

Causa N°21.842/IIIª. "Inc. de apelación de Prisión Preventiva de D. D. O."

San Isidro, de octubre de 2005.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente causa los recursos de apelación concedidos a fs. 17. Practicado el correspondiente sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: Jueces Borrino, Herbel y Vazquez.

Y CONSIDERANDO:

El Juez Borrino dijo:

I. Propongo se declaren admisibles los recursos de apelación interpuestos a fs. 125vta. por el imputado, y a fs. 127/132 por el Sr. Defensor Oficial Alberto Pickenhayn, por haberse presentado en término, poseyendo los impugnantes legitimación personal, y haber observado las formas a las que alude el ordenamiento ritual. (arts. 164, 421, 433, 439, 442, 443 y cc. del CPP ley 11.922 y modificatorias)

II. Viene apelado el auto de fs. 114/118, por el que el Sr. Juez Orlando Díaz, convirtió en prisión preventiva la detención de D. D. O., por considerarlo "*prima facie*" autor del delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del CP).

El Sr. Defensor Oficial cuestionó la decisión por entender que "... de ningún modo se han reunido en autos

suficientes elementos provatorios para dar por acreditada la relación fáctica expuesta por el Juzgador... ni que los hechos sucedidos puedan inferirse incursos dentro de la calificación legal provisoriamente determinada, ni que pueda inferirse de ningún elemento de autos la participación del que asisto en el hecho que se le incrimina, correspondiendo sobreseerse libremente a O. por el delito por el que fuera llamado a declarar o subsidiariamente dictarse su falta de mérito...". (ver fs. 127/132)

III. Con el alcance que otorga el art. 434 del CPP, respecto del conocimiento que atribuyen los recursos de apelación a esta Alzada, debo ceñir el presente al tratamiento de los puntos de la resolución del inferior alcanzados por los agravios que motivaran la impugnación interpuesta.

IV. En primer lugar, debo decir que los elementos recolectados en la investigación -actas de procedimiento de fs. 1/vta. y 39/vta., declaraciones testimoniales de D. S. a fs. 1vta., de Y. B. a fs. 2, de V. S. a fs. 2/vta., de L. M. a fs. 2vta., de A. G. a fs. 7/vta., 42/45, 52/vta. y fs. 75/76, de J. M. a fs. 54, de R. P. a fs. 55/56 y 58/vta., de E. D. a fs. 57/vta., y de A. L. a fs. 101/102vta., croquis de fs. 5, 8, precario médico de fs. 9, informe de fs. 15/vta., autopsia de fs. 16/21, fotografías de fs. 26/27 y 36, Inf. Pericia de alcoholemia de fs. 38/vta., y careos de fs. 94/95vta. y 96/97vta.-, permiten tener por acreditado conforme lo

describiera el Sr. Juez "a quo" que "... El día 14 de mayo... 01:50 horas, en circunstancias en que... R. O. F. O. y A. G. G. se encontraban en la dársena... de pasajeros de transporte público... en Colectora Panamericana y Pelliza de la localidad de Olivos... fueron sorprendidos e interceptados por dos sujetos... -uno... identificado posteriormente como D. D. O., alias "S."-, quienes mediante intimidación con sendas armas blancas, más precisamente una navaja en poder de uno de ellos -M. D. O.- y dos cuchillas de grandes dimensiones, el restante... se apoderan ilegítimamente de una campera del tipo inflable de color ladrillo que llevaba consigo uno de los damnificados, siendo que una de las víctimas R. O. F. O. por el temor ante la situación descrita y con el objeto de huir de su agresor cruzó los carriles colectora Panamericana, para luego saltar el guard-raid y en momento en que cruzaba la autopista del Sol... fue embestido por un vehículo... y en consecuencia del impacto se produjo el deceso de R. O. F. O....". (arts. 157 inc. 1º y 158 inc. 1º del CPP ley 11.922)

Conforme lo expresara A. G. en momentos que se encontraba en la parada de colectivo junto a su amigo O. F., se presentaron dos sujetos de entre 25 y 30 años aproximadamente, uno de ellos con una navaja y el restante con dos cuchillas de gran tamaño, quienes mediante intimidación con estas armas les ordenaron que les entregasen sus camperas. (ver fs. 7)

En la parada de colectivos también se encontraba V. S., quien explicó que "... en el lugar se encontraban cuatro personas mas de sexo masculino, dos separados y dos juntos. Los sujetos que estaban separados se hacen una seña, extrayendo arma blanca, comenzando a intimidar a los dos sujetos que se encontraban juntos, posteriormente comienza un forcejeo y uno de los sujetos sale corriendo hacia colectora y el otro se queda forcejeando con el otro delincuente, y en forma imprevista el sujeto que se quedo forcejeando sale corriendo queriendo cruzar la Panamericana...". (ver fs. 2vta.)

A su vez, D. S. y Y. B., manifestaron que cuando llegaban a la parada de colectivos, se les acercó una persona que les dijo que no suban porque allí estaban robando. (ver fs. 2vta./3)

En cuanto al cuestionamiento sobre la autoría del imputado, observo que, la indicación directa de A. G. sobre D. O. como uno de los autores de la sustracción, mas específicamente como el que intimidó y persiguió a R. F., junto a la circunstancia de que aproximadamente 1 hora antes de ocurrida la sustracción el fallecido F. había mantenido una pelea con el imputado O., luego de la cual, según explicaron P. y L., empleados de la pizzería donde se inició la pelea, O. se encontraba "... sacado... caliente... furioso", "... a Blanco le decía que quería ir a pelear...", "... que seguía caliente y quería ir a matar al Paraguayo (F.)..." y "... que pensaba que cuando D. se fue de la pizzería debía haber ido a buscar algo a la casa

de Blanco, un cuchillo o un arma...", permiten descartar los planteos de la defensa y señalar a D. O. como probable autor del suceso en investigación.

Expuesta mi postura sobre el punto anterior, no ingresaré en el agravio referido a la calificación legal en que el Sr. Magistrado "a quo" subsumiera las conductas en investigación, toda vez que la discusión que suscita el recurso no implica una variación que apareje la posibilidad de recomponer una situación procesal que afecte alguna de las garantías constitucionales del imputado dentro del proceso penal.

Solo resta entonces analizar lo atinente a la medida coercitiva en sí, como necesaria para garantizar la realización del juicio y a la postre la aplicación de la ley material.

En este sentido observo que, por el momento, se verifican peligros procesales que justifican el encierro cautelar del imputado. Ello se deduce de la magnitud y calidad de la pena en expectativa (art. 148 inc. 1º del CPP), a cuyos efectos debe considerarse, no sólo la escala penal del delito que se le endilga, sino también las particulares características del suceso en investigación a las que ya se ha hecho referencia.

Este dato, junto a la etapa inicial en que se encuentra la investigación, me llevan a concluir que la medida restrictiva de la libertad impuesta es razonable, toda vez que por el momento no advierto otro medio de sujetar al encartado a proceso, y el encarcelamiento no

resulta una restricción desproporcionada frente al fin que se pretende cautelar. (arts. 146 inc. 2º y 3º, 148 inc. 1º del CPP citado)

Corresponde entonces confirmar el temperamento adoptado por el Sr. Magistrado Garante toda vez que no se observa que los fines del proceso puedan verse por el momento garantizados a través de una medida menos gravosa. (Art. 146. 2º del CPP)

Finalmente, resta agregar que tanto los principios de inocencia y de libertad, al igual que el de juicio previo y la limitación de la prisión preventiva, son reconocidos constitucionalmente (arts. 18, 75 inc. 22 de la C.N., art. 7 ap. 1º C.A.D.H., art. 9 aps. 1º y 3º Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 3º y 11 D.U.D.H.; I y XXVI D.A.D.D.H.) constituyendo entre todos una magnitud limitadora del comportamiento coercitivo del Estado durante el proceso, posibilitándolo sólo bajo determinadas y estrictas condiciones. Por ello, debe entenderse que el mismo resulta de excepción ante la estricta verificación de las condiciones que lo autorizan, siendo que en las presentes actuaciones se reúnen las condiciones anteriormente nombradas sin que los fines del proceso puedan verse suficientemente garantizados a esta altura mediante la aplicación de una medida menos gravosa.

Ahora bien, sentado como fue que la no frustración del proceso y sus fines dependen de la sujeción física de D. O. en prisión, corresponde proponer al Acuerdo se adopten

recaudos que aseguren que el modo en que se ejecute esa sujeción en prisión del imputado, no implique la realización por parte de los jueces de la conducta que describe el in fine del art. 18 de la Const. Nacional.

Esta propuesta tiene fundamento en que se encuentra agotada la capacidad de la Provincia de Buenos Aires para cumplir encarcelamientos, y no obstante ello se continúa encarcelando en contrariedad con las reglas que el derecho ordena. Este agotamiento es conocido por los jueces, así como también lo es que imperan condiciones generales contralegales e inhumanas de alojamiento carcelario que violan los derechos de las personas encarceladas que no son interferidos por la medida de coerción, que sólo autoriza a limitar la libertad ambulatoria.

Para ir centrando el tema, puede decirse que la responsabilidad y el deber del juez garante sobre los fines del proceso y su realización deben cumplirse con respeto a todo el Derecho. De ser necesaria la sujeción física del imputado, cualquiera fuere la forma que asuma esa sujeción, debe cumplir las exigencias normativas del Derecho constitucional, el de Gentes y los reglamentos legislativos que pormenorizan aquellas preceptivas principales. El juez de las garantías puede ordenar recaudos para que el juicio, cuya realización exige en nuestro derecho la presencia real de la persona del imputado, no se frustre por su ausencia. La sujeción preventiva en prisiones predispuestas, es en primer lugar sólo uno de los diversos modos que la ley prevé para sujetar físicamente a una persona, y debe

tenerse en cuenta como segunda cuestión que la capacidad de cumplimiento del encarcelamiento de personas por parte del estado de la Provincia de Buenos Aires, como antes dijimos, se encuentra agotada.

Quiero decir primero que si se cumple la sujeción del sujeto a juicio bajo el modo que fuere, se cumple con lo que interesa al derecho procesal en este aspecto y segundo, que esa sujeción no puede ejercerse por internación en prisiones estatales de la Provincia de Buenos Aires, toda vez que la capacidad de éstas se encuentra agotada según lo estableciera el Ministro de Justicia en su resolución N° 221 de Noviembre de 2004. El admitido agotamiento de plazas penitenciarias por parte del Poder Ejecutivo local, impone analizar y respondernos qué hacer frente a esa declaración, enmarcada en el estado de degradación físico-funcional en el que se encuentra el sistema penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, y si esa degradación posibilita que las cárceles sean consideradas ex ante lugares legalmente aptos para cumplir la sujeción física de D. O. en condiciones que garanticen su vida y su integridad psicofísica en salud, o si por el contrario, esas cárceles deben ser consideradas inseguras, sucias y violentas por el hacinamiento extremo en ellas existente, y si entonces en consecuencia, la insistencia en la adopción de disposiciones de prisionización que no reparen o se desentiendan de una realidad carcelaria ostensible y evidente y del consecuente deber de adoptar recaudos judiciales que salvaguarden los derechos y la integridad de

las personas detenidas de las consecuencias probables o posibles de esas perversiones carcelarias, no constituye una conducta judicial como la que prohíbe a los jueces la regla constitucional del in fine del art. 18 de la Constitución Nacional.

Para respondernos intentaré ordenar mi voto hacia las cuestiones que considero de insoslayable tratamiento.

Va a ser necesario relevar el presente estado carcelario y su contradicción con el derecho, toda vez que la resolución ministerial del Dr. Di Rocco, no obstante no ser el punto de partida del problema carcelario bonaerense, tampoco es por cierto una solución o un remedio de los males carcelarios que subsisten inmodificados y se agravan día a día. Tal vez sea la declaración ministerial un punto de inflexión institucional que pretende alertar y detener una acentuación aún más intensa de la degradación carcelaria, pero de modo alguno constituye una solución de esa degradación. Sólo es una expresión autorizada y clara del agotamiento de espacio carcelario. Es la declaración del Ministro con incumbencia específica en el área penitenciaria que ha expresado con sinceridad la gravedad del estado de cosas: la penitenciaría bonaerense ha llegado al tope de su "elasticidad", siempre deducida o lograda hasta el presente, del empeoramiento hasta la negación de todos los derechos de las personas encarceladas no interferidos por la pena o la medida cautelar que ordena su encarcelamiento. Si bien no configura la declaración ministerial un cambio en la calidad del fenómeno

carcelario, genera una prueba por documento público de la incapacidad penitenciaria para alojar una persona más, situación que, combinada con la inexistencia de otros locales aptos para el alojamiento de personas privadas de libertad, ubica la situación en un punto en el que cualquier autorización de encarcelamiento lleva consigo una autorización judicial de que la misma se practique en contra del derecho, como ser por ejemplo en locales policiales del conurbano bonaerense, lugares no aptos para alojar seres vivos, o en cárceles extremadamente superpobladas y con las consecuencias que tal situación acarrea sobre la seguridad, la sanidad y salubridad de las mismas. Los jueces no pueden proseguir aplicando prisión sin tomar en cuenta las expresiones del Ministro Di Rocco, ni los recaudos de salvaguarda que exigen las graves situaciones que imperan hoy en la cárcel bonaerense para peligro y perjuicio de los derechos de las personas detenidas.

No puede a mi juicio el juez de lo penal hoy soslayar o diferir a los momentos atinentes a las materias de la ejecución, la consideración del estado carcelario porque su orden de cárcel implica realizar una coonestación de condiciones inseguras e insanas de detención por él conocidas ex ante, que le está prohibida por el *in fine* del art. 18 de la Constitución Nacional. En este punto es trascendente el resolutorio ministerial antes mencionado, porque sólo deja las comisarías como alternativa o las

pocas plazas que se liberen en la penitenciaría que nunca alcanzan a satisfacer la demanda.

Desde este Tribunal se implementaron con progresividad una batería de alternativas diversas frente al problema del encarcelamiento transgresivo de la ley. Han sido ya intentadas plurales vías de denuncia y comunicaciones a las autoridades responsables del área y todas han tenido resultado nulo. Desde ésta Cámara y bajo las Presidencias cumplidas por quien esto suscribe y por la Dra. Celia M. Vazquez, se han relevado las condiciones de encarcelamiento de las personas detenidas a disposición de jueces de los Tribunales de San Isidro. Se relevaron tanto en las celdas penitenciarias como en las celdas policiales de la égida de estos Tribunales. Las verificaciones concretadas produjeron los Acuerdos Extraordinarios de Cámara N° 479, 519 y 535, en los que se requería al Poder Ejecutivo el cese de las condiciones infrahumanas detectadas y se denunciaba ante la Suprema Corte el estado de cosas verificado: hacinamiento extremo; insanidad ambiental; inseguridad; cercenamiento de todos los derechos -al estudio; al trabajo; a la recreación; al movimiento físico indispensable para mantener el cuerpo en salud; alimentación escasa y de mala calidad; falta de atención médica-. Estas intimaciones, requerimientos y denuncias, sólo produjeron consecuencias meramente burocráticas: formación de frondosos expedientes que se trasladan de un funcionario a otro para que explique lo inexplicable, y para que ninguna solución, mejoramiento o humanización del sistema se hubiere hasta el presente

producido o logrado. Por el contrario, el plan de encarcelamiento masivo aún en vigencia por ley 12.405/2000, recrudece día a día todos los males carcelarios de la Provincia de Buenos Aires.

La ausencia de toda acción y respuesta por parte del Poder Ejecutivo de la Pcia. de Buenos Aires a las denuncias antes aludidas acerca de condiciones de encarcelamiento violatorias del derecho, no puede sino aparejar por parte de los magistrados de lo penal la adopción de recaudos que impliquen impedir que sus resoluciones establezcan, con conciencia de ello, encarcelamientos prohibidos en su modo por el derecho. La progresión de precauciones y medidas frente al incumplimiento de los deberes jurídicos de cada uno de los poderes del estado, es indispensable como parte del ejercicio del control democrático. En el control del Poder Judicial sobre realidades como la que viene en trato se pone en juego, no solamente la vigencia del derecho que es una dimensión de sus incumbencias que lo articulan con la realidad, sino que impone el buen hacer de los jueces de no autorizar actos prohibidos por el derecho.

En el orden progresivo de medidas adoptadas desde el año 2000 a la fecha por los jueces de esta Sala III^a y por la Cámara en pleno, arribamos hoy a una declaración de estatus público que da cuenta del agotamiento de la capacidad penitenciaria. En negro sobre blanco es la prueba de que no hay más lugar en donde alojar personas detenidas, siendo que, como ya expresáramos sólo quedan como alternativa las celdas policiales inaptas para contener

seres vivos. Los jueces no pueden autorizar encarcelamientos que llevarán a las personas por un vía crucis de inseguridad, insanidad y privación integral de sus derechos. No pueden los jueces dar por existente y presupuesto que se cuenta con cárceles que cumplen las condiciones del art. 18 de la C. Nacional, norma que, junto con el Derecho de Gentes que la integra y los reglamentos legales inferiores (leyes 24.660 y 12.256) configura un programa legal que debe ser respetado por todos los poderes del estado y los órganos de gobierno.

Por todo lo reseñado es que no puede soslayarse en el marco de esta resolución, relevar una vez más los datos concretos verificados que revelan el estado del encarcelamiento bonaerense verificado sobre el terreno por jueces y funcionarios. Ello hace a la autosuficiencia del fallo que he de proponer y a la magnitud de la prueba captada en los documentos públicos del Poder Judicial acerca de los hechos que configuran el encarcelamiento bonaerense. Su contradicción con el derecho vigente surgirá con toda evidencia así como la inoperancia de las distintas medidas de requerimiento, intimación o pedido cursadas hasta el presente al Poder Ejecutivo por esta Cámara, por otros Tribunales y Jueces y por la misma Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

I. Relación entre cantidad de plazas y número de personas alojadas en las cárceles del Servicio

Penitenciario Bonaerense. Condiciones carcelarias en general.

A.

La penitenciaría de la Provincia de Buenos Aires, cuenta con una capacidad real estimable en un cupo total de entre *ocho y diez mil plazas*. Al día 17 de febrero de 2005 alojaba a *24.930 personas*.

La sobrepoblación es entonces de entre el 150 y el 200 por ciento. Si a ello sumamos las seis detenciones que aproximadamente se cumplen en las comisarías del Gran Buenos Aires y concordamos en que esos locales no son aptos para contener personas la sobrepoblación supera el 200 por ciento de las plazas reales. Esto significa que donde debe haber una persona hay tres y que las tres sufren las pésimas condiciones de la sobrepoblación. Quiero decir que cuando hablamos de tres personas en el lugar donde sólo entra una hablamos de tres personas bajo condiciones de hacinamiento. Parece de Perogrullo pero debe decirse porque hace a la magnitud del problema: si la capacidad es de diez mil plazas no significa ello que diez mil personas estén bien alojadas y que sólo sufran el hacinamiento y sus terribles consecuencias los veinte mil restantes. La sobrepoblación somete a las treinta mil personas al hacinamiento y sus derivaciones inevitables como lo es la falta de oxígeno, de alimento suficiente, de servicios sanitarios, de sanidad, de educación, de seguridad etc.

El problema de la sobrepoblación no es nuevo, pero el grado de intensidad alcanzado en la actualidad según las proporciones aludidas, no reconoce precedentes y es derivación o consecuencia de las reformas legislativas del año 2000. Como integrante de este Tribunal desde entonces he verificado condiciones inhumanas de alojamiento causadas por el nivel de sobrepoblación y por sus consecuencias inmediatas -menos comida, menos salud, menos servicios en general (escuela, aprendizajes, recreaciones etc.), más hacinamiento y más violencia-. La situación ha alcanzado una gravedad tal, que impone que los jueces nos interroguemos acerca de la posibilidad de seguir sosteniendo nuevos encarcelamientos preventivos, cuando ello puede implicar estar poniendo en peligro la vida y la integridad psico-física de la persona detenida a través de condiciones carcelarias sumamente degradadas que son innegablemente conocidas por el juez, sin que ello implique incurrir en una transgresión de la manda del in fine del art. 18 de la Constitución Nacional.

Como ya lo adelantara, el problema fue considerado de igual gravedad por el Sr. Ministro de Justicia Dr. Eduardo Di Rocco, quien el 23 de noviembre de 2004, luego de considerar *"... Que es una manda constitucional dar respuesta a la problemática de la superpoblación carcelaria, por cuanto el respeto a las condiciones de detención resulta un imperativo ético y constitucional que debe ser tenido en cuenta al tiempo de ejercitarse el poder penal del Estado y su incumplimiento constituye una*

violación a los derechos humanos básicos, exponiendo al propio Estado a responsabilidades ante instancias internacionales de aplicación de pactos y tratados y a los reclamos civiles por parte de los afectados...", resolvió clausurar la posibilidad de encarcelar en la penitenciaría local por encima de un cupo máximo que fijó en 25.000 plazas, no sin decir que la capacidad carcelaria de todo el Sistema Penitenciario Bonaerense, sólo contaba con una cantidad de 22.507 plazas. La ampliación del cupo a 25.000 plazas, es sólo un procedimiento contable para que el cupo contenga a la población carcelaria que al momento era de más de 24 mil personas. Es un artilugio de balanceo contable ficticio, que consiste sólo en equiparar o acomodar el número de las plazas al número de encarcelados. Con estos acomodamientos de números como presupuesto, el Ministro estableció veda de alojamiento en los locales de la penitenciaría bonaerense por sobre el tope de 25.000 plazas (ver Resolución Ministerio de Justicia n° 221/04).

No ciertamente en la parte que comporta la creación de plazas sin usar ladrillos sino la magia de los números que infla el cupo ficticiamente para que abarque el número de detenidos que compone la resolución del Sr. Ministro de Justicia, pero sí en cuanto pone en negro sobre blanco y con fuerza de instrumento público el agotamiento de la capacidad de encarcelamiento de la Provincia de Buenos Aires, ciertamente la Resolución Ministerial, -aunque sea tardía y fije una capacidad de alojamiento inexistente y sobredimensionada en un doscientos por ciento-, constituye

sin duda un paso hacia un sinceramiento que puede ser origen de soluciones. Decimos que la resolución es tardía porque el agotamiento de plazas se había producido mucho antes de que el Ministro de Justicia lo declarase, sólo que se seguía apilando personas como si fueran objetos estibables, en violación de todas las normas que el derecho establece sobre el particular. Hoy la resolución ministerial ha puesto un límite al encarcelamiento transgresivo de la ley y siempre detener el curso errado es mejor que continuarlo. Admitir con sinceridad cómo somos y cómo estamos es el punto básico para poder partir hacia cualquier transformación. La toma de conciencia y el sinceramiento no son en sí la transformación pero sí un presupuesto inexcusable de su realización.

No obstante su virtud admisiva del agotamiento penitenciario, la resolución ministerial silencia más de lo que expone, toda vez que, como ya lo expusiéramos, las plazas penitenciarias reales con que el Servicio Penitenciario Bonaerense cuenta no llegan a 10.000, y las 15.000 que faltan para llegar a las 25.000 en que se establece el cupo total en la resolución 221, son sólo un invento, el producto de una deformación contable que permite cumplir las reglas elementales de un ficticio sistema de la partida doble, que acomoda el número de las plazas -haber- al número de los encarcelados -debe-. Esta práctica burocrática no es nueva, y su implementación desde hace más de quince años -cuanto menos-, junto a la ausencia de toda reforma, saneamiento y renovación de métodos,

personal e infraestructura por parte de la penitenciaría local, constituyen las causas que la han arrastrado a la degradación institucional más grave de su historia.

Y ya a esta altura, para poder continuar dejando fundamento de cada porción de lo que afirmamos, debemos definir o aproximarnos a centrar el concepto básico de lo que denominamos plaza penitenciaria, como el conjunto de espacio, bienes y servicios que garanticen la no interrupción del desarrollo vital de un sujeto sometido a una privación de su libertad ambulatoria, al generar condiciones mínimas que no nieguen ni supriman los derechos del encarcelado que no son interferidos por la limitación de su libertad.

Bajo este concepto de plaza penitenciaria, que no es otro que el que establece la ley y el que posibilita los derechos a la privacidad digna, a la soledad como alternativa de elección humana frente a la alteridad, a un alimento mínimo y sano, a un servicio de salud razonable que prevenga y cure, a la educación primaria y secundaria que posibilite adquirir los conocimientos elementales como escalones mínimos de integración de la persona, al aprendizaje de oficios o trabajos que permitan un posterior autosustento, etc.; si así entendemos el concepto de plaza penitenciaria digo, el Servicio Penitenciario Bonaerense cuenta sólo con 8 mil a 10 mil plazas (ver informe del Cels -Derechos Humanos en Argentina 2001/Situación carcelaria: hacinamiento, violencia e indefensión). Desde ya que ninguno de esos derechos mencionados -reconocidos por la

Ley Nacional de Ejecución de la Pena (24.660) y su par provincial, la 12.256, que sólo pormenorizan los derechos que hacen a la dignidad de la condición humana establecida por nuestra Constitución Nacional y el Derecho de Gentes que la integra-, tiene oportunidad alguna de realización en el actual estado del encarcelamiento bonaerense.

Como dijimos anteriormente y de acuerdo al concepto de plaza que elaboramos, la sobrepoblación en el ámbito penitenciario bonaerense supera el 150% en promedio en el caso más benigno. No obstante esta proporción general, en una cárcel como la de Lisandro Olmos -por ejemplo-, debe estimarse un porcentaje mucho mayor, toda vez que debe considerarse que su capacidad de alojamiento es igual a cero, por tratarse de un edificio que padece obsolescencia estructural insubsanable que no puede ser utilizado ya como lugar de alojamiento de personas. La situación de esta cárcel, es como una muestra que ejemplariza cómo se practica el encarcelamiento en la provincia de Buenos Aires. En un penal concebido originariamente para 1.500 personas, se aloja a más de 2.800 sin que se haya verificado ninguna construcción relevante que justifique o posibilite ese aumento poblacional. Este hacinamiento de más personas en mismo espacio, en consecuencia, se cumple con la mera instalación de un colchón más, y de esta agregación se hace derivar administrativamente la existencia de un nuevo recurso para el alojamiento de una persona: una plaza. Esto no es lo que el derecho reclama que es que junto a la cama o el colchón se provea el

espacio físico y el conjunto infraestructural y de servicios que posibiliten el ejercicio de derechos elementales no interferidos por el encarcelamiento.

Si bien no es del caso profundizar aquí los conceptos vertidos sobre la cárcel de Lisandro Olmos, es útil y del caso describir cómo es que se manifiesta el colapso y la caducidad absoluta de sus instalaciones, toda vez que todas las cárceles bonaerenses en mayor o menor medida, acorde a su calidad constructiva, su antigüedad y su nivel de sobrepoblación, siguen o seguirán el mismo rumbo de deterioro que la de Olmos en plazo más temprano que tarde. Si no en todas en la mayoría de las cárceles bonaerenses los caños de suministro de agua están obstruidos ya como en Olmos; los caños cloacales en Olmos están obsoletos y derraman sus líquidos hacia los lugares destinados a habitación de los internos; en otras cárceles se observa el reflujo de los mismos líquidos por obstrucción o daño de los caños de desagote; en Olmos tanto como en la generalidad de los penales bonaerenses los sistemas de suministro y traslado de la energía eléctrica están colapsados por la sobreutilización, y se hacen correr cables por fuera de las paredes que son manipulados por los encarcelados mismos con peligro para su vida. En fin: no hay sistema infraestructural que resista que el artefacto, caño, llave de luz o lo que sea que se utiliza con una sobrecarga del 200% respecto de aquella para la que fue prevista, diseñada e instalada. Si en lugar de haber un detenido por celda hay dos, las operaciones de todos los

artefactos se duplican; si hay tres se triplican para luego acontecer el efecto estadístico de cascada de una progresión geométrica en materia de deterioro más allá de toda proporcionalidad con el uso.

Suele decirse que el hacinamiento es la madre de todos los males en materia penitenciaria. Pero decir esto es no esclarecer nada porque es inevitable e universal. No hay prisión sin hacinamiento, ni plaza penitenciaria que no sea superpoblada. Parecería que el poder punitivo es refractario al vacío. Una excepción a esta regla es la Unidad nro. 29 del Servicio Penitenciario Bonaerense, lugar en el que siempre se mantuvieron celdas desocupadas. Sus espacios vacíos y la selección de su población se mantienen y realizan para el ejercicio de una práctica de aislamiento absoluto en el que la violencia física y psíquica extrema está presente como modo centralizado de ejercicio de un terrorismo carcelario destinado a contener el amotinamiento permanentemente en ciernes en todo sistema en el que se imprima opresión física extrema sobre miles de personas privadas de todo: alimento; higiene; sanidad; salubridad; posibilidad de movimiento físico etc. La función de la Unidad 29 como centro distribuidor de una violencia ejemplarizante, centralizada y disciplinadora del sistema carcelario bonaerense, fue verificada en sus modos de ejercicio por este Tribunal en el Legajo nro. 16.765/III^a caratulado "Arévalo Adrián y otros s/habeas corpus". Ese expediente fue sustraído de los jueces naturales en contra del sistema de competencias que garantiza el juez natural,

por el voto de cinco miembros de la Suprema Corte Provincial y el entonces Procurador General.

En la Provincia de Buenos Aires las personas encarceladas son apiñadas en un hacinamiento sucio, insano y violento. Las personas permanecen encerradas casi permanentemente en pabellones o en celdas individuales, en una inactividad e inmovilismo absolutos; reciben una atención médica que por su limitación es casi nula; se les da poco alimento y de muy mala calidad. La posibilidad escolar es para una minoría con relación al número de encarcelados, que son en más de un noventa por ciento jóvenes de entre 18 y 25 años, de los cuáles una alta proporción más del (90%) no han culminado los estudios primarios. Los datos afirmados refieren a la totalidad de los encarcelados en cárceles bonaerenses, y emergen de las constataciones actuariales y directas de los jueces de ésta Sala IIIª, entre los años 2000 y 2004. (Ver legajos Visitas de cárceles Unidad N° 21 -Campana- 10/9/03, Unidad N° 9 -La Plata- 31/10/03, Unidad N° 28 -Magdalena- 29/10/03, Unidad N° 1 y 22 -Olmos- 26/11/03)

B.

Mientras el costo presupuestario mensual por encarcelado superaba hasta no hace mucho los 1.500 pesos, las personas privadas de libertad reciben menos de 1 peso diario en bienes y servicios. Mientras se gastan sumas más que suficientes para alimentar a la población de

encarcelados, la alimentación es sumamente deficiente y de muy mala calidad en el intramuros bonaerense.

C.

La situación de la cárcel de Lisandro Olmos también fue constatada por el Juzgado de Garantías N° 2 de San Martín, y a raíz de ello con fecha 14 de noviembre de 2002 resolvió intimar al Ministro de Justicia para que adopte las medidas conducentes a la superación de las falencias detectadas, y pasó a despacho la totalidad de las causas del Juzgado en las que hubiese detenidos, con el fin de considerar la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva.

D.

Ahora bien, las inhumanas condiciones verificadas en Olmos no son distintas en sustancia de las imperantes en las restantes cárceles del S.P.B. ni en los en los denominados módulos colectivos, construidos recientemente dentro de los terrenos de las distintas cárceles. Se trata de pabellones de construcción precaria de 70 m² en los que se hacina a mas de 60 personas en camas superpuestas de a tres, que cuentan con sólo tres retretes no ventilados y tres duchas. La única diferencia es la antigüedad de los edificios, pero es ostensible que su improvisada construcción y la calidad de los materiales, combinada con

la fuerte sobrepoblación, aparejarán una inmediata degradación y deterioro de los materiales e instalaciones y una rápida obsolescencia general.

E.

El hacinamiento es igualmente intenso en todo el ámbito carcelario dependiente del S.P.B., pero que, en la mayoría de los casos ese hacinamiento se verifica dentro de cárceles de sistema celular, que es inelástico por definición y que a partir del plan de encarcelamiento diseñado por la Ley 12.405 del año 2000, se ha desmoronado en su consistencia para convertirse en lugares abarrotados de personas que se apiñan de a dos, de a tres y hasta de a cuatro en los pequeños espacios de una celda diseñada para una sola persona.

El sistema celular depende en su funcionalidad de dos condiciones básicas: el respeto de la capacidad real de la cárcel y la existencia de actividades que mantengan a los detenidos fuera de las celdas la mayor parte del tiempo.

La primera condición la impone respetar la inelasticidad intrínseca del sistema celular, ya que su propia concepción pretende garantizar la intimidad e independencia de la persona durante el descanso o durante el tiempo en que decida estar en soledad. La segunda, la determina la necesidad de evitar el deterioro físico y psíquico que produce el aislamiento celular en las

personas, que implica inmovilismo, ausencia de alteridad y privación del aire libre y el cielo abierto.

La celda es un espacio de dos metros por un metro y medio o dos, que no admite extensión de su capacidad, ni el hacinamiento humano que se realiza en los sistemas colectivos. Todos los penales que fueron concebidos bajo esa concepción en la provincia de Buenos Aires están colapsados por el hacinamiento y contienen cuanto menos a dos y hasta cuatro personas por celda, salvo las excepciones inexplicables que siempre existen. Desde el mismo momento de la inauguración de los penales más nuevos (General Alvear, Campana, Florencio Varela), sus plazas fueron duplicadas respecto de las concebidas en el diseño arquitectónico a través del simple trámite de agregar una cama más por celda, sin tomar en cuenta el resto de los servicios infraestructurales, concebidos (cloacales, de provisión de agua, de sanidad, de cocina, de esparcimiento, de vigilancia y seguridad, de educación, etc.), concebidos para servir al número de personas originalmente considerado en el diseño, que es equiparable a la mitad de las personas alojadas ya, desde cada inauguración. Esta duplicación ficticia de plazas en el sistema celular constituye una de las causas de la verdadera catástrofe que embarga a la penitenciaría bonaerense, toda vez que ha demolido en la práctica la posibilidad de ejercicio de la función convertidora o mejoradora que se supone tiene disponible la institución sobre el sujeto encarcelado, según lo exige la

ley¹. Por el contrario, limita la función penitenciaria a un mero ejercicio militar de contención de concentraciones hacinadas e indigentes de personas en condiciones de extrema suciedad, inseguridad y consiguiente violencia.

En una visita realizada en el mes de junio del 2004 a la Unidad N° 31 del SPB, el Jefe de la Unidad Sergio Denti y el Sub Director del Area Administrativa Luis Dameli, reconocían que la capacidad originaria de la unidad al momento de su inauguración era de 360 internos, luego, merced a la colocación de una segunda cama en algunas de las celdas individuales fue ampliada a 499 plazas, alojando en el momento de la visita 510 internos, por lo que existían 11 detenidos que carecían de cama y dormían en colchones sobre el piso.

Para dar sólo algunos ejemplos de los niveles de hacinamiento que determinan y condicionan los demás males carcelarios, aludiré a la realidad imperante en algunos complejos y sus cifras de alojados y plazas reales estimadas.

En el complejo de Florencio Varela se aloja a 2750 personas aproximadamente, siendo la capacidad real de las unidades de esa localidad de 1250 plazas.

En el complejo de Magdalena, que agrupa tres unidades (26, 35 y 36), se aloja a cerca de 3.000 personas en plazas que no llegan a 1200.

¹ Constitución Nacional Art.18, Ley Nacional 24.660, Ley Provincial 12.256.

La cárcel n° 9 tiene 800 plazas y aloja a más de 1600 personas. Además, esta unidad opera como un virtual depósito de las personas en traslado y, por eso, contiene a un número que oscila entre las 350 y 400 personas encerradas, de a dos y hasta de a tres por celda, 24 horas diarias, por períodos de 10, 15 ó 20 días. El penal de General Alvear fue construido para 800 personas y se inauguró con 1500; hoy aloja a más de 1600.

A la gravedad que implica encerrar a varias personas en una celda pequeña, se suma el grave problema del encierro casi permanente. Todos los encarcelados del SPB permanecen, en promedio, 12 horas diarias encerrados en un perpetuo inmovilismo físico incompatible con el sostenimiento del cuerpo en salud. El resto del tiempo permanecen en un pabellón atestado de personas, pues no existen ofertas de actividad y la concepción de seguridad imperante no permite que se utilicen los espacios abiertos que tienen los penales.

Un encarcelamiento como el descrito no sólo demuele a las personas encarceladas sino también a los empleados de la penitenciaría, que quedan sometidos a las mismas condiciones de insanidad laboral y a un alto grado de deterioro y perjuicio profesional y personal.

F.

El 10 de septiembre de 2003, en ejercicio de la presidencia de esta Cámara, y conforme ordena la Acordada

2061/84 de la S.C.J.B.A., visité la Unidad N° 21 -Campana- del SPB. En esta ocasión, el Jefe de la Unidad Ricardo Barrionuevo informó que la unidad había sido construida con capacidad para 350 personas, sin embargo mediante la colocación de una cama cucheta por celda unicelular la capacidad de alojamiento se había elevado a 620 y en ese entonces alojaban 707 personas.

Lo informado se constató al recorrer los pabellones N° 6 y 2. El pabellón 6, con capacidad para 28 personas se alojaban 59, sólo contaba con 28 camas y 31 personas dormían en un colchón en el piso, en algunas celdas había hasta tres internos. El pabellón 2, sobre una capacidad de 28 plazas, alojaba 56 detenidos.

Al visitar el sector Sanidad, se constató que el quirófano, no está operativo por carecer del instrumental quirúrgico necesario y de médicos cirujanos.

Las instalaciones del sector de cocina, originariamente concebidas para abastecer a 350 personas, resultan insuficientes para el excedente de detenidos.

En cuanto el área educativa y laboral, se informó que existen sólo 90 matriculados en el ciclo primario y 130 en el secundario; y 250 internos acceden a una plaza laboral.

El 29 de octubre de 2003, me constituí como presidente de la Cámara en la Unidad N° 28 -Magdalena- del SPB, y entrevistado con el Jefe de Unidad este dijo que la Unidad había sido construida en el año 1950 como prisión militar con sistema unicelular y capacidad para 480 detenidos. En

el año 1997 el Penal se traspasó al Servicio Penitenciario Bonaerense y aloja 1143 personas.

Existe una matrícula para 175 alumnos en el ciclo secundario y 98 en el primario.

En diversos pabellones (9, 10 entre otros) se advirtió que en algunas celdas habitan hasta tres personas, pero sólo una o dos cuentan con cama.

La unidad cuenta con sistema de calefacción, sin embargo desde que pasó al SPB, nunca funcionó por carecer de tendido de red de gas y el elevado costo del gas envasado.

En otros pabellones como por ejemplo el 7, los caños de desagües cloacales están colocados por fuera de las paredes, caños que en muchas ocasiones son dañados y provocan filtraciones de aguas servidas en el interior de las celdas.

El régimen en los pabellones de máxima seguridad consiste en apertura de celdas a las 8 hs., y cierre a las 11 hs. para repartir la comida, luego se abren a las 14 horas hasta las 17:30, se vuelven a abrir a las 19 hs. hasta las 21:30 hs. Cada pabellón sale al patio de recreo un día por medio, y una vez por semana al campo de deportes.

En el área de talleres 168 personas trabajan en tareas de construcción, carpintería, quinta, fabricación de ladrillos, herrería y cuero. Otras 242 se dedican a tareas de mantenimiento y servicios generales.

Se visitaron los módulos colectivos que estaban recientemente inaugurados, y en el módulo D, se observó que 60 personas conviven un ámbito de salón en el que se ubican dos hileras de camas cuchetas separadas cada una de la otra por espacio de un metro, y una especie de armario de cuatro estantes abiertos para que los detenidos coloquen sus pertenencias. Dentro del mismo ámbito del pabellón se ubican los baños que cuentan con un sector de mingitorios separados por una pared de aproximadamente un metro de alto de los sectores comunes del pabellón, y detrás tres compartimentos para otras letrinas, servicios insuficientes para 60 personas. Hay 3 duchas están próximas al sector de baños para los 60 internos.

La cocina debe funcionar por turnos por verse sobrepasada su capacidad de producción.

El 31 de octubre de 2003, realicé la correspondiente visita a la Unidad N° 9 -La Plata- del SPB. El Jefe de Unidad explicó que el establecimiento se inauguró con 960 plazas, y en ese momento alojaba 1572 internos (979 procesados, 122 condenados, 10 en sector extramuros, y 373 en alojamiento transitorio). El sistema de la cárcel es unicelular, sin embargo la capacidad fue ampliada colocando una segunda tarima superpuesta a la cama original. La escuela cuenta con una matrícula de 210 alumnos entre ciclo primario y secundario, 27 internos cursan una carrera universitaria y 15 licenciatura en computación. Hay 300 plazas laborales.

Entre las 8 hs. y 12 hs., 14 y 18 hs. se abren las celdas. Luego del último turno se realiza un recuento y nuevamente se abren las celdas hasta las 22 hs. momento en que se hace el cierre general.

Los internos tienen acceso al patio todos los días menos los jueves y sábados, reservado para las visitas.

Se constató que el estado de conservación era malo, desde el piso superior existen filtraciones de agua, y por ello en las celdas de planta baja sólo se puede utilizar la cucheta inferior.

El sector de cocina se encontraba en obra, y a simple vista las condiciones de higiene y salubridad en que se preparaban los alimentos distaban de ser las adecuadas.

En noviembre del 2003, se visitaron las Unidades 1 - Olmos- y 22 -Hospital de Agudos-. En el Hospital, en la sala de enfermedades infectocontagiosas se encontraban internadas 15 personas. Al ingreso sobre la derecha se ubica el sector de sanitarios para las visitas, que no estaba en condiciones de ser utilizado por estar uno cerrado y el otro lleno de trastos y escombros. Junto a este sector se hallan los sanitarios para los pacientes que constan de dos inodoros y una pileta lavamanos, todo en relativa higiene y orden. Luego comienzan las salas de internación, las dos primeras destinadas a aislamiento respiratorio, donde se alojan los cuatro internos que padecen TBC multirresistente, a efectos de que no tomen contacto con el resto de la población. Luego existen otras cuatro salas en las que se distribuyen los restantes 11

internos. Al fondo del pasillo está el comedor común en el que hay una mesada con pileta, de la que se observa la caja de desagüe cloacal descubierta tras la mesada, hay también tres mesas, algunas sillas y bancos amurados a la pared, sobre la pared izquierda del pasillo central está el sector de las duchas en número de tres, ese sector impresiona desorden, existe humedad en las paredes. Las ventanas no constan de mosquiteros por lo que ingresan insectos desde el exterior.

Los internos se quejaron de la comida que reciben por no resultar adecuada a la dieta prevista para las afecciones que padecen, señalando que se les cocinan unos guisos que contienen muy escasa cantidad de carne y que además poseen un sabor desagradable, señalando además que el resto de la dieta se compone de arroz, polenta y fideos, de desayuno reciben mate cocido y no leche como debieran recibir. Asimismo comentaron que no hay personal de enfermería por lo que esas tareas son llevadas a cabo por los propios internos destinados a limpieza, que son quienes deben bañar y cambiar los pañales y sueros a los enfermos que no pueden valerse por sí. En las oportunidades en que ha fallecido algún interno, han sido estos mismos encargados de limpieza quienes han tenido que colocar los cuerpos en bolsas para llevarlos a la morgue. Manifiestan que salen al aire libre a un patio sólo tres veces por semana durante tres horas cada vez. Por último refirieron que las visitas las reciben dentro de la sala de internación y que a sus familias no se les provee de los elementos necesarios

para evitar contagios por vía aérea por lo que temen por la salud de sus visitas.

Luego nos dirigimos al sector de clínica médica, en el que se alojan 7 personas.

Las autoridades de la unidad informaron que cuentan con una planta de 29 médicos, 3 de ellos son las autoridades administrativas y el resto avocados a las tareas asistenciales en las diversas especialidades, tres de estos médicos se encontraban en goce de licencias, por lo que en realidad se contaba con 23 médicos. Con relación al personal de enfermería, consta de 5 enfermeros distribuidos en tres turnos por lo que expresan tener dificultades para la prestación del servicio, recalcando el Director del área que las normativas del Ministerio de Salud exigen 1 enfermero por cada 12 camas.

Luego con condujeron al sector laboratorio, el que según refirieron las autoridades es insuficiente con relación a la complejidad de los casos que se deben atender, señalando asimismo que al momento de la visita el mismo no está operativo por falta de los reactivos químicos necesarios para los análisis. Refirieron además que la Unidad carece elementos para la determinación de los medios internos, por ejemplo control de gases en el sector de infectocontagiosas. Posteriormente pasamos al quirófano, el que no resulta adecuadamente equipado para mantener la asepsia del lugar, ello en virtud de que deben almacenarse allí los equipos de laparoscopia exploratorio y endoscopia,

así como los muebles conteniendo el instrumental quirúrgico.

Por último se ingresó a la sala de internación quirúrgica. Al recorrer el lugar se pone de resalto que el baño perteneciente al sector no se encuentra en condiciones sanitarias adecuadas por apreciarse humedad en el sector ya que no hay separación de la única ducha existente del espacio destinado al inodoro y la pileta lavamanos.

Seguidamente nos dirigimos a la Unidad Nº 1, que según se nos informó fue inaugurada en el año 1939 con una capacidad para albergar a 1800 personas, y al momento de la visita contaba con 3229 internos. En el trayecto al sector de pabellones se apreciaba humedad en los pisos y en algunos sectores un fuerte olor a orín, observándose que en algunas partes de los corredores, por encontrarse dañadas las cañerías de desagüe cloacal existen goteras y filtraciones de aguas servidas.

Según nos informaron, en cada piso se alojan aproximadamente 700 personas y las tareas de control, se encuentran a cargo de 2 celadores por turno, salvo en el segundo piso, que por ser el más problemáticos se destinan 3 celadores.

La recorrida se inició por el quinto piso, destinado al alojamiento de internos trabajadores. El pabellón 5.11 consta de 16 celdas cada una de ellas posee en su interior 2 cuquetas, separadas entre sí por un espacio de aproximadamente un metro. Las celdas permanecen abiertas en forma permanente. El pabellón cuenta con una letrina y una

ducha acondicionada mediante un calefón eléctrico para contar con agua caliente. Las instalaciones eléctricas van por fuera de las paredes y en sus conexiones no cuentan con el adecuado aislamiento, por lo que adunado ello a la humedad propia del baño genera una situación de riesgo para las personas. Luego ingresamos al pabellón N° 8 colectivo, tipo barraca, en el que al momento de la visita se alojaban 19 personas. Sobre el fondo del pabellón se encuentra el sector destinado a cocina y otro destinado al comedor. El sector de cocina se observa desordenado y con suciedad en el piso, a efectos de calentar los alimentos y cocinar se cuenta con dos de los denominados "fuelles", calentadores eléctricos caseros contruidos con un ladrillo y una resistencia. La instalación eléctrica es precaria y riesgosa por encontrarse las conexiones sin la debida aislación. Dentro del espacio destinado a esta cocina improvisada también está el sector de baños que consta con 3 recintos para baños que en este caso poseen inodoro y una ducha con calefón eléctrico, una solo de agua fría.

La población nos informó que la comida es prácticamente incomible.

Acto seguido nos dirigimos al cuarto piso, en el que al momento de la visita aloja 768 personas. Los pabellones están destinados a internos que profesan el culto evangélico. En el pabellón 4.9, conviven 69 internos distribuidos en 4 celdas colectivas de 3 mts. X 7 mts., cada celda tiene en su interior 7 cuquetas, es decir 56 camas en el pabellón, por lo que 13 personas deben dormir

en colchones en el piso bajo las camas de sus compañeros. Dentro de las celdas existe escaso espacio para la circulación. En el interior de cada celda hay un baño para todos los ocupantes de la celda, que consiste en una letrina y una canilla colocada a una altura que permite que sea utilizada también como ducha. En el centro de una de las celdas se observaron goteras que provenían de las cloacas del piso superior, cuyos caños se observan deteriorados y deben ser envueltos con bolsas de nylon y telas para contener las filtraciones.

Se recibieron quejas por la calidad de la comida que les provee el servicio penitenciario. Asimismo refirieron que por el poco espacio es difícil mantener la limpieza del pabellón, ha habido casos de dermatitis y escabiosis (sarna) por la deficiencia de higiene. Podían constatarse lesiones en la piel de los detenidos. Reclamaron no recibir elementos de limpieza por parte del servicio, sino que limpian con lo que les proveen sus familias, también se quejaron de la falta de atención médica.

El pabellón 4.7 se encontró en similares condiciones, con la diferencia de que alojaba 69 personas, por lo que una persona más dormía en el piso. En el baño se observa humedad en las paredes, hay una canilla colocada a unos treinta centímetros del piso junto a la letrina, y carece de ducha, por lo que a efectos de higienizarse los internos deben juntar agua en un balde y luego arrojárselo sobre el cuerpo, no tienen agua caliente.

A causa de los problemas dermatológicos, se han destinado tres pabellones para alojar internos con escabiosis (sarna), uno de ellos el 4.2 al que nos dirigimos. Allí lo internos se quejan de la deficiente atención médica. La estructura del pabellón es como la de los otros pabellones del cuarto piso, consta de cuatro celdas. La primera aloja 12 personas, el sector de los baños consiste solo en una letrina y una canilla que está rota y pierde agua constantemente advirtiéndose humedad permanente en el piso y las paredes del sector. No hay agua caliente ni ducha. En la segunda celda hay 17 personas con 14 cama solamente, es baño es igual al de la celda anterior advirtiéndose también problemas de humedad. En la tercera celda, se aprecia por fuera de las paredes, los codos de los años de desagüe cloacal del piso superior, que pierden aguas servidas hacia el interior de la celda, por lo que los propios detenidos han debido tapar las pérdidas envolviendo los caños con bolsas de nylon, hay fuerte olor, estas goteras provocaron que algunas de las camas estén inutilizadas ya que se encuentran bajo las cañerías dañadas. En el sector del baño no hay agua, ya que carece de canilla, sólo existe una letrina en la que tampoco se advierte la existencia de agua a efectos de su limpieza interior, por lo que se tapa constantemente. En la cuarta celda se advirtió el mismo problema que en la celda anterior con las pérdidas de líquidos cloacales, lo que provocó que los internos alojados en ella debieran sacar una de las camas cuchetas al exterior y la colocaran en el

sector del comedor común. Las goteras de las cloacas generan humedad constante en las paredes. En esta celda viven 15 personas repartidas en 14 camas por lo que uno duerme en el piso. En el sector del baño hay un caño de agua roto que pierde constantemente, por ello se advierte humedad y hongos en las paredes, no hay ducha ni agua caliente.

Los pisos tercero, segundo y primero, se encontraron en las mismas condiciones indicadas para los pisos cuarto y quinto. Hay que poner de resalto que las ventanas de los pabellones ubicados entre el 4to. y el 1er. piso se encuentran casi en su totalidad sin vidrios por lo que los pabellones están expuestos a las inclemencias climáticas en forma permanente debiendo taparse la reja que da a los ventanales con frazadas para evitar el ingreso del viento y la lluvia en época de bajas temperaturas.

Luego de los pabellones nos dirigimos al patio de visitas. El lugar impresionaba un total abandono, suciedad y deterioro en la estructura de mampostería de las paredes y en el piso de hormigón, sobre el centro del mismo se apilan mesas y sillas deterioradas y en desuso. El sector cuenta con dos baños, en el de damas se advierte humedad en el piso y las paredes, las canillas y el desagüe del tanque del inodoro pierden constantemente, además se observa suciedad y hongos.

Posteriormente fuimos conducidos al sector de separación del área de convivencia. Es un pabellón que cuenta con 23 celdas, todas ocupadas. El pasillo central

tenía todo el piso mojado, y resultaba ensordecedor el ruido constante de agua cayendo hacia los tanques de desagote de las letrinas. Las celdas son oscuras, ya que las ventanas están colocadas a gran altura por lo que es escasa la iluminación natural.

Una vez en el sector de sanidad, nos entrevistamos con el Dr. Cursell, Jefe del Sector, quien nos informó que cuentan con cuatro salas de internación con capacidad para 50 camas. El servicio médico es prestado por un cuerpo de 26 médicos, habiendo una guardia permanente de 2 médicos, número de personal escaso para atender la magnitud de problemas sanitarios de la Unidad. Refirió que años atrás cuando no existía el nivel de superpoblación actual, la unidad contaba con 60 médicos.

Se ingresó en primer término a la Sala III, donde se alojan 20 personas que padecen tuberculosis, tres de ellos como secundaria de HIV, se mantuvieron entrevistas con los internos, y muchos manifestaron haber contraído TBC dentro del Servicio Penitenciario, señalaron que prácticamente no hay servicio de enfermería. Luego ingresamos a la Sala IV en la que hay internos con HIV, Tuberculosis y Toxoplasmosis, la capacidad es para 10 personas y estaba cubierta en su totalidad. Se quejaron de la ausencia total del servicio de enfermería que deben hacer los propios enfermos. Las condiciones de higiene no eran óptimas ya que dentro de ese ámbito también se almacenan alimentos y hay una mesada en la que éstos se preparan.

En cuanto al plano educativo y laboral, nos informaron que la escuela primaria contaba con una matrícula de 296 internos, y el ciclo secundario con 146 personas. En relación a los puestos de trabajo, 936 internos son trabajadores (200 en área de talleres y el resto en mantenimiento).

A mediados del año 2004, la Presidencia de esta Cámara, ejercida por la Dra. Celia Vazquez, visitó las Unidades N° 23 y 24 del SPB, y constató que "... *El Prefecto Mayor Medina... informa que la población actual de la unidad (23) es 824 internos, haciéndonos saber que la cárcel fue inaugurada con un total de 350 plazas bajo sistema uncelular, las que luego fueron ampliadas agregando en algunos pabellones una segunda cama y merced a la construcción de dos módulos de alojamiento colectivo con capacidad para 120 personas cada uno de ellos... por lo que denuncia una cantidad de plazas de 772, por lo que en la actualidad existen detenidos que no cuentan con cama. Señalaron asimismo las autoridades de la unidad que estas ampliaciones de capacidad que se describen, sólo incrementaron la cantidad de camas, no habiéndose ampliado el área destinada a servicios, talleres ni escuela, lo que acarrea serios inconvenientes. Con relación a la educación se nos hace saber que la matrícula es de 94 internos en la escuela primaria y 94 en la secundaria, hallándose completa esta matrícula en ambos niveles y existiendo una lista de espera de 130 internos en la primaria y 110 en la secundaria. Con relación al trabajo se nos informa que en*

diversas tareas de mantenimiento (limpieza, cocina, jardinería) y talleres (quinta, chapa y pintura, mecánica ligera) existen 304 internos trabajadores inscriptos, además de otros 53 internos que tienen carnet provisorio de trabajo... con relación al sector de seguridad y tratamiento, es decir el personal destinado directamente al trato con los internos, hay un total de 88 oficiales y suboficiales, divididos en tres turnos... Ingresamos luego al pabellón N° 9... se observa suciedad en el sector de duchas, el cual también es utilizado para tender ropa de los detenidos... las duchas solo funcionan con agua fría... El pabellón cuenta con 18 celdas, hallándose detenidos allí 28 internos, por lo que en gran número de casos deben compartir entre dos estas celdas, que son individuales, contando con una única cama (tarima). Inspeccionadas las celdas se observa que en prácticamente todas ellas faltan los vidrios de las ventanas, por lo que en época invernal, las mismas deben ser cubiertas con frazadas para evitar el ingreso del frío, impidiéndose entonces la adecuada ventilación e ingreso de luz natural. En algunos casos... no hay tampoco instalación de luz artificial, por lo que los detenidos... viven en la penumbra. Se detectaron en el pabellón varios casos de falta de colchones, lo que hace que existiendo una única tarima y un único colchón, dos personas deban compartir o turnarse para utilizar la cama. Algunas de las tarimas, además se encuentran deterioradas por lo que en caso de contarse en la celda con un colchón para cada interno, estos deben utilizarse superpuestos...

hay sectores en los que se acumula agua, merced a roturas o deficiencias en los tanques de desagüe de las letrinas. Además en gran parte de los casos se observa que el sistema de tiraje de las letrinas no funciona o funciona deficientemente por falta de presión de agua... nos dirigimos al sector sanidad, observando que cuenta con un consultorio de odontología, y una sala de guardia para urgencias, en la que no se aprecia existencia de instrumental, informándonos que la complejidad del sector es baja, por lo que los casos complejos se derivan a la Unidad N° 22 (HGAM) o al hospital Mi Pueblo de Florencio Varela. Luego en el área de internación se advierte que consta de un pabellón de internación con 7 camas, en las que el momento de la visita hay 3 detenidos internados, y 3 celdas individuales de internación, dos de ellas ocupadas. En el sector también se observa carencia de vidrios en muchas de las ventanas, lo que resulta preocupante en virtud de encontrarse internadas personas con patologías pulmonares -circunstancias que se hace notar al personal de la unidad y al encargado del sector-. El baño existente en el sector aldaño al pabellón común de internación se observa sucio, apreciándose basura acumulada en un recipiente que está en el interior de uno de los inodoros...", condiciones oportunamente comunicadas a la Suprema Corte Provincial.

G.

En la órbita del Departamento judicial de San Isidro, el Fiscal General Adjunto advirtió en resolución de fecha 3 de diciembre de 2002, que las visitas realizadas por los Señores Agentes Fiscales en cumplimiento de la resolución 64/02 de la Procuración General evidenciaban superpoblación de internos que afectaba comisarías y Unidades Penitenciarias Provinciales. Recomendó en consecuencia a los Sres. Fiscales que limitaran los pedidos de aplicación de medidas de coerción a aquellos casos en los cuales se avizorara ciertamente la posibilidad de imponer una pena de cumplimiento efectivo, debiendo recurrir en su caso a solicitar medidas que atenúen o que resulten alternativas de la detención o prisión preventiva.

En noviembre de 2001, por acuerdo n° 479 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, se estableció que las condiciones de alojamiento de los detenidos en las distintas comisarías de la jurisdicción de San Isidro -hacinamiento (740 personas sobre una capacidad de 257), falta de atención médica, de higiene personal y limpieza del lugar, de aireación y luminosidad, de instalaciones sanitarias adecuadas, alimentación apropiada, convivencia de personas sanas y enfermas (sida, tuberculosis, asma, heridas de arma de fuego), las condiciones inadecuadas en que se desarrollan las visitas familiares, nulo esparcimiento, actividad física y educativa y graves episodios de violencia-, constatadas en visitas a las dependencias realizadas por las Salas y la tramitación de numerosas acciones de habeas corpus, imponía que el

alojamiento de personas en dichos lugares solo podía ser estrictamente provisorio, y extenderse como máximo hasta el dictado de una prisión preventiva.

Asimismo teniendo en cuenta las condiciones de alojamiento del Servicio Penitenciario Bonaerense, por acuerdo extraordinario n° 535 del 25 de agosto de 2004, esta Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo penal resolvió: I. Solicitar la intervención de la Excma. Suprema Corte de Justicia Provincial a efectos de requerir en forma inmediata al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, que adopte en forma efectiva y urgente medidas concretas a efectos de dar solución al grave cuadro de hacinamiento, provocado por la creciente superpoblación carcelaria, verificado tanto en dependencias carcelarias como en seccionales policiales, medidas estas que lejos de ser de índole coyuntural, deben prever la incidencia que sobre este fenómeno habrá de tener el crecimiento exponencial del número de personas detenidas proyectado por las propias autoridades del Servicio Penitenciario Bonaerense. Estas medidas deberán necesariamente verse acompañadas de un sustancial refuerzo tanto del personal penitenciario encargado de la custodia y tratamiento de las personas detenidas, así como de los medios destinados a proveer a los servicios básicos tendientes a garantizar los derechos no interferidos por la detención de estas personas, especialmente el derecho a la salud, la educación y el trabajo, los que no pueden en modo alguno quedar supeditados a la insuficiente capacidad instalada del

sistema carcelario hoy existente. Deberá pues reclamarse al ejecutivo de la Provincia, por intermedio de la Excma. S.C.J.B.A. provea a la creación de plazas penitenciarias reales a efectos de alojar a la totalidad de las personas detenidas a la fecha tanto en la órbita del S.P.B. como en el de la Policía Provincial, así como la provisión de los medios necesarios a efectos de que tal número de plazas se incremente anualmente en número inferior al de la tasa de crecimiento de la población carcelaria, la cual de conformidad con lo informado por el Servicio Penitenciario Bonaerense, rondaría los 6000 detenidos al año. II. Poner en conocimiento de la delicada situación descripta al Poder legislativo Provincial, remitiendo por intermedio de la Suprema Corte provincial copia del presente acuerdo a los Señores Presidentes de las Cámaras de Senadores y Diputados, a fin de que de estimarlo pertinente adopten desde su órbita las medidas que fueren indispensables al mismo efecto.

H.

Las condiciones de alojamiento de los detenidos en esta Provincia, no pasaron tampoco desapercibidas para la Suprema Corte Provincial. Las constancias documentales labradas por esta Sala Tercera dando cuenta de las visitas realizadas a las distintas cárceles de la penitenciaría local, principalmente las realizadas a partir del año 2000, que han sido elevadas a la Suprema Corte de Justicia y han motivado exhortaciones e intimaciones al Poder Ejecutivo

para que cumpla su deber indelegable de alojar a las personas detenidas con arreglo a la manda del art. 18 de la Constitución Nacional, al Derecho de Gentes que la integra (art. 75 inc. 22 mismo texto) y a los reglamentos legales nacional y provincial (Leyes 24660 y 12256).

Las acordadas y resoluciones del Superior Tribunal de fecha 27 de febrero de 2002 (Ac. 3028), 20 de marzo de 2002 y 19 de febrero de 2003, dan cuenta de ello. En esta última se reiteró al Poder Ejecutivo Provincial el requerimiento formulado en el aludido acuerdo 3028, haciéndose saber asimismo que las dificultades que padecen desde la perspectiva edilicia y económica no constituyen justificación para incumplir el mandato del art. 18 última parte de la Constitución Nacional.

Hacinamiento extremo -hasta cuatro personas en 4 mts cuadrados-, encierro en las celdas durante casi todas las horas del día; consecuente privación de todo esparcimiento o actividad que posibilite ejercer la movilidad física mínima para el sostenimiento del cuerpo en salud; privación de toda intimidad hasta para los más elementales actos básicos de la fisiología humana; desatención absoluta de la salud; ausencia de alimentación sana y suficiente; suciedad intensa de los locales; inseguridad permanente por el hacinamiento y el aumento de la conflictividad que el mismo conlleva, como así también tortura sobre el cuerpo de los detenidos. Estas condiciones van acompañadas por ausencia de actividad para casi la totalidad de los encarcelados: a pesar de alojar un segmento etario muy joven expulsado de

la escolaridad, no hay plazas de estudio ni enseñanza de oficios suficientes; tampoco existen puestos laborales como los que la ley ordena.

I.

El 30 de diciembre de 2004 se llevó a cabo un acuerdo de jueces penales del Departamento Judicial de San Isidro para considerar la situación del encarcelamiento bonaerense y la resolución ministerial 221 girada a esta Cámara por la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia. En esta reunión se resolvió: I) Reclamar al Poder Ejecutivo de la Provincia que provea plazas penitenciarias reales a efectos de alojar a la totalidad de las personas detenidas a la fecha tanto en la órbita del S.P.B. como en el de la Policía Provincial, así como la provisión de los medios necesarios a efectos de que tal número de plazas se incremente anualmente en número no inferior al de la tasa de crecimiento de la población carcelaria, la cual rondaría los 3200 detenidos al año; y II) Requerir al Sr. Ministro de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que sirva determinar cuál es el concepto de "plaza penitenciaria" en función del cual quedará establecida la capacidad de alojamiento del Sistema Carcelario Provincial.

J.

La gravedad de la situación que aquí se describe, recientemente ha justificado que Superior Tribunal de la Nación mediante resolución N° 856 XXXVIII del 3/5/05,

dispusiera instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal. A tal fin ordenó al Poder Ejecutivo de la Provincia que informe las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.).

A su vez, en consecuencia de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el día 11 de mayo de 2005, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, resolvió hacer saber a los Jueces y Tribunales de la Provincia a cuya disposición se encuentren detenidos, que deben extremar la vigilancia acerca de la observancia de las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, y que, una vez recibidos los informes ordenados por el Superior Tribunal al Poder Ejecutivo Provincial sobre las condiciones de detención (punto 5º del fallo 856 XXXVIII), y aún antes si lo consideran pertinente, deben ponderar nuevamente la necesidad de mantener las detenciones a su disposición o bien, disponer medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas.

II. Antecedentes y causas del actual estado carcelario bonaerense.

Como expresara con anterioridad, la inexistencia de plazas penitenciarias no nace con la declaración del Ministro de Justicia en la resolución nro. 221/04, sino del colapso que produjo el sistema de encarcelamiento masivo instaurado en el año 2000.

A.

Se establecieron en el año 2000, bajo la forma de normas legales, las condiciones que condujeron al encarcelamiento de un número de personas para cuyo alojamiento carcelario no contábamos entonces -tampoco hoy- con medios materiales ni condiciones mínimas y básicas. Mientras 9 millones de argentinos viven bajo la línea de la indigencia, se gastan millones de pesos mensuales en encarcelamientos inhumanos, inconstitucionales y degradantes, que no sólo resultaron inútiles para mejorar la seguridad de los ciudadanos (objetivo que propagandizó el encarcelamiento masivo instaurado por la ley 12.405), sino que acrecentaron la violencia estructural que devuelve el intramuros y generaron una degradación institucional mayúscula del Servicio Penitenciario Bonaerense.

B.

Según se detalló en el informe 2002/2003 realizado por

expertos del Centro de estudios legales y sociales (CELS)
"... Este tipo de argumentos que tienden a "garantizar la seguridad" son dirigidos a la población con propósitos efectistas, pero, en rigor, no modifican en absoluto los parámetros de seguridad. En cambio, generan altos costos públicos para el mantenimiento, ya precario, de las instituciones de encarcelamiento preventivo, estos discursos conducen a elevar los índices de violencia dentro de las unidades carcelarias y a una descompensación de los recursos humanos que, destinados originariamente a funciones de prevención, pasan a tener que vigilar a las personas detenidas. De tal forma, la utilización de la prisión preventiva fundada en los principios de excepcionalidad, necesidad y finalidad procesal se transforma en un instrumento de control de los sectores criminalizados colocando al sistema penal por fuera de la legalidad. La pretendida función de resolución de conflictos se va transformando así progresivamente en su opuesto...". (Derechos Humanos en Argentina, CELS/Informe 2002 - 2003, Ed. Siglo XXI, pag. 277)

C.

Este estado de cosas justificó, que el 16/5/01 mediante el dictado del Dec. 1132, modif. por el Dec. 2024 del 31/7/01, se declare la emergencia físico-funcional del Sistema Penitenciario Bonaerense, medida que se mantuvo en el tiempo con el dictado de la ley 13.189, prorrogada a su vez por Decreto n° 2480/04.

D.

En un informe suscripto el 27 de mayo de 2002, el Lic. Jorge Taiana en aquel entonces a cargo de la Secretaría de Derechos Humanos del Gobierno de Buenos Aires, destacó que en las Unidades Carcelarias de régimen cerrado existían 1.659 personas que superan el cupo máximo y 96 detenidos sin camas en unidades de máxima seguridad.

E.

En el año 2002, ante el requerimiento de la Suprema Corte Provincial, el titular de la Subsecretaría de Política Penitenciaria y Readaptación Social del Ministerio de Justicia y Seguridad, Marcelo Lapargo explicaba: "... (d)e acuerdo a lo sucedido en los últimos 24 meses el número de detenidos en la totalidad del sistema aumenta a un ritmo de 2.500 personas detenidas/año... se han evaluado a la fecha e iniciado los procedimientos correspondientes para la reparación y construcción de facilidades de alojamiento... es un hecho irrefutable que en las actuales condiciones presupuestarias, los esfuerzos por realizar en ningún caso permitirán absorber anualmente el incremento de plazas demandado, por lo cual de mantenerse la proyección antedicha, la condición del sistema global (cárceles + comisarías) empeorará aún teniendo en cuenta las previsiones más optimistas...". (publicado en Derechos Humanos en Argentina, CELS Informe 2002 - 2003, Cap. VI Violencia y superpoblación en cárceles y comisarías: la

ausencia de una política criminal respetuosa de los derechos humanos, Ed. Siglo XXI, pag. 294)

III. Transgresividad normativa del sistema de encarcelamiento imperante.

Las condiciones de encarcelamiento descritas en rubros anteriores violan el programa legal y constitucional

A.

La Constitución Nacional establece que "... *las cárceles de la Nación, serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...*" y en igual sentido se erigen las normas de los documentos internacionales con jerarquía constitucional que proscriben todo trato o pena cruel, inhumano o degradante. (cfr. CN, arts. 18 y 75, inc. 22; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5to.; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 25, in fine, y 26; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10, inc. 1ro.; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5, inc. 2do.)

B.

También la Constitución Provincial dispone que "... *Las prisiones son hechas para seguridad y no para mortificación de los detenidos...*" y que "... *Todo rigor innecesario hace responsables a las autoridades que lo*

ejerzan..." (art. 30), a la vez que concede a todas las personas el derecho "... Al respeto de la dignidad, al honor la integridad física, psíquica y moral..." (art. 12 inc.3), asegura que los habitantes "... Gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional, los que emanan en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en esta Constitución..." (art. 11) y establece que "... Toda ley decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos otras restricciones que las que los mismos artículos permiten o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces...", haciendo responsables a los funcionarios y empleados que la hayan autorizado o ejecutado (art. 57).

C.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires "la asistencia de los procesados y el tratamiento y/o asistencia de los condenados a penas privativas o restrictivas de la libertad" son regidos por la Ley de Ejecución Penal Bonaerense, nro. 12.256.

Esta norma, al igual que las anteriores citadas, también establece, en términos generales, el tratamiento humano y digno que debe darse a los detenidos cuando señala que es "fin último" de las medidas que regula "... la adecuada inserción social de los procesados y condenados a

través de la asistencia o tratamiento y control...", institutos éstos que, en la inteligencia legal, están "... dirigidos al fortalecimiento de la dignidad humana y el estímulo de actitudes solidarias inherentes a su condición de ser social, a partir de la satisfacción de sus necesidades y del desarrollo de sus potencialidades individuales..." (art. 4to.).

Según la ley, los programas de asistencia o tratamiento deben dirigirse "... a reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida en libertad, tendiéndose a preservar o reforzar la continuidad de los vínculos familiares, educacionales y laborales..." (arts. 8 y arts. 5, 6, 67 y 94).

En el artículo 9no. se establecen los "derechos básicos" de las personas privadas de su libertad. Entre ellos, se asegura:

- 1) Atención y tratamiento integral para la salud.
- 2) Convivencia en un medio que satisfaga condiciones de salubridad e higiene.
- 3) Vestimenta apropiada que no deberá ser en modo alguno degradante o humillante.
- 4) Alimentación... cuantitativa y cualitativamente... suficiente para el mantenimiento de la salud.
- 5) Comunicación con el exterior...
- 6) Educación, trabajo, descanso y goce del tiempo libre..."

La redacción de estas normas no reclama una exégesis compleja: el poder coercitivo del Estado que se manifiesta a través del encierro sólo puede desplegarse de un modo acorde con el respeto debido a cada individuo, por su sola condición de sujeto de derechos, y esto quiere decir que entre todos los límites que el Estado debe respetar en el ejercicio de su poder punitivo existe un conjunto de prescripciones específicamente vinculadas con las condiciones materiales que deben garantizarse para el encarcelamiento de una persona.

Este universo de deberes estatales se encuentra expresado, de modo genérico, bajo fórmulas esencialmente idénticas tales como la proscripción de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el reconocimiento explícito de la dignidad del sujeto privado de su libertad, o la disposición de establecimientos sanos y limpios, cláusulas cuyo respeto no admite discusión alguna en un estado democrático de derecho.

En muchos supuestos la subsunción de una situación dada en alguna de las categorías antes citadas resulta manifiesta, pero esto sólo conduce a enervar la labor del intérprete si no se advierte que ello provoca un consenso aparente, referido únicamente a casos flagrantes. El desdoblamiento de estos principios relativos a las condiciones del encarcelamiento en deberes precisos resulta, en ocasiones, una cuestión algo más compleja.

Cláusulas como "trato digno", "humanidad de los castigos", "medio saludable" y otras similares, resultan

insuficientes en su mera redacción para resolver casos matizados y en las normas referidas no existe una descripción detallada de los indicadores esenciales que configuran el conjunto de condiciones mínimas aceptables, ni tampoco, como sostiene Eugenio Freixas respecto de la ley nacional 24.660, "*... los mecanismos... que resulten aplicables en el caso que se vulnere la prohibición...*" (conf. "Observaciones sobre la nueva Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad"; en Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos, del Puerto, Bs. As., pág. 203).

Ello hace indispensable la precisión de ciertos estándares para conocer, en cada caso, las circunstancias fácticas relevantes para su adecuada subsunción, y hacer posible un pronunciamiento jurisdiccional acerca de la infracción de un deber jurídico y la consecuente determinación de su sanción; es imprescindible, entonces, una tarea de interpretación de la normativa referida a fin de determinar luego, en el caso concreto, si las características del encierro en examen se adecuan a los estándares mínimos así elaborados.

IV. Caracteres que deben configurar el encarcelamiento de personas según el derecho. Condiciones mínimas.

En definitiva ¿qué características debe tener un lugar de encierro para que el encarcelamiento de una persona allí pueda considerarse digno?

La respuesta normativa a este interrogante es la primera cuestión que debe satisfacerse pues sólo sobre tal base podrá desplegarse la debida actividad jurisdiccional.

Ahora bien, junto a las disposiciones de La Ley de Ejecución Penal Bonaerense ya citada, se erigen otros instrumentos sobre la base de los cuales estimo correcto fundar la construcción del estándar mínimo exigido.

En mi criterio, estas regulaciones relativas a la situación de las personas privadas de su libertad permiten dirigir la actividad jurisdiccional hacia la definición del contenido concreto de la obligación estatal.

En primer lugar, las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" de las Naciones Unidas, preparadas por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, aprobadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y ampliadas en 1977 y 1984, ofrecen un aporte relevante.

Es compartido por todos, y en este sentido la utilización de ese cuerpo normativo es eficiente aquí, que las Reglas Mínimas deben servir de guía en la aplicación del derecho interno, con valor de pauta interpretativa. Las "Reglas" de Naciones Unidas reflejan el consenso de la comunidad internacional acerca de las condiciones adecuadas mínimas admitidas para el encarcelamiento de una persona y, en consecuencia, las disposiciones allí contenidas, poseen valor preeminente para la determinación del alcance de las normas de derecho en juego.

En el ámbito reglamentario, existen algunas pautas contenidas en el "Reglamento de detenidos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires" que, si bien no están dirigidas a ordenar la situación de las personas alojadas en las dependencias del Servicio Penitenciario de la provincia poseen, a mi juicio, valor prescriptivo de todas formas. Ello así pues, aunque dirigidas a regular las condiciones en que deben desarrollarse los encarcelamientos policiales, de suyo transitorios, deben ser entendidas, a su vez, como un mínimo imposible de transgredir por cualquier otro tipo de encierro esencialmente más gravoso, tal como el carcelario que, por su duración más prolongada, intensifica el efecto desocializador propio de cualquier privación de la libertad.

Asimismo, le atribuyo un alto valor orientador, dado su carácter de regulaciones específicas sobre aspectos similares a los que aquí se examinan, a las exigencias contenidas en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, nro. 24.660, emanada del congreso federal, así como a las pautas establecidas por distintas asociaciones correccionalistas de otros estados, todo lo que resulta de inestimable valor a efectos de determinar, finalmente, cuál es el estándar que hoy puede considerarse constitucional y legalmente aceptado por la comunidad.

Todas las disposiciones referidas señalan aspectos diversos del encarcelamiento, aunque no existe uniformidad absoluta en la selección de los criterios que deben considerarse relevantes para la elaboración del estándar.

Con todo, es posible agrupar las regulaciones en torno a ciertas exigencias que, por su recurrente mención en estos instrumentos, pueden considerarse indicadores aceptados sobre la base de un muy amplio consenso.

Estas exigencias, en ocasiones han sido receptadas por la legislación y en muchas otras configuran valores, hoy por hoy indiscutibles, dentro de la comunidad científica y técnica ocupada de la atención de las personas privadas de su libertad.

Con base en ello, consideraré a continuación aquellos requisitos referidos legalmente y aquellos que, a mi juicio, no pueden obviarse en atención al amplísimo consenso que existe a su respecto, que integran el "trato digno" que debe darse a los detenidos. De esta convergencia surgirán cuáles son las condiciones mínimas impuestas al Estado en materia de alojamiento de personas detenidas.

1. Superficie y cubaje mínimos por interno.

Resulta evidente que una de las manifestaciones más claras del encarcelamiento ilegítimo de una persona consiste en su confinamiento en lugares de dimensiones reducidas.

A fin de evitar estas situaciones, la legislación y las regulaciones suelen hacer referencia a la cantidad máxima de internos admisible en un establecimiento o al volumen y superficie con que debe contar cada lugar de alojamiento.

En general, no obstante la técnica utilizada no resulta del todo precisa y siempre está presente el problema acerca de la indeterminación de la sanción que corresponde al incumplimiento.

En el ámbito provincial la ley 12.256 guarda silencio respecto de la asignación de dimensiones concretas a los lugares de encierro aunque la cuestión aparece regulada respecto de la detención en comisarías por el artículo 26 del Reglamento de detenidos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, que establece que "*... Los calabozos a que hace referencia esta Reglamentación deberán poseer las siguientes condiciones mínimas de construcción y seguridad:*

a) *Celdas individuales: 2,80 mts. de largo por 2,00 mts. de ancho por 2,50 mts. de alto...*

b) *celdas comunes: 4,80 mts. de largo por 4,80 mts. de ancho por 2,50 mts. de alto...*".

Las "Reglas Mínimas" de Naciones Unidas tampoco prescriben medidas mínimas exigibles aunque indican que:

"... 10. Los locales destinados a los reclusos, y especialmente aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias mínimas de higiene, habida cuenta el clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación...".

Para el ámbito nacional, el artículo 59 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, Ley 24.660, establece que "*... El número de internos de cada*

establecimiento deberá estar preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento. Todos los locales estarán siempre en buen estado de conservación. Su[s]... dimensiones guardarán relación con su destino y los factores climáticos..."

Resulta especialmente orientadora también la información contenida en la Resolución 12/99 del Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dr. Víctor E. Hortel, de la que me permitiré extraer parcialmente la documentación allí consignada, útil a esta resolución pues refirió en su decisión algunos patrones de diversos organismos internacionales que creo oportuno traer ahora.

Por ejemplo, aquéllos de la Asociación Correccional Americana (ACA), una institución no gubernamental que se ocupa de la certificación de servicios de prestadores privados y estatales en materia de alojamiento penitenciario. Esta institución ha redactado varios manuales de procedimiento que, en el caso de adultos "... señalan que cada prisionero contará con 10,66m (35 pies) de espacio libre. Si permanecen reclusos por períodos superiores a 10 horas diarias, deberán contar con por lo menos 24,38 m² (80 pies cuadrados) en total, incluyendo los muebles y elementos fijos (Norma 3-4128) (conf. Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires, Res. cit.). Instituciones como el Federal Boureau of Prisons (Servicio Penitenciario Federal de los EEUU) refiere en sus resoluciones permanentemente a los estándares de la ACA.

El Sr. Defensor señaló también "... Que en el mismo sentido la Asociación Americana de Salud Pública ha publicado normas carcelarias para todas las áreas que afectan la salud de los prisioneros ('Standars for Health Services in Correctional Institutions', segunda edición) [que] establecen un espacio de por lo menos 18,28 m² (60 pies cuadrados) con por lo menos 2,43m (8 pies) de altura en el caso de celdas individuales, y 21,33 m² (70 pies cuadrados) para reclusos que permanecen allí más de 10 horas diarias. [Conforme con los parámetros de esa institución,] Se prefiere el alojamiento individual, pero si esto no fuera posible y se colocaran dos ocupantes, corresponde duplicar el espacio. No se recomienda el alojamiento grupal, pero en caso de ser utilizado, debe contarse con 18,28m² (60 pies cuadrados) de espacio por recluso...".

También desde otro enfoque internacional, "... conforme surge del 'Rapport annuel d'activité 1994', publicado en Francia por la Dirección de la Administración Penitenciaria (Servicio de la Comunicación, de Estudios y de Relaciones Internacionales), la superficie necesaria por interno a los fines de su alojamiento se calcula siguiendo una tabla de donde surge la superficie y la cantidad de personas a que corresponde la misma. Este indicador comienza con una superficie mínima de 11 m² correspondiente a una persona; de 12 a 14 m² a dos personas; de 15 a 19 m² a tres personas; de 20 a 24 m² a cuatro personas; de 25 a 29 m² a cinco personas; de 30 a 34 m² a seis personas; de

35 a 39 m2 a siete personas; de 40 a 44 m2 a ocho personas; de 45 a 49 m2 a nueve personas; de 50 a 54 m2 a diez personas; de 55 a 64 m2 a doce personas; de 65 a 74 m2 a catorce personas; de 75 a 84 m2 a dieciséis personas y de 85 a 94 m2 a dieciocho personas..." (conf. Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires, Res. cit.).

Por último, en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, el Pliego de Licitación para la Construcción del Complejo Penitenciario III, de la Secretaría de Política Penitenciaria y de Readaptación Social del Ministerio de Justicia de la Nación, también citado por el Defensor General, establece las características comunes a las celdas correspondientes a estos establecimientos del Servicio Penitenciario Federal (Sección II, págs. 110/112): "... entre los requerimientos de la propuesta técnica, se estipula que la celda constituye el espacio personal del interno, proveyendo de esta forma privacidad para sí y seguridad a sus pertenencias. El mobiliario podrá considerar cierto grado de personalización de su lugar. Todas las celdas serán individuales. Tendrán una superficie neta mínima de 8 m2, con un lado menor de 2,20m y 2,50m de altura. El equipamiento será dispuesto de tal forma que deje un espacio libre de ocupación de 3,5 m2 y permita un desplazamiento en línea recta de 3,20 m. Estas dimensiones serán consideradas como mínimas..." (conf. Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires, Res. cit.).

Como es fácil advertir, los criterios son dispares aunque resulta claro que la indicación de una superficie y

de un volumen mínimos admisibles por interno resulta un parámetro necesario para la determinación de las condiciones que ha de tener una celda.

V. Antecedentes administrativos y jurisprudenciales acerca de condiciones de encarcelamiento. Indisponibilidad de potestades *contra legem*. ¿Excepciones o compensación de defectos?

Si bien la afirmación acerca de la conveniencia de adoptar una u otra medida, tiene por fin prescribir su ulterior observación, pues no puede tener otro sentido el establecimiento de una pauta normativa, se ha consentido en muchas ocasiones, aun por vía de la legislación formal, que el número máximo de internos que se determina de esta forma pueda ser superado.

En Gran Bretaña, por ejemplo, los certificados expedidos por el secretario de Estado antes del uso de la celda cuentan con dos valores: uno correspondiente a la capacidad admitida en momentos normales y otro a la correspondiente a los de sobrepoblación (Cf. Livingston y Owen, *Prison Law, Text & materials*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 104, citado por Marcos Gabriel Salt, "Derecho de Ejecución Penal", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal nº 4 y 5, p. 1068, nota 61).

Lo relevante, no obstante, es que siempre existe (o resulta posible construir) un límite a la capacidad de un penal que no puede superarse sin dejar de observar alguna o

varias de aquellas razones que condujeron a su determinación anterior al momento de sobre-alojamiento.

Ello así pues, en la determinación del valor que se estipula en cada caso, son atendidas diferentes razones que van desde la seguridad de los internos y del personal penitenciario, o su higiene o intimidad, hasta cuestiones presupuestarias y, sencillamente, si un número de cupos fue fijado en orden a preservar esos intereses es imposible que su transgresión pueda verificarse sin que, en principio, también se presente una lesión concurrente de aquellos bienes.

Algunas opiniones, empero, parecen sugerir que a pesar de ello cierto nivel de superpoblación puede resultar admisible en ocasiones. De ahí que los expertos de Penal Reform Internacional adviertan al comentar la Regla Mínima 10 de las Naciones Unidas arriba citada "*... que, en casos graves de sobrepoblación, las autoridades administrativas y penitenciarias deberán elaborar un plan para que los internos pasen la mayor cantidad de tiempo posible fuera de las celdas para reducir los efectos nocivos de la sobrepoblación...*" (cit. por Salt, op. cit. p. 1068, nota 62, sin destacado).

Esto parece indicar, en definitiva, que para algunos, aunque excepcional, la superpoblación es una variable no deslegitimante del encarcelamiento de un individuo. Opinión, por cierto, con la que la práctica parece coincidir.

Sin embargo, creo que es incorrecto plantear el problema en estos términos.

Como ya se dijo, no es cierto que el encarcelamiento pueda desarrollarse de cualquier modo pues existen deberes específicos del Estado en tal sentido y es interés del propio Estado respetar esos límites mínimos.

En consecuencia, no puede ser correcto que ciertas excepciones al estándar mínimo posean una entidad tal que conduzca llanamente al establecimiento de un baremo inferior a aquél definido "ex ante".

En tales casos, o bien el estándar mínimo es el correspondiente a los tiempos de superpoblación, y entonces habrá de adecuarse la terminología a fin de que el término "superpoblación" indique de modo restringido que el número de alojados supera el cupo admisible; o bien el estándar debe mantenerse imperturbable y existe efectivamente una transgresión allí donde la capacidad máxima se ve rebasada que hace ilegítimo el encarcelamiento.

La cuestión no puede plantearse de un modo oscuro si se pretende su contralor eficiente.

En consecuencia, establecidos una superficie y un volumen mínimos de habitación, infringe la norma cualquier encierro que no los respete, a menos que se presente una compensación relevante que asegure de igual modo los intereses que las normas relativas a la capacidad de alojamiento protegen.

En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos luego de comprobar en el caso Rhodes vs. Chapman

(1981) que a pesar de la superación de la cantidad de internos admisible existía un servicio de comida adecuado, ventilación suficiente y espacios apropiados para esparcimiento, visitas y estudio, afirmó que la superpoblación no implica necesariamente la violación a la VIII enmienda si no se verifican en el caso concreto los efectos perjudiciales que generen condiciones de vida por debajo de los límites mínimos admitidos.

Con todo, las hipótesis de compensación deben ser tratadas de manera muy cauta. La determinación del espacio correspondiente a un interno, es fruto de una serie de elaboraciones que comprenden ya la consideración del lugar que la higiene, seguridad e intimidad necesarias requieren y a poco que se reflexione sobre ello queda claro que si bien teóricamente es posible formular tal afirmación, es en extremo improbable que en los hechos pueda existir una compensación eficaz que consista en algo distinto a restablecer el nivel de población mínimo admitido por las reglas.

La posibilidad de admitir excepcionalmente alguna infracción a este límite también merece alguna reflexión.

Una vez verificada la infracción, cualquiera de las elaboraciones normativas, jurisprudenciales o doctrinarias relativas a la posibilidad de hacer excepción al límite de cupos, sólo puede resultar razonable si está sostenida por una justificación independiente, lo que nunca ocurrirá sobre la base de que, de todas formas, la superficie es todavía suficiente, pues en ese caso, sólo se estará

diciendo que el estándar mínimo puede infringirse sin ofrecerse más razones para ello que las mismas que legitimaron el establecimiento de la regla original. La nuda afirmación de que la superpoblación es admisible en razón de que está permitida para casos de excepción, conforma una mera petición de principios inválida para demostrar la verdad de la conclusión.

Los supuestos habilitantes para infringir el nivel de alojamiento pueden ser varios, pero sólo, como se dijo, fundados en buenas razones independientes. Por ejemplo, si resultare imperioso alojar durante un día, en un lugar reducido, a los internos de un sector a fin de paliar las consecuencias de un accidente ocurrido en el pabellón que ocupaban. En tal caso, evidentemente se verifica la infracción a la norma que prohíbe el hacinamiento, pero su lesión estaría admitida por el derecho frente al permiso concurrente para rescatar a los heridos del sector dañado.

De tal forma, puede expresarse que las excepciones sólo pueden ser atendidas si están restringidas temporal, espacial y materialmente y si, y sólo si, existe una posibilidad de contralor acerca de la presencia del supuesto excepcionante. El mero interés social en el cumplimiento de las medidas coercitivas no resulta uno de estos supuestos.

La responsabilidad penal o el peligro procesal sólo justifican la procedencia de la pena de prisión o del encierro cautelar, bajo determinadas condiciones y si éstas

no están reunidas, no puede concluirse entonces que el permiso opera ya por la sola existencia del título que ordena legítimamente la prisión. La antinormatividad del encierro en condiciones degradantes no se ve enervada por la presencia de ningún supuesto de excepción cuando sólo concurren las mismas razones que legitimaron el pronunciamiento restrictivo de la libertad.

En consecuencia, en primer lugar, sólo la eficaz compensación de los efectos nocivos del hacinamiento permite afirmar que la infracción a las reglas de cupo máximo no se verifica; luego, cuando tal compensación no concurre, sólo buenas razones independientes pueden hacer admisible tolerar excepcionalmente la inobservancia de los valores mínimos fijados para la capacidad de alojamiento.

La verificación acerca del excesivo número de alojados o, en general de la desobediencia de cualquiera de las pautas mínimas que reglamentan el alojamiento, conforma una presunción muy firme, difícil de derrotar, acerca de la ilegitimidad del encierro.

En este sentido serán utilizados aquí los estándares tanto respecto de la capacidad de alojamiento como los que se desarrollarán en los puntos siguientes acerca de otros aspectos igualmente relevantes respecto del trato debido a las personas detenidas.

Resta entonces precisar qué parámetro es el que considero el mínimo tolerado por el derecho a fin de efectuar a su respecto las consideraciones expresadas en

punto al espacio mínimo que debe asegurarse a cada interno. Sobre la base de las normas y regulaciones referidas estimo que los lugares de alojamiento deben al menos contar con 5m² por interno alojado en él, y que, en aquellos casos en los que la persona privada de su libertad debe permanecer por más de diez horas diarias en su celda, el espacio mínimo con que debe contar es de 8m², de superficie, en ambos casos, en un ámbito con una altura superior a los 2,50m.

1. Aireación.

Otro de los requisitos imprescindibles para afirmar la adecuación legal de un encarcelamiento, resulta la suficiente aireación del lugar de encierro.

El Reglamento de detenidos de la policía provincial, ya citado, expresa que:

"Art. 26... d) Toda celda deberá asegurar luz solar y ventilación directa...".

También el artículo 59 de la Ley 24.660 citado, establece que la ventilación de los establecimientos penitenciarios guardará "relación con su destino y los factores climáticos" y las "Reglas Mínimas", además del punto 10, ya citado, que:

11. "En todo local en que los reclusos tengan que vivir o trabajar: a) Las ventanas... deberán estar dispuestas de manera que pueda entrar aire fresco, haya o no ventilación artificial...".

La Resolución del Defensor Oficial citada refiere a su vez "Que en cuanto a las condiciones ambientales el pliego [para la licitación de un establecimiento federal] prevé una ventilación cruzada que asegure las condiciones de salubridad e higiene del ambiente, con una renovación de 0,5 m3 por minuto por ocupante...".

En función de ello estimo que debe exigirse, como condición mínima de habitabilidad que las celdas de alojamiento posean aireación directa, suficiente para renovar el aire cuyo oxígeno consume el interno alojado durante su estancia.

2. Iluminación.

También el aseguramiento de una iluminación mínima es condición aceptada sobre la base de un amplio consenso.

Las Reglas Mínimas disponen que "... 11. En todo local en que los reclusos tengan que vivir o trabajar: a) Las ventanas tendrán que ser suficientemente grandes para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural... [y que] b) La luz artificial tendrá que ser suficiente para que el recluso pueda leer y trabajar sin perjuicio de su vista...".

El artículo 59 de la Ley 24.660 citado, establece que la iluminación de los establecimientos penitenciarios guardará "... relación con su destino y los factores climáticos..." y el citado pliego de licitación correspondiente al establecimiento federal disponía también "... Que la iluminación artificial asegurará un nivel

mínimo de 300 lux sobre el plano de escritura y la zona del lavatorio... [y que] ...El nivel general de iluminación de la celda será de 100 lux, mientras que la luz nocturna será de 30 lux. La iluminación natural será a través de una superficie con vista al exterior. Los vanos de las ventanas serán de bordes indeformables con una luz no mayor a 12.,5cm en uno de sus sentidos. La superficie vidriada no será inferior en ningún caso al 5% de la superficie de la celda..." (cfr. Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires, Res. cit.)

Sobre esta base, debe existir en cada uno de los lugares de alojamiento la posibilidad de contar con luz natural directa y ésta debe permitir, al menos en algún sector del local, la escritura cómoda del detenido. Asimismo entiendo que deben asegurarse al menos dieciséis horas de iluminación diaria suficiente.

3. Calefacción.

Tampoco puede discutirse la necesidad de asegurar una temperatura ambiente que permita el desarrollo normal de las actividades.

La ya citada Regla 10 del programa de Naciones Unidas dispone la debida calefacción de los locales y también el artículo 59 de la Ley 24.660 citado, entre otras disposiciones similares, establece que la calefacción de los establecimientos penitenciarios guardará "relación con su destino y los factores climáticos".

Así las cosas, consideraré también una condición mínima, sobre la base de las disposiciones referidas, que, para el territorio de la provincia, en atención a sus condiciones climáticas habituales se asegure mediante el debido calefaccionamiento una temperatura mínima de 10° C en los locales destinados al alojamiento de los internos.

4. Cantidad mínima de sanitarios por interno.

La Regla 12 del programa de las Naciones Unidas establece que "... *Las instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente...*".

El artículo 60 de la Ley 24.660 también establece que "... *Los establecimientos deberán disponer de suficientes y adecuadas instalaciones sanitarias y proveerán al interno de elementos indispensables para su higiene...*" y todas las regulaciones antes referidas contienen prescripciones similares.

El contenido del deber es sencillo y en la tarea de establecer un patrón mínimo considerará la utilización plural de los servicios sanitarios y las necesidades habituales de una persona adulta.

Por ello, debe existir al menos un sanitario por cada diez internos, como condición mínima de habitabilidad, con la posibilidad de acceso permanente a su uso por parte de los detenidos.

5. Cantidad mínima de duchas con agua caliente por interno.

Según las "Reglas Mínimas", "... 13. *Las instalaciones de baño y de ducha deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda y sea requerido a tomar un baño o ducha a una temperatura adaptada al clima y con la frecuencia que lo requiera la higiene general según la estación y la región geográfica, pero por lo menos una vez por semana en clima templado...*". La regla 15, a su vez, afirma que los reclusos "... *dispondrán de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza...*".

Nuevamente, es manifiesto el fundamento de una exigencia en este sentido y creo que debe exigirse, mínimamente la existencia de una ducha con agua caliente de acuerdo a las necesidades del clima cada quince internos, por lo menos.

6. Cantidad de camas por interno.

La regla 15 de Naciones Unidas afirma que los reclusos "... *dispondrán de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza...*" y "... *en conformidad con los usos locales y nacionales, de una cama individual suficiente, mantenida convenientemente y mudada con regularidad a fin de asegurar su limpieza...*".

El pliego de licitación para un instituto federal ya referido establecía "... *Que el equipamiento típico constará de una cama, una superficie para escritura con un plano próximo para sentarse, un lugar para guardar*

ordenadamente efectos personales y ropa. Las instalaciones sanitarias estarán compuestas por un lavatorio, una superficie espejada y un inodoro. Existirá una comunicación de dos vías (transmisión de voz en ambos sentidos) con el puesto del agente correccional. El diseño de las superficies de la celda y su equipamiento facilitarán la limpieza. Los colchones y almohada serán autoextinguibles...". (cfr. Defensoría General, Res. cit.)

En consecuencia, es claro el deber de que exista una cama por cada interno, aislada del suelo y con las dimensiones adecuadas al descanso apropiado de una persona detenida de acuerdo con sus necesidades.

7. Privacidad para el descanso.

Parece discutible que el alojamiento nocturno individual se encuentre ordenado, más allá de que todas las normas en examen tiendan a su establecimiento progresivo.

La Ley de Ejecución Penal Bonaerense ya citada, al regular el régimen de procesados dispone que éstos "*... deberán alojarse dentro de las posibilidades edilicias, en celdas individuales, debiéndose poner en conocimiento de la Jefatura del Servicio Penitenciario dicha circunstancia, si ello no pudiese ocurrir...*" (art. 74, sin destacado).

En sentido similar, establece respecto de los condenados ubicados en el régimen semiabierto que éstos "*... dispondrán de alojamiento individual, pudiendo... alojarse en dormitorios colectivos que garanticen su privacidad...*" (art. 135), mientras que los que revistan en

el régimen cerrado, en sus modalidades moderada y severa, "... se alojaran en celdas individuales que permanecerán cerradas durante su tiempo de ocupación. Estarán dotadas del correspondiente módulo sanitario, cumpliendo con los requisitos de habitabilidad que prescriben las normas legales vigentes...", pudiendo "... en la forma moderada" "contemplarse la alternativa de dormitorios para pequeños grupos especialmente seleccionados..." (art. 151). Disposiciones similares aparecen contenidas en los artículos 81, 82, 83 y 124 de la ley.

A su vez, las "Reglas Mínimas", prescriben que:

9.1 "... Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual..." [y que]

9.2 "Cuando se recurra a dormitorios, éstos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones..."

Así, aunque las normas no exigen de manera taxativa el alojamiento individual nocturno, sin perjuicio de la tendencia en ese sentido, es indispensable que el descanso diario esté garantizado de manera tal que pueda desarrollarse en un ámbito sereno y seguro.

8. Contacto diario con el aire libre, con posibilidad de desplazamiento.

La Regla 21 de Naciones Unidas establece que "... 1) *El recluso que no se ocupe en un trabajo en aire libre deberá disponer, si el tiempo lo permite, de una hora al día por lo menos de ejercicio físico adecuado al aire libre.* 2) *...recibirán durante el período reservado al ejercicio una educación física y recreativa. Para ello se pondrá a su disposición el terreno, las instalaciones y equipo necesario...*".

En igual sentido es compartido este criterio por todas las regulaciones referidas por lo que debe verificarse esta efectiva posibilidad de acceso a espacios abiertos, con la consiguiente facultad de desplazarse a través de ellos, a fin de poder predicarse la legalidad de un encarcelamiento.

9. Posibilidad de acceder a un servicio médico.

El artículo 153 de la ley provincial dispone que "... *Las necesidades referidas a las áreas de salud, higiene y alimentación de los internados serán cubiertas por el Servicio Penitenciario salvo excepciones debidamente fundadas, mediando la autorización de la Dirección de Sanidad...*", razón por la cual, sin perjuicio del prestador competente para cada situación, sólo asegurando la posibilidad de contar con atención médica adecuada puede desarrollarse el encarcelamiento legítimo de una persona.

10. Posibilidad de acceder al sistema educativo.

Similares consideraciones trae la ley de ejecución provincial respecto de la posibilidad de acceder a un régimen de estudios apropiados, por lo cual deberá garantizarse, como condición mínima, el aseguramiento de la escolaridad obligatoria en el ámbito de reclusión. (cfr. arts. 9.6, 31, 32, 33 y 87, ley 12.256)

11. Posibilidad de acceder a un trabajo.

Igual consideración merece la posibilidad de acceder a un trabajo durante el encarcelamiento (cfr. arts. 9.6, 34 a 39, 88 y 80, ley 12.256). Debe ofrecerse una tarea a cada persona privada de su libertad, afín a sus necesidades e intereses.

12. Adecuada alimentación.

Por último, el referido artículo 153 de la ley 12.256 establece que el servicio de alimentación será cubierto por el servicio penitenciario a fin de satisfacer el derecho que asiste a los detenidos de recibir una dieta adecuada (arts. 9.4 y 76), normas en función de las cuales el Estado queda obligado a ofrecer una nutrición diaria suficiente a las personas privadas de su libertad.

En síntesis, el alojamiento legítimo de una persona, requiere como mínimo que se respeten las pautas referidas, esto es:

1. Superficie de 5 u 8 metros cuadrados como mínimo por cada interno alojado, según éste

desarrolle actividades en otros lugares o deba permanecer en su celda por más de diez horas diarias. En ambos casos en un local de una altura mínima de 2,50m.

2. Aireación directa de los lugares de alojamiento que, en función del cubaje, resulte adecuada para renovar el oxígeno requerido para la normal respiración de los internos.
3. Iluminación suficiente durante al menos 16 horas diarias, con la posibilidad de contar durante algún lapso con luz natural directa. En algún sector del local de alojamiento la iluminación debe permitir la lectura cómoda del interno alojado.
4. Calefacción que asegure en el territorio de la provincia una temperatura de al menos 10° C en los locales destinados al alojamiento de los internos.
5. Instalación de al menos un sanitario por cada 10 internos alojados, con la posibilidad de acceso permanente a su utilización.
6. Instalación de al menos una ducha con agua caliente de acuerdo a las necesidades del clima, por cada quince internos alojados.
7. Instalación de una cama por interno, adecuadamente aislada del suelo y con las dimensiones necesarias para el descanso apropiado del interno, con provisión de la correspondiente ropa de cama regularmente aseada.

8. Aseguramiento del descanso diario de cada interno en un lugar sereno y seguro.
9. Contacto diario de los internos con el aire libre, durante al menos una hora, con la posibilidad de desplazarse sobre los espacios abiertos.
10. Acceso a un servicio médico.
11. Acceso al sistema educativo obligatorio.
12. Posibilidad de acceso a un trabajo afín a las necesidades e intereses del interno.
13. Adecuada alimentación diaria.

Estas pautas han sido fijadas por esta Sala Tercera (causa N° 14.450/III^a), como condiciones mínimas para el alojamiento de las personas que se encuentran detenidas a nuestra disposición. Con base en ello, se han iniciado cuadernos de vida penitenciaria por cada uno de nuestros detenidos, y en dichos expedientes se han comunicado a las autoridades del Servicio Penitenciario que vigilan diariamente el encarcelamiento, sobre los estándares que las detenciones deben cumplir, con la obligación de informar cualquier modificación sobre estas.

VI. Lo carcelario bonaerense. Su caracterización normativa. Jurisprudencia nacional e internacional.

Un estado de hacinamiento carcelario extremo como el existente en el Servicio Penitenciario Bonaerense resulta de evidente ilegitimidad por presentarse inmediatamente repugnante al tratamiento digno de las personas. No se requiere esfuerzo intelectual alguno para concluir que el encarcelamiento que aquí se trata, de ejercitarse, se cumpliría bajo condiciones violatorias de las normas precitadas.

Reafirmo que en las cárceles bonaerenses predominan la insanidad, la inseguridad y la vida carcelaria se torna así en un modo de castigo por su consistencia, castigo prohibido expresamente por la Constitución Nacional. Apareja además la caducidad de todos los derechos de las personas implicadas en el fenómeno carcelario no interferidos por la medida de coerción o por la pena. El hacinamiento, junto con la libertad ambulatoria limitada por la medida restrictiva, hace desaparecer el derecho a la integridad del cuerpo como parte del derecho a la vida, tanto por consecuencia de la inseguridad que el sistema hiper-hacinado apareja, como por el colapso que padecen los servicios de salud dispuestos para la vida intra-muros, por cierto no dimensionados a la masividad del encarcelamiento actual.

Existe en el interior de las celdas bonaerenses entonces, no sólo vulneración permanente de la seguridad de los encarcelados, sino también de su salud e integridad psico-física, tanto por el encierro permanente de personas en espacios mínimos, que hace descender la disponibilidad

de oxígeno y determina un inmovilismo físico permanente, como por las enfermedades proliferantes en todo conglomerado hacinado en condiciones de insanidad e indigencia, que van desde micosis diversas y sarna, hasta tuberculosis triplemente resistente, hepatitis, H.I.V., etc.

La provisión de un lugar con aire y luz natural, superficie suficiente, que satisfaga las exigencias de higiene, con instalaciones sanitarias suficientes, calefacción, agua caliente, una cama individual con ropa adecuada que proteja contra las inclemencias del tiempo y el aseguramiento de un ambiente también adecuado a las contingencias climáticas, que permita la privacidad y la seguridad respecto del medio e infraestructura cuanto frente a los ataques de otras personas, con la posibilidad de gozar de una hora diaria de ejercicio al aire libre, a quienes se encuentran privados preventivamente de libertad, son condiciones inherentes a la condición humana que no respetan las unidades penitenciarias.

El comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en sus observaciones finales al tercer informe periódico presentado por Argentina, expresó su preocupación por el hecho de que las condiciones de detención en las prisiones no cumplen los requisitos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité declaró que la severa sobrepoblación y la pobre calidad de los servicios prestados a los detenidos respecto a sus necesidades básicas, particularmente en lo que respecta a

alimentación, ropa y atención médica eran incompatibles con las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina; y observó que "... las condiciones reinantes en las cárceles no se ajustan a las previstas en los artículos 7 y 10 del Pacto y considera que la gran superpoblación y la mala calidad en la prestación de servicios y la satisfacción de necesidades fundamentales, como la alimentación, la ropa y la asistencia médica, son incompatibles con el derecho de toda persona a un trato humano y con el respeto de la dignidad inherente al ser humano...". (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, de 1º de noviembre de 2000, párrafo 11, documento de Naciones Unidas CCPR/CO/70/ARG de 3 de noviembre de 2000)

Por su parte, el Grupo de Trabajo sobre la detención Arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas manifestó su preocupación por las condiciones que encontró en la mayoría de los centros de detención que visitó en Argentina y consideró que el problema "... parece ser la sobre población de los centros de detención. En muchos centros visitados el Grupo comprobó que las celdas albergaban a mas del doble de detenidos que aquellos que su capacidad física permitía... varios agentes se quejaron de que no existía personal suficiente para permitir la salida de detenidos de sus celdas. La delegación comprobó también las malas condiciones sanitarias, sin acceso a servicios mínimos de higiene y desagüe; detenidos enfermos que no recibían medicación; detenidos con sarna y colchones con

garrapatas. En varios centros de detención visitados, los detenidos deben defecar sobre bolsas de polietileno...". (citado en el Amicus curiae presentado por la Comisión Internacional de Juristas, Human Rights Watch y la Organización Mundial contra la Tortura ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el expte. 856)

En consecuencia y conforme lo afirma Marcos Salt "... si el Estado no cumple con esta condición, esto es, encierra a las personas en establecimientos carcelarios que no reúnen las condiciones mínimas de alojamiento o no brinda un trato adecuado, el encierro se torna ilegítimo y deben preverse los mecanismos jurídicos para hacerlo cesar. De la misma manera en que, por ejemplo, no estamos dispuestos a admitir que el estado pueda privar de libertad a una persona sin una resolución emanada de una autoridad judicial competente, debemos arribar a la misma conclusión restrictiva del poder estatal en los casos en que el encierro carcelario se materializa en cárceles que no reúnen las condiciones de dignidad garantizadas normativamente...". (Rivera Beiras, Iñaki, Salt, Marcos Gabriel; Los derechos fundamentales de los reclusos; Del Puerto, 1999, pág. 214)

La jurisprudencia no ha sido totalmente ajena al reconocimiento de esta cuestión. En un caso referido en la obra citada de Salt la Sala 2º de la Cámara Penal de Morón resolvió ordenar la libertad e menores, bajo la guarda de los padres y supervisión a cargo del Juez de la causa, afirmando que "... Corresponde dejar en libertad, bajo

guarda efectiva de sus padres y sin perjuicio del control que debe ejercer el juez interviniente y la prosecución de la causa, a los menores que debiendo ser trasladados a un instituto de minoridad, no fueron aceptados en el mismo por carecer de capacidad y comodidades adecuadas..." (Causa L. R., D. Y otros" resuelta por la Sala II de la Cámara Penal de Morón, 18 de mayo de 1988).

Resulta interesante señalar cuál ha sido el alcance que distintos órganos del sistema internacional de protección de derechos humanos, han reconocido a los derechos de las personas privadas de libertad.

En enero de 1995, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos un caso contra la República de Perú, en el que se planteaba que el régimen de vida al que había sido sometida la Sra. María Loayza Tamayo, había deteriorado su salud.

En este caso la Corte encontró probado que a Loayza Tamayo "... se le puso en una celda muy reducida, sin ventilación ni luz natural, con media hora de sol al día, con aislamiento celular continuo y con un régimen de visitas sumamente restringido...", y concluyó que "... el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas... constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana...". (CIDH,

"caso Loayza Tamayo", sentencia del 17 de septiembre de 1997, parr. 46 k. y 58)

Este mismo tribunal, en otro caso decidió que el tratamiento otorgado a Suárez Rosero en una penitenciaría del Ecuador resultaba cruel, inhumano y degradante, en tanto durante su detención "... fue mantenido en una celda húmeda y subterránea de aproximadamente 15 metros cuadrados con otros 16 reclusos, sin condiciones necesarias de higiene y se vio obligado a dormir sobre hojas de periódico y los golpes y amenazas a los que fue sometido durante su detención...". (CIDH, "caso Suárez Rosero", sentencia del 12 de noviembre de 1997, parr. 91 y 92)

A su vez, en noviembre de 2004 la Corte Interamericana indicó que "... las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención (...) De conformidad con el artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de

visitas constituyen una violación a la integridad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que respeten sus derechos fundamentales y una vida digna...". (CIDH, "caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú", sentencia del 25 de noviembre de 2004, parr. 101 y 102)

Por su parte el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, luego de constatar que el penal de Yanamayo (Perú) cuenta con celdas pequeñas, sin ventilación, sin luz natural, sin calefacción, con malas alimentación y deficientes medidas sanitarias, consideró el establecimiento debía cerrarse. (Cfr. ONU Comité Contra la Tortura, Investigación en relación con el art. 20: Perú 16/05/2001. A/56/44, par. 144-193, citado en el caso de Lori Berenson)

La Corte Europea de Derechos Humanos, el 15 de julio de 2002 se expidió en el "caso Kalashnikov v. Russia" sobre condiciones de detención. En esta oportunidad sostuvo que la sobrepoblación, la falta de ventilación, el encierro de aproximadamente 22 horas al día, en un espacio reducido, sin privacidad constituye un trato degradante. Asimismo aceptó "... que en el presente caso no hay indicios que hubiera una positiva intención de humillar o degradar al peticionante. Sin embargo, aunque la pregunta sobre si el propósito del trato era humillar o degradar a la víctima es un factor a tener en cuenta, la ausencia de ese propósito no puede excluir el encontrar una violación del art. 3 de la Convención (...) las condiciones de detención del

solicitante, en particular la severa superpoblación y el ambiente insano y su efecto negativo en la salud del solicitante y su bienestar, combinado con la duración del período en el que el solicitante estuvo detenido en esas condiciones, significan trato degradante. De acuerdo a ello a habido una violación del Art. 3 de la Convención...". (CEDH, "caso Kalashnikov V. Russia", sentencia del 15 de julio de 2002)

VII. Asunción de los hechos, subsunción legal de los mismos. La solución del caso.

Ahora bien, ¿cuál es la consecuencia que debe seguirse del estado de detención verificado?

El estado del sistema penitenciario bonaerense, contradice el sistema normativo desde la cúspide hasta el reglamento de menor jerarquía y pone a los jueces ante el dilema de ordenar hechos con ceguera respecto del Derecho en lo que implique encarcelamiento de personas. A mi juicio los jueces tenemos vedado ese modo de ejercicio de nuestra función. No estamos habilitados a cumplir parcialmente con el sistema normativo, que debe considerarse como una integridad indivisible, cuyas reglas deben cumplirse no a costa de otras reglas del mismo sistema. Mucho menos a costa de vidas humanas que diariamente se cercenan, se ponen en peligro, se degradan al interior de los muros carcelarios bonaerenses.

No desconozco la posición de una parte de los jueces de lo penal que consideran que el problema de las condiciones del encarcelamiento de las personas no es de su incumbencia a pesar de la creación de Fuero de Ejecución dentro del sistema de la Ley 11.922 y de su implementación sin órganos para sobrecarga de los existentes. Les responde suficientemente el texto mismo del párrafo segundo del art. 18 de la Constitución Nacional, la Ley Nacional 24.660, la Ley Provincial 12.256 y el Sistema Procesal vigente (Art. 25 y cctds. 11.922).

Tampoco desconozco la vertiente argumental que considera comprometidos a los jueces en una suerte de servicio a las ideas de "seguridad policial" que se propagandizan como mayoritarias. Sean tales o no - mayoritarias digo-, me refiero a las ideaciones o ideologías que implican a la judicatura en lo que se nombra como la "defensa social", como si fueran los jueces servidores de ésta como partes del sistema político. Respondo: los jueces sólo se encuentran sujetos a la ley. Por eso dice Ferrajoli:

"... La sujeción sólo a la ley, como premisa sustancial de la deducción judicial y a la vez única fuente de legitimación política, expresa, pues, la colocación institucional del juez. Esta colocación -externa a los sujetos en causa y al sistema político y extraña a los intereses particulares de unos y generales del otro- se hace patente en el requisito de la imparcialidad y tiene su justificación ético-política en los dos valores -la

búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales- antes asociados a la jurisdicción. El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa. Al mismo tiempo, no tiene por qué ser un sujeto "representativo", puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, o incluso de la totalidad de los asociados lesionados... al contrario que el poder ejecutivo o el legislativo, que son poderes de mayoría, el juez juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, para la tutela de la libertad de la minoría..." (Autor citado, "Derecho y razón", pag. 579/8, Editorial Trotta -1998).

El juez de lo penal no puede elegir ubicarse en la prescindencia frente a una barbarie carcelaria como la que actualmente está vigente en la Provincia de Buenos Aires, tras conocer los datos y estadísticas arriba enunciados que surgen de los registros públicos de las agencias respectivas. En este sentido la misma CIDH exige la fiscalización judicial de la detención con el fin de proteger el bienestar del detenido y evitar la violación de derechos humanos. (Informe 2/97, párrafo 11, citado en "Límites temporales de la prisión preventiva", Sergi,

Natalia, Nueva Doctrina Penal 2001 A. Ed. Del Puerto, Bs. As., 2001).

Por otra parte, a partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia en causa 856, y lo resuelto en consecuencia por la Suprema Corte de la Provincia con fecha 11 de mayo, no hay dudas que para un Juez en lo Penal, el interrogarse y operar sobre las condiciones en que se ejecutan los encarcelamiento en la Provincia, no es sólo una opción sorteable, sino un camino obligatorio. Sin perjuicio de pensar personalmente que siempre lo fue, la palabra de los Jueces de la Corte Suprema Nacional, no deja lugar a duda ni discusión al respecto.

En anteriores ocasiones se ha ordenado que el encarcelamiento confirmado por ésta Alzada, se cumpla bajo las condiciones constitucionales y legales.

El sistema carcelario bonaerense está agotado y degradado. Esta situación es en mayor o menor medida la realidad del sistema carcelario argentino. El motín ocurrido en el penal n° 2 de Córdoba el 11 de febrero del corriente año, no fue mas que una muestra de la degradación, violencia e inseguridad que se vive a diario en las cárceles nacionales y provinciales. El Tribunal que integro tiene competencia derivada sobre los encarcelamientos preventivos que se establecen en su jurisdicción territorial. Corresponde que se cumpla la Constitución Nacional y cese la coonestación judicial de encarcelamientos que so pretexto de seguridad imponen a las

personas que los sufren, severidades e inhumanidades prohibidas por el derecho.

La responsabilidad penal o el peligro procesal sólo justifican la procedencia de la pena de prisión o del encierro cautelar, bajo determinadas condiciones y si éstas no están reunidas, no puede concluirse entonces que el permiso opera ya por la sola existencia del título que ordena legítimamente la prisión. Los jueces no podemos ordenar encierros en prisiones que conlleven peligro para la vida o integridad de la persona o sean inhumanos, indignos, insanos e inseguros.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde disponer que el Sr. Juez de Garantías, en su función de Juez de ejecución de la medida de coerción (art. 25 del CPP ley 11.922 y modif.), constate si el lugar de alojamiento de Sergio Eduardo Fondati cumple con las condiciones de encarcelamiento previstas en el art. 18 de la CN, según lo dispone la CSJN en autos: "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales..." del 3 de mayo de 2005, receptado por la S.C.B.A. mediante acuerdo N° 58, del 11 de mismo mes y año, y en caso negativo intime al Poder Ejecutivo bajo apercibimiento de ley, a otorgar en plazo perentorio una plaza penitenciaria o cualquier otro espacio de contención física que cumpla con en esas condiciones.

En el supuesto de no cumplir el Poder Ejecutivo con otorgar un alojamiento para D. O., que se adecue a los estándares constitucionales, debe el Sr. Juez "a quo"

intimar a dicho Poder para que brinde los medios infraestructurales y humanos para cumplir alguna de las medidas morigeradoras de la prisión preventiva. Finalmente en el caso de no proporcionar el Poder Ejecutivo ninguna de las modalidades internativas que se adecuen a los estándares constitucionales, corresponderá al Sr. Magistrado "a quo" suspender el cumplimiento de la coerción física de Fondati mediante alguna de las medidas alternativas de la prisión preventiva, hasta el momento en que el Estado de cumplimiento a las obligaciones a su cargo en materia de detención de personas. (Arts. 18, 75 inc. 22 y ccdts. de la CN; Arts. 1, 25, 26 y ccdtes de la DADyDH; Arts. 3, 5, 9 y ccdts de la DUDH; Arts. 1, 5, 6, 7.6 y ccdts. de la CADH; Arts. 9, 10 y ccdts. del PIDCyP; Arts. 16 y ccdts. de la CTyTPCIyD; Arts. 30 y ccdts. de la C. Provincia de Buenos Aires; ley Nacional 24.660 y ley Provincial 12.256)

Así lo voto.

La Sra. Juez Celia M. Vazquez dijo:

Salvo en el punto referido al cambio de calificación legal, adhiero al voto de mi colega preopinante.

Conforme ha quedado "prima facie" acreditado que ocurrió el hecho en investigación, considero que la calificación legal adecuada es la de homicidio culposo en concurso ideal con robo calificado por el uso de armas. (arts. 54, 84 y 166 inc. 2º del CP)

El art. 165 del Código Penal abarca el supuesto de concurso ideal entre el robo (en grado de tentativa o consumado) y el homicidio (arts. 164 y 79 del Código Penal).

Por tanto, quedan excluidos de dicha figura legal, por una parte, todos los supuestos de homicidios no dolosos -a los que se aplican las reglas generales de concursos- y, por otra, todos los casos de homicidio final o conexo, en los que el autor tiene la finalidad de cometer el homicidio como medio para "preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito" - universo de supuestos abarcados por el tipo penal contenido en el artículo 80, inc. 7º del Código Penal-.

En el caso, más allá de que la muerte se haya producido en el contexto de una acción de desapoderamiento, no podemos considerar que nos encontramos ante un homicidio doloso como el exigido para la aplicación del art. 165 del CP, sino solo ante un homicidio culposo que concurre idealmente con el delito de robo calificado (arts. 54, 84 y 166 inc. 2º del CP).

En otra palabras, la muerte de F. se produjo como consecuencia de haber sido atropellado al menos por un vehículo, y si bien F. había comenzado a cruzar la autopista ante la intimidación de arma blanca que le ejercía D. O., no podemos decir que este se haya representado el resultado obtenido, sin embargo en atención al contexto en el que se desarrollaron los hechos -intimidación con un arma blanca en la banquina de una autopista-, si podemos atribuir la muerte a su obrar imprudente.

Si bien con este cambio que se propone no trae aparejada la libertad actual del imputado, dicha modificación puede repercutir en decisiones futuras en las que sí se involucre su libertad.

Esta disminución sustancial de la escala penal, si bien respecto de una clasificación precaria y que no tiene incidencia en el juicio, como por otra parte lo son todas las calificaciones a los efectos de la medida de coerción, puede tener directa influencia en la intensidad de la medida de coerción sufrida.

Tal es mi voto.

El Sr. Juez Gustavo A. Herbel dijo:

He de adherir al voto del Juez Borrino en cuanto propone no dar trato al cambio de calificación legal solicitado, dado que su eventual modificación no tiene implicancias en la cautelar que viene soportando el imputado, ello en la inteligencia de que expedirse por un cambio de encuadramiento jurídico que no varía su situación, devendría actividad jurisdiccional dispendiosa en la medida que carece de relevancia para el imputado a los efectos de la presente resolución, sin perjuicio que en el futuro pudieran realizarse planteos sobre el punto que sí permitan favorecerlo.

La razón es sencilla, la jurisdicción tiene por cometido decidir sobre situaciones concretas (resolver la litis) y le es ajeno realizar declaraciones que no tuvieran efectos inmediatos en el proceso. En el caso, estamos ante

un debate jurídico sobre una calificación legal precaria que no determina decisiones actuales que varíen la coerción dispuesta ni fija el objeto del futuro plenario. Ello toda vez que la modificación propuesta no disminuye la cautelar sufrida por el imputado; y si en un futuro dicho cambio pudiera repercutir en su situación, sería aquella la oportunidad en la cual el tribunal debiera expedirse, quizá con mayores elementos de juicio y si es que el proceso no fue ya resuelto (sea por sobreseimiento o por sentencia)

En el sistema procesal nacional existe la posibilidad de impugnar un procesamiento dictado sin prisión preventiva, por tanto es posible agravarse de una calificación legal que se considera errónea (cf. Arts. 306, 311 y cc. CPPN). Por el contrario, nuestro rito adolece de tal auto procesal y sólo es impugnabile la prisión preventiva -decisorio que, además, no requiere obligatoriamente la calificación legal-; en consecuencia el eventual cambio de encuadramiento jurídico solo adquirirá relevancia en tanto pueda causar la modificación de la intensidad de la cautelar dispuesta, pues de otro modo estaríamos ante una expresión jurisdiccional meramente declarativa (sin efectos en el proceso) y ajena al objeto del recurso, es decir, variar la prisión preventiva (art. 157 y tésis del 25 inc. 5 CPP).

Ahora bien, coincido en que la situación de las cárceles bonaerenses, descripta en el voto del juez Borrino contraviene los derechos legales y constitucionales de las personas privadas estatalmente de su libertad en la

Provincia de Buenos Aires. Por ello es que, según entiendo, corresponde **DISPONER** que el Sr. Magistrado "a quo" constate si el lugar de alojamiento de D. D. O. cumple con las condiciones de encarcelamiento previstas en el art. 18 de la CN, según dispone la CSJN en autos: "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales..." del 3 de mayo de 2005, receptado por la SCBA mediante el acuerdo N° 58, del 11 de mismo mes y año. En caso negativo, intime al Poder Ejecutivo a otorgar en término perentorio una plaza penitenciaria o cualquier otro espacio de contención física que cumpla con esas condiciones, bajo apercibimiento de ley. Para el supuesto de que dicho poder no cumpla con otorgar un alojamiento que se adecue a los estándares constitucionales, deberá requerírsele informe sobre los medios de infraestructura y recursos humanos disponibles, para de acuerdo con ello, analizar la posibilidad de aplicar alguna medida morigeradora de la prisión preventiva, bajo la modalidad y condiciones que estime idóneas para el caso. (Arts. 18, 75 inc. 22 y ccdts. de la CN; Arts. 1, 25, 26 y ccdtes de la DADyDH; Arts. 3, 5, 9 y ccdts de la DUDH; Arts. 1, 5, 6, 7.6 y ccdts. de la CADH; Arts. 9, 10 y ccdts. del PIDCyP; Arts. 16 y ccdts. de la CTyTPCIyD; Arts. 30 y ccdts. de la C. Provincia de Buenos Aires; ley Nacional 24.660 y ley Provincial 12.256; art. 25 del CPP ley 11.922).

Sin perjuicio de lo expuesto, debo apartarme del voto del Juez Borrino en cuanto establece que ante el incumplimiento de las condiciones adecuadas de detención

por parte del Poder Ejecutivo, se suspenda automáticamente la coerción impuesta al procesado.

Ello, en la inteligencia de que la división de poderes tiene por fin el control recíproco para observancia del programa constitucional, sin que las falencias de uno (sistema penitenciario colapsado) habilite la desatención de las obligaciones propias del otro (aplicar la coerción imprescindible en el caso), y por el contrario, según entiendo, la defección de ambos se suman como incumplimientos del Estado frente a los habitantes del territorio.

En efecto, aún cuando las premisas de partida son correctas (ilegitimidad de las condiciones de detención), la conclusión de disponer a priori la suspensión de la coerción, además de desatender el nivel de riesgo procesal advertido, desactiva a la justicia penal como instrumento de la paz social; y es que la autoanulación de la judicatura en su función de aplicar racionalmente coerción, priva al imputado de tutela judicial en la materia, desde que deriva la administración de la violencia subyacente en el conflicto penal a otras agencias menos preparadas para limitar sus efectos.

En otras palabras, puede dejar al imputado librado a la "...mayor reacción -informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal- que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella..." (Ferrajoli, luigi;

"Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", Madrid, 1995, Editorial Trotta, pág.: 332).

Es mi voto.

Por ello, el Tribunal,

RESUELVE:

I. POR UNANIMIDAD DECLARAR ADMISIBLES los recursos de apelación interpuestos a fs. 127/132 por el Sr. Defensor Oficial Alberto Pickenhayn, y a fs. 125vta. por el imputado. (arts. 164, 421, 433, ss. y cc. del CPP)

II. POR MAYORÍA NO HACER LUGAR a los recursos interpuestos, y **CONFIRMAR** el auto de fs. 114/118 del principal, por el cual se convierte en prisión preventiva la detención de **D. D. O., en orden al delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del CP)**, conforme los motivos expuestos en el Considerando. (arts. citados del C.P. y arts. 146, 148.1º, 157, 158 y cc. del CPP)

III. POR UNANIMIDAD DISPONER que el Sr. Magistrado "a quo" constate si el lugar de alojamiento de D. D. O. cumple con las condiciones de encarcelamiento previstas en el art. 18 de la CN, según lo dispone la CSJN en autos: "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales..." del 3 de mayo de 2005, receptado por la S.C.B.A. mediante acuerdo N° 58, del 11 de mismo mes y año. En caso negativo, intime al Poder Ejecutivo bajo apercibimiento de ley, a otorgar en plazo perentorio una plaza penitenciaria que cumpla con esas

condiciones o cualquier otro espacio de contención física que cumpla con en esas condiciones.

IV. POR MAYORÍA DISPONER que en el supuesto de no cumplir el Poder Ejecutivo con otorgar un alojamiento para D. D. O., que se adecue a los estándares constitucionales, **DEBERÁ** el Sr. Juez "a quo" **INTIMAR** a dicho Poder bajo apercibimiento de ley para que brinde los medios infraestructurales y humanos para cumplir alguna de las medidas morigeradoras de la prisión preventiva.

V. POR MAYORÍA DISPONER que en el caso de no proporcionar el Poder Ejecutivo ninguna de las modalidades internativas que se adecuen a los estándares constitucionales, corresponderá al Sr. Magistrado "a quo" suspender el cumplimiento de la coerción física de O. mediante alguna de las medidas alternativas de la prisión preventiva, hasta el momento en que el Estado de cumplimiento a las obligaciones a su cargo en materia de detención de personas. (Arts. 18, 75 inc. 22 y ccdts. de la CN; Arts. 1, 25, 26 y ccdtes de la DADyDH; Arts. 3, 5, 9 y ccdts de la DUDH; Arts. 1, 5, 6, 7.6 y ccdts. de la CADH; Arts. 9, 10 y ccdts. del PIDCyP; Arts. 16 y ccdts. de la CTyTPCIyD; Arts. 30 y ccdts. de la C. Provincia de Buenos Aires; ley Nacional 24.660 y ley Provincial 12.256; art. 25 del CPP ley 11.922; Reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas)

VI. Regístrese, notifíquese y devuélvase.