

En la ciudad de Necochea, a los 16 días del mes de agosto del dos mil doce, reunido en su Sala de Acuerdos, los señores jueces del Tribunal en lo Criminal N°1 de Necochea, Luciana Irigoyen Testa, Mario Alberto Juliano y Aldo Darío Rau en virtud del estado de las presentes actuaciones "CASADO, MATIAS EZEQUIEL - CASADO, JONATHAN IVAN S/ HOMICIDIO SIMPLE - LESIONES LEVES (con acumuladas 4756-0196 y ac. 4791, 4792, 4793) Expte. T.C. 4856-0053" que tramitan por ante este Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 Departamental; y en atención a la apelación efectuada por la defensa de la sanción disciplinaria impuesta por el Servicio Penitenciario al señor Jonathan Ivan Casado, producto de las deliberaciones realizadas en el Acuerdo Ordinario celebrado por el Tribunal, en el que se practicó el sorteo prescripto por el artículo 168 de la Constitución de la Provincia, resultando del mismo que la votación debía ser en el orden siguiente: Aldo Darío Rau, Mario Alberto Juliano y Luciana Irigoyen Testa, se resolvió plantear y votar la siguiente cuestión:

.....**Primera: ¿Corresponde hacer lugar a la apelación interpuesta? Y en su caso ¿Qué resolución corresponde dictar?**

A LA CUESTION PLANTEADA EL JUEZ ALDO RAU DIJO:

.....1.- El Servicio Penitenciario impuso al señor Jonathan Casado una sanción disciplinaria de ocho días de aislamiento, por resolutorio del 11 de junio de 2012 (18/vta.) del Director de la Unidad Penal XV de Batán, por haber infringido lo normado por los artículos 44.4 y 47. a de la ley 12.256 y su modificatoria 14.296, respectivamente. La sanción fue apelada por la defensa al momento de ser notificado (fs. 20/21).

.....De las actuaciones remitidas (fs. 10/18vta.) se desprende la formación de sumario administrativo contra el señor Jonathan Ivan Casado por infracción a los artículos 44.4 y 47.a de la ley 12.256.

.....La conducta que diera origen a estas actuaciones es la tenencia de tres teléfonos celulares en un orificio en el piso debajo de la cama, dos de marca MOTOROLA y uno marca SAMSUNG.

.....Las normas supuestamente violadas definen como un deber de los sujetos privados de libertad el "abstenerse de toda perturbación del orden y la disciplina" (artículo 44.4 de la ley 12.256) y como falta grave la de "evadirse o intentarlo, planificar, colaborar en la evasión de otros o poseer elementos para ello" (artículo 47.a ley 12.256).

.....2.- La resolución del Director de la Unidad, tiene por suficientemente probada la autoría responsable del causante, ya que dos testigos manifiestan que al hacer requisa en la celda N° 50 encontraron e incautaron tres celulares en un orificio del piso.

.....El encuadramiento legal de la conducta -conforme el análisis del Director de la Unidad Penal- se justifica en que "la peligrosidad del teléfono celular radica en la utilización del mismo como vía de comunicación con el

exterior, mediante el cual se puede brindar o recibir información que haga vulnerable la seguridad del establecimiento facilitando maniobras tendientes a evadirse de esa unidad, como así también puede ser un elemento utilizado para realizar maniobras delictivas (secuestro virtual) o extorsionar a familiares de los propios compañeros de pabellón" (destacado del original).

.....Como consecuencia de ello se decide imponer a Jonathan Ivan Casado una sanción de separación por ocho días del área de convivencia.

.....3.- El señor Jonathan Ivan Casado se negó a realizar descargo (fs. 17).

.....La defensa (fs. 20/21), al fundar el recurso encuentra agravios en que la posesión de teléfono celular no se encuentra tipificada por lo que la conducta de su asistido no merece sanción alguna y por ello deviene improcedente y arbitrario lo resuelto por el Servicio Penitenciario.

.....Corrida vista a la señora Agente Fiscal, Mirta Ciancio, sostuvo que el procedimiento del Servicio Penitenciario había sido adecuado a derecho.

.....4.- Que puesto a resolver la cuestión traída a conocimiento de este órgano jurisdiccional, principio por aclarar que en lo referente al art. 44.4 Ley 12.256 (t.o. y sus modificatorias) al resumir únicamente lineamientos genéricos del deber disciplinario que tiene que observar todo interno institucionalizado bajo un régimen penitenciario, es decir como norma general, no resulta materia que merezca mayor avocamiento en el caso particular. En efecto, es que más allá de lo sentado en este inciso y al que la Dirección del Establecimiento involucra como inobservado por CASADO, no menos atendible es lo apuntado en el inciso 1 de igual artículo, que manda 'atender y cumplir las indicaciones de los funcionarios correspondientes sobre su desenvolvimiento en el establecimiento', pues es hartamente sabido que una de las indicaciones elementales deviene en la proscripción de poder disponer teléfonos celulares por parte de los internos, con total ajenidad al destino que hipotéticamente pretenda tener en miras para ello.

.....Pero claro está que aún cuando todas y cada una de esas premisas no merecen mayores objeciones en sus postulados, ni puede desconocerse tampoco que, en principio, su desatención muy probablemente irrogará connotaciones negativas o alteraciones en el modo de vida que desarrolla intramuros; es imperativo que el hecho fáctico estrictamente implicado se corresponda exactamente con una norma que la estime con calidad de infracción y además prevenga una sanción punitiva consecuente.-

.....Es que como bien y con mejor pluma lo dice en su análisis el Dr. Mario Juliano (ver res. Leg. Ejec. N° 511 "Robledo Sergio", del 13/julio/2012, TOC N° 1 Necochea): "...la vida de las personas alojadas en una institución total (en este caso la cárcel) requiere normas que regulen comportamientos con el objeto de reducir la tensión que provoca ese medio a la mínima expresión. Pero, la necesidad de reglas trae aparejada la existencia de límites

a su ejercicio...", y que "los límites que se imponen como insoslayables allí donde existen normas de carácter punitivo son, entre otros, los de la lesividad (artículo 19 C.N.) y la legalidad (artículo 18 C.N.)".

.....Continúa en su aserto que "...en virtud del segundo (legalidad) jamás podrá dictarse medida punitiva basada en una conducta que no se encuentre expresamente prevista por ley anterior al hecho del proceso.", y que por ende ".no se ha demostrado que la posesión del teléfono celular haya representado una lesión o peligro concreto para la seguridad del establecimiento, ni su participación en la comisión o en un plan de fuga...".

.....Más aún allí alude con meridiana claridad a que "...la pretensión de relacionar directamente y sin solución de continuidad la mera tenencia de un celular (sin otro elemento probatorio) con posibles planes de fuga o posibles delitos en el exterior, se presenta como un entramado de conjeturas amalgamado por una suerte de paranoia estatal en su rol de garante infalible de la seguridad. Este despliegue sancionatorio-anticipador va en desmedro del ejercicio razonado, sobrio y cauteloso del poder disciplinario o de las capacidades preventoras de los miembros del Servicio Penitenciario...".

.....5.- Que en consonancia con lo dicho más arriba, el hecho que aquí se ventila como supuesta falta grave por atribuirse la comisión de la conducta contemplada por el art. 47.a de la ley supra citada, no resiste el debido análisis y a las claras no se verifica su concurrencia, merced a una manifiesta orfandad probatoria que lo autorice, de modo tal que no puedo validar la decisión adoptada por la administración penitenciaria.

.....Que en tal sentido, por su elocuencia y claridad, amén de la similitud de los sucesos, me permito hacer míos párrafos que extracto de la resolución mentada, al sostener que "...pretender que la posesión de teléfonos celulares pueda ser utilizado para "evadirse o intentarlo, planificar, colaborar en la evasión de otros o poseer elementos para ello", no es una conclusión que pueda ser presumida iure et de iure, sino que requiere de pruebas que lo demuestren, lo que brilla por su ausencia en este caso la sanción impuesta viola de modo ostensible los principios de lesividad y legalidad, ya que la conducta reprochada no se encuentra prevista de modo expreso en norma alguna, y tampoco se ha probado que tuviera una exteriorización idónea para poner en riesgo las situaciones previstas en las normas que se mencionaron como afectadas...".

.....6.- Que un agregado más encuentro en apoyo de lo que decido para el caso, fundado en que la propia ley de aplicación echa luz sobre el entuerto pergeñado por la administración penitenciaria. Y es que de su simple lectura advierto nacen diversas hipótesis producto de comportamientos en que pueden tener injerencia teléfonos celulares, según sean los extremos convictivos particulares claro está. Y mejor aún, que sólo pueden dar lugar

eventualmente a las nominadas faltas medias, que tienen sanciones diametralmente disímiles en su objeto y alcance.

.....Nótese, y con la única intención de ejemplificar meramente, que pueden imputarse conductas en ocasiones que los internos 'efectúan en forma clandestina conexiones telefónicas' (art.48 pto.o.), o por caso cuando 'utilicen equipos sin la debida autorización o en contravención con las normas de seguridad fijadas' (art. 48 pto.q.), o incluso si estos 'mantienen o intentan contactos clandestinos dentro del establecimiento o con el exterior' (art. 48 pto.r.).

.....Más todavía: aún cuando no resulte una tarea fácil encuadrar rigurosamente una conducta con un tipo legal, basta como muestra, y la evidencia como más absurda aún a la pretensión punitiva reduccionista intentada en este caso, que con sentido común la legislación nacional en la materia, concretamente en su art. 84 inciso c) Ley 24.660, ante una infracción disciplinaria -con amplio y razonable abanico de eventuales correctivos- que tenga por basamento el de "poseer, ocultar, facilitar o traficar elementos electrónicos", no lo relaciona per se con objetivos tales como planes, maquinaciones, ideas, etc., de 'fuga en beneficio propio o de terceros'.

.....Y me permite un elemental interrogante: como puede digerirse que en las cárceles regidas a través de la legislación nacional -de la que aquí tampoco se escapa in bonam partem-, la simple posesión de elementos electrónicos, sustancias tóxicas u explosivas, armas y demás elementos de alta peligrosidad solo se enmarquen en una falta autónoma, en una cárcel bonaerense la sola posesión de teléfonos celulares signifique con tanta liviandad que es para facilitar 'fugarse' y además consagratoria de la falta más grave imponible? Debiera llamarse a reflexión la Dirección Penitenciaria con el único expediente de traer a colación la sustanciosa cantidad de teléfonos celulares que a diario se confiscan en los presidios de nuestra provincia, y la insignificante por no atreverme a decir nula acreditación fehaciente de que se pudieren haber servido o auxiliado de estos aparatos en las por cierto muy reducidas fugas producidas, exitosas o intentadas.

.....Aquí el atajo seguido sin dudas fue la peor elección, pues en definitiva solo nos advierte que se ha conformado un tipo legal errático; que aparejó perder la oportunidad de utilizar herramientas más justas y adecuadas a la norma y como además se impone a una administración que realmente se consagre a los elevados principios que deben gobernar su labor (arts. 4, 5, 49 pto.b.), y finalmente acarreó que el causante sufriera arbitrariamente una acrecencia en la vulneración de sus derechos, al separársele efectiva y anticipadamente del área de su convivencia, o como se le dice en la jerga, soportar el duro confinamiento en los 'buzones' del lugar (fs. 18 vta.).

.....Por tanto, corresponde hacer lugar a la apelación deducida y revocar la resolución administrativa puesta en crisis, quitándose su mención en el legajo personal del causante.

.....Así lo voto, por ser ello mi sincera y razonada convicción (arts. 105 y 106 del C.P.P. y artículos 18 y 19 de la CN y 44.4, 47.a, 57, 58, 59 de la ley 12.256).-

A LA CUESTION PLANTEADA EL JUEZ MARIO JULIANO DIJO:

.....Comparto la solución adoptada por el juez Rau, de hecho -como él lo señala- el cuadro fáctico y normativo es idéntico al de la sanción impuesta en la causa "Robledo, Sergio s/Legajo de Ejecución 511" de este Tribunal Criminal y resuelta el 13 de julio del corriente, por lo que habré de remitirme a los argumentos allí expresados en honor a la brevedad.

.....En el caso particular no se ha demostrado que la posesión de teléfonos celulares en poder del señor Casado haya representado una lesión o peligro concreto para la seguridad del establecimiento, ni su participación en la comisión de un delito o en un plan de fuga.

.....La sanción impuesta viola de modo ostensible los principios de lesividad y legalidad, ya que la conducta reprochada no se encuentra prevista de modo expreso en norma alguna, y tampoco se ha probado que tuviera una exteriorización idónea para poner en riesgo las situaciones previstas en las normas que se mencionaron como afectadas.

.....En consecuencia corresponde hacer lugar a la apelación formulada y revocarla, debiendo borrarse su mención del legajo personal del causante.

.....Así lo voto, por ser ello mi sincera y razonada convicción (arts. 105 y 106 del C.P.P. y artículos 18 y 19 de la CN y 44.4, 47.a, 57, 58, 59 de la ley 12.256).-

A LA CUESTION PLANTEADA LA JUEZ LUCIANA IRIGOYEN TESTA DIJO:

.....A diferencia de mis colegas entiendo que existen motivos suficientes para considerar que la conducta del señor Casado es pasible de sanción disciplinaria. En concreto, la tenencia de un teléfono móvil atenta contra los cánones de seguridad requeridos en una unidad penal.

.....En este sentido debe considerarse lo resuelto por el Juez de Ejecución N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata en fecha 07-04-2011 en autos 9571 caratulados: "Internos alojados en régimen abierto en UP 15 s/ actuaciones art. 25 inc. 3 del C.P.P." en cuanto sostiene la incompatibilidad del uso de telefonía celular por parte de los internos con el régimen de detención que cumplen. Considerando que aún en un régimen de detención de tipo abierto, es necesario mantener reglas de conducta que impidan la comisión de actos contrarios a la seguridad e integridad de los internos alojados".

.....Ahora bien, con respecto al monto de la sanción impuesta, la escala en días disponible para su determinación tiene un tope máximo de diez días de

separación del área de convivencia (artículo 49.c ley 12256), sin mínimo legal. En este caso particular la cantidad de días con los que fue sancionado CASADO (ocho días) no encuentra relación lógica alguna con los agravantes del caso concreto. Sus antecedentes conceptuales y personales no han de agravar la sanción en concreto, a riesgo de vulnerar el ne bis in idem: pues toda sanción anterior debió adecuarse a un hecho en concreto, y valorarla nuevamente para agravar una distinta, sería volver a juzgar y sancionar un hecho pasado que ya ha contado con su mensuración sancionatoria. El punto de ingreso a la escala punitiva siempre será el extremo inferior (un día para este tipo de faltas) y a partir de allí se elevará progresivamente en la medida en que se encuentran circunstancias concretas que sean consideradas agravantes. En el caso, no habiéndose valorado agravantes del acto punible en concreto, debe imponerse el mínimo legal de un día de sanción.

.....Entiendo que debe hacerse lugar a la apelación, mantener la sanción pero al no existir fundamentos que posibiliten apartarse del mínimo de la escala corresponde readecuar el monto de la sanción al mínimo posible, esto es, un día de separación del área de convivencia, la que ya se encuentra cumplida.

.....Así lo voto, por ser ello mi sincera y razonada convicción (arts. 105, 106 y 210 del C.P.P. y arts. 44 inc. 2, 47 in. 2, 57, 58 y 81 a 84 de la ley 12.256).-

Atento el resultado del acuerdo, por mayoría **se RESUELVE:**

.....**I.** HACER LUGAR al recurso de apelación y REVOCAR la sanción de ocho días de aislamiento impuesta al señor Jonathan Iván Casado, por el hecho verificado el 8 de junio de 2012 en la Unidad Penal XV de Batán, la que debe ser eliminada de su legajo personal (artículos 18 y 19 de la CN y 44.4, 47.a, 57, 58, 59 de la ley 12.256).

.....REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y COMUNIQUESE a la Dirección de la Unidad Penal XV de Batán.