

Interponen acción de hábeas corpus colectivo

Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías

en lo Penal departamental:

María Celina Berterame, Defensora de Ejecución Penal Departamental; Pablo Andrés Vacani, Defensor Oficial, Titular de la UFD Descentralizada San Pedro; Florencia Barrera, Secretaria de Ejecución Penal departamental; Joaquín Castro, Secretario de la Defensoría; Patricio Porta, Auxiliar Letrado del Area de Ejecución Penal; todos de la Defensoría Departamental, nos presentamos y decimos:

I.- Objeto:

Venimos por medio del presente a interponer acción de hábeas corpus colectivo en favor de la totalidad de la población carcelaria alojada en la Unidad Penal N° 3 de esta ciudad (art. 18 y 43 de la Carta Magna; art. 405 del código procesal y art. 3 y 4 ley 24.660), ante el agravamiento de sus condiciones de detención, estando afectado el derecho de a comunicarse periódica y asiduamente con su familia mediante vía telefónica en razón de la insuficiencia de medios disponibles y prohibición de uso de aparatos celulares.

Asimismo, se encuentra seriamente afectado el derecho de todas las personas que aquí se alojan a obtener institutos de libertad, ya sea como procesados o penados, a raíz del enorme cúmulo de sanciones disciplinarias que se imponen con motivo de la posesión de aparatos celulares, sanciones que son errónea y arbitrariamente calificadas como graves, reduciéndose el puntaje de conducta de las personas sancionadas.

Esta situación agrava la situación de superpoblación existente en la cárcel local, la que ha superado ampliamente el cupo establecido en 414 establecido por esta Cámara en el marco de la Causa 24.975.

II.- Solicitan avocamiento:

Solicitamos la intervención originaria de esta Cámara considerando que:

a) Esta Cámara resulta ser el inmediato superior común los Jueces a cuya disposición se encuentran la mayoría de las personas privadas de libertad amparadas por esta acción. Esta instancia superior evitará resoluciones parciales, contradictorias y/o superpuestas.

b) La presidencia de esta Cámara integra el Comité departamental, conociendo la situación de superpoblación que se agrava con motivo de la incidencia negativa de las sanciones disciplinarias por posesión de teléfonos celulares que son calificadas como "graves" , situación que se denuncia en la presente.

c) El Acuerdo N° 2840 expresamente establece que las acciones de hábeas corpus no deben pasar por sorteo de la Secretaría de Cámara (Resolución N° 1794, modificatoria del art. 8.7 de Acuerdo 2840).

Entendemos que la petición, tramitación, resolución y ejecución de la presente acción por esta Cámara departamental resulta la vía más idónea contra la desnaturalización de la herramienta de tutela (arts. 43, 28, 31 y 33 de la CN) ya que si bien corresponde a cada juez analizar las condiciones en las que se encuentra cada individuo para acceder a la libertad, y para tutelar su derecho a la comunicación, lo cierto es que se necesita en el caso una respuesta ampli; homogénea y abarcadora de toda la situación a nivel departamental.

III.- Procedencia de la presente acción:

En aplicación a lo establecido por la Corte IDH (O.C. 8/87) conforme el art. 7.6 y 25.1 de la CADH, la CSJN en "Halabi" sentó las bases para el ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a "los intereses individuales homogéneos de un conjunto de personas", y la conveniencia de la realización en estos casos de un único juicio.- Así, en el ilustre precedente se concluye que "...la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos". En este caso hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión de todos ellos y por

lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea, siendo aplicable dicha doctrina.

Asimismo, en “Verbitsky” ya la CSJN sostuvo que “pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo (art. 43), con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla” (consid. 16°).

IV.- Fundamentos:

a) Derecho a la comunicación de las personas privadas de libertad.

El derecho a la comunicación, en forma accesible, asidua y regular con familiares y allegados, es un derecho fundamental de las personas privadas de libertad que deriva no sólo del principio de necesidad de garantizar una menos traumática reinserción social (art. 5.6 CADH; Art. 10.3 del PIDCP; Arts. 18; 31 y 75 inc. 22 CN) sino del derecho de todas las personas privadas de libertad a la evitación de toda trascendencia de la pena o prisión preventiva (art. 5.3 CADH).

No ha sido extraño que las comunicaciones o, más ampliamente, los contactos con el mundo exterior a las prisiones hayan centrado el interés a partir de los avances tecnológicos, **siendo particularmente el uso del teléfono celular un medio idóneo y más accesible para posibilitar dicho derecho.**

Que la persona privada de libertad se adecue a los avances de dichos medios de comunicación, sin perjuicio de su regulación o prohibiciones en el uso generalizado del mismo, es una exigencia ineludible, siendo uno de los objetivos del tratamiento penitenciario no consagrar diferencias

sustanciales entre derechos de las personas libres y las privadas de libertad (art. 8 ley 12.256).

En esta materia se han logrado diversos avances: la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal dictó la resolución DN 1536/08 que estableció la regulación en el acceso del sistema de mensajería electrónica instantánea en la Unidad 9 (Región sur), significando ello un avance sustancial fácilmente trasladable a otras cárceles.

En la exposición de motivos de esta resolución se consideró “es fundamental el mantener y fortalecer en todas sus formas los lazos familiares y sociales de las personas privadas de su libertad” y se entendió “ que como parte de ese proceso, la importancia que adquiere el tratamiento del interno amerita el diseño e inclusión de nuevas alternativas y técnicas de comunicación, acercando así los beneficios que las nuevas herramientas tecnológicas conllevan” (DN 1536/08).

Tal interpretación del Estado Nacional es la correcta. El uso progresivo de las tecnologías disponibles exige afianzar la reglamentación de dicho derecho fundamental, siendo ello una deuda del Estado provincial que termina consagrando la idea totalizante y dañina de seguridad y control por parte del Servicio Penitenciario Provincial, aumentando en forma considerable el uso de la sanción de aislamiento y restricción de la libertad en sus diferentes formas.

Las personas privadas de libertad no deben ver afectado sus derechos constitucionales por meras decisiones de la administración penitenciaria. Tanto la Ley Nacional de Ejecución Penal N° 24.660 (art. 2) como la Ley provincial de Ejecución Penal N° 12. 256 (Art. 9) colocan en pie de igualdad a quienes sufren encierro respecto de quienes se encuentran en libertad en relación con el ejercicio de determinados derechos.

Esto exige por parte del Estado asumir una posición de garante que efectivamente tutele el ejercicio igualitario de derechos tal como surge de los Arts. 1.1 y 2 de la CADH y 2.1 del PIDCP.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que "las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos que establece el artículo 1.1 de la Convención Americana derivan deberes especiales determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En tal sentido, esta Corte ha indicado que, de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, **el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia.** Esto implica el deber del Estado de **salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención.** En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano" (Caso *Vera Vera y Otra vs. Ecuador*, sentencia de fecha 19/05/11, párr. 42, el destacado me pertenece).

Durante mucho tiempo el paradigma fue muy distinto: se consideraba que el detenido o privado de libertad no tenía derechos. La prisión era una zona de no derecho donde regía la "relación de sujeción especial", doctrina del derecho administrativo alemán del siglo XIX que permitía que en determinados ámbitos de la sociedad la administración no se encontrara limitada por los derechos fundamentales.

Se pensaba que en estos ámbitos la disciplina y el orden eran valores superiores que la administración debía mantener por sobre cualquier otro interés. En consecuencia, el estatus jurídico de los presos quedaba reducido a una forma sencilla en la que éstos sólo eran titulares de obligaciones,

y donde la regulación penitenciaria se limitaba a disposiciones internas o meramente reglamentarias.

Pero la evolución de la jurisprudencia en materia de protección de quienes se encuentran en estado de vulnerabilidad, en especial de quienes sufren privación de libertad y de la posición de garante del Estado respecto de estos últimos, han modificado esta lógica, otorgándole una nueva dimensión a la noción de relación de sujeción especial (v. Caso “Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay” 2 de noviembre de 2004, párr. 152; Caso “los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, 8 de julio de 2004, párr. 98; caso “Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, 7 de junio de 2003, párr. 111; caso “Montero Aranguren vs. Venezuela”, 5 de julio de 2006, párr. 87 y ss, entre otros).

En resumen, esto permitió que el poder penitenciario se encuentre regulado por ley formal como derivación del principio de legalidad ejecutiva y no hay razón para alterar los derechos consagrados, salvo bajo decisión judicial que lo habilite excepcionalmente, en forma proporcionable y sujeto a motivación.

Es sabido que el Estado como garante no solo de la vida e integridad física de los internos, sino también de los empleados que se desempeñan en los centros de detención, debe velar por la seguridad y el orden de las instituciones carcelarias. A tal efecto, resultan legítimas todas aquellas medidas que impliquen una limitación de los derechos y libertades de los detenidos, siempre y cuando se presenten razonables (art. 28 de la C.N.).

En el caso de la comunicación con telefonía no sólo resulta arbitraria toda prohibición absoluta (sujeta a una presunción de que el teléfono se utilizará con fines ilícitos no relevada fácticamente) y no legislada, sino también aquella que no se represente necesaria y proporcional.

Considerar que el derecho de las personas detenidas a comunicarse con el mundo exterior debe estar sujeto al diseño e inclusión de

nuevas alternativas y técnicas de comunicación y que la legislación penitenciaria sólo ha desarrollado la comunicación física (oral, epistolar o salidas) y apenas los analógicos (teléfonos o telegramas), pero aún resta los digitales (móviles o en red), aunque esta falta de reglamentación no puede entenderse como negación de un derecho legal más amplio, en tanto nunca un principio constitucional puede afectarse por ausencia de reglamentación legal, más aún cuando la norma consagrada en el art. 5.6 de la CADH y 10.3 PIDCyP es operativa, tal como lo ha dicho la CSJN en los términos del art. 18 CN (fallos 328:1146). Debe aplicarse entonces una interpretación pro homine de los medios ya regulados, conforme pautas sentada en doctrina de la CSJN 333:858 y Principio XXV de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad.

b) Situación particular de la UP N° 3 en relación con el uso de telefonía celular. Necesidad de garantizar y regular su uso.

La situación que se presenta en la UP N° 3 local respecto del uso de aparatos celulares es muy especial. Hay personas privadas de libertad que, bien por carecer de medios o porque sus allegados se encuentran lejos (caso particular de las presos que viven en zonas más alejadas como la ciudad de San Pedro; Arrecifes; Capitán Sarmiento o Baradero) o por no querer someterse a los peligros para su integridad física que a veces trae aparejado el uso del teléfono público ubicado en la entrada de cada pabellón, ven muy restringidas sus comunicaciones con el mundo exterior.

La autoridad penitenciaria local restringe el derecho a la comunicación con el mundo exterior a través de telefonía celular de forma absoluta sin amparo de una ley formal y restringiéndolo también por omisión, ante la falta de reparación de las líneas o la falta de adecuación de teléfonos públicos al excedente de población carcelaria.

Ello comporta una situación de agravamiento de los derechos fundamentales de quienes sufren encierro en la UP N° 3, derechos sobre

cuya vigencia se define el trato digno en prisión (art. 18 y 43 CN, Art. 5 de la CADH; Art. 10.1 PIDCyP y 405 y ss CPP) estando afectado un derechos colectivo (comunicación y contacto con el mundo exterior).

En una encuesta anónima realizada en la Unidad Penal N°3 el 30 de mayo de 2013 integrantes de la Defensoría de Ejecución Penal Departamental, sobre un total de 207 internos e internas entrevistados/as surgió que 42 personas tenían celulares en ese momento, que 81 internos/as habían tenido alguna vez. Respecto a **la forma de conseguirlos 52 internos/as manifestaron que los habían conseguido por intermedio del Servicio Penitenciario Bonaerense**, 55 internos/as refirieron que los consiguieron a través de otro interno y 18 que se los había facilitado la familia.

Respecto de los motivos por los cuales utilizan telefonía celulares, 121 internos/as manifestaron que ello facilita el contacto periódico con la familia, 96 refirieron que es más barato que la tarjeta, 59 que evita conflictos con otros internos y 52 que el teléfono del pabellón se rompe o no funciona. 67 internos/as respondieron haber sido sancionados por tener un teléfono celular.

Estos últimos datos son cruciales para entender el sentido y la relevancia de la cuestión. Explican que la posesión de un teléfono en el ámbito penitenciario obedece solamente a la genuina y legítima necesidad del interno de poder comunicarse con el medio libre, de una forma segura y más económica.

De las actas de inspección que esta defensoría realiza mensualmente en la Unidad Penal 3 en cumplimiento del Acuerdo SCBA Nro. 3118/04 y 3415/08, se desprende que en cada pabellón existen dos teléfonos públicos los que generalmente no funcionan o su funcionamiento resulta ser deficiente. Y aún en el caso que funcionaran, lo cierto es que la compra de una tarjeta para hablar por dichos teléfonos es sumamente cara, pudiendo muchas de

las personas que tienen celulares hablar gratis con sus seres queridos, dadas las promociones que las compañías de teléfonos celulares ofrecen a los usuarios.

El uso de tales aparatos públicos además varía según el tipo de pabellón. Así, por ejemplo, en pabellones de "conducta" las celdas se encuentran abiertas desde las 8 de la mañana hasta las 20 hs. de la noche con interrupciones de una hora para tareas de recuento; durante esas 11 horas resulta que 50 internos deben organizarse para poder acceder al teléfono, esta tarea da lugar a graves conflictos entre los internos por lo que ellos denominan "la contada del teléfono".

La situación se agrava aún más en los pabellones denominados de máxima seguridad (pabellón 3 y 4; Alcaidías, SAC y medidas de seguridad o de resguardo físico) donde los internos permanecen encerrados prácticamente las 24 hs. del día dentro de su celda, sin posibilidades de acceder al teléfono. En este caso es el teléfono celular el único medio para no perder el vínculo con su familia.

En distintas entrevistas efectuadas a los internos e internas de la Unidad penal pudimos determinar que la posesión de un teléfono celular en detención importa la posibilidad no solo de mantener contacto asiduo con su familia, sino que también reviste un instrumento **de contención colectiva, calmando a los internos y evitando de esta forma el acaecimiento de hechos de violencia.**

Reitero que, la comunicación por teléfono celular resulta ser mas económica, ya que existen empresas que ofrecen comunicaciones gratuitas a un número determinado de números con el sola carga de una tarjeta; cuando por otro lado, la comunicación por teléfono público (reitero, no siempre funcionan) es mucho más costosa. A modo de ejemplo, una carga de veinte pesos (\$20) permite una comunicación continua de 15 minutos, cuando una tarjeta de telefonía celular permite una comunicación ilimitada a un numero asignado por el término de un mes.

Los problemas que se derivan de la restricción formal de uso de celulares son los siguientes: a) Se ve afectado seriamente el derecho a la comunicación con familiares y allegados, el que resulta ser un derecho constitucional (art. 23 PIDCyP y art. 17.1 CADH) que deriva del principio de reinserción social y que se encuentra reglamentado en su ejercicio por la ley penitenciaria sólo parcialmente, al no comprender el uso de las nuevas técnicas de comunicación mediante el uso de tecnología; b) La actual política penitenciaria de prohibición absoluta se muestra ineficaz, no sólo porque el empleo de celulares – pese a las incautaciones- es generalizado sino porque la prohibición favorece un mercado de circulación clandestina que promueve la violencia física y la corrupción por parte del personal penitenciario. Por otro lado no se ha registrado en este departamento judicial ningún episodio de ilícito asociado al uso clandestino de los móviles. Pero sí hemos constatado que la prohibición es una constante fuente de tensiones y conflictividad.

Es por todo lo antedicho que entendemos son claras las ventajas de permitir el uso de teléfono personal a cada persona privada de libertad: esto permite afianzar no sólo el derecho a la comunicación sino al fortalecimiento de las relaciones sociales y familiares, posibilitando un contacto más fluido y propiciando su carácter oportuno, a la vez que fortalece el acceso a la justicia frente a la inmediatez que permite la comunicación con su defensa oficial, ya sea directa o indirectamente, por medio de su familia.

Si bien esta Defensa no desconoce que la seguridad de una prisión y la finalidad de impedir que desde su interior sean conducidas actividades delictivas o planes de fuga, configuran propósitos fundamentales, estas justificaciones siempre han transitado a lo largo de la historia en el seno del derecho penitenciario, para obstaculizar el ejercicio de derechos fundamentales, como ya ha sucedido con la comunicación epistolar (fallo 318:1894).

Los mismos riesgos que con la comunicación epistolar existen ante la diversidad de medios de comunicación existentes, incluso con el teléfono público instalado en el pabellón.

Un breve recorrido en la historia del siglo pasado evidencia que, en materia penitenciaria, la innegable fuerza atractiva de la seguridad, como argumento, arrastra consigo, innecesariamente, la restricción de muchos derechos y pone al privado de libertad en una suerte de estado de excepción personal. Esto, en la actualidad, es inadmisibile.

Lo cierto es que la seguridad del establecimiento -que suele ser el argumento para prohibir el uso y posesión de teléfonos celulares en prisión- en su caso puede ser garantizada de una forma menos lesiva del derecho de las personas a la comunicación con el mundo exterior.

Es un principio fundamental que “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución (Corte IDH, Opinión consultiva 6/86, 9/5/1986; Informe 38/96. Caso 10.506. Argentina, 15 de octubre de 1996, par. 61 y CSJN en fallo 327:388, consid., 11°).

En el marco de estas prohibiciones excesivas y generales del SPB es menester obtener un criterio racional, en cuanto la censura indiscriminada no sólo está contemplada por ley formal, sino que a la vez su reglamentación debe ser razonable, sin alterar el derecho en trato (art. 28 CN); que el derecho a la comunicación con familiares mediante teléfonos personales puede prohibirse relativamente si es que existe una fundada razón para creer que el interno con dicho teléfono pueda poner en riesgo la seguridad del establecimiento, de lo contrario, se trataría de una medida excesiva que sin razón

alguna viola el vínculo familiar y afecta la integridad personal, atendiendo a los efectos que producen 15 días de aislamiento.

Actualmente, la decisión de la administración es meramente discrecional al no distinguirse oportunidades ni situaciones, condiciones ni causas, estando sujeto a una presunción genérica donde se consigna que la mera posesión de dicho celular afectaría “la vida, la salud o la integridad” (art. 47 inciso c ley 12.256), lo cual no tiene sustento legal alguno.

El contacto con el mundo exterior para cometer una conducta ilícita resulta fácilmente comprobable en cada caso y regular la posesión y uso de telefonía celular para quienes se encuentran en la cárcel local resultaría incluso más eficaz para poder investigar en su caso la eventual comisión de un ilícito.

Existen múltiples alternativas para poder controlar y regular el uso de los aparatos celulares en prisión. Cada aparato puede ser configurado mediante la aplicación de un chip o tarjeta limitada estrictamente a poder llamar a números autorizados (restringiéndose por ejemplo a la comunicación de determinados números fijos de los familiares); se puede registrar por parte de la autoridad penitenciaria cada aparato celular (con marca, y modelo) con su respectivo chip a nombre de un determinado/a detenido/a (lo que también facilitaría el control e investigación de los hurtos entre los propios internos), siendo autorizado solo a utilizar este aparato; se puede en su caso restringir el uso de los aparatos a determinados horarios y en determinados sectores de la cárcel (por ejemplo restringir el uso de los aparatos durante las horas de patio, limitándolo a las horas de encierro dentro de la celda); etc.

Estas son algunas de las alternativas que esta defensa propone para implementar, al menos iniciándose como prueba piloto en algunos pabellones para luego ser generalizada en toda la cárcel.

Como éstas, pueden caber otras alternativas aplicables, permitiendo una reglamentación del derecho en cuestión, sin que se afecte la

posibilidad de un uso adecuado y regular de telefonía celular por parte de quienes se encuentran alojados en la UP N° 3, cuando en forma comprobada este medio podría considerarse como un aspecto inicial para adecuar las comunicaciones de los presos con el exterior de acuerdo a los avances tecnológicos y, en lo urgente, reparar el agravamiento que existe en materia de comunicación con el mundo exterior, cuando la capacidad de los teléfonos públicos está colapsada y promueve mayor violencia que la que pretende evitarse con la prohibición de la telefonía personal.

A más de dicha razonabilidad y sin perjuicio de la (aunque ilusoria) reparación y abastecimiento de líneas telefónicas públicas en los pabellones, disponiendo de móvil los internos podrán afianzar aún más sus relaciones sociales y prepararse para su vida en libertad, sintiéndose más cerca de sus afectos, con mayor contención emocional siendo éste un objetivo sustancial que el ideal de reinserción social y todo dispositivo tratamental debe propiciar.

En este sentido, siendo obligatoria la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante la eventual responsabilidad que podría caber para el Estado Argentino (fallos 318:514), solicitamos que se utilicen los criterios sentados en el Informe 38/96. Caso 10.506. Argentina, 15 de octubre de 1996 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Concretamente urge imponerse un criterio racional y sujetar cualquier restricción a la autorización judicial, cuya intervención exige que cualquier prohibición deje de proceder por vía del art. 47 inciso c de la ley 12.256 y se adecue a la aplicación de los principios de estricta razonabilidad y proporcionalidad (necesidad absoluta, no existencia de opción alternativa y orden judicial), impidiendo cualquier limitación absoluta y genérica de la administración, debiendo cesar la imposición de sanciones disciplinarias ante la posesión de teléfonos celulares.

c) Arbitraria calificación de sanción como falta "grave". Planteo subsidiario.

Sin perjuicio de la necesidad de que se autorice la posesión y uso de teléfonos celulares en prisión, esta parte entiende en lo inmediato debe modificarse la práctica arbitraria del SPB local que califica como falta grave la posesión de un teléfono celular en prisión, lo que genera una disminución de las chances de libertad de quienes son sancionados, dado que, conforme Ley 12.256 son las faltas graves las que habilitan como castigo la reducción de calificación de conducta de quien es sancionado.

Esto tiene como consecuencia directa el agravamiento de la ya paupérrima situación de superpoblación por la que atraviesa la cárcel local, situación que es hartamente conocida por los magistrados del fuero penal departamental, incluso habiendo la Defensoría Departamental interpuesto de forma reciente una acción de hábeas corpus colectivo por esta situación, que tramita en la actualidad por ante el Juzgado de Garantías N° 2 departamental en Causa 3944.

Pese a que tanto el derecho internacional de los derechos humanos, como la Constitución, la ley nacional y sus reglamentaciones garantizan la amplia promoción de las relaciones de las personas detenidas con el exterior – particularmente con su familia- y reconocen la importancia de los vínculos sociales y afectivos, propiciando su ejercicio y ampliación por ser uno de los dispositivos cruciales para el tratamiento penitenciario (art. 10.3 y 23 PICDyP; art. 5.6 y 17.1 CADH; art. 158 y 168 de la ley nacional de ejecución; art. 8 y 9 inciso 5 de la ley 12.256), el uso y tenencia de celulares en la UP3 es objeto de aplicación de sanciones disciplinarias mediante la adecuación del art. 47 inc "c" de la ley 12.256 que clasifica como falta grave el hecho de "Poseer, ocultar, facilitar o traficar medicamentos no autorizados, estupefacientes, alcohol, sustancias tóxicas o explosivos, armas o todo instrumento capaz de atentar contra la vida, la salud o la integridad propia o de tercero".

Es evidente que la conducta está mal subsumida por parte de los agentes penitenciarios que inician y llevan adelante los procesos administrativos disciplinarios. **La posesión de un teléfono celular no está dirigida, en forma alguna, a afectar el derecho que se intenta proteger (integridad, vida o salud) y lo cierto es que no puede explicarse cómo es que con la posesión de un aparato celular se puede atentar contra estos bienes jurídicos que se intentan proteger.**

Ahora bien, la ley provincial de Ejecución penal en su Art. 48 inc. r) considera falta media “mantener o intentar contactos clandestinos dentro del establecimiento o con el exterior”. Es evidente que en el peor de los casos la conducta de tener un celular podría ser encuadrada en esta norma, en caso de haberse comprobado efectivamente la comunicación.

La jurisprudencia del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires ha establecido en autos "Quevedo, Anselmo del Valle S/ recurso de casación", analizando la cuestión relativa a la gravedad de las sanciones oportunamente impuestas a un penado, y en particular respecto de la sanción por tener consigo un celular, que: "El encartado no es una persona a la cual le esté impuesta una pena de incomunicación. A eso cabe sumar que se presupone el mal uso del aparato telefónico cuando su tenencia puede obedecer al deseo, puro y natural, de comunicarse con los familiares" (TCPBA, Sala I, “Quevedo s/recurso de casación”, rta. 6/2/2012).

Asimismo, recientemente ha dicho que "...en relación con las sanciones impuestas a Antivero en 2012 por secuestro de teléfono celular, debe destacarse que no existe concordancia entre el artículo 85 de la ley nacional de ejecución penal nro. 24660 y el 47 de la ley local nro. 12256, por cuanto el legislador provincial no ha calificado de falta grave “poseer elementos electrónicos” (cf. art. 47, especialmente el inciso 3º, ley 12.256) diferenciándose en este punto de lo hecho por el Congreso de la Nación (art. 85 inc. “c”, ley 24.660). (...) En este sentido es importante resaltar que la ley 24.660 deviene

aplicable en territorio provincial solamente en aquellos casos en donde su similar provincial se encuentre por debajo del piso de garantías que aquélla establece." (TCP, Sala V; Causa N° 66.733, caratulada "Antivero, Carlos Adrián s/ Hábeas Corpus", de fecha 06/11/14).

Por su parte, el Tribunal Oral nro.1 de Necochea entendió que "pretender que la posesión de un teléfono celular sirva como elemento de "perturbación del orden y la disciplina" o que facilite la comisión de delitos o quebrante la seguridad del establecimiento no son conclusiones que puedan ser presumidas iure et de iure, sino que requiere de pruebas que lo demuestren. El empleo de conceptos genéricos e imprecisos para el reproche (comunicaciones clandestinas) ocasiona quiebre lógicos en el sistema. En efecto, con la misma intención (evitar comunicaciones que pudieran poner en riesgo la seguridad del establecimiento o ser medios delictivos) deberían eliminarse las líneas telefónicas fijas que existen en cada pabellón y son de acceso libre para los detenidos, deberían prohibirse la correspondencia privada y las visitas generales e íntimas o imponerse el silencio obligatorio para evitar conversaciones entre detenidos" (T.O.C. Nro.1 Necochea, Galván, G. s/recurso de apelación, rta. 23/12/2013).

En este sentido, el uso del sistema de sanciones a falta de una prohibición expresa torna arbitraria la decisión de la administración, importando una clara afectación al **principio de legalidad** ejecutiva (en tanto consagra que toda restricción del Estado a los derechos reconocidos debe surgir expresamente de una ley emitida por el Poder legislativo; Arts. 9 de la CADH; Art 15 del PIDCP; Arts., 31; 18 y 75 inc. 22 CN) y una consecuencia elemental de este principio, cual es la **prohibición de analogía in malam partem** (al forzar una disposición de la ley en que no cabe la subsunción del supuesto fáctico del uso de un aparato celular), también afectándose el **principio de proporcionalidad** (sólo los derechos individuales pueden sufrir límites cuando

se encuentra en juego un derecho de seguridad común y esa afectación debe ser excepcional y limitada).

Es por lo antedicho que resulta necesario se modifique el lo inmediato esta práctica del SPB, que ha sido avalada por el Juez de Ejecución Penal departamental, confirmando sanciones disciplinarias de posesión de teléfonos celulares como faltas graves.

IV.- Ofrece prueba:

a) Acompañamos a la presente los formularios de las encuestas anónimas realizadas, como así también acta labrada en la UP N° 3.

b) Acompañamos estadística realizada por la Defensoría Departamental en relación con la cantidad de recursos de apelación interpuestos por sanciones disciplinarias por posesión de teléfono celular calificada como "falta grave" por el Juez de Ejecución Penal departamental.

V.- Petitorio:

Por lo expuesto, solicitamos:

a) Tenga por interpuesta acción de hábeas corpus en los términos previstos en el art. 18 y 43 de la CN, art. 3 inciso 2 ley 23.098 y art. 405 y ss. CPP. en favor de las personas privadas de libertad en la UP N° 3 local.

b) Se designe audiencia en los términos del art. 412 del CPP, debiendo citarse al director de la Unidad Penal N° 3 y reservando el derecho de esta parte a ampliar la prueba respecto de la situación de agravamiento denunciada.

c) Se disponga como medida cautelar el cese de la imposición de sanciones disciplinarias por la posesión de telefonía personal o, en su caso, el cese de la calificación de "falta grave" de las mismas.

d) Se reglamente conforme lo expuesto el uso de teléfonos personales de la población carcelaria de la UP3. Esta parte propone la creación de una mesa de diálogo integrada por esta parte; miembros del Ministerio de Justicia de la Provincia, como así también con miembros del

Comité contra la Tortura (Comisión Provincial por la Memoria) e internos/as - representativo/as- de la población de la Unidad Penal N° 3.

e) Se disponga audiencia con los responsables de cada pabellón de la UP N° 3 a los fines de oír la voz de los/as interno/as en relación con la cuestión que aquí se plantea.

f) Oportunamente se haga lugar a la presente, haciendo cesar toda restricción arbitraria al ejercicio del derecho a la comunicación con el exterior mediante telefonía pública y celular, garantizando el normal uso de los primeros como así la disponibilidad de los segundos conforme las pautas que se entiendan aplicables, debiendo aplicarse los principios constitucionales en trato y los estándares mínimos en materia de acceso a telefonía celular de los detenidos, justificándose este mecanismo tecnológico como el medio más accesible, rápido y oportuno en la realización del derecho a la comunicación con familiares y allegados. Rige lo normado en la CN , art. 18, 43 y 75 inciso 22 en función del DUDH art. 8; PIDCP arts. 7, 9 y 10; CADH arts. 5, 7 inc. 6; la Const. Pcial. Arts. 11, 15, 20 inc. 1, 30, 36 inc. 8; ley 24660 arts. 1, 9, 58, 59, 60, 63, 64, 65; el CPP art. 405, 406, 25 inc. 2 ; ley 12256 art. 4, 5, 9 inc. 1, 2, 3, 4, 6, y conc).

g) Hago reserva del caso federal por estar comprometidas garantías constitucionales fundamentales (art 14 y 15 de la ley 48).

Proveer de Conformidad,

Será Justicia.