fundamento en fuentes de categoría inferior¹⁰. Sin embargo, el Pleno de la Corte Suprema, mediante la sentencia Gianni, de 2003, amplió considerablemente el área de las posiciones jurídicas accionables, pues puso término a la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos. Esta tradicional distinción no tiene razón de ser en materia penitenciaria, ya que todas las posiciones subjetivas conculcadas por el tratamiento penitenciario son susceptibles de una tutela concentrada en manos del magistrado de vigilancia¹¹.

⁸ Cfr. Corte Const. 25 de julio de 1979, n. 114, en www.giurecost.org.

⁹ Cfr. Corte Const. 24 de junio de 1993, n. 349, en www.giurecost.org.

¹⁰ Cfr. Corte Const. 11 de febrero de 1999, n. 26, en www.giurecost.org.

¹¹ Cfr. Cas. Pen., Pleno, 26 de febrero de 2003, n. 25079, Gianni, en *D&G*, 2003, 31, 104 y en *Cass. pen.*, 2004, pp. 1362 y ss., con nota de R. MURA, *Le sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*. La línea del confín respecto a la tutela de las posiciones, por lo tanto, es identificable en las expectativas de hecho. Para un exhaustivo cuadro de la tutela prevista frente a la lesión de los derechos de los detenidos antes de la sentencia “Torreggiani”, cfr. F. FIORENTIN, “Lesioni dei

2. *El reconocimiento de una tutela de los derechos de los detenidos de tipo jurisdiccional*

La Corte Constitucional, por otra parte, ha insistido varias veces en que “el detenido, aún privado de su libertad personal, sigue siendo titular de derechos irreducibles, cuyo ejercicio no está sujeto a la discrecionalidad de la administración penitenciaria encargada de la ejecución de la pena, de modo que su tutela no es ajena al juez de los derechos”¹². De esta manera, se afirmaba en sede penitenciaria lo que en materia civil ya constituía un axioma consolidado: no hay posiciones subjetivas tuteladas de derecho substantivo sin que exista un juez frente al cual dicha tutela se pueda hacer valer.

Al respecto, es fundamental la sentencia N° 26 de 1999 de la Corte Constitucional. En uno de sus pasajes, la corte describe cuáles fueron las tres etapas más significativas de la jurisprudencia de dicho tribunal en el reconocimiento de la tutela de los derechos de los detenidos¹³.

En una primera fase, en efecto, la corte suscribió la tesis de “la naturaleza administrativa tanto de las medidas adoptadas en el ámbito del “tratamiento” penal, como de las relativas a las garantías previstas por el ordenamiento penitenciario”¹⁴.

diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria”, en *Giur. mer.*, (2010, 11), pp. 2810 y ss.

¹² Cfr. Corte Const. 3 de julio de 1997, n. 212, en *Giur. cost.*, 1997, pp. 2141 y ss.

¹³ Cfr. Corte Const. n. 26/1999, cit.

¹⁴ La primera fase, si bien posterior a la entrada en vigor de la ley de ordenamiento penitenciario, se despliega a través de la Ordenanza N° 87 de 1978, la sentencia N° 103 de 1984, la Ordenanza N° 166 de 1984 y la Ordenanza N° 77 de 1986. Las sentencias de esta primera etapa tenían como referente normativo el artículo 69 del ordenamiento penitenciario en su formulación de entonces, que disponía: “Artículo 69. *Funciones y medidas del magistrado de vigilancia.* El magistrado de vigilancia supervisará la organización de los centros de prevención y de pena, y propondrá al Ministerio las necesidades de los distintos servicios, con especial referencia a la aplicación del tratamiento reeducativo. Realizará, además, la vigilancia orientada a asegurar que la ejecución de la custodia de los imputados se lleve a cabo de conformidad a las leyes y reglamentos. Supervisará la ejecución de las medidas de seguridad personales no privativas de libertad. Aprobará, mediante una orden del servicio, el programa de tratamiento al que se refiere el inciso 3° del artículo 13, esto es, cuando en éste se contengan elementos que constituyan violación de los derechos del condenado o interno, devolviéndolo con observaciones hasta que se elabore nuevamente. Asimismo, impartirá, en el curso del tratamiento, disposiciones dirigidas a eliminar eventuales violaciones de los derechos de los condenados y de los internos. Decide, mediante una orden del servicio, sobre los reclamos de los detenidos e internos relativos a la observancia de las normas en materia de: a) la atribución de la calificación laboral, y cuestiones relativas a la retribución y remuneración, así como el desarrollo de las prácticas y del trabajo, y el seguro social; b) el ejercicio del poder disciplinario, la constitución y la competencia del órgano disciplinante, la comunicación de la instrucción de un procedimiento disciplinario y la facultad de disculpa. Proveerá, mediante una ordenanza, la condonación de las deudas a que se

Con posterioridad, en cambio, la jurisprudencia constitucional acogió la distinción originada en la Corte de Casación entre medidas relativas a las “modalidades de ejecución de la pena” —entregadas al área de la administración y de los remedios de naturaleza únicamente administrativa— y medidas relativas a la “medida y calidad de la pena”, pertenecientes de pleno derecho al ámbito jurisdiccional, toda vez que inciden en la libertad personal, y que explica la aplicación de la doble reserva, legal y jurisdiccional, prevista en el artículo 13, inciso 2º, de la Constitución italiana¹⁵.

Por último, con el paso del tiempo, la distinción entre medidas relativas a las “modalidades de ejecución de la pena” y medidas relativas a la “medida y calidad de la pena” se ha ido desvaneciendo progresivamente, al punto de poder considerarla completamente superada. De hecho, la corte reconoce que, incluso en contextos de restricción de la libertad personal, hay derechos que el ordenamiento resguarda independientemente de las características de la lesión de que se trate.

Con la sentencia N° 212 de 1997 se reconoció un derecho de acción en un procedimiento jurisdiccional independientemente de la naturaleza del acto que produce la lesión, la cual se hace valer exclusivamente ante la magistratura de vigilancia, cuyo marco normativo de referencia —el ordenamiento penitenciario— asigna una función de garantía de los derechos de los detenidos tendencialmente plena. *Por lo tanto, no existe una posición jurídica de tutela de derecho sustancial sin que exista un juez frente al cual ésta se pueda hacer valer.* Concretamente, la sentencia en cuestión individualizó en la magistratura de vigilancia el juez encargado de la tutela jurisdiccional de los derechos de los detenidos.

Sin embargo, fuera de los casos en que tenía aplicación el artículo 14 *ter* del ordenamiento penitenciario (materia disciplinaria y laboral), el único instrumento de tutela lo suministraba, en el mismo cuerpo legal, el llamado reclamo genérico del artículo 35¹⁶. Se trata de un instrumento de naturaleza típicamente administrativa y, por ende, desprovisto de todo alcance vinculante para la administración

refiere el artículo 56, sobre las licencias y las hospitalizaciones a las que se refiere el artículo 148 del Código Penal. Deberá expresar su parecer, debidamente motivado, sobre las propuestas de gracia formuladas por los consejos de disciplina. Desarrolla, además, las funciones atribuidas al juez de vigilancia por los códigos penal y procesal penal y otras leyes, adoptando las medidas correspondientes conforme al procedimiento y formas allí previstos”.

¹⁵ Muy ejemplificativa al respecto fue la sentencia de 28 de julio de 1993, n. 349, que declaró infundada la cuestión de legitimidad constitucional del artículo 41 *bis*, número 2, de la Ley N° 354 de 26 de julio de 1975, en relación con los artículos 13, incisos 1º y 2º, 15, inciso 2º, 27, inciso 3º, 97, inciso 1º y 113, incisos 1º y 2º de la Constitución.

¹⁶ El artículo 35 del ordenamiento penitenciario dispone: “Los detenidos y los internos pueden dirigir instancias y reclamos orales o escritos, también en sobre cerrado: 1) al director del centro, gobernador regional, jefe del departamento de la administración penitenciaria y al Ministro de justicia; 2) a las autoridades judiciales y sanitarias que visiten el centro; 3) al garante nacional y

penitenciaria. El detenido puede dirigir su queja a los diversos sujetos señalados taxativamente en la norma; en el caso en que ésta se dirija a la administración penitenciaria o al magistrado de vigilancia, corresponderá (de conformidad al artículo 75, número 4, reglamento de ejecución del ordenamiento penitenciario) una obligación de información respecto del sujeto afectado, cuya omisión, sin embargo, no es objeto de sanción ni tampoco susceptible de una eventual impugnación del detenido en caso de que el reclamo sea denegado.

A propósito del reclamo formulado contra el artículo 35, la Corte Constitucional emitió un pronunciamiento en la citada sentencia N° 26 de 1999, en que se estableció su ilegitimidad constitucional “por cuanto no prevé una tutela jurisdiccional cada vez que el detenido estime que un acto de la administración penitenciaria ha lesionado un derecho subjetivo suyo”.

El núcleo de esta sentencia fue la identificación del estatus del detenido como el núcleo del que emergen posiciones subjetivas asociadas al tratamiento, y el reconocimiento del carácter necesariamente jurisdiccional del procedimiento destinado a tutelar dicha posición (característica no reconocida por el reclamo del artículo 35); de ahí se sigue que la magistratura de vigilancia sea considerada como juez de los derechos de los detenidos.

En la causa que terminó con esta paradigmática sentencia, el magistrado de vigilancia de Padua se había limitado a elevar la cuestión de ilegitimidad constitucional sólo del artículo 69, número 6, de la ley de ordenamiento penitenciario,¹⁷ en relación con los artículos 3 y 24 de la Constitución; en particular, sostuvo que el procedimiento jurisdiccional previsto por el legislador en el artículo 14 *ter* del ordenamiento penitenciario sólo aludía al trabajo y a materias disciplinarias, mientras que para la tutela de los derechos constitucionalmente garantizados sólo estaría disponible la tutela que ofrece el reclamo genérico del artículo 35 del mismo cuerpo legal, desprovisto de carácter jurisdiccional, adoptado *de plano* e inimpugnable por vía de casación. Pues bien, la tesis sostenida por el juez remitente era la inconstitucionalidad del artículo 69, número 6, basada en el hecho de que la norma, fuera de las dos hipótesis que regulaba a la sazón, no preveía la aplicación

a los garantes regionales o locales de los derechos de los detenidos; 4) al presidente de la junta regional; 5) al magistrado de vigilancia; 6) al Jefe de Estado”.

¹⁷ El texto del entonces vigente del artículo 69, número 6, disponía: Decidirá mediante ordenanza impugnables sólo mediante recurso de casación, conforme al procedimiento al que se refiere el artículo 14 *ter*, sobre los reclamos de los detenidos e internos concernientes a la observancia de las normas relativas a: a) la atribución de la calificación laboral, y cuestiones relativas a la retribución y remuneración, así como el desarrollo de las prácticas y del trabajo, y el seguro social; b) el ejercicio del poder disciplinario, la constitución y la competencia del órgano disciplinante, la comunicación de la instrucción de un procedimiento disciplinario y la facultad de disculpa.

del reclamo atípico (artículo 14 *ter* del ordenamiento penitenciario) para la tutela de los derechos constitucionalmente garantizados.

La sentencia es muy clarificadora cuando, teniendo en consideración órdenes precedentes, declaró que “la ejecución de la pena y la reeducación en tanto finalidad de ésta (...) no pueden consistir nunca en “tratamientos penitenciarios” que importen condiciones incompatibles con el reconocimiento de la subjetividad de los individuos cuya libertad está restringida”, y que “el reconocimiento de la titularidad de los derechos debe estar necesariamente acompañada del reconocimiento del poder de hacerlos valer frente a un juez en un procedimiento jurisdiccional”. La tutela jurisdiccional también debe comprender “los derechos cuya violación sea potencialmente consecuencia del régimen de restricción de la libertad personal y dependa de los actos de la administración penitenciaria”. En particular, se trata –precisó la corte– de derechos que pueden ser lesionados: a) por el poder que tiene la administración penitenciaria de modificar las modalidades concretas del tratamiento a través de la adopción de actos particulares: b) por decisiones administrativas adoptadas en el contexto de la gestión ordinaria de la vida de la cárcel.

El magistrado remitente buscaba una sentencia aditiva que extendiese el procedimiento atípico del artículo 14 *ter* a la tutela de los derechos de los detenidos. Por el contrario, la corte desatendió la solicitud, limitándose a dictar una sentencia declaratoria de inconstitucionalidad de la combinación de los artículos 35 y 69 del ordenamiento penitenciario, dirigiéndole una advertencia al legislador mediante una referencia a los diversos modelos legislativos, tal como demuestra el compuesto y variado conjunto de reclamos regulados en materia penitenciaria. La corte, por ende, se limitó a identificar una laguna, aunque lo hizo a través de una sentencia que contiene una advertencia dirigida al legislador en el sentido de instarlo a hallar un mecanismo idóneo para tutelar los derechos subjetivos de los detenidos.

La declaración de inconstitucionalidad del mismo, obra de la citada sentencia N° 26 de 1999, dio cuenta de una etapa “de vacío normativo” en que el legislador, no obstante la advertencia contenida en la sentencia de la Corte Constitucional, permaneció inerte. Por su parte, el Pleno de la Corte Suprema, a través de la sentencia Gianni, de 2003, se manifestó en el sentido de considerar que el principal instrumento para la tutela de las violaciones de los derechos de los detenidos, emanadas de un acto de la administración, era el reclamo atípico del artículo 14 *ter* del ordenamiento penitenciario.

3. La tutela reconocida por el ordenamiento antes de la sentencia Torreggiani

Frente a este conjunto de posiciones subjetivas susceptibles de tutela, el ordenamiento jurídico italiano contaba, por lo tanto, con la tutela ordinaria –que

complementaba la tutela accionable en sede administrativa para exigir la anulación de un acto ilegítimo— y, desde 2006, con la tutela reconocida expresamente al juez del trabajo en la materia respectiva¹⁸. A este primer nivel de protección se añadía la tutela del magistrado de vigilancia en tanto juez de la legalidad de la ejecución de la pena¹⁹.

En el papel, por lo tanto, la tutela ofrecida parecía completa. Si se la evalúa, sin embargo, bajo el prisma de su efectividad, dejaba bastante que desear. La tutela prestada por el magistrado de vigilancia carecía de coercibilidad y, por ende, no era lo suficientemente efectiva. No obstante el hecho de que la Corte Constitucional ha afirmado reiteradamente que las disposiciones impartidas por el magistrado de vigilancia para eliminar eventuales violaciones de derechos tienen el valor de auténticas prescripciones u órdenes, y no de meras sugerencias (artículo 69, número 5, del ordenamiento penitenciario), adquiriendo, por ende, un valor imperativo y vinculante para la administración penitenciaria²⁰, éstas estaban desprovistas de la fuerza de título ejecutivo válido para iniciar procesos de ejecución forzada. De este modo, por ejemplo, ante la inercia de la administración penitenciaria, el detenido, incluso habiéndose comprobado una lesión para un derecho propio por parte del magistrado de vigilancia, no habría recibido una tutela adecuada ni antes ni después de dicha comprobación.

Por su parte, el reclamo atípico del artículo 14 *ter* del ordenamiento penitenciario —que el Pleno de la Casación con la sentencia Gianni de 2003 había calificado como un instrumento idóneo para la tutela de los derechos de los detenidos— padecía los mismos problemas de efectividad, en el sentido de que la decisión del magistrado, a pesar de estar contenida en una ordenanza, estaba desprovista de título ejecutivo coercible.

¹⁸ Cfr. Corte Const. 27 de octubre de 2006, n. 341, en *Giur. cost.*, 2006, 5, pp. 3377 y ss., con nota de F. FIORENTIN, *Tutela laboristica del detenuto e ruolo del Magistrato di Sorveglianza alla luce della sentenza Cost. n. 341 del 2006*; en *Cass. pen.*, (2007), pp. 35 y ss., con nota de F. CENTOFANTI, *Lavoro penitenziario e giusto processo*; en *Cass. pen.*, (2007), 4, pp. 1553 y ss. con nota de A. PULVIRENTI, *Si amplia la tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dai rapporti di lavoro dei detenuti*.

¹⁹ A este cuadro se ha sumado recientemente la tutela derivada de la aplicación, por parte de la Corte de Estrasburgo, de la Convención Europea de Derechos Humanos, sobre la que nos referiremos *infra*.

²⁰ Cfr. Corte Const. 8 de octubre de 2009, n. 266, en *Giur. cost.*, 2009, p. 3766, con nota de C. RENOLDI, *ob. cit.*, pp. 95 y ss., con nota de A. MARCHESSELLI, *Tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza “rivoluzionaria” della Corte costituzionale*; Corte Const. 7 de junio de 2013, n. 135, en *www.penalecontemporaneo.it*, 13 de junio de 2013, con nota de A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l’Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di Sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*.

4. La repercusión de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos

En la última década, la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo se ha ocupado en varias oportunidades de la compatibilidad del sistema penitenciario italiano con los principios establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos. Lo anterior, tanto en lo relativo al reconocimiento de ciertos derechos —sobre todo en los regímenes privativos de libertad especiales— como a propósito de la tutela jurisdiccional de éstos. Con esto se ha consolidado un grado adicional de tutela que ha llevado a parte de la doctrina a referirse, a propósito de los derechos de los detenidos, al concepto de *tutela multinivel*²¹.

Una premisa necesaria que nos permite entender la evolución de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo es la contenida en el artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que garantiza a toda persona el derecho a la libertad y a la seguridad. Sin embargo, el mismo artículo prevé taxativamente ciertas hipótesis en que se admite la privación de la libertad, siempre que se lleve a cabo del modo y cumpliéndose los presupuestos indicados por la misma Convención. Si, bajo los presupuestos de la ley, la privación de libertad de un individuo no es en sí ilegítima, ello no quita que el tratamiento al cual es sometido el detenido pueda ser, en los hechos, contrario a los principios de la CEDH. Como es evidente, los derechos mayormente expuestos a una violación en el contexto de la restricción de libertad son el derecho a no sufrir tratamientos inhumanos o degradantes (art. 3, CEDH) y el derecho al respeto a la vida privada (art. 8, CEDH).

Más allá de la hipótesis de los maltratos físicos y psíquicos, que pueden dar lugar —*ceteris paribus*— a la violación del artículo 3, CEDH, el área cubierta por el principio que subyace a esta norma se ha expandido progresivamente gracias a la jurisprudencia de la corte de los últimos años. En particular, la corte ha incluido en el ámbito de operatividad de la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes todas aquellas hipótesis en que las condiciones concretas de la detención lesionan de cualquier modo la dignidad humana de los detenidos, incluso si no consisten en maltratos físicos o psíquicos voluntariamente infligidos. De este modo, por ejemplo, quedan cubiertas por la prohibición situaciones de hacinamiento, carencias higiénico-sanitarias, de iluminación, falta de ventilación suficiente, temperaturas excesivamente altas o excesivamente bajas, etc.

Una relevante aplicación del principio en cuestión llevó en 2009 a la condena del Estado italiano con la conocida sentencia *Sulejmanovic*. El caso involucraba a un hombre de nacionalidad bosnia, llamado Izet Sulejmanovic, que estaba dete-

²¹ La expresión, arraigada cuando dicha tutela tiene como objeto los derechos fundamentales, es frecuentemente utilizada con referencia específica a la tutela de los derechos de los detenidos, por A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., pp. 6 y ss.

nido en la cárcel romana de Rebibbia. Dicho complejo penitenciario, a la época de los hechos (2003) acogía a un número de detenidos considerablemente superior al que permitía su reglamento²². El recurrente se quejó señalando que durante el primer periodo de detención fue constreñido a compartir una celda de 16 metros cuadrados con otros cinco detenidos, lo que arrojaba que el espacio personal del que dispuso fuese sólo de 2,70 metros cuadrados; en su concepto, por esta causa se configuraba una lesión de su integridad física y psíquica constitutiva de un trato inhumano y degradante.

La corte, en votación cinco contra dos, condenó a Italia por violación del artículo 3 de la CEDH por el trato que el recurrente recibió durante el primer periodo de detención, recalcando que la norma en cuestión impone a todos los Estados asegurar que las detenciones respeten la dignidad humana, sin que supongan sufrimientos adicionales a los que por sí genera la privación de libertad personal. La corte, de este modo, cristalizó un principio de derecho al que con posterioridad se ha atendido constantemente. De hecho, lo hizo recientemente en el caso *Mursic contra Croacia* de 2017²³. En ese fallo, la corte estimó que en toda detención que se desarrolle en un espacio inferior a tres metros cuadrados –como era en el caso en cuestión– se activa una presunción absoluta de violación del artículo 3, CEDH, que no admite prueba en contrario, considerándose siempre configurado el trato inhumano y degradante. Cuando el detenido disponga de un espacio que oscile entre los tres y cuatro metros cuadrados, la violación del artículo 3 de la CEDH se considerará configurada sólo si concurren condiciones degradantes adicionales. Al criterio espacial, se añaden criterios adicionales que también deben ser apreciados al momento de establecer si se produce o no una violación del artículo 3, CEDH. Es con base en lo anterior que, por ejemplo, adquieren relevancia las características del lugar de detención, tales como su ventilación, iluminación, condiciones higiénicas o las condiciones climáticas del establecimiento²⁴.

Cuatro años después, con la sentencia piloto de 8 de enero de 2013 *Torreggiani contra Italia*, la Corte de Estrasburgo condenó nuevamente (esta vez por unani-

²² Frente a una capacidad “tolerable” de 1271 detenidos, establecida por un decreto del Ministerio de Justicia de 6 de septiembre de 1990, los detenidos oscilaban entre los 1456 y 1660.

²³ Cfr. CEDH, Primera sección, *Muršić c. Croacia* del 12 de marzo de 2015, rec. n. 7334/13, en <http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2015/05/corte.edu.mursic.c.croazia.pdf>, y, posteriormente, CEDH, Gran sala, *Muršić c. Croacia* del 20 de octubre de 2016, rec. n. 7334/13, en www.echr.coe.int. El principio contenido en estas sentencias se aleja de la jurisprudencia precedente, en el sentido de que el hecho de estar restringido a una superficie *pro capite* inferior a tres metros cuadrados no funda nunca una presunción absoluta de violación del artículo 3, CEDH, sino sólo una *strong praesumption* de que, como tal, puede ser desacreditada.

²⁴ Así se manifestó la Corte en la sentencia de 9 de octubre de 2008, *Moisseiev contra Rusia*, en www.echr.coe.int.

midad) a Italia. En la sentencia se dio por acreditada la violación del artículo 3, CEDH (tratos inhumanos y degradantes), en perjuicio de siete recurrentes privados de libertad en los centros penitenciarios de Busto Arsizio y Plasencia y conminó al Estado italiano a introducir “un instrumento o un conjunto de instrumentos internos idóneos para ofrecer un resarcimiento adecuado y suficiente para los casos de hacinamiento carcelario, de conformidad a los principios establecidos por la jurisprudencia de la Corte”²⁵. El plazo que dispuso para la materialización de dicho cambio fue de un año, contado desde que la sentencia adquiriese autoridad de cosa juzgada.

Este pronunciamiento parece ser el epílogo natural del patológico hacinamiento de las cárceles, cuyos orígenes tienen larga data. La sentencia, por otra parte, tiene el valor de haber llamado la atención de la opinión pública ante una realidad deliberada e interesadamente desatendida.

La corte se valió del instrumento de la orden piloto. En efecto, de conformidad al artículo 46, CEDH, el Estado italiano fue condenado a ejecutar la sentencia y a remover todas las condiciones que, en el caso concreto, originaron la violación del artículo 3, CEDH. En el caso de marras, sin embargo, se trataba de una situación de hecho endémica y estructural —el hacinamiento—, que impedía el cumplimiento de lo juzgado. De ahí derivó la obligación del Estado —siempre en el sentido del artículo 46— de adoptar todas las medidas necesarias para resolver la situación del hacinamiento. De esta forma, la corte entendió tutelar indirectamente al resto de sujetos que se encontraban en la misma situación de los siete recurrentes, aplicando explícitamente el principio de subsidiariedad, el cual debe guiar siempre el cometido de la corte, intimando al Estado a solucionar internamente los numerosos casos de vulneración ligados al hacinamiento. La corte optó por la aplicación del artículo 41, CEDH, y suspendió la tramitación de todos los recursos pendientes (¡cerca de 3.600!), dándole al Estado un año para adoptar, de un lado, las medidas pertinentes orientadas a resolver el hacinamiento, y dotarse de adecuados instrumentos de tutela preventiva y resarcitoria de los detenidos, por otro²⁶.

²⁵ Cfr. CEDH, Gran sala, *Torreggiani c. Italia*, 8 de enero de 2013, rec. n. 43517/09, n. 46882/09, n. 55400/09, n. 57875/09, n. 61535/09, n. 35315/10, n. 37810/10, en www.giustizia.it. Para un comentario, véase M. DOVA, “Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 48 y ss.

²⁶ Corresponde al Comité de Ministros del Consejo de Europa, al tenor del artículo 46, inciso 2º, valorar la congruencia de las soluciones adoptadas por el Estado en un caso de una orden piloto. Fue esto lo que ocurrió en varias oportunidades con una serie de valoraciones parciales tenidas durante 2014, hasta la decisión definitiva adoptada el 8 de marzo de 2016, en que el comité de ministros valoró positivamente la actuación del Estado italiano, archivando definitivamente el *affaire* Torreggiani, sobre el que volveremos *infra*, en el último párrafo.

La sentencia es sumamente interesante no sólo porque insiste sobre conceptos que la Corte de Estrasburgo había expresado específicamente en la sentencia *Sulejmanovic* de 2009, sino porque, yendo al fondo de esta primera orden, transparenta el carácter sistemático y estructural del problema del hacinamiento. En congruencia, la corte exigió a Italia actuar en tres frentes: a) resolver el problema del hacinamiento²⁷, b) disponer de un instrumento preventivo de tutela dotado de efectividad, c) disponer de un instrumento de tutela resarcitoria después de verificadas las violaciones (remedio compensatorio).

Con alusión específica al remedio preventivo, el gobierno italiano opuso una excepción de inadmisibilidad del recurso ante la corte, invocando al efecto el artículo 35, CEDH. De acuerdo con esta norma, no es posible dirigirse a la corte sin antes haber agotado los instrumentos internos. Según el gobierno italiano, la excepción se justificaba precisamente porque los detenidos no habían utilizado los remedios internos para la tutela de los derechos propios (artículos 39 y 69 del ordenamiento penitenciario) y se habían dirigido directamente a la corte europea. Sin embargo, la Corte rechazó la excepción, precisando que el artículo 35 CEDH debe leerse en el sentido de que el agotamiento de los remedios internos precluye el acceso a la corte sólo en la medida en que dichos remedios sean efectivos, es decir, idóneos para reparar la violación y de fácil acceso.

En particular, precisó la corte, los remedios internos deben ser idóneos no sólo para reparar *ex post* las consecuencias de la lesión –concretamente, garantizando un resarcimiento pecuniario–, sino también para poner término a la violación y mejorar las condiciones generales de la detención²⁸.

La corte estimó que los remedios preventivos previstos por el ordenamiento penitenciario italiano en los artículos 35 y 69 eran inidóneos, inefectivos y de difícil acceso. En respaldo de dicha tesis, la corte destacó que uno de los siete recurrentes había recurrido al magistrado de vigilancia haciendo valer sus razones a través del instrumento del reclamo genérico del artículo 35 del ordenamiento penitenciario, y que había obtenido de éste una declaratoria favorable en que efectivamente se reconocía la existencia de una lesión del derecho a la dignidad. La medida, sin embargo, no produjo efecto alguno, toda vez que el reclamo genérico

²⁷ En particular, la corte no se privó de señalar algunas sugerencias en este sentido; éstas estaban en sintonía con las recomendaciones Rec(99)22 y Rec(2006)13 del Comité de Ministros, las cuales invitaban a los Estados –en particular, a los ministerios públicos y jueces– a implementar en la mayor medida posible el instrumento de las medidas alternativas a la detención y a valorar el principio de la *extrema ratio* de la detención, reduciendo simultáneamente el empleo de las medidas cautelares en la cárcel.

²⁸ “Para que un sistema sea efectivo, los remedios preventivos y compensatorios deben coexistir de forma complementaria”.

se substancia –como vimos– en un procedimiento de naturaleza administrativa adoptado *de plano* por el magistrado de vigilancia, el cual se traduce en un simple requerimiento a la administración penitenciaria destinado a eliminar las causas de la violación, pero que no tiene valor de título ejecutivo. De ello se sigue que, si la administración penitenciaria permanece inerte frente al requerimiento del magistrado –tal como ocurrió en este caso–, el detenido, ante la falta de ejecución coactiva de la medida, queda privado de tutela efectiva²⁹.

En lo que atañe, específicamente, a los remedios resarcitorios, la corte destacó que el ordenamiento italiano no garantiza ninguna tutela efectiva. En apoyo a esta afirmación, citó una aislada ordenanza del magistrado de vigilancia de Lecce que –única en el panorama italiano– había reconocido al detenido un resarcimiento por el daño existencial derivado de las condiciones de vida inhumanas y degradantes del hacinamiento (violación del artículo 3, CEDH). Dicho remedio interno fue considerado inefectivo, además de tratarse de una decisión aislada, que no generó ninguna consecuencia. De hecho, la misma corte se refirió a algunas significativas sentencias posteriores de signo opuesto³⁰.

En definitiva, fue la misma Corte de Estrasburgo la que calificó de inefectivo el remedio preventivo y resarcitorio que entonces preveía el ordenamiento italiano, imponiendo a Italia darse nuevos instrumentos que garanticen la efectividad de la tutela.

III. LA SITUACIÓN POST SENTENCIA TORREGGIANI

1. *El remedio preventivo del artículo 35 bis del ordenamiento penitenciario*

Requerido por la corte, por medio del Decreto Ley N° 146, de 23 de diciembre de 2013, convertido por la Ley N° 10 el 21 de febrero de 2014, el legislador italiano introdujo el reclamo preventivo jurisdiccional en el artículo 35 *bis* del

²⁹ En particular, el señor Ghisoni formuló su reclamo al tenor del artículo 35 del ordenamiento penitenciario, el cual fue respaldado por el magistrado de vigilancia de Reggio Emilia. Ante la inercia de la administración penitenciaria, que se prolongó por más de seis meses, se puso remedio mediante la adopción de una medida de traslado de Ghisoni a otra celda, que compartía sólo con otro detenido. Más allá de la contienda específica, la Corte también destacó que es el hacinamiento endémico lo que vuelve inefectivo los remedios internos: incluso queriendo remediar, la administración penitenciaria podría estar objetivamente imposibilitada (y, por ende, no le sería imputable) de cumplir correctamente.

³⁰ Cfr. ordenanza de 18 de abril de 2012, de magistrado de vigilancia de Vercelli (doctor Fiorentin), en *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2012, pp. 1195 y ss., con nota de M.V. FIORELLI, *Reclamo e risarcibilità del danno da trattamento penitenziario: un brusco dietrofront*.

ordenamiento penitenciario³¹. Esta norma prevé, además de un procedimiento que garantiza de mejor manera la efectividad del contradictorio entre las partes, el llamado juicio de cumplimiento, orientado a eliminar a los problemas de inefectividad.

Según la doctrina más acreditada, la reforma simplemente modificó el procedimiento en cuestión, pero no el objeto de la tutela. Antes del Decreto Ley de 23 de diciembre de 2013, N° 146, convertido en ley de 21 de febrero, N° 10, dicho objeto era el reclamo atípico del artículo 14 *ter* del ordenamiento penitenciario. Hoy, en cambio, es el reclamo jurisdiccional del artículo 35 *bis*³². Si, por lo tanto, la aplicación del procedimiento del artículo 14 *ter* constituyó un primer paso hacia una tutela de tipo jurisdiccional de los derechos de los detenidos –la cual, con todo, presentaba varias limitaciones en materia de garantías de las partes involucradas³³ y, todavía más, a propósito de la ausencia de efectividad de la tutela

³¹ Que para una mejor comprensión transcribimos: Artículo 35 *bis*. *Reclamo jurisdiccional*. 1. El procedimiento relativo al reclamo del artículo 69, inciso 6°, se desarrollará de conformidad a los artículos 666 y 668 del Código de Procedimiento Penal. Salvo los casos de manifiesta inadmisibilidad de la solicitud, según el artículo 666, inciso 2°, del Código de Procedimiento Penal, el magistrado de vigilancia fijará la fecha de la audiencia y también hará comunicar a la administración interesada, la cual tiene derecho a comparecer y formular observaciones a la solicitud. 2. El reclamo del artículo 60, inciso 6°, letra a) se interpondrá en el plazo de diez días desde la comunicación de la medida. 3. En caso de aceptación, el magistrado de vigilancia, en las hipótesis del artículo 69, inciso 6°, letra a), dispondrá la nulidad de la medida de irrogación de la sanción disciplinaria. En las hipótesis de los artículos 69, inciso 6°, letra b), acreditadas la existencia y actualidad del perjuicio, ordenará a la administración remediarlo dentro del plazo fijado por el juez. 4. Contra la decisión del magistrado de vigilancia se admite reclamo al tribunal de vigilancia dentro del plazo de quince días desde la notificación o comunicación del aviso de depósito de la decisión misma. 4 *bis*. La decisión del tribunal de vigilancia es recurrible de casación por violación de la ley dentro del plazo de quince días desde la notificación o comunicación del aviso de depósito de la decisión misma. 5. En caso de falta de ejecución de la medida no susceptible de impugnación, el interesado o su defensor dotado de delegación especial pueden solicitar el cumplimiento al magistrado de vigilancia que ha admitido la medida. Se estará a lo dispuesto en los artículos 666 y 668 del Código de Procedimiento Penal. 6. El magistrado de vigilancia, si acoge la solicitud: a) ordenará su cumplimiento, indicando modalidad y tiempo de cumplimiento teniendo en consideración el programa de ejecución dispuesto por la administración a fin de dar ejecución a la medida, siempre que dicho programa sea compatible con la satisfacción del derecho; b) declarará nulos los eventuales actos que violen o eludan la medida incumplida; c) letra suprimida por la Ley N° 21 de febrero de 2014; d) nombrará, cuando corresponda, un comisario de acta. 7. El magistrado de vigilancia conocerá de todas las cuestiones relativas al exacto cumplimiento, incluidas las inherentes a los actos del comisario. 8. Contra la medida pronunciada en sede de cumplimiento se admitirá siempre el recurso de casación por violación de la ley.

³² F. DELLA CASA, sub *art. 69 ord. penit.*, en AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, al cuidado de F. DELLA CASA - G. GIOSTRA, Padova, 2015, pp. 810-811.

³³ Cfr., por todos, RENOLDI, *Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'amministrazione penitenziaria*, en *Antigone*, 2011, 2-3, pp. 93 y ss.

(dado que la ordenanza adoptada por el magistrado estaba desprovista de valor de título ejecutivo³⁴)—, la introducción del reclamo jurisdiccional, el reconocimiento de la ejecutividad de la medida adoptada por el magistrado y la posibilidad de iniciar un juicio de cumplimiento frente a la inercia de la administración penitenciaria debería, en la intención del legislador, cerrar el círculo de la tutela.

Esta reforma ciertamente representó un progreso en el largo camino del reconocimiento y tutela de los derechos de los detenidos. Esto, naturalmente, sin perjuicio de los numerosos problemas que plantea la nueva norma, sobre todo en lo que se refiere a la definición de las situaciones jurídicas tuteladas —y a la delimitación del ámbito de aplicación del remedio (el artículo 69, número 6, letra b, sólo se refiere a los derechos previstos en el ordenamiento penitenciario y en el reglamento respectivo)— y lo relativo a los tiempos —excesivamente largos y, por ende, incompatibles con la celeridad inherente a un instrumento de tutela preventiva— que el procedimiento exige³⁵.

2. El remedio resarcitorio del artículo 35 ter del ordenamiento penitenciario

El remedio resarcitorio está previsto en el artículo 35 *ter* del ordenamiento penitenciario. Se introdujo a través del D.L. de 26 de junio de 2014, N° 92, debidamente convertido, con modificaciones, a través de la Ley N° 117 de 11 de agosto de 2014³⁶.

³⁴ Cfr., por todos, M. BORTOLATO, sub *art. 35 bis ord. penit.*, en AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., pp. 398 y ss.

³⁵ Critica este último aspecto A. PUGIOTTO, La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici, en *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, p. 1218.

³⁶ Que para una mejor comprensión transcribimos: Artículo 35 *ter*. *Remedios resarcitorios derivados de la violación del artículo 3 del Convenio europeo para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales respecto de los sujetos detenidos e internos*. 1. Cuando el perjuicio al que se refiere el artículo 69, inciso 6°, letra b), consiste, por un periodo de tiempo no inferior a quince días, en condiciones de detención que violan el artículo 3 de la Convención para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales ratificada por la ley de 4 de agosto de 1955, n. 848, interpretada al tenor de la Corte Europea de Derechos Humanos, a partir de una instancia presentada por el detenido, sea personalmente o a través de un defensor con delegación especial, el magistrado de vigilancia dispondrá, a título de resarcimiento del daño, una reducción de la pena privativa de libertad que se esté cumpliendo igual, en su duración, a un día por cada diez durante los que el solicitante haya sufrido un perjuicio. 2. Cuando el período de pena por cumplir es tal que no permite deducir enteramente el porcentaje del número 1, el magistrado de vigilancia liquidará al solicitante, en relación al periodo residual y a título de resarcimiento de daños, la suma de 8 euros por cada día en la que haya sufrido perjuicio. El magistrado resolverá del mismo modo en el caso en que el periodo de detención expiado en condiciones no conforme a los criterios del artículo 3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades

Esta norma, estructurada en ocho numerales, prevé en los números 1 y 2 la competencia de la magistratura de vigilancia para conceder a los detenidos e internos que reclamen un perjuicio por las condiciones de detención que infrinjan lo establecido en el artículo 3, CEDH, tal como ha sido interpretado por la Corte Europea de Derechos Humanos, un resarcimiento en forma específica consistente en una reducción de la pena equivalente a un día por cada 10 de perjuicio sufrido (número 1); si el perjuicio es inferior a 15 días u otorgue derecho a una deducción mayor al residuo de la pena, se concederá un resarcimiento monetario de 8 euros por cada día de perjuicio sufrido (número 2). En cambio, al tenor del número 3, la competencia recae en el juez civil para aquellos que hayan terminado de cumplir la pena o para quienes hayan sufrido un perjuicio durante la custodia cautelar no computable a la pena (es el caso de los sujetos que han terminado el periodo de expiación, de los sujetos que hayan sufrido una custodia cautelar, pero han sido finalmente absueltos). En este caso, el legislador ha previsto un plazo de caducidad de seis meses y el resarcimiento es, naturalmente –pues no podría ser de otro modo–, monetario.

Como se advierte, esta disposición identifica dos tipologías distintas de remedios compensatorios. En los tres numerales que la componen, se articula una competencia diferenciada a cargo de la magistratura de vigilancia y del juez ordinario civil, de la que emana, en consecuencia, un resarcimiento de contenido diferenciado una vez acreditada violación del artículo 3 CEHD, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia de Estrasburgo.

Como ha sido justamente advertido, la única justificación posible de la previsión por parte del legislador de una excepción explícita a la regla ordinaria de la competencia del juez civil en materia resarcitoria reside precisamente en la voluntad de privilegiar este remedio específico de la reducción de pena. Eso es lo que

fundamentales haya sido inferior a quince días. 3. Quienes hayan sufrido el perjuicio del número 1 en estado de custodia cautelar en la cárcel no imputable en la determinación de la pena por cumplir o quienes han terminado de cumplir la pena privativa de libertad en la cárcel, pueden ejercer una acción, personalmente o a través de defensor con delegación especial, ante el tribunal de la capital del distrito en cuyo territorio tengan residencia. La acción debe ejercerse, so pena de preclusión, dentro de los seis meses desde la cesación del estado de detención o de la custodia cautelar en la cárcel. El tribunal decide en composición unipersonal de conformidad a los artículos 737 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. El decreto que define el procedimiento no es susceptible de reclamo. El resarcimiento del daño se liquida en la forma prevista en el número 2.

Para un comentario “en caliente”: A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal D.L. 92/2014*, en *www.penalecontemporaneo.it*, 13 de octubre de 2014; F. FIORENTIN, “Nella lotta al sovraffollamento delle strutture il Bel Paese mette a sistema un altro tassello”, en *Guida dir.*, 2014, 30, pp. 21 y ss. Cfr. también M. DEGANELLO, “I rimedi risarcitori”, en F. CAPRIOLI - L. SCOMPARIN (al cuidado de), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, pp. 269 y ss.

justifica que se reconozca competencia a la magistratura de vigilancia, en tanto órgano judicial designado, para que dentro de sus atribuciones predetermine la pena que se está ejecutando. Lo que riñe con el sistema no es, por lo tanto, dicha previsión específica, sino la competencia residual que se reconoce a la magistratura de vigilancia para conceder una compensación pecuniaria. Lo anterior es tan cierto que en doctrina se ha afirmado que “si esta es la lógica de la distribución de competencia, entonces es ilegítima, por violación del artículo 3 de la Constitución y del principio de igualdad, toda interpretación que lleve a que un detenido no obtendrá el resarcimiento en forma específica”³⁷.

La norma aclara que hay dos hipótesis en que el resarcimiento pecuniario se plantea de forma exclusiva: la hipótesis prevista en el número 2 del artículo 35 *ter*, es decir, cuando el trato inhumano y degradante no se haya prolongado por más de 15 días, de competencia del magistrado de vigilancia, y la prevista en el número 3, de competencia del juez civil. En cambio, concurrirán el resarcimiento en forma específica y el resarcimiento pecuniario en la hipótesis del número 2 del artículo 35 *ter*, de competencia del magistrado de vigilancia, es decir, cuando la pena por expirar no permita la deducción completa y la hipótesis –no explícitamente prevista por la norma– relativa al caso en que el periodo de pena por expirar no coincide con un múltiplo de diez, creando un déficit, en cuyo caso se aplicará el máximo permitido de reducción de la pena y se procederá a la liquidación del resto en dinero³⁸.

El legislador eligió privilegiar la reducción de la pena, opción que está en línea con la jurisprudencia de la CEDH. Si bien en la citada sentencia *Torreggiani*, la corte no emitió ninguna indicación sobre el punto, se citó en varias oportunidades la sentencia “*Ananyev contra Rusia*”, fallo en que la corte saludó favorablemente, aunque con algunas prevenciones, este tipo de solución³⁹.

Con particular referencia a este tipo de “resarcimiento en forma específica”, no se puede no compartir lo que ha destacado la doctrina más atenta: dicho instrumento responde a una exigencia de justicia, en el sentido de que es justo conceder una reducción de la pena a quien ha padecido un trato inhumano y degradante y que haya significado una aflicción adicional (e indebida) a la respuesta

³⁷ Así, literalmente, E. SANTORO, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda*, en *www.penalecontemporaneo.it*, 22 de enero de 2015, p. 15.

³⁸ Esta reconstrucción es pacífica en la doctrina. Por todos, G. GIOSTRA, *sub art. 35 ter ord. penit.*, cit., p. 420. No así, en cambio, en la jurisprudencia de mérito, que frecuentemente afirma el carácter no liquidable de los días en exceso respecto de aquellos a los que se reconoce la reducción de la pena.

³⁹ Cfr. Corte Eur., 10 de enero de 2012, *Ananyev e altri c. Russia*, rec. nn. 42525/07 y 60800/08, en *www.juridice.ro*.

sancionatoria;⁴⁰ sin considerar que contribuye, aunque en términos marginales, a la deflación carcelaria.

La norma ha generado considerables problemas exegéticos, los cuales se han traducido en una vergonzosa tasa de efectividad del remedio compensatorio, al punto que parte de la doctrina ha llegado a sostener que se trata de uno de los ejemplos más paradigmáticos de denegación de justicia⁴¹.

La propia Coordinación Nacional de Magistrados de Vigilancia [*Coordinamento nazionale dei magistrati di sorveglianza*] señaló desde un inicio el problema en una sentida carta de 13 de noviembre de 2014, dirigida al ministro de justicia, en que se lee: “en realidad, a causa de las incertezas y lagunas del texto normativo, de los graves contrastes jurisprudenciales, de la complejidad de los instructivos y del carácter absolutamente inadecuado de los recursos y medios de que disponen las oficinas de vigilancia, es fácil prever que el número de casos decididos y resueltos según los estándares prescritos por la Justicia europea en términos de efectividad, rapidez y eficacia de los remedios acordados, será muy exiguo”⁴².

Luego de un año de la entrada en vigor del remedio resarcitorio, el balance sobre su aplicación fue más que desilusionante, dado el elevadísimo número de sentencias de inadmisibilidad; estadística que sólo en parte se explicaba por defectos de las alegaciones y por el hecho de que el remedio puede ser ejercido directamente por el sujeto afectado, incluso sin la asistencia de un letrado. Antes bien, durante el primer periodo de vigencia del mismo, quien contribuyó a confirmar la ineficacia del instrumento fue la afirmación contenida en la llamada tesis “actualista”⁴³, y esto fue así tanto respecto de la acepción mínima de la tesis, es decir, aquella que exige la actualidad del perjuicio al momento de presentar la instancia, como en su acepción máxima, es decir, aquella que exige la actualidad del perjuicio también al momento de la decisión.

Hay que recordar que, conforme a la reconstrucción propuesta por la tesis actualista –que, dicho de pasada, recibió el respaldo del Consejo Superior de la

⁴⁰ Cfr. G. GIOSTRA, *sub art. 35 ter ord. penit.*, cit., pp. 415-416.

⁴¹ Estigmatiza la inefectividad del remedio A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, cit., p. 1219.

⁴² Carta publicada en *www.conams.it*, archivo mensual, noviembre de 2014.

⁴³ Para la tesis que consideraba necesario el requisito de la actualidad del perjuicio, véase F. FIORENTIN, “I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all’articolo 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse”, en *www.penalecontemporaneo.it*, 6 de noviembre de 2014, pp. 3 y ss. Para la tesis de la no necesidad del requisito, E. SANTORO, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda*, cit.; G. GIOSTRA, *sub art. 35 ter ord. penit.*, cit., pp. 415 y ss.; ID., “Un pregiudizio ‘grave attuale’? A proposito delle prime implicazioni del nuovo art. 35 ter ord. penit.”, en *www.penalecontemporaneo.it*, 24 de enero de 2015.

Magistratura⁴⁴—, escapaban del perímetro de la actualidad del perjuicio los casos de tratos inhumanos y degradantes: a) relativos a sujetos detenidos en virtud de títulos ejecutivos diversos del que se está ejecutando (sobre el punto, cfr. *infra*); b) relativos a sujetos detenidos, si el perjuicio sufrido ya no es actual; c) relativos a individuos sujetos a medidas alternativas a la detención que hicieren instancia por dicho régimen (cfr. *infra*)⁴⁵.

Además, tal como anticipamos, la norma ha planteado desde un primer momento un número bastante elevado de cuestiones interpretativas, algunas de las cuales han contribuido a una incorrecta aplicación de la misma. Citemos, a modo ejemplar, dos de las principales: 1) el problema asociado a la tipificación del remedio del artículo 35 *ter*, que por primera vez cristaliza un reenvío móvil al artículo 3, CEDH (prohibición de tratos inhumanos o degradantes), tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia de Estrasburgo;⁴⁶ 2) la cuestión del ámbito de aplicación del remedio, tema que también se vincula a la cuestión de la actualidad del perjuicio, cuestión que se refleja, en definitiva, en la repartición de competencia entre la magistratura de vigilancia y el juez civil, todo lo cual incide, en fin, en la naturaleza del resarcimiento reconocido, prioritariamente en forma

⁴⁴ Cfr. opinión técnica, 26 giugno 2014, n. 92 (Odg. 1095 - Aggiunto del 30 luglio 2014), en http://www.csm.it/PDFDinamici/20140730_6.pdf.

⁴⁵ Así, F. FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'articolo 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, cit., p. 4.

⁴⁶ Es precisamente el carácter móvil de la remisión lo que crea los problemas más delicados. Si desde la sentencia *Sulejmanovic* —posición que ha sido ratificada en sentencia *Torreggiani*— la corte afirmó el principio según el cual bajo los tres metros cuadrados de superficie *pro capite* se activa la presunción absoluta de violación del artículo 3, CEDH, con la reciente sentencia de la Gran Sala *Muršić c. Croazia*, la Corte cambió rotundamente de dirección, pues en ella sostuvo que una superficie inferior a los tres metros cuadrados implica sólo una *strong presumption* de violación del artículo 3, CEDH, que, como tal, admite prueba en contrario. De este modo, se eliminó de raíz la sujeción a un parámetro espacial válido para el derecho interno, sin considerar los delicados problemas en materia de cálculo de dichos espacios mínimos vitales, todo lo cual repercute negativamente en materia de certeza jurídica dada las desigualdades en su aplicación. Es por eso que se comparte el parecer manifestado en una serie de sentencias de la Corte de Casación, en las que ha adoptado un concepto de espacio mínimo vital que coincide con el espacio mínimo funcional, es decir, con aquel que permite un libre movimiento al interior de la celda, y en las que no se considera el espacio que ocupan las literas y el mobiliario que lo impidiese. Cfr.: Cas. Pen., 9 de septiembre de 2016, n. 52819, Sciuto. Más recientemente, Cas. Pen., 21 de julio de 2017, n. 39585, Lecini. Cfr. por último, aunque más opinable —precisamente porque descuenta del metraje sólo el espacio ocupado por la litera, no así tratándose de camas individuales—; Cas. Pen., 17 de noviembre de 2016, n. 40520, Triki. Muy variado al respecto es el panorama de las sentencias de los magistrados de vigilancia. Sobre el particular, cfr.: A. ALBANO - F. PICOZZI, “Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell'arte”, en *Arch. pen.*, 2015, 1, pp. 1 y ss.

específica o sólo pecuniario (*cf.* en particular las sentencias de la Corte Constitucional N^os. 204/2016 y 83/2017, respectivamente sobre la extensibilidad del remedio resarcitorio a condenados a cadena perpetua e internados, y Cas. Pen. de 14 junio de 2017, N^o 35122, sobre los sujetos en custodia cautelar).

En seguida, la previsión plantea problemas ligados a la injusta cuantificación fija del resarcimiento⁴⁷. La suma de 8 euros por cada día de tratos inhumanos o degradante es irrisoria (basta pensar que el criterio de conversión previsto por el art. 135 CP es de 250 euros por cada día de reclusión, y que la suma prevista originalmente en el D.L. era de 100 euros por cada día de reclusión); la propia sentencia *Torreggiani* liquidó una suma a título equitativo por el daño moral sufrido equivalente a tres veces lo previsto en el art. 35 *ter*. De otra parte, el hecho de que se trate de una suma fija frustra todo intento del juez en orden a ponderar la gravedad del perjuicio sufrido, impidiendo que el daño esté debidamente personalizado e individualizado. La única variable es de tipo temporal. Los mismos problemas plantea también el resarcimiento por el equivalente consistente en la reducción de pena de un día por cada diez de tratos inhumanos y degradantes. Si, en efecto, este remedio tiene el favor de Estrasburgo, la Corte Europea de Derechos Humanos no ha dejado manifestar cuán criticable es la ausencia de discrecionalidad judicial en la valoración el caso concreto (sentencia *Ananyev y otros contra Rusia*, de 10 de enero de 2012) y, en lo específico, la gravedad del perjuicio sufrido; sin considerar que la relación 1 a 10 es claramente risible si se tiene en cuenta la relación 1 a 4 prevista en el artículo 54 del ordenamiento penitenciario en materia de liberación anticipada.

A todo el cuadro de críticas previamente descrito, se añade la injusticia de endosar las costas del procedimiento a los recurrentes. Al efecto, conviene tener presente, por ejemplo, que el procedimiento en la cámara del consejo al que se refiere el artículo 737 CPC contempla costas cuyo monto asciende, aproximadamente, a 90 euros, importe que bien podría no quedar cubierto en el evento de un buen resultado del reclamo.

⁴⁷ Cfr. F. FIORENTIN, “Così la misura fissa ‘lega le mani’ al giudice”, en *Guida dir.*, 2014, pp. 36, 31 y ss.; R. BRACCIALINI, “Art. 35 *ter*. Ordinamento penitenziario: risarcimento o tassa fissa?”, en *www.questionegiustizia.it*; A. MARTUFI, “La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell’art. 3 EDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraccollamento”, en *www.penalecontemporaneo.it*, 7 de noviembre de 2014. El autor plantea, *de iure condendo*, la posibilidad de establecer un parámetro de reducción de la pena entre un mínimo y un máximo predeterminado por el legislador en función de la gravedad de las privaciones sufridas. G. GIOSTRA, “Il rimedio compensativo della riduzione di pena: problematiche tecniche e demagogici allarmismi”, en *AA.VV., Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, al cuidado de M. RUOTOLO, Napoli, 2014, p. 123.

IV. CONCLUSIONES

No obstante los aspectos críticos evidenciados, la Corte de Estrasburgo, mediante dos sentencias –Stella contra Italia y Rexhepi contra Italia⁴⁸, ambas de 25 de septiembre de 2014–, había declarado inadmisibles algunos recursos a la luz del artículo 35, CEDH, por no haber hecho uso primeramente de los remedios internos. Se trata de un caso de la llamada inadmisibilidad póstuma, ya que los recursos se interpusieron antes de la entrada en vigor de los remedios de los artículos 35 *bis* y 35 *ter*, con los que la Corte reafirmó el principio de subsidiariedad de la propia jurisdicción respecto a la interna.

Con posterioridad, coherentemente con estas decisiones, con fecha 8 de marzo de 2016, el Comité de Ministros del Consejo de Europa archivó definitivamente el *affaire* Torreggiani, calificando los remedios introducidos como efectivos, fácilmente accesibles y en condiciones de asegurar una tutela adecuada.

Sobre las razones de esta valoración, sin embargo, es legítimo hacerse algunas preguntas. De hecho, la decisión era bastante predecible si se considera su *iter*: suspensión de los recursos pendientes, aplicación del principio de inadmisibilidad póstuma y, finalmente, la positiva apreciación por parte del comité de ministros. No se puede desconocer, además, que la Corte de Estrasburgo habría tenido bastante trabajo de haber atendido la exorbitante cantidad de recursos de Italia. Además, la decisión tiene un indudable alcance político, toda vez que la situación de endémico hacinamiento en las cárceles no es una realidad exclusiva de Italia.

Por otra parte, varios de los nudos interpretativos planteados por el desafortunado tenor de los artículos 35 *bis* y *ter* fueron afrontados y “resueltos” por la jurisprudencia. Las intervenciones de la casación han sido realmente numerosas y han incidido en varios aspectos frecuentemente vinculados. En una primera valoración de conjunto, no se puede sino valorar el esfuerzo desplegado en el tiempo por la casación y la Corte Constitucional (requerida por la magistratura de vigilancia para pronunciarse sobre aspectos neurálgicos), orientado, en la mayoría de las veces, a otorgar la máxima efectividad a los remedios en examen.

Bien visto el asunto, todas las sentencias citadas están orientadas en la misma dirección, a saber, la de reconocer cada vez con mayor convicción el papel que desempeña el magistrado de vigilancia en tanto juez de la tutela de los detenidos, reconociéndole, además, competencias que hasta hace poco eran impensadas (de hecho, fue obvia y compartida por todos la sentencia de 15 de enero de 2013 –Vizzari–, que había excluido rotundamente la competencia del magistrado de

⁴⁸ Cfr. Corte Eur., *Stella c. Italia*, rec. n. 49169/09, en www.italgiure.giustizia.it, y la sentencia Corte Eur., *Rexhepi e altri c. Italia*, rec. n. 47180/10.

vigilancia para conocer de un resarcimiento monetario en un caso de trato inhumano y degradante).

BIBLIOGRAFÍA

- A. ALBANO - F. PICOZZI, “Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell’arte”, en *Arch. pen.*, (2015, 1).
- R. BRACCIALINI, “Art. 35 *ter*. Ordinamento penitenziario: risarcimento o tassa fissa?”, en *www.questionegiustizia.it*; A. MARTUFI, “La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell’art. 3 EDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento”, en *www.penalecontemporaneo.it*.
- Cas. Pen., Pleno, 26 de febrero de 2003, n. 25079, Gianni, en *D&G*, (2003), 31, 104, y en *Cass. pen.*, (2004).
- CEDH, Primera sección, Muršić c. Croacia del 12 de marzo 2015, rec. n. 7334/13, en <http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2015/05/corte.edu.mursic.c.croazia.pdf>. CEDH, Gran sala, Muršić c. Croacia del 20 de octubre de 2016, rec. n. 7334/13, en *www.echr.coe.int*.
- CEDH, Gran sala, *Torreggiani c. Italia*, 8 de enero de 2013, rec. n. 43517/09, n. 46882/09, n. 55400/09, n. 57875/09, n. 61535/09, n. 35315/10, n. 37810/10, en *www.giustizia.it*.
- F. CENTOFANTI, “Lavoro penitenziario e giusto processo”; en *Cass. pen.*, (2007).
- CORTE CONSTITUCIONAL 3 de julio de 1997, n. 212, en *Giur. cost.*, (1997).
- CORTE CONSTITUCIONAL 27 de octubre de 2006, n. 341, en *Giur. cost.*, (2006), 5.
- CORTE CONSTITUCIONAL de 28 de julio de 1993, n. 349, disponible en *www.giurecost.org*.
- CORTE CONSTITUCIONAL 25 de julio de 1979, n. 114, en *www.giurecost.org*.
- CORTE CONSTITUCIONAL 24 de junio de 1993, n. 349, en *www.giurecost.org*.
- CORTE CONSTITUCIONAL 11 de febrero de 1999, n. 26, en *www.giurecost.org*.
- Corte Eur., 10 de enero de 2012, *Ananyev e altri c. Russia*, rec. nn. 42525/07 y 60800/08, en *www.juridice.ro*.
- M. DEGANELLO, “I rimedi risarcitori”, en F. CAPRIOLI - L. SCOMPARI (al cuidado de), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, (2015).
- A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l’Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di Sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*.
- F. DELLA CASA, sub art. 69 ord. penit., en AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, al cuidado de F. DELLA CASA - G. GIOSTRA, Padova, (2015).

- A. DELLA BELLA, “Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal D.L. 92/2014”, en *www.penalecontemporaneo.it*, 13 de octubre de 2014.
- M. DOVA, “Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, (2013).
- G. GIOSTRA, “Il rimedio compensativo della riduzione di pena: problematiche tecniche e demagogici allarmismi”, en AA.VV., *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, al cuidado de M. RUOTOLO, Napoli, 2014.
- R. MURA, *Le sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*.
- F. FIORENTIN, “Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell’amministrazione penitenziaria”, en *Giur. mer.*, (2010, 11), pp. 2810 y ss.
- F. FIORENTIN, “Nella lotta al sovraffollamento delle strutture il Bel Paese mette a sistema un altro tassello”, en *Guida dir.*, (2014, 30).
- F. FIORENTIN, “Tutela laboristica del detenuto e ruolo del Magistrato di Sorveglianza alla luce della sentenza Cost. n. 341 del 2006”, en *Cass. pen.*, (2007).
- F. FIORENTIN, “I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all’articolo 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse”, en *www.penalecontemporaneo.it*, 6 de noviembre de 2014.
- F. FIORENTIN, “Così la misura fissa ‘lega le mani’ al giudice”, en *Guida dir.*, (2014).
Ordenanza de 18 de abril de 2012, de magistrado de vigilancia de Vercelli (doctor Fiorentin), en *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2012, pp. 1195 y ss., con nota de M.V. FIORELLI, *Reclamo e risarcibilità del danno da trattamento penitenziario: un brusco dietrofront*.
- A. MARCHESELLI, “Tutela dei diritti dei detenuti alla ricerca della effettività. Una ordinanza ‘rivoluzionaria’ della Corte costituzionale”, Corte Const. 7 de junio de 2013, n. 135, en *www.penalecontemporaneo.it*, 13 de junio de 2013.
- A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, (Napoli, 2015).
- A. PUGIOTTO, “La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici”, en *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, (2016).
- A. PULVIRENTI, *Si amplia la tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dai rapporti di lavoro dei detenuti*.
Corte Const. 8 de octubre de (2009), n. 266, en *Giur. cost.*
- C. RENOLDI, “Una nuova tappa nella ‘lunga marcia’ verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti”, en *Giur. cost.*, (2009).
- RENOLDI, “Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell’amministrazione penitenziaria”, en *Antigone*, (2011, 2-3).

- M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, (Napoli, 2014); ID., *Diritti dei detenuti e costituzione*, (Torino, 2002). A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, (Torino, 2002).
- E. SANTORO, “Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda”, en *www.penalecontemporaneo.it*, 22 de enero de 2015.