

EXPTE. N° 20748/05.-SENTENCIA: N° 122.-ACTOR: VIDAL, MAXIMILIANO MARIO ALBERTO.- OBJETO: s/Habeas Corpus.-: Prisión domiciliaria.- Razones de salud.-FECHA: 20-12-05.-

//MA,20 de diciembre de 2005.VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: "VIDAL MAXIMILIANO MARIOALBERTO s/HABEAS CORPUS" (Expte. N° 20748/05 -STJ-), puestas a despacho pararesolver; y - CONSIDERANDO:-A fs.14/16, los defensores de Maximiliano Vidal, alojado en la cárcel de Encausados de la localidad de General Roca, interponen acción de habeas hábeas, a fin de que se conceda a su asistido, el beneficio de la prisión domiciliaria, conforme arts. 32 y 33 de la ley 24.660, 23 de la Constitución Provincial, 43 de la Constitución Nacional, XVIII de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 2 inc. 3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. - - - - -

- - - - -Solicitan se conceda la prisión domiciliaria, la que se concretaría en el inmueble ubicado en la calle Isla Huemul N° 256, del Barrio Norte, de la localidad de Allen, de ésta Provincia (casa de su hermana, Silvina Raquel Vidal), con fundamento en el deficiente e inhumano comportamiento observado por el Tribunal de Ejecución a los fines de resguardar el estado psico-físico de su asistido.

Manifiestan que Maximiliano Vidal, se encuentra actualmente alojado en la Cárcel de Encausados de General Roca, cumpliendo una condena -unificada- por la Cámara en lo Criminal N°1 de General Roca, en el expte. N°4987/04-CC1, por el delito de Robo con Arma a la pena de siete años y cuatromeses de prisión; unificándose a la pena única de doce años y dos meses de prisión efectiva, comprensivas de la anterior y recaída en la causa N°1701-CC1. Señala que agota la pena el día 22 de junio de 2012. - - - - -

Expone que en el hecho por el cual su defendido fue condenado el 2-10-03, y desde el cual se encuentra detenido, recibió un impacto de arma de fuego en el cráneo, siendo intervenido en el Sanatorio Juan XXIII de General Roca, y a consecuencia de ello, padece como secuela permanente una "hemiplejía derecha" en su cuerpo, agravada por incontinencia en sus necesidades fisiológicas. - - - - -

Manifiesta que en fecha 6-01-04, fue intervenido en el Sanatorio referido, oportunidad en la que se le colocó una prótesis endotraqueal, de función paliativa, requiriéndose a partir de allí, cuidados especiales para su funcionamiento óptimo, como ser la de realizarse seis nebulizaciones diarias durante el tiempo que permanezca con aquella, la de permanecer en ambientes no contaminados de humo de cigarrillo y la de recibir controles médicos periódicos. - - - - -

-----Destacan un agravamiento en el cumplimiento de la condena que le fue impuesta a su defendido, atento que nunca se le realizaron los controles sobre la prótesis antes mencionada y que fueron suspendidas las nebulizaciones que le habrían sido diagnosticadas. - - - - -

-----Arguyen que tales condiciones de detención, pueden convertirse "en breve en una pena de muerte" como consecuencia de la nula atención médica, del vencimiento del tiempo de vida útil de su prótesis traqueal, que se cumplirá en el próximo mes de febrero y las condiciones de degradación y humillación física y psíquica que padece en un habitat inapropiado. - - - - -

-----Destaca que Maximiliano Vidal padece de manera irreversible de una dificultad motora gravísima, que le representa una importantísima limitación en sus actividades diarias -para las cuales, aún las más personalísimas y que se relacionan con la higiene personal vinculada con el pudor y la intimidad, debe ser ayudado por sus propios compañeros de encierro e incluso con la necesidad de recibir asistencia médica periódica, tanto en su disfuncionalidad motora, cuanto en relación a la prótesis, cuya renovación no está prevista. - - - - -

-----Que a fs. 22 el señor Juez de la Cámara Primera en lo Criminal de la IIa. Circunscripción Judicial, doctor Mario E. BUFI, responde el pedido de informe requerido oportunamente a fs.19, haciendo saber mediante Oficio N°4373 de fecha 19-12-05 que: "-En fecha 06/09/2005 el Defensor del condenado-Dr. Darío Sujonitzky solicita se requiera al Sanatorio Juan XXIII de esta ciudad, copia de la historia clínica de su pupilo (fs. 689).-; -En fecha 16/09/2005 se requiere al Sanatorio copia de la historia clínica (fs.690).-; -En fecha 31/10/2005 recibida que fue la misma se puso en conocimiento del Defensor (fs. 744). Providencia que fue notificada mediante cédula agregada a fs. 749.-; -En fecha 15/12/2005 se recibe al interno en el Tribunal y este solicita continuar con el tratamiento iniciado en julio del 2004 en Adanil y ser atendido

por un médico neurólogo.- En la misma fecha se ordena oficiarse al Sr. Jefe de la Cárcel de Encausados que arbitre los medios para que el interno sea atendido por un profesional médico, quien deberá informar si necesita continuar con rehabilitación en Adanil y recibir atención de un médico neurólogo; habiéndose oficiado a sus efectos.".-

-----Que en primer lugar corresponde tener presente lo señalado en sentencia-del 12 de junio del 2.002 en las actuaciones caratuladas: "VITA, Susana Rosalía s/ACCIÓN DE AMPARO s/APELACION" (Expte. N° 16.559/02-STJ-), en punto a las razones de índole humanitaria que autorizan la recepción de las garantías procesales específicas. Allí se advirtió que "El derecho a la vida parte, en el sistema argentino, de la interpretación finalista, sistemática y dinámica de los preceptos constitucionales (Badeni, Ref. Constitución e Inst.Políticas, Ed. Ad Hoc, 1.994, pg. 317/318) y puede ser protegido por la fórmula actual del art. 43 de la Constitución Nacional. Es así que la CJSN declaró el derecho a la vida como primer derecho natural, preexistente a toda legislación positiva (Fallos 302:1284), lo que fue precisado por la Reforma de 1.994, teniendo como punto de partida el embarazo, o sea la concepción(art.75 inc.23 CN), conceptos que han sido profundizados por la propia CSJN al resolver "Campodónico de Bivacqua y Asociación Benghalensis s/Amparo"(Fallos 323:1339, del 01/06/00) (conf. Gelli, María, El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino, LL 1996-A-1455).

-----En el precedente citado ("Asociación Bengholensis s/amparo"), la CSJN enfatizó que el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art.33 CN es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida -principio de autonomía- (art.19 CN).-----

-----Asimismo, señaló que existe una responsabilidad compartida por los Estados locales toda vez que la CN y las Constituciones Provinciales prevén el derecho a la salud; y que el sistema de salud tiene en nuestro país una organización de tipo federal, ya que la responsabilidad de los Estados provinciales no ha sido delegada a la Nación - en este sentido basta observar los claros términos del art.59 de la Constitución Provincial de Río Negro-, y en tal sentido las propias constituciones han reafirmado su carácter local. Por ello, los efectores dependen de las provincias y municipios. Así, tenemos fundamentos que hacen base en el mencionado art.59 de la Constitución Provincial, así como en el Derecho constitucional nacional y normas de derecho supranacional, todo ello, enfatizando el carácter de derecho público de la materia que tratamos.-

-----A mayor abundamiento, el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 11 de la Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. "c" del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva.- -

-----Que el hecho de estar privado de la libertad, bajo cualquier modalidad y específicamente procesado con prisión preventiva o condenado a pena de privación efectiva de la libertad (prisión o reclusión) no implica una resignación de los mismos derechos a la salud. -----

-----En ese estado, privado de la libertad por un juez, tiene el derecho que le asignan los regímenes de detención específicos, en este caso la ley 24660 -cuerpo básico- sin perjuicio de las facultades del juez de ejecución para instrumentarlas o perfeccionarlas, pero en ningún caso violarlas.-----

-----Que en segundo lugar tengo presente que en sentencia N° 48, del día 2 de abril de 2003, en las actuaciones caratuladas: "Incidente prisión domiciliaria de GUTIÉRREZ, Fernando Martín s/Casación" (Expte.N° 17534/02 STJ), se efectuaron diversos análisis respecto a la prisión domiciliaria en circunstancias de existencia de situación de gravedad institucional, así como los fundamentos plasmados en la causa "Presidente del Colegio de Abogados de Gral. Roca s/Mandamus" (se. 88 del 21-06-01) y otro posterior de similar tenor ("Defensores Generales Penales de General Roca s/Acción de amparo", Se. 64 del 26-03-02). Ambos precedentes tienen en común el reconocimiento por parte del Tribunal de la situación de hacinamiento de la Alcaldía de

General Roca, con su consecuente violación de la dignidad de la persona humana y transgresión a expresas previsiones constitucionales en materia de condiciones y finalidad de los establecimientos carcelarios (asimismo, ver actuaciones caratuladas: "TRABALLONI RITA CATALINA s/HABEAS CORPUS" (expte. n° 19863/04 -S.T.J diciembre de 2.004.-).- - - - -

-----Esto originó (a la par de la admisión de vías procesales específicas para el planteo de tales situaciones: hábeas corpus, del art. 43 Const. Pcial.) el emplazamiento al Poder Ejecutivo de la Provincia para que individualizara los funcionarios responsables y ordenara se procediera a la urgente mejora de las condiciones de detención, con indicación de plazos, encomendando al Tribunal de Superintendencia Penal de dicha Circunscripción Judicial, en los términos del inc. 6° del art. 206 id., el control del cumplimiento de la sentencia.- - - - -

----También se señaló en la sentencia N°48, del 2 de abril de 2003 ("Incidente prisión domiciliaria de GUTIÉRREZ, Fernando Martín s/Casación" (Expte.N° 17534/02 STJ) que no cabía conceptuar lo resuelto por la Cámara Criminal, al conceder una prisión domiciliaria con fundamento en la situación de hacinamiento constatada, como un desconocimiento o apartamiento de la postura del Superior Tribunal. Por el contrario, los fallos citados se inscribieron en una política judicial e institucional de este Cuerpo, de rango constitucional (arts. 206 inc. 2 y 7 y 207 inc. 3 Const. Pcial.), que ha de meritarse en el mediano y largo plazo, pero que no invalida la solución dada para el particular pedido de justicia que le tocó analizar. - - - - -

-----Mediante sentencia N° 64/02 ("DEFENSORES"), este Cuerpo sostuvo que en una oportunidad anterior había hecho alusión en otro expediente ("RODRIGUEZ TREJO, Edgardo s/Mandamus", Se. 42 del 07-03-02) a los criterios centrales del Tribunal en la materia bajo examen. Y continuaba: "Que ya con la Acordada N° 56 del año 2000 este Superior Tribunal de Justicia resolvió prevenir a los otros Poderes del Estado sobre el tenor, contenido y alcances de la grave situación de anormalidad y colapso de los Establecimientos de Encausados y de Menores bajo tutela de la justicia penal, que compromete la normativa constitucional, las leyes que reglamentan la privación de libertad y el ámbito de los Tratados y Convenciones Internacionales incorporados a la Constitución Nacional de 1994, deslindando las responsabilidades que son propias de cada uno. Y es por ello que propició ante los titulares de los otros Poderes del Estado, la celebración de reuniones interpoderes para analizar y encaminar la resolución de la grave situación de dichos Establecimientos. Por otra parte, el fallo del 21-6-01 previó, ante la Emergencia económico-financiera del Estado, un encaminamiento gradual de respuestas a esa problemática e inclusive puso en cabeza del TRIBUNAL DE SUPERINTENDENCIA PENAL DE LA Iida. CIRC. JUDICIAL y de los Tribunales de Ejecución Penal de cada causa, una misión concreta de contralor a modo de 'autoridad judicial comisionada' que, para satisfacción del Poder Judicial de la Provincia, ha sido satisfecha por los Jueces que han debido actuar, cual es de público y notorio.- En dicho precedente se dijo que la dignidad humana de una persona sometida a privación de su libertad se encuentra amparada no sólo por el art. 18 de la Constitución Nacional, sino también por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Carta Magna), tales como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XXV), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5), y reconocida en documentos internacionales orientadores, como los 'Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos', adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 45/111 del 14.12.90 (principio 24), y las 'Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos' adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Res. N° 6630 y N° 2076 del Consejo Económico y Social (arts. 22 a 26); que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. 25, acuerda derecho también a un tratamiento humano durante la privación de la libertad".- - - - -

-----También reconoció en dicho precedente la existencia de "áreas del Estado, donde bajo las excusas de la crisis de la Nación y la Provincia, no evidencian ni decisión, ni voluntad, ni política, ni técnica, ni presupuestaria, ni administrativa para dar cumplimiento a esa sentencia en 'PRESIDENTE DE COLEGIO DE ABOGADOS DE GENERAL ROCA s/MANDAMUS'... Que entre la determinación de deberes para solucionar tal problemática el Tribunal de Casación precisó que 'debería proceder a la urgente mejoría de las condiciones de la CÁRCEL DE ENCAUSADOS DE

GENERAL ROCA, conforme la Ley 3008, o lo que estableciesen los respectivos Tribunales de Ejecución Penal".- - - - -

-----En aquella oportunidad se reconoció que "la manifestación de los Sres. Defensores Generales en la presentación de fs. 1/4 indican no solamente que subsisten, sino que se han agravado las condiciones existentes al tiempo del fallo del S.T.J." y que también están vencidos los plazos para que el Poder Ejecutivo de la Provincia presente el programa técnico financiero de inversión y gasto e inicie la ejecución de las obras, siendo manifiestamente insatisfactorio y preñado de voluntarismo el informe del MINISTERIO DE GOBIERNO DE LA PROVINCIA de fecha 8-3-02 que luce a fs. 10/11.- No se responde con ninguna acreditación a modo de ejemplo, sobre una '... URGENTE MEJORA DE LAS CONDICIONES DE DETENCION...' ... ni se detallan concretos resultados de la gestión ante el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL en función del art. 18 y cc. del C.P., la legislación penitenciaria federal y la Ley 3008

-----Que una de las bases del estado constitucional es el principio de división de poderes. Toda "norma legislativa considerada en relación con las circunstancias de hecho, da lugar a una relación jurídica. Ahora bien: el hacerse cargo y el expresar cada relación jurídica determinada en una regla juris, es obra propia del legislador, y el reconocimiento de la relación entre las circunstancias de hecho y la regla juris es función propia del magistrado. Corresponde, por tanto, a éste aplicar la ley tal y como se halla escrita, puesto que no tiene facultades para crear la regla que debe aplicar. Si sucede esto último, se originaría la confusión de los poderes y se violaría el canon fundamental de la Constitución de todo Estado bien organizado, a saber: la separación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo" (Fiore, "De la irretroactividad e interpretación de las leyes", versión castellana de Enrique Aguilera Paz, Madrid, pág. 550). Debe dejarse a salvo la particular estructura de control constitucional de la provincia, que consagra en su art. 207 inc. d) la jurisdicción originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia en las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial y le atribuye fijar el plazo para que se subsane tal omisión (ver Sagüés, "Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial", en ED. 124:950).- - - - -

-----Así, luego de una primera actividad creativa -momento legislativo-sucede una segunda declarativa o reproductiva de un derecho ya existente -momento jurisprudencial.- - - - -

-----En principio, siguiendo a Bobbio ("El positivismo jurídico", pág.216), la tarea de la jurisprudencia no es la creación, sino la interpretación del derecho, ya que su concepción de una teoría funcional del derecho o del ordenamiento jurídico es superadora del positivismo kelseneiano, al asumir la reapertura del tratamiento de las funciones o fines del derecho y, en consecuencia, la valoración de un nuevo plano sociológico-axiológico, para superar la forma (teoría pura) y asumir las nuevas realidades.- - - - -

-----Así, al romper las viejas reglas del Positivismo, Bobbio ("Teoría General del Derecho", Prólogo y págs. 130, 160, 170, 179, 189, 221, 224, 240/243, 235/236 y 250/251) se inscribe dentro de las corrientes de pensamiento modernas que fundan racionalmente las decisiones, sobre todo en materias éticas y políticas a las que no son ajenas ni el racionalismo crítico de Popper y Albert, ni la Escuela de Frankfurt (Adorno y Habermas), ni la Escuela Hermenéutica (Gadamer, Ricoeur) ni las variadas neo-contractualistas liberales (Rawls, Riedel) -conf. Vigo, "Perspectivas jus filosóficas contemporáneas", Abeledo-Perrot, págs. 127, 129, 131, 133 y ss., especialmente nota 22-, o la Escuela del Realismo Jurídico Clásico (aristotélico-tomista), con sus nuevas visiones -como la de Villey-, en el que juega un valor relevante la axiología, lo que obliga al jurista a analizar las instituciones, las normas y básicamente las soluciones.-

-----También, al recto decir de Kalinowski, "post naturam hominis", es decir en el espíritu del hombre, bajo la forma de juicios normativos elaborados a partir de su naturaleza específica (ver Vigo, op. cit., págs. 217, 242, 272), sin quitarle al derecho su naturaleza imperativa ni olvidar los analogados, porque de normas jurídicas naturales o positivas surgen títulos suficientes y válidos para imponer el respeto a la dignidad del hombre (Vigo, op. cit., págs. 240/244), sin caer en la penumbra de la norma descriptiva de la Escuela Ecológica ni en los relativismos, incluso derivados de la filosofía del lenguaje (Vigo, op. cit. 290/291), dejando a salvo el aporte actual de Cueto Rúa en "Una visión realista del derecho" (Abeledo Perrot, págs. 227, 235, 237, 241 in fine), sobre factores axiológicos en el proceso interpretativo y de selección de los métodos jurídicos.- - - - -

-----En este orden de ideas, retomando el razonamiento inicial, la separación de la función legislativa de la jurisprudencial no significa desconocer o negar, para la segunda -todo lo contrario-, los medios de interpretación con los cuales la jurisprudencia, además de aclarar el contenido de las normas jurídicas establecidas por el legislador, puede integrar el ordenamiento jurídico en caso de que presente lagunas (formulación incompleta de la voluntad del legislador). "En este sentido se habla de interpretación integradora, cuando la integración tiene lugar desde dentro del Ordenamiento, empleando los medios predispuestos para ello por éste (autointegración)" (Bobbio, op. cit., págs. 218/219).-----

-----En el mismo sentido, la superación del estructuralismo por el funcionalismo y de éste por la hermenéutica, con matices (Gadamer, Habermas, Kuhn, Pareyson, etc.) ha permitido a esta última expresión existencialista plantarse como nueva koiné, reformulando una ontología de la libertad y avanzando desde la comunicación a una ética de la interpretación (Gianni Vattimo, Paidós N° 85, págs. 55/71, 84/94, 205/224).-

-----Podría explicarse el concepto utilizando también a Larenz ("Metodología de la ciencia del derecho", págs. 174/175), quien desarrolla el engranaje de las proposiciones jurídicas en la ley y dice que "una ley consiste, por lo general, en una pluralidad de proposiciones jurídicas que tienen el sentido de una orden de validez; pero no toda proposición es una proposición jurídica completa. Algunas proposiciones sirven sólo para determinar más detalladamente el supuesto de hecho, un elemento del supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de una proposición jurídica (o de varias proposiciones jurídicas); algunas se proponen limitar una proposición jurídica formulada de modo general; otras no expresan directamente la consecuencia jurídica, sino que, por lo que a ello respecta, remiten a otra proposición jurídica. Todas estas proposiciones jurídicas son, como proposiciones jurídicas, incompletas, a pesar de que lingüísticamente son proposiciones completas. El que sean proposiciones jurídicas incompletas quiere decir que participan del sentido de validez de la ley (pretenden ser observadas), es decir, no son proposiciones declarativas, sino (partes de) órdenes de validez. Pero sólo desarrollan su fuerza constitutiva, fundamentadora de consecuencias jurídicas, en conexión con otras proposiciones jurídicas".-----

-----En el razonamiento por analogía se realiza una interpretación integradora dentro del ordenamiento jurídico, mediante los medios de que éste dispone. No es creación de derecho -por fuera del ordenamiento- sino una extensión de la norma a casos no previstos expresamente, por suponer que ésta es una proposición incompleta, que adquiere un significado más abarcador en su interacción con la totalidad del sistema.- -

-----Para la mejor comprensión de mi voto, no puedo evitar una nueva mención a Bobbio quien, en la obra citada, dice que "cuando en un caso no regulado se encuentra la misma ratio que justifica la regulación de otro caso ésta puede ser aplicada también al primero. Como dice un viejo principio: ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio. La capacidad de expansión lógica del Ordenamiento jurídico, de la que habla la doctrina, toma impulso a partir de la ratio legis: es la ratio de una norma lo que le permite regular otros casos que no son aquellos previstos en ella... Con la extensión de una norma a un caso no previsto en ella por medio de la analogía (meta-positivista), el intérprete (según el positivismo jurídico) sigue aplicando la voluntad del legislador, porque se supone que si este hubie-ra previsto el caso, lo habría regulado de forma idéntica. Así pues, el intérprete positivista imputa siempre las normas que formula a la voluntad del legislador: a su voluntad expresa, en caso de la interpretación en sentido estricto; y a su voluntad presunta en el caso de integración".-----

-----Por su parte el jus-naturalismo lo remonta al plano de los principios generales del derecho y a una solución caso por caso (Vigo, "Integración de la ley", págs. 183, 185, 187, 188). En relación con esto último, Esser advertía que "el centro de gravedad va desplazándose lentamente del sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios" (Vigo, op. cit., págs. 131/132), dando nacimiento a la dura batalla contra la doctrina elaborada por Hans Kelsen ("Teoría Pura del Derecho", págs. 19 y ss., 118 y ss. y 134 y ss.) que predominó hasta la mitad de la centuria pasada. Luego ese espacio tuvo como exponentes notables a Hart y Dworkin y terminó generando un núcleo de principios jurídicos fuertes que se destacan precisamente por el contenido, tal como ocurre en el presente caso al tratar sobre la dignidad de la persona y los derechos humanos (Vigo, op. cit., p. 111, 116, 118), que pueden tener su fuente en la ley -sectoriales o sistémicos- o en el derecho natural, toda vez que la directiva del Preámbulo "afianzar la justicia" sirve como fundamento para cualquiera de ellos para la determinación de lo justo concreto.-----

-----La admisión de tales principios amplía notablemente la capacidad de respuesta del ordenamiento jurídico a punto de posibilitar el cierre de éste. La teoría dworkiniana de la respuesta correcta, que el juez debe descubrir en cada caso sirviéndose de los principios como alternativa frente al discrecionalismo de Hart, es una prueba de la utilidad de los principios (Vigo, "Los principios jurídicos", Depalma, págs. 9/16), con remisión a Bobbio, que les reconoce cuatro funciones: a) interpretativa, b) directiva o programática, c) integradora y d) limitativa.- - - - -

-----La sentencia que en este acto se dicta se encuentra dentro de la función integradora, es decir, resuelve un problema jurídico que no tiene expresa regulación normativa: integra un caso de laguna jurídica (Vigo, op. cit., págs. 17, 21, 25, 37, 41, 43, 59, 61, 83).- - - -

-----Sumo a ello que la superpoblación y el hacinamiento "aparecen contrarios a la declaración final del art. 18 de la Constitución Nacional, que postula que 'las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice' (CSJN, Fallos 310:2412).- - - - -

----- El Alto Tribunal también ha dicho que "el art. 18 CN. tiene contenido operativo; impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o la detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral", y que "[s]i el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar irregularidades, de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos" (CSJN, JA, 1995-IV, 141, "BADIN" del 19-10-95).- - - - -

-----La Corte Suprema hace referencia al conjunto de principios para la protección de personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión -Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución N° 43/173 del 09-12-88- en Fallos 315:1492 y 321:2767.-

-----Del mismo modo, en su artículo 23, la Constitución Provincial establece: "La provincia promueve la creación de el sistema penitenciario provincial. Las cárceles tienen por objeto la seguridad pública y no la mortificación de los internados; son sanas y limpias y constituyen centros de enseñanza, readaptación y trabajo. La reglamentación permite visitas privadas con el fin de no alterar el mundo afectivo y familiar, y ayudar a la recuperación integral del detenido. Todo rigor innecesario hace responsable a quienes lo autorizan, aplican, consienten o no lo denuncian".- - - - -

-----A su vez, el art. 14 de la misma carta consagra la operatividad de los derechos y garantías establecidos expresa o implícitamente en la Constitución; el 15 impide su alteración por las leyes que reglamentan su ejercicio; el 16 reconoce el derecho a la vida y a la dignidad humana e impide el trato cruel, degradante e inhumano y hace responsables a los agentes públicos que los ordenen, induzcan, permitan, consientan o no los denuncien, y el 18 establece como condición de detención que ningún arresto se hará en cárcel pública destinada a condenados, sino en otro local que se asignará a este objeto, además de que las mujeres y los menores serán alojados en establecimientos especiales.- - - - -

-----Por otra parte, para el Tribunal los tratados internacionales -como los referidos- tienen presunción de operatividad, en tanto tutelan derechos humanos y no equilibran intereses entre los estados. Así, "buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios". "Las normas aludidas establecen derechos que -se presume- pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna. Ello se funda en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del derecho internacional de los derechos humanos" (cons. 14 y 15, voto de los doctores Petracchi y Moliné O'Connor en "EKMEKDJIAN c/SOFOVICH", en LL, 1992-C, 554).- - - - -

-----La Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva 2, del 24-09-82) dijo: "Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos... Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación a los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".- - - -

-----De modo concordante expresa Susana Albanese ("Operatividad y programaticidad de las cláusulas de los tratados internacionales", LL 1987-C, 974 y ss.) que "los derechos reconocidos en la Convención Americana son operativos, no necesitan reglamentación -si la hubiere sería importante que no los altere- y por lo tanto, deben aplicarse directamente". En igual sentido, véase Bidart Campos ("Tratado elemental de derecho constitucional argentino", T.I, con relación del Derecho provincial y los Derechos Humanos, p.511 y en especial el Tomo II, págs. 394 y ss., y Tomo I-B, p.283/291; Aída Kemelmajer de Carlucci y Roberto López Cabana, en "Derechos y Garantías del Siglo XXI", Ed. R. Culzoni, artículo del Dr. Agustín Gordillo en p.85; "La Supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el D. Interno"; y del mismo autor: "Derechos Humanos", Cap. III 1, 1998, Ed. Fundación Derecho Administrativo).-----

-----En Fallos 325: 524 y ss. ("MIGNONE"), sostuvo la CSJN que "los Estados parte deben no solamente respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, concepto que implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce" (sum. 4) . "La tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos el goce de los derechos constituye una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida en que la expresión garantizar entraña el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de los cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídica y libremente el pleno ejercicio de los derechos humanos" (sum. 5) . "La falta de adecuación del derecho interno al art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no constituye óbice para viabilizar su aplicación, pues la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna" (sum. 8) . Es que las garantías previstas por los Pactos Internacionales, incorporados a nuestra Constitución prevalecen sobre cualquier norma de derecho interno y su violación acarrea la responsabilidad internacional del estado (Voto del Dr. Soderó Nievas en se.Nº 48/03 "Incidente prisión domiciliaria de G., F. M. s/Casación" (Expte. Nº 17534/02 STJ) , (02-04-03).-----

-----Asimismo, la Corte Suprema dijo (Fallos 325:1244) que "cuando la Constitución Nacional reconoce una larga serie de derechos individuales y esenciales (ya sea en forma expresa o implícita), e instrumenta el propio tiempo diversas garantías como medios a través de los cuales poder reclamar el respecto de los derechos si son lesionados o desconocidos, lo hace en la inteligencia de que se trata de derechos operativos que, por tanto, pueden ser ejercidos por el individuo con la sola invocación y sin depender del cumplimiento de requisito alguno" (voto del doctor Vázquez, sum.4). Continúa: "Las garantías individuales existen y protegen a las personas por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución, independientemente de las leyes que las reglamentan" (sum. 5).-----

-----Del mismo modo, en Fallos 325:524 y ss. ("MIGNONE"), sostuvo que "los Estados parte deben no solamente respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, concepto que implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce" (sum. 4).--

-----"La tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos el goce de los derechos constituye una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida en que la expresión garantizar entraña el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de los cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídica y libremente el pleno ejercicio de los derechos humanos" (sum. 5).-----

----- "La falta de adecuación del derecho interno al art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no constituye óbice para viabilizar su aplicación, pues la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna" (sum. 8).-----

-----Es que las garantías previstas por los Pactos Internacionales, incorporados a nuestra Constitución prevalecen sobre cualquier norma de derecho interno y su violación acarrea la responsabilidad internacional del estado.-----

-----Las circunstancias fácticas descriptas indican que en autos se encuentran afectados derechos humanos fundamentales, también reconocidos por las normas de pactos internacionales.-----

----- En este orden de ideas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5º, inc. 2) establece: "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".-----

----- La misma Convención (art. 1º, inc. 1) dispone que "[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ellas y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...". Los estados miembros deben respetar tales derechos, no pueden violarlos directamente aunque no los haya reconocido en su derecho interno, y en virtud del derecho de garantizarlos no puede violarlos indirectamente negando a sus titulares el amparo jurisdiccional y gubernativo necesario para lograr su cumplimiento.-----

-----También crea un detallado sistema de protección supra- nacional de los derechos humanos -Corte Interamericana de Derechos Humanos-, facultada para dictar sentencias de condena respecto de los Estados Miembros que hayan cometido violaciones de los derechos reconocidos en la Convención (arts.23 a 69 inclusive).-

-----Al Superior Tribunal de Justicia, por ser cabeza de uno de los poderes del gobierno provincial, le corresponde el arreglo de las cuestiones que puedan comprometer la responsabilidad internacional de la Provincia, como las que den lugar a la intervención de los mencionados organismos supranacionales, por lo que encuentra legitimación para adoptar las medidas idóneas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas, conforme con el particular caso de justicia puesto a su consideración en este recurso.-----

-----Cabe señalar que no es obstáculo para la adopción de esta solución por parte del Tribunal la circunstancia que ella no está prevista expresamente en la legislación. En tal sentido, cabe recordar que la Corte resolvió en el citado caso 'Ekmekdjian' que la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana como el del caso exige al Estado Parte lograr dicho resultado por medio de esa legislación o, en su caso por las sentencias de sus organismos jurisdiccionales (voto de la mayoría, cons. 22)" (voto del doctor Petracchi, cons. 17, en "ARTIGUE", Se. 22.- del 25-03-94, en JPBA 87, pág. 337).-----

-----En este último precedente la Corte también manifestó: "Sería inconstitucional impedir a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes y los tratados, a las que las autoridades de cada estado están obligadas a conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones o leyes...". Y continúa: "La inexistencia de la reglamentación legislativa no obsta a la protección de la integridad física y psíquica de los detenidos, pues en materia de derechos humanos ello no es requisito indispensable", por lo que cabe sostener que reconoce la aptitud del derecho natural (principios generales del derecho) para la defensa de la dignidad de la persona.-----

-----Asimismo, "la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, impone a los órganos del Estado Argentino, una vez asegurados los principios del derecho público constitucionales, asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria" (CSJN in re "FIBRACA", del 07-07-93, en JA, 1993-IV, pág. 471).-----

-----Los artículos citados de la Constitución Provincial, el 18 de la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales reseñados son conducentes y aplicables al sub examine. Los tratados de derechos humanos son operativos y tienen prioridad sobre el derecho interno. Además, como fue referido, la interpretación analógica no es violatoria de la división de poderes y del principio de legalidad, pues no crea derecho. Por el contrario, se fundamenta en el propio sistema jurídico o en los principios generales del derecho que, cuando comprenden los derechos humanos fundamentales, se deben entender como principios fuertes y remiten a los bienes humanos básicos (conf. Vigo, "Persona y Derecho", pág. 102).-----

----- En este marco conceptual, es tarea de los jueces consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución. También,

ésta debe interpretarse como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada una de sus partes se establece en armonía con las restantes -no de modo aislado-, siempre evitando "darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto" (Fallos, T. 1, pág. 300).-----

-----La Constitución plantea así un ámbito jurídico privilegiado de consagración de principios, pone como fuente última del derecho ciertas exigencias éticas y de racionalidad práctica que valen como argumentos antropológicos explícitos o implícitos (conf. Vigo, op. cit., págs. 89/100).-----

-----Así, entiendo que la interpretación amplia que realizan los jueces de los arts. 10 del Código Penal, 33 de la Ley 24660 y 293 y 471 del Código Procesal es la que más se adecua a los textos constitucionales mencionados, ello en consideración de que las normas reconocen expresamente tales supuestos en el entendimiento de que sólo cabe circunscribirse a tales casos (valetudinarios, personas mayores de sesenta años, etc.) por razones humanitarias, toda vez que las condiciones de detención en prisión son las normales y legales para el resto

-----Verificado lo contrario (analogía), la solución se corresponde, además, con los principios de la lógica jurídica, especialmente el de razón suficiente (Ihering, "El fin en el derecho", Capítulos I y VI), y permite disponer la prisión domiciliaria para quienes la detención signifique una violación de derechos humanos. Supongo que el legislador nunca habría admitido mantener en situación de detención a persona alguna luego de verificarse extremos fácticos como los de autos. Por ello, aplicando las mismas razones humanitarias y en cumplimiento de la normativa legal supra citada, entiendo razonable extender implícitamente los beneficios de la prisión domiciliaria a quienes padezcan la situación descrita. Lo decidido se sitúa entre los poderes discrecionales del juzgador respecto de las modalidades de ejecución de la pena y contiene un juicio de valor sobre los fines de la pena.-----

-----Es que los derechos a la dignidad de las personas, por el solo hecho de ser tales, prevalecen sobre todo orden legal y, aun en ausencia de reconocimiento expreso del legislador, son fuente de inmediata protección y tutela. Si el Estado no cumple el deber de resocializar a los condenados, para lo cual tiene que alojarlos en cárceles sanas y limpias, sin mortificarlos, no puede mantenerlos privados de su libertad, pues sería una forma de ejercicio arbitrario e ilegítimo de poder, al margen de los principios del régimen penitenciario (enseñanza, readaptación y trabajo, según el art. 23 de la Constitución Provincial). De ahí la obligación de los jueces, por la vía que corresponda, de disponer las medidas que estimen adecuadas para restablecer ese mínimo de dignidad, lo que no debe proyectarse como si fuera la Escuela Libre del Derecho, ni ninguna de las formas de uso alternativo, sino como una medida excepcional, racional y motivada en cada caso que se presente. La tarea de fundamentar, justificar y limitar el proceder argumentativo de la praxis no se agota en la lógica formal, como advertía Winfried Hassemer ("Sistema jurídico y codificación", y "Crítica al Derecho Penal de hoy", AdHoc, págs. 37/41), por lo que habrán de computarse las nuevas teorías de la argumentación, desde Theodor Viehweg ("Tópica y Jurisprudencia", Taurus, págs. 33, 37, 44, 53, 63, 121 y sgtes.) hasta Perelman ("La lógica jurídica y la Nueva Retórica", Civitas, págs. 111, 117, 133, 138, 145, 159, 177 y sgtes., y "Tratado de la Argumentación", págs. 536, 569 y sgtes.). Para una sistematización de los paradigmas, ver Vigo ("Interpretación constitucional", Abeledo Perrot, págs. 203/235), quien reivindica una razón práctica para alegar a verdades objetivas y sustanciales y que debe entenderse como saber práctico: "un hábito cognoscitivo según la recta razón, que dicta lo que debe hacerse u omitirse en todo suceso de la vida (Santo Tomás, "Summa Teologica", Tomo XI, Club de Lectores, "La Prudencia, la Justicia y el Derecho", págs. 11/15

-----Como he demostrado, la consolidación de la operatividad jurídica de los textos constitucionales a partir de "Ekmedjian", permite apreciar tanto normas como principios jurídicos que se levantan como una fuerte protección de las personas, en tanto son categorizados como derechos humanos.-----

-----"El derecho de castigar -que lo es de prevenir los delitos y aplicar a sus autores ciertas consecuencias jurídicas: el jus puniendi- surge del conjunto de mínimas porciones de libertad que los individuos depositan en aras de la sociedad... Hasta ahí las cosas, y hasta ahí el derecho. Todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho. Se acepta pues el castigo, que es producto directo de la composición practicada por los primitivos contratantes. Pero no cualquier castigo. Debe tener

racionalidad, si es oriundo de la razón, y frontera, si es nativo de un pacto que fija lo que se entrega y lo que se conserva; de lo contrario, se produciría una expropiación absoluta, sin correspondencia alguna; en suma, tiranía" (Sergio García Ramírez, "Estudio Introdutorio a 'De los Delitos y de las Penas'", de César Beccaria, pág. 47).-

-----Esta tarea interpretativa exige una razonabilidad práctica en el juzgador, un llamado desde la ética a la puerta del jurista, para optimizar, siguiendo los lineamientos referidos, la eficacia de los derechos humanos atento a las posibilidades fácticas y jurídicas propias de cada situación histórica (ver Alexy, "Derecho y razón práctica", pág. 26/27). De lo contrario, la privación de libertad se torna en otra especie de pena (no ya la de prisión), repugnante al art. 18 de la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales. Así, es necesario asumir la advertencia de Radbruch: "Hemos de estar preparados para hacer frente a cualquier eventualidad del retorno a ese estado sin derecho" ("Derecho Injusto y Derecho Nulo" en "Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes", págs. 15/16, citado por Vigo, op. cit., pág. 101).- - - - -

----Además, agregué: "El condenado a pena de prisión efectiva asume -por el hecho de vivir en sociedad- la pérdida de ciertos derechos (art. 12 C.P.); por supuesto que el procesado sometido a una prisión cautelar no puede sino asumir una pérdida menor; en cambio la limitación o prohibición de otros que no sea consecuencia directa o indirecta de aquel primer compromiso ni tenga vínculo con la seguridad, sino que se origina en la desidia del Estado para cumplir con sus obligaciones, excede aquel límite del compromiso individual, transformándose en una mortificación o castigo innecesario e ilegal.- - -

-----Desde otro punto de vista, tampoco puedo dejar de observar que, en reconocimiento de una concreta carencia de infraestructura mínima para la ejecución de pena el juzgador adopta una decisión excepcional, ya dije con fundamento en normas constitucionales y en principios generales del derecho, pero que -no cabe dudarlo- sitúa en una zona de conflicto los derechos individuales de los internos con el interés general de la sociedad, de no facilitar la impunidad del delincuente y no comprometer -aun más- su seguridad.- - - - -

-----Por ello, si bien el Juez asume su rol constitucional, admitiendo tal situación que compromete la dignidad humana haciendo cesar -para el caso- la violación constitucional, no puede tampoco desentenderse del conflicto de intereses mencionado, por lo que las decisiones que conceden para casos similares el beneficio de la prisión preventiva deben también asumir tal conflicto y resistir la prueba de la razonabilidad.-

-----Para precisar este concepto, Segundo Linares Quintana ("Reglas para la interpretación constitucional", pág. 125) cita a Bidart Campos, quien advierte que 'no cabe duda que es difícil definir o siquiera conceptuar, qué es lo razonable. Alguien puede pensar que se trata nada más que de una pura apreciación subjetiva. Sin embargo, aunque la cuestión es sutil, resulta susceptible de una estimación objetiva. En primer lugar, la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestre lo que se ajusta o no es conforme a la justicia, lo que tiene razón suficiente... En segundo lugar, el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hace posible vivenciar la razonabilidad y su opuesto, la arbitrariedad. La Constitución formal suministra criterios, principios, valoraciones que, integrando su ideología, permiten componer y descubrir en cada caso la regla de razonabilidad. La razonabilidad impuesta por la Constitución en cuanto derecho positivo se extrae del valor justicia o derecho natural".- - - -

-----Agrego que la propia Ley 24660 -de Ejecución Penal- indica pautas de razonabilidad que pueden deducirse, entre otros, de los arts. 7 y 105. El primero de ellos contempla la posibilidad de alterar el orden de los sucesivos períodos de progresividad promoviendo al penado a otra fase de tratamiento, más adecuada a su características personales. Por su parte, el segundo establece un sistema de recompensas, como forma de estimular el buen comportamiento del interno.- - - - -

-----La situación crítica verificada permitiría modificar las etapas de progresividad -arts. 12 y ss.-, como elemento indicativo de un sistema cambiante en función de las circunstancias del condenado y con amplios márgenes de flexibilidad, en una especie de novación permanente (ver Ramón T. Rís, "Determinación Judicial de la pena", pág. 132).- - - - -

-----Las fases previstas por tal legislación establecen, asimismo, la incorporación del penado a situaciones -como la prisión domiciliaria- alternativas a la prisión, con control y supervisión -salidas transitorias del establecimiento (art. 15 inc. b), régimen de semilibertad (art. 15 inc. c), prisión discontinua y semidetención (arts. 35/40), libertad

asistida (arts. 54 y ss.) etc.-. Con esto quiero señalar que tal normativa proporciona al juzgador diferentes alternativas en la fase de ejecución de pena, que le permitan en su evaluación casuística y ante la crisis del sistema, reunir con criterios de razonabilidad la prevención del caso concreto, la seguridad de la sociedad y el respeto por la dignidad humana (ver asimismo los decretos 303/96 y 396/99). En el caso específico de Río Negro, la Ley 2016 permite a los procesados, a partir de los 90 días de detención, salir de establecimiento de encausados para trabajar (conocida normalmente como "ley de extramuros").-----

-----Además, el art. 208 íd. establece que el Juez de Ejecución se encuentra obligado a verificar el correcto tratamiento de los internos y la organización de los establecimientos penitenciarios.-----

----Finalmente, también debo rechazar lo argumentado por el señor Fiscal de Cámara respecto del "privilegio" que supondría el beneficio de la prisión domiciliaria. Ante ello nada puedo agregar a las certeras palabras de Bidart Campos ("¿El habeas corpus es la vía procesal apta para que un detenido pueda ejercer su libertad sexual?", en ED. 1988-125, 530/531) respecto de situaciones jurídicas asimilables, cuando sostiene que, "[d]e todos modos, para resolver cada pretensión en cada caso, no le incumbe al juez suponer que los detenidos que no han promovido acción quedarían en desigualdad, o que de promoverla muchos o todos, faltarían los espacios disponibles. Un juez no podría dejar de rehabilitar una imprenta arbitrariamente clausurada por el hecho de existir otras en iguales condiciones para cuya apertura no se hubiera acudido a la tutela judicial. Haber accedido a la petición de los actores no debió ser valorado como un privilegio desigualitario. La justicia es fraccionada -enseñó el maestro GOLDSCHMIDT- y no por existir impedimento para hacer justicia en todos los casos debe dejar de hacerse en los que se pueda".-----

-----"Dando continuidad a la Escuela Trialista del Derecho (Bidart Campos y Goldschmidt) y a su interpretación del bien humano básico libertad, nada mejor que transcribir la historia, tal como la relata Miguel A. Ciuro Caldani ("Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho", T. II, pág. 208), cuando dice: "En cuanto a la problemática de la libertad, tan relevante en la Edad Moderna, al punto que puede ser también llamada la edad de la búsqueda de la libertad, los siglos XVI y XVII se caracterizan sobre todo por procurar la libertad de la posibilidad repartidora frente a las distribuciones (Maquiavelo, Hobbes); en el siglo XVII y comienzos del XVIII avanzan ya los criterios y objetos de libertad, aunque sea a veces a través del despotismo ilustrado (Pufendorf, Wolff y Locke); a fines del siglo XVII y en el siglo XVIII se va centrando la discusión en cuanto a la libertad desde la perspectiva de los repartidores (Locke, Montesquieu, Rousseau) y en los últimos tiempos del siglo XVIII hay una fuerte invocación de la libertad de los beneficiarios como sujetos (Kant)".- 9.- Cabe por último destacar la sanción de los principios fundamentales del derecho penal de legalidad y culpabilidad, que no se agotan en el proceso penal y la individualización de la pena, sino que se proyectan como reglas de legitimación de la política criminal (Guillermo J. Yacobucci, "El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal", págs. 367 y ss.). En nuestro tiempo, dentro del Estado de Derecho, los principios penales aparecen conectando los valores constitucionales, obteniendo así positividad y legalidad formal, aunque no se agotan en la legalidad y la culpabilidad, sino que se reflejan en los derivados, como el de la ultima ratio y la proporcionalidad, con carácter imperativo (Yacobucci, op. cit. págs. 155/157, 224/227). Es más, los principios penales no sólo dan inteligibilidad a las decisiones de política criminal -otorgan su carácter arquitectónico- sino que además operan como instrumentos de racionalidad material de las mismas (Yacobucci, op. cit., 378 y ss., con cita de la sentencia de la CSJN en Fallos 313:1333, considerandos 8 y 9, para verificar la congruencia del sistema con la CN. y la proporcionalidad entre medios y fines; op. cit., págs. 380/388 y 420/444 y 461/465, con mención de los fallos publicados en 320:1962 cons. 6 y 321:2780).-----

-----Es notoriamente injusta y arbitraria la resolución del juez de ejecución penal que teniendo a la vista los dictámenes del Cuerpo Médico Forense (fs.320/322 y 3384/385) desconoce su contenido y dispone que continúe detenido en un lugar inadecuado, como lo es la Alcaidía de General Roca para cumplir el fin primero de asegurar la salud, garantizar la rehabilitación física- psíquica y poner en primer lugar el valor vida, antes que a la pena. Tengo a la vista los informes médicos citados, de los que surge de su intervención en su tratamiento y rehabilitación y que debe ser evaluado por traumatología y rehabilitación; así como la indicación del tipo de férula para su

miembro inferior. Tengo además en cuenta que de la lectura de la causa surge que el próximo 06-01-06 vence el plazo de la renovación de la "prótesis endo-traqueal" la que ha determinado la aplicación de nebulizaciones varias veces a la semana durante todo el tratamiento. También tengo en cuenta que el diagnóstico de nuestro Cuerpo Médico Forense ha sido siempre coincidente: "Secuela de una herida de bala en el cráneo con hemiparesia braquio-cural derecha, con dificultad en la marcha, con tratamiento de rehabilitación funcional en Adamil; es decir, en un centro especializado fuera de la Alcaldía de general Roca (Asociación de Ayuda al Niño Lisiado de G. Roca) pese a que el condenado tiene 26 años. Pondero, por último las normas aplicables, el art.7 y 11 del Dec. 396/1999 que obliga en el período de observación a entender la salud psico-física del condenado, con lo que de no valorarse este escollo, no puede acceder al período de tratamiento (socialización, consolidación, y confianza). La satisfacción de su salud psico-física aparece en todas las fases del tratamiento penitenciario. Cabe destacar que por el art.143 del la ley 24660 el condenado tiene derecho a la salud, derivándolo de este punto genérico todos los demás involucrados. Conviene destacar asimismo, por ser de público y notorio, que en la Alcaldía de General Roca se carece de un centro específico para realizar la rehabilitación en cuestión, y de los antecedentes de la causa que la intervención quirúrgica la realizó un profesional ajeno.-----

-----Ergo, debemos conciliar el "status" de enfermo en el proceso de ejecución de la pena, que no puede superar el principio de observación por su estado de salud; y las excepciones que la ley contempla para lograrlo. A poco de avanzar nos vemos en que la situación planteada no está contemplada sino teóricamente ya que en la práctica es de imposible cumplimiento; tanto por el lugar a cumplir la pena; como por la inexistencia de organismos oficiales, penitenciarios o no, que puedan asegurar el valor vida, o salud del interno".-----

-----"Siendo así, se impone una solución pretoriana que tenga en cuenta la jerarquía del valor vida-salud, por encima de los demás bienes involucrados (seguridad-prevención y cumplimiento de la pena). Es decir, en este caso el interés social debe ceder al bien privado: vida-salud; porque es un bien humano básico que es de derecho natural, y debe afianzarse frente a los demás bienes en juego; básicamente, como ya dijimos, por la imposibilidad de una persona discapacitada para poder entrar a un régimen penitenciario y de resocialización hasta que esté tratada adecuadamente".-----

-----Que el habeas corpus correctivo tiene por objeto cambiar el lugar de detención cuando no fuera el adecuado a la índole del delito cometido o la causa de la detención, reparar el trato indebido aplicado al detenido, o subsanar la agravación de las limitaciones legalmente impuestas (cf. se.Nº9/99 "R., J. P. S/HABEAS CORPUS", (08-03-99); se.Nº 36/99 "C., R. S.S/HABEAS CORPUS"). Como señala María Angélica GELLI, en su "Constitución Nacional Argentina" (1ª parte, p.521/527) más allá de la discusión acerca de esta garantía del art.18 de la C. Nacional corresponde a los detenidos sujetos a proceso o también a los condenados, la ley 23.098 dispuso la procedencia del habeas corpus ante el agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad (art. 3 inc. 2). En 1994 tal criterio fue adoptado explícitamente por el art.43 de la Constitución Nacional al señalar: ".Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio". A partir de la reforma de 1994 y la jerarquía otorgada entre otros a la Convención Americana sobre Derechos Humanos proporciona una protección aún mayor. En efecto, el art.5, en especial el inc.2 de ese tratado dice que ". toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad humana inherente al ser humano" -e inc.6º- "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". En tal sentido es importante tener presente la causa "U.P.VIII Los Hornos" en la que se pudo remedio a la afligente e indignante situación de las detenidas enfermas de Sida, alcanzando la protección de la dignidad humana, la salud y la vida de los privados de la libertad (M.A. GELLI, op. Cit.). - - -

-----Como señala Sagués, para quienes entablan este instituto está la meta de "cambiar el lugar de detención cuando no fuera el adecuado a la índole del delito cometido o a la causa de detención" y también reparar el "trato indebido" al arrestado (Quiroga Lavié). Actúa asimismo para subsanar la agravación de las limitaciones legalmente impuestas"

(Clariá Olmedo), precisamente lo que ocurre en el caso de autos (cf. Néstor P. SAGUÉS, D. Procesal Constitucional, "Habeas Corpus", T.4, 135 p. 211 y ss.).-----
-----Al mismo tiempo tengo presente del mismo autor, lo señalado en punto a que el art.1° de la Ley Nacional N° 23.098, prescribe que el Capítulo I -Disposiciones Generales- "tendrá vigencia en todo el territorio de la Nación, cualquiera sea el Tribunal que la aplique. Sin embargo, ello no obstará a la aplicación de las Constituciones de provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos a que se refiere esta ley". El mencionado Capítulo abarca cuestiones, entre otras, referidas a su aplicación, jurisdicción, procedencia y personas facultadas para la denuncia de habeas corpus. Al recibir tratamiento legislativo, se dijo que la norma concerniente a la efectivización territorial de la ley (art.1° L.23.908) tenía por propósito "hacer realidad la obligación inexcusable del Congreso de la Nación de reglamentar los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, sin alterar su efectivo ejercicio" (Proyecto De la Rúa, "Fundamentos"). La norma ha tenido como orientación distinguir entre un sector de ley aplicable para todo el país -relativo a los presupuestos de procedencia-, y otro, de índole procesal, aplicable sólo en la esfera nacional y federal (cf. Néstor P. Sagués, "Derecho Procesal Constitucional, Habeas Corpus, T.4, Ed. Astrea, 1988, p.120)". La última parte del art.1° de la ley 23.907 incluye una prescripción que no figuraba en el proyecto original, y fue producto del debate en el Senado. El agregado puntualiza que la vigencia del Capítulo I en todo el territorio patrio "no obstará a la aplicación de las Constituciones de provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos a que se refiere esta ley". Aunque esta frase no haya sido originalmente insertada en el articulado de la iniciativa De la Rúa, de ningún modo era incompatible con su espíritu, ya que los fundamentos del proyecto enseñaban que los casos de procedencia de los arts.3 y 4 no inhabilitaban a las provincias para extender la garantía a otros casos no enumerados, como ocurría, por ejemplo, con las leyes de Buenos Aires y La Pampa. En concreto, quedaba bien claro que la ley nacional contaba con una reglamentación mínima del art.18 CN. Que no era reducible, pero sí ampliable por las Provincias, estando en condiciones de realizar una fecunda adición a mérito de sus autonomías locales (cf. aut.cit.; y Loiácono, "La Ley 'De la Rúa' de habeas corpus", ED. 111-865).-----

-----En el caso particular, encuentro apropiado encuadrar el caso en el art.148 y 149 de la ley 24660, entendiendo que es necesario un tratamiento de rehabilitación a cargo de instituciones profesionales privadas; debiendo intervenir el Cuerpo Médico Forense para dictaminarlas previamente, a los fines de resguardar los objetivos "supra" expuestos y hasta tanto se determine lo contrario, otorgando al condenado Maximiliano Mario A. VIDAL, conforme a los argumentos y precedentes citados, la prisión domiciliaria por el término de 8 meses, la que deberá cumplir en la casa de su hermana, sito en calle Isla Huemul N°256 del Barrio Norte de la localidad de Allen, debiendo acreditar ante el juez de ejecución, mensualmente, respecto a los cuidados, intervenciones y tratamientos de rehabilitación su evolución, sin perjuicio de las demás exigencias que imponga el juez de ejecución.---

-----Es por las razones que anteceden, atento las circunstancias particulares del padecimiento del interno y a la luz de la normativa citada que corresponderá dictarse la prisión domiciliaria del accionante, y a dichos efectos deberá oficiarse al Tribunal de Ejecución Penal para que adopte los recaudos pertinentes en cumplimiento de esta decisión.-----

-----Por ello, EL JUEZ DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE RIO NEGRO DOCTOR VICTOR HUGO SODERO NIEVAS

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar a la acción de habeas corpus intentada en autos, por los fundamentos expuestos en los considerandos, otorgando al condenado Maximiliano Mario Alberto VIDAL, internado en la Alcaidía de General Roca, la prisión domiciliaria por el término de 8 (ocho) meses, la que deberá cumplir en la casa de su hermana, sito en calle Isla Huemul N°256 del Barrio Norte de la localidad de Allen, debiendo acreditar ante el juez de ejecución, mensualmente, respecto a los cuidados, intervenciones y tratamientos de rehabilitación y su evolución.-----

Segundo: Regístrese, notifíquese y oficiese al Tribunal de Ejecución Penal y al Señor Secretario de Estado de Seguridad y Justicia de la Provincia de Río Negro, para que

adopten los recaudos pertinentes para el cumplimiento inmediato de esta decisión.
Oportunamente archívense.-
Fdo.:VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA
SECRETARIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.-PROTOCOLIZACION Tomo III-Se. N*
122-Folios 1330/1362-Sec. N* 4.-