

RESOLUCIÓN EN PLENO: En la ciudad de Santa Rosa, capital de la Provincia de La Pampa, a los dieciséis días del mes de diciembre de dos mil trece, se reúne en pleno el Tribunal de Impugnación Penal integrado por los jueces Pablo T. Balaguer, Verónica E. Fantini, Carlos A. Flores y Filinto B. Rebechi, asistidos por la Secretaría, María Elena Grégoire, a fin de resolver el hábeas corpus colectivo y correctivo interpuesto ante este Tribunal con fecha 9 de septiembre del corriente año por el Defensor General de la Provincia de La Pampa Eduardo Luis Aguirre y el Defensor Oficial de Ejecución Penal Alejandro Osio, y registrado como Legajo n° 9221/2, caratulado: "CHENA, Roberto Emanuel y otros S/ Hábeas corpus colectivo" del que **RESULTA**,

1) Que los Defensores Generales Eduardo L. Aguirre y Alejandro J. Osio interpusieron hábeas corpus colectivo y correctivo respecto de los detenidos condenados por tribunales ordinarios pampeanos que actualmente se encuentran purgando sus penas en establecimientos carcelarios del Servicio Penitenciario Federal ubicados en otras provincias, o los que habiendo sido condenados, todavía permanecen en dependencias policiales pampeanas y corran el riesgo de ser trasladados en un futuro a prisiones situadas fuera de los límites de la provincia.

En su presentación explican que la acción de hábeas corpus constituye la vía adecuada para el resguardo de los detenidos alojados en cárceles en otras provincias, por cuanto la situación descripta constituye un agravamiento ilegítimo de las condiciones de su detención, a cuyos efectos ofrecen prueba.

Preliminarmente describen la situación histórica del cumplimiento de la pena privativa de la libertad de los condenados por la justicia provincial pampeana, consistente en la decisión político criminal de no crear un servicio penitenciario provincial y, convenios mediante entre el gobierno provincial y el Ministerio de Justicia de la Nación, alojar a aquéllos en los establecimientos del Servicio Penitenciario Federal.

En definitiva, los defensores manifestaron que se afecta en principio, el derecho a la integridad personal; el derecho a la dignidad humana; el derecho a la intrascendencia de la pena y a la readaptación social (art. 5.2, 5.3 y 5.6 C.A.D.H.) en relación con la obligación de respetar derechos (artículo 1.1 de la Convención); de acatar disposiciones del derecho interno (artículo 2 C.A.D.H.), dada la condición de garante del Estado respecto de cualquier persona bajo su custodia. Como así también que los trasladados importan un incremento ilegítimo del dolor derivado de la privación de la libertad de los internos, único derecho que puede serles convencional y constitucionalmente limitado por el Estado, conspirando también contra la reintegración social del condenado.

Los presentantes sostienen que las distancias a las que son trasladados los penados tornan virtualmente imposible el derecho a recibir visitas de sus familiares (principio 19 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, ONU y Regla 37 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos de la ONU), la facilitación y estímulo de las relaciones familiares y sociales (art. 168 de la Ley de Ejecución) y también limitan las de los propios defensores y los jueces.

Asimismo, agregan que tampoco el desarraigo se justifica por razones de "seguridad interior", vinculados a la magnitud de las infracciones y bienes jurídicos afectados, máxime cuando la provincia acepta llamativamente que los únicos condenados por delitos de lesa humanidad de La Pampa permanezcan en la Unidad 4, ocupando el pabellón nuevo que se construyera con recursos propios para presos pampeanos, con el fin de asegurar 300 vacantes.

Aduanan que de mantenerse esta situación, los propios familiares se instituyen como víctimas del accionar oficial tal como lo ha considerado en oportunidades anteriores la propia Corte Interamericana y de ese modo se violan los principios de trascendencia mínima de la pena y de resocialización del condenado (art. 5.6 de la C.A.D.H. y 10.3 del P.I.D.C. y P). Se atenta contra el derecho de protección de la familia que contempla el artículo 17.1 de la C.A.D.H; y la consolidación imprescindible de dichos vínculos, impidiéndose además el cumplimiento del capítulo 11 de la ley 24660.

También argumentan que tales afectaciones de los derechos de las personas que deben cumplir penas privativas de la libertad, importan violaciones del debido proceso legal y la protección judicial efectiva que se contrapone con prescripciones expresas de la Ley de Ejecución Penal (art. 3) que incorporó el paradigma del deber de contralor judicial de las cárceles argentinas (art. 72 de la ley 24660). Supone además la obligación del Juez de Ejecución de controlar constitucional-convencionalmente los trasladados cuando son comunicados con anterioridad a su materialización, lo que no puede verse en ambas circunscripciones, donde directamente no se realiza ningún control sobre los trasladados y los jueces se allanan a lo que el SPF dispone, como si no tuvieran facultades con apoyatura en el máximo nivel jerárquico y el convenio del año 2007 entre Nación y Provincia. Tampoco los jueces de ejecución han recibido el apoyo institucional mediante sus fallos, de los superiores tribunales de provincia, ya sea de este Tribunal o bien el Superior Tribunal de Justicia.

2) Que con fecha 10 de septiembre del corriente año, se dispuso requerir la prueba solicitada por la defensa, la que fue recibida por este Tribunal de los distintos organismos solicitados, como así también se efectuaron medidas de mejor proveer para recabar mayor información sobre la cuestión a resolver.

Corrida vista a la Fiscalía, tomó conocimiento de la interposición del hábeas corpus colectivo y conforme lo establecido en el artículo 16 de la ley provincial n° 267, expresó que por el momento no tiene nada que dictaminar.

Se hizo lugar a las solicitudes de ser tenidos como amigos del Tribunal a la Asociación Civil Pensamiento Penal y a la Procuración Penitenciaria de la Nación, agregándose los informes presentados por ambas.

Convocadas todas las partes interesadas a la audiencia prevista, se hicieron presentes todos los citados, a excepción del Ministerio Público Fiscal el que, debidamente notificado, no asistió.

Así, con fecha 31 de octubre próximo pasado, constituido el Tribunal en pleno, se realizó la audiencia a la que asistieron, además de los presentantes, Dres. Eduardo Aguirre y Alejandro Osio, el entonces Sr. Ministro de Gobierno, Justicia y Seguridad de la provincia, Dr. César I. Rodríguez, junto al Subsecretario, Dr. Daniel P. Bensusan; en representación del Servicio Penitenciario Federal, lo hicieron el Sr. Director de la U-4 de ésta, Prefecto Juan Céspedes, juntamente con el letrado asesor, Dr. Luciano A. Rosignolo y el Jefe de Seguridad Interna de la mencionada unidad, Alcaide Mayor Rajoy y la Sra. Jefa de Criminología, Adjutor Ppal. Ana Reinhard; el Sr. Delegado de la Procuración Penitenciaria Nacional, zona centro, Dr. Pedro J. Zuazo, juntamente a las personas autorizadas de ese organismo para intervenir, Marta Monclús Masó y Ana Clara Piechestin -ambas del Observatorio de Cárceres Federales-.

Por Presidencia, se cedió la palabra a cada una de las partes involucradas, respondiendo al finalizar diversas preguntas aclaratorias realizadas por los jueces. Además se incorporó la prueba colectada, al igual que la presentada durante el transcurso de la audiencia tanto por los presentantes como por la Procuración Penitenciaria de la Nación, todo lo que quedó registrado en el sistema de audio y video de este Poder Judicial.

Previo a concluir, se informó a las partes sobre la constitución del Tribunal en dependencias de la U-4 de esta ciudad, a efectos de llevar a cabo una inspección ocular del lugar, invitándolas para ello, la que se llevó a cabo en forma inmediata, y se labró el acta correspondiente, que se agregó al legajo, sobre las actividades allí cumplidas.

Que, habiendo quedado así la cuestión en condiciones de ser resuelta, y cumplido el proceso de deliberación, **CONSIDERAMOS**

I. a) Que con relación a la legitimación activa de los presentantes, tal como lo han manifestado en su escrito, el Defensor General del Poder Judicial actúa en virtud de las facultades que le acuerda el art. 99 inc. 4) de la ley 2574 Orgánica del Poder Judicial de la Provincia, que confiere a la autoridad máxima de la defensa oficial de la justicia provincial la potestad de accionar de manera conducente en aquellos casos donde se encuentren implicados derechos humanos y, en el caso del Defensor Alejandro J. Osio, por su carácter de defensor oficial con funciones en ejecución -resolución 03/12 de la Procuración General de la Provincia-.

b) En lo que hace a la vía procesal de hábeas corpus elegida por los demandantes, sin perjuicio de no encontrarse específicamente previsto el supuesto en el artículo 1 de la ley provincial 267 de Hábeas Corpus, la procedencia por agravamiento de las condiciones de cumplimiento de la privación de la libertad, resulta un supuesto de la ley nacional n.º 23098 -art. 3, inc. 2- y que la última reforma a la Constitución Nacional estipula la específica procedencia en su artículo 43, por lo que tal prevalencia normativa no puede ser desatendida.

c) En lo pertinente a la colectividad del reclamo, la posibilidad ha quedado habilitada por el tribunal Supremo de la Nación al admitir su tratamiento en el caso "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus" -Fallo 328:1146- a partir de la interpretación que sobre el artículo 43 de la Constitución Nacional se hizo.

En el mencionado caso se expresó "16: Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las misma herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y de que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla. 17. Que debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico a la acción intentada, conforme lo ha sostenido reiteradamente o esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad" (Fallos 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros).

En tal sentido, los hechos por los que han accionado los representantes de la defensa oficial, los que no han sido específicamente desmentidos por las adversarias -autoridades del Servicio Penitenciario Federal y del Ministerio de Gobierno, Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la provincia de La Pampa- revisten una seriedad de tal magnitud, que torna admisible la vía intentada.

En virtud de haberse alegado el agravamiento de las condiciones de detención de más de setenta condenados por la justicia provincial pampeana, lo que aparece, prima facie, como verosímil, manifestándose ese agravamiento en la afectación de más de un derecho -como lo son el de intrascendencia de la pena, de readaptación social, dignidad humana, entre otros-, además de haberse alegado también la probabilidad de ocurrir más casos, hipótesis también seriamente plausible.

d) El último aspecto referido a la admisibilidad formal de la presentación resulta el relativo a la competencia de este tribunal la que se considera pertinente en atención a las características propias de la vía formulada la que ha sido caracterizada como expedita, sencilla y que resulta aplicable al hábeas corpus correctivo. Con "...la extensión del procedimiento sumarísimo del hábeas corpus a la protección de la dignidad y respecto a la persona, con los que debe cumplirse la privación de libertad, el legislador ha buscado establecer un medio adicional, rápido y eficaz, para resguardar el trato digno en las prisiones y para solucionar situaciones injustas que allí se planteen... lo que caracteriza al instituto sub examine es el objetivo de suministrar un recurso expeditivo para la tutela de los derechos comprometidos cuando fuere urgente modificar el agravamiento de las condiciones de detención, y cuando ello no aconteciere por cualquier razón" (Fallos: 322:2735 y 327:5658).

Las características indicadas de la herramienta procesal habilitan, entonces, el ejercicio jurisdiccional de este tribunal en el caso, debiéndose dejar a un costado trámites incidentales de competencia que sin ninguna duda hubieran obstaculado a la eficacia de la vía escogida por los presentantes, debiéndose reparar que las restantes partes han avalado tal proceder de este organismo. A mayor abundamiento "... la Corte Suprema ha indicado a menudo que en materia de *hábeas corpus* es conveniente reducir al mínimo el planteamiento de las cuestiones de competencia que puedan obstaculizar su trámite expeditivo. Esto quiere decir que, de haber dudas, el juez del caso no excluya intervención en tales acciones. Las de competencia no tienen aquí valor apodíctico" (Néstor Pedro Sagüés en "Derecho Procesal Constitucional. Corpus Hábeas" Tomo 4, 3^a edición actualizada y ampliada, ed. Astrea Buenos Aires, 1998, p. 328/329, con cita de CSJN Fallo 300:99 y CSJN, 2/12/76, LL, 1977-C-107).

II. Que, escuchadas que fueran las partes involucradas, surge claramente que ninguna controversia existe sobre que el alojamiento del condenado a pena de prisión en lugar distante al de su familia implica, en principio, una afectación de los derechos de que es titular, suponiendo ello un agravamiento de las condiciones de detención.

Ello surge de la ponderación del art. 10.3 del PIDCyP, que a la vez que complementa la prohibición establecida en el art. 7 del mencionado tratado, refuerza la obligación del Estado Argentino -por haber ratificado aquél- de realizar todas las acciones positivas en pro de resguardar aquellos derechos reclamados de las personas privadas de su libertad ambulatoria, a las que inscribe en el conjunto de personas vulnerables, en razón de su misma condición.

Que esta idea fuerza del Estado Argentino garantizador de las obligaciones positivas que ha asumido internacionalmente será el pivote sobre el que girará el tratamiento de la posición de la Provincia a este respecto, lo que más adelante se desarrollará, y del rol que, en consecuencia, ha asumido el Servicio Penitenciario Federal.

Que los derechos vulnerados que implican ese agravamiento de que habla el art. 3.2 de la ley 23.098, serían el del respeto a la dignidad inherente al ser humano, toda vez que ese alejamiento supone un menoscabo al contacto directo, personal y frecuente, con el mundo de sus afectos, a través de la visita de sus familiares.

Además, representa también ello una vulneración al proceso de resocialización, en cuanto ese alejamiento que impacta en la posibilidad del preso para recibir visitas, supone una privación importante del fundamental mantenimiento del contacto con el mundo externo y la adecuada contención que ello entraña.

Supone también una vulneración al principio-derecho de la no trascendencia de la pena -art. 5.3 de la CADH-, y una seria afectación de su derecho de acceso inmediato a tomar contacto con su defensor y el juez controlador de la ejecución, afectaciones que se engloban en el derecho a la tutela judicial efectiva -arts. 8.1 y 25 de la CADH- y en el principio de judicialización que rige en la vida intramuros -art. 3 de la ley 24660-. afirmación que se deriva por la realidad misma que implica la lejanía y el consiguiente menoscabo de su derecho a defensa -arts. 8.1 y 8.2 d) de la CADH-.

En este mismo sentido, se han pronunciado algunos fallos que han lidiado con cuestión similar a la aquí tratada ("Casalotti, Marcelo David s/ recurso de casación", causa n° 7424, Sala II CNCP y "L., W.R. s/ recurso de casación", causa n° 592/2013, Sala IV CNCP)

Creemos importante realizar aquí una disgresión sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Éste, para el caso de personas privadas de su libertad, es receptado en nuestra legislación positiva por ese mencionado art. 3 de la ley 24.660. Que sienta los principios de judicialización plena de la etapa de ejecución y de legalidad durante su transcurso.

Este principio-derecho implica "...que todas las decisiones que impliquen una alteración de la determinación de la pena, tanto cuantitativa...como cualitativa (modificaciones sustanciales en las condiciones de cumplimiento), deben ser tomadas por un órgano judicial independiente de la administración, a través de un proceso respetuoso del derecho procesal penal, de lo contrario la judicialización se transformaría en un concepto vacío de contenido y el control judicial dejaría de ser tal", como lo expresa Andrés J. D'Alessio, citando a Marcos Salt, en su obra "Código Penal-Comentado y Anotado-T. III, Leyes Especiales Comentadas", Ed. La Ley, 2a. edición, Buenos Aires, 2010, pág. 1251.

Y no sólo el contralor judicial de las decisiones administrativas, sino que, tal como lo expresa el voto del Dr. Fayt en "Romero Cacharane" -Fallo 327:388-, ese principio de jurisdiccionalidad permanente y plena implica "...que numerosas facultades que eran propias de la administración requieren hoy de la actuación originaria del juez de ejecución...".

Y ello conlleva la necesidad de dotar a ese proceso, previo a la resolución judicial, de las garantías ínsitas en la noción de debido proceso, toda vez que éstas deben actuar en esa etapa de mayor vulnerabilidad que es la de la ejecución penal. Así, Bombini - "Poder Judicial y Cárcel en la Argentina", Bs. As., Ed. Ad-hoc, noviembre de 2000, pág. 172- expresa que "...las reglas del debido proceso no ceden a partir del pronunciamiento de la sentencia".

"Que, por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -cuyas opiniones sirven de guía interpretativa a esta Corte- al observar la práctica de las autoridades penitenciarias argentinas para llevar a cabo revisiones vaginales de las mujeres que ingresaban a los establecimientos carcelarios, sostuvo, parafraseando a la Corte Interamericana, que '...la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio de los poderes públicos, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona...' (Informe 38/96. Caso 10506. Argentina, 15 de octubre de 1996, pár. 61)".

Creemos necesario destacar que la afectación de derechos arriba mencionados sucede en una etapa procesal que, hasta hace poco tiempo, siempre ha sido desatendida por la agencia judicial, suponiendo esa ausencia de mirada el desmedido, a nuestro criterio, empoderamiento de la agencia administrativa que ha ocupado ese espacio vacío.

Durante años -y aquí asumimos la cuota de responsabilidad que nos cabe en el ejercicio de la magistratura- el Poder Judicial se ha desentendido de una realidad dolorosa -que era más fácil y cómodo ignorar- entendiendo que su tarea terminaba con el dictado de una sentencia, pudiendo hasta decirse que estaba internalizado que en lo que atañía al cómo iba a desarrollarse esa privación de libertad el poder estaba dado al ejecutivo, siendo así que el poder judicial sólo participaba en una etapa cognitiva que devolvía a la persona sujeta a proceso a la misma agencia -ejecutiva- que lo había ingresado al ius puniendi.

Si bien una interpretación al día de hoy de los textos constitucionales -art. 18 de la ley fundamental nacional- implicaba ya lo equivocado de esa óptica adoptada por la agencia judicial respecto a su posicionamiento en la etapa de ejecución, el proceso de cambio de mirada necesitó respaldarse en el texto positivo de una norma infraconstitucional -y nos referimos a la sanción de la ley 24.660, ya hace diecisiete años- para empezar a transitar el camino de dar a los derechos reclamados la operatividad necesaria.

Proceso que se acelera con la toma de conciencia de los operadores judiciales en cuanto al impacto que en el derecho interno han hecho los tratados suscriptos por la Nación, y la ineludible necesidad de ajustar todas las resoluciones a los derechos allí enumerados -explicita o implícitamente-, sosteniendo la garantía estatal.

Y en esto también se imbrinca, entendemos, la decisión de esta cuestión, tratando esta resolución de achicar la brecha tradicionalmente existente entre la profusa lista de derechos reconocidos y la realidad de su vigencia en la vida concreta de cada uno de los individuos portadores de aquéllos.

III. Ahora bien, una breve exposición de datos que sobresalen de la prueba recabada en el presente nos resultará útil para continuar el análisis abordado.

Así, ¿de qué nos da cuenta la prueba?:

- a) De los condenados en condiciones de entrar en la órbita del SPF -246 personas-, el 30% se encuentra aún sin haber sido ingresado en ella. O sea que, efectivamente, al día de recibida la información, sólo 170 condenados a disposición de la justicia provincial se encuentran alojados en establecimientos del SPF.
- b) Que, conforme la cláusula 13 del convenio marco, resultan ser 300 plazas las acordadas a la provincia de La Pampa por el SPF.
- c) Que el ingreso al SPF, en el casi 90% de los casos, según información recibida de los jueces de ejecución provinciales, se hace directamente a establecimientos ubicados fuera de esta provincia.
- d) Que, para decidir el ingreso por vez primera, la Dirección Nacional de Régimen Correccional -organismo que lo decide- cuenta únicamente con el fallo condenatorio, es decir, que no se cuenta con perfil criminológico, ya que éste es confeccionado durante el período de Observación -art. 13 de la ley 24660-. Siendo que, justamente en este período, es donde se define el lugar de alojamiento.

A este respecto, D'Alessio, en su obra "Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, 2a. Ed., T. III -Leyes Especiales Comentadas-, Ed. La Ley, 2010, pág. 1270, al comentar el art. 13 de la mencionada ley, expresa: "...En este período se produce la primera definición importante sobre la determinación del contenido de la pena, ya que se establece cuál es la etapa del régimen al que será incorporado el interno y **su lugar de alojamiento...**".

- e) Que esta provincia construyó, en el predio de la U-4, una ampliación con capacidad de alojar 184 internos. Sin embargo, ese establecimiento aloja sólo **85 internos a disposición de la justicia provincial**

El análisis que surge de estas cifras revela que la ampliación construida supera, en más del doble, la cantidad de internos alojados, aún teniéndose en cuenta la realidad que no todos los internos pampeanos podrían ser alojados únicamente en el ámbito de la ampliación, y aún teniéndose en cuenta las dificultades que al SPF le causa el alojamiento de condenados por delitos de lesa humanidad, toda vez que, por información recibida de las propias autoridades de la U-4 que concurrieran a la audiencia, 494 son las plazas totales de esa.

- f) Que hay 80 internos pampeanos alojados en establecimientos del SPF fuera de La Pampa, lo que supone el 45% de la cantidad total de condenados a disposición de la justicia provincial pampeana.

Por lo que, si sumamos estos a los 85 que -a la fecha de información-están alojados en la U-4, resulta una cantidad de 165 internos de la justicia provincial pampeana, cifra que no alcanza a las plazas que la Provincia construyó.

g) Que más del 50% de los internos pampeanos alojados fuera del territorio provincial, no recibieron visitas en los últimos 6 meses.

h) Que se ignora qué fondos dinerarios se han afectado para asignar subsidios a los fines de visita, toda vez que desde el Ministerio de Gobierno, Justicia, Seguridad y Derechos Humanos provincial se ha contestado que no existe normativa específica alguna en ese área para atender gastos de familiares de internos que así lo pidan ni tampoco resulta ello incumbencia de ese organismo, derivándose los eventuales pedidos al Ministerio de Bienestar Social de la provincia.

IV. En el análisis de la cuestión a decidir y valorando lo que ha dejado el discurso de las partes que se expresaran en la audiencia realizada, resulta oportuno exponer a qué se han referido cuando utilizaran, en sus respectivas alegaciones, indistintamente los términos "ingreso", "admisión", "traslado" y "cupo".

En esa tarea, los términos ingreso y admisión resultan ser sinónimos. Una vez admitido el condenado a la órbita del SPF, puede ser posible que la efectivización del ingreso esté supeditada al cupo de que disponga la unidad de recepción, tal como es dable apreciar de la prueba remitida por el SPF -Anexos 5 y 6 de los cuadernillos de prueba incorporados- y también de la información agregada por los Jueces de Ejecución -Anexos 2 y 3-.

Es decir, que la admisión no significa necesariamente el ingreso concreto del interno a la órbita del SPF, toda vez que está supeditado ello a que exista lugar -cupo- en la unidad de recepción.

Es dable resaltar aquí que, en la resolución emitida por la Dirección Nacional de Régimen Correccional -que decide sobre los ingresos/admisiones- también se asigna la unidad carcelaria donde la persona será alojada a los fines del cumplimiento de la pena.

Es decir, que la admisión no supone el inicio del tratamiento penitenciario, sino que es el ingreso efectivo del interno a la unidad asignada -que ha comunicado tener cupo o lugar- el que marca el inicio de aquel régimen.

El traslado, por el contrario, implica que el interno ha sido ingresado a la órbita del SPF, encontrándose por ende bajo el tratamiento referido.

El traslado que aquí nos interesa -y es lo que ha sido planteado en la acción deducida por los presentantes- es el que se produce de una unidad carcelaria a otra.

Ya sea que se origine en una solicitud del interno para ser trasladado o que ello ocurra por decisión de la administración penitenciaria, a raíz de necesidades propias del interno -unidad neuropsiquiátrica, infecciosos, etc.- o como sanción -prevista en el art. 19, inc. h) del Reglamento de Disciplina para los Internos, Decreto 18/97-, que resulta ser la más grave de ellas.

Producto de aquella solicitud la agencia penitenciaria decide el traslado por resolución fundada de la Dirección Nacional de Régimen Correccional a propuesta de la Unidad donde se encuentra alojado.

Son estos casos -sin que su enunciación haya sido exhaustiva- los que están regulados por los arts. 71 a 73 de la ley 24.660.

No obstante ello, existe otra realidad que resulta conveniente precisar. Si bien en la presentación se habla de traslados, en realidad, el hecho de que el 45% de internos a disposición de la justicia provincial pampeana esté alojado en unidades carcelarias fuera del territorio provincial responde, en más del 90% de los casos, no a traslados propiamente dichos, sino directamente a admisiones en esos establecimientos alejados de la jurisdicción territorial pampeana.

Es decir, que el agravamiento de las condiciones de detención planteado por esta acción de hábeas corpus tiene como origen no sólo traslados, sino principalmente admisiones.

a) Traslados. Art. 72 ley 24660. Su interpretación constitucional y convencional

Y en el enfoque que las partes involucradas han dado a esta normativa específica sobre traslados, las diversas ópticas sustentadas -y también por considerarlo núcleo fundamental de esta decisión a tomar- obligan ahora a sentar nuestra posición, siempre a la luz de una ponderación de las normas positivas de derecho interno con las que surgen del bloque constitucional federal.

El art. 72 de la ley 24660 reza lo siguiente. "*El traslado del interno de un establecimiento a otro, con las razones que lo fundamentan, deberá ser comunicado de inmediato al juez de ejecución o juez competente*".

La redacción de este artículo avalaría, en principio, y de una literal interpretación del mismo, la potestad de la agencia administrativa para **decidir y efectivizar** el traslado, sólo con la obligación de comunicarlo al juez competente, acompañando las razones que lo han fundamentado.

Y hemos dicho precisamente "decidir y efectivizar" y hemos también expresado en tiempo verbal pasado el acompañamiento de las razones fundantes del traslado decidido, toda vez que éste, una vez tomada la decisión administrativa, se ejecuta inmediatamente y sólo se cumple con la comunicación después de ello.

Así lo corrobora la prueba que se ha reunido y así también lo ha dicho la voz autorizada del SPF en la audiencia celebrada.

Sin embargo, interpretando el art. 72 constitucional y convencionalmente -a lo que estamos obligados en función de ser poder de un Estado que debe garantizar el cumplimiento de las obligaciones que ha asumido internacionalmente-, el principio de control judicial en la ejecución de la pena -que deriva del principio de legalidad, también ejecutiva, del art. 18 de la CN y lo sentado en la Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas (Principio Sexto)-, ha sido receptado positivamente en el art. 3 de la ley 24660, y es él el que debe guiar la decisión.

Así, ese principio de control judicial significa "...que todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que implique una modificación de las condiciones cualitativas de la pena impuesta (vg.: tipo de establecimiento en el que se alojará el interno, o su ubicación en el régimen progresivo una vez calificado por el organismo criminológico, aplicación de sanciones disciplinarias que importen privaciones de derechos, avances y retrocesos en el régimen progresivo...), conforme las prescripciones de la ley penal, deben ser tomadas o controladas por un juez, dentro de un proceso en el que se respeten las garantías propias del proceso penal. Se procura con el mismo una extensión del ámbito de actuación del derecho procesal penal a la etapa de ejecución de sentencias", tal como lo expresa Luis Raúl Guillamondegui, en su artículo "Los principios rectores de la ejecución penal. Su recepción en la jurisprudencia de la provincia de Catamarca", publicado en www.pensamientopenal.com.ar/node/15033.

La única manera de hacer realidad la vigencia de ese principio de contralor judicial en la ejecución de la pena es poner al juez competente en las condiciones de ejercerlo, sin que sea, como hasta ahora, un convidado de piedra, anoticiándose de un hecho que ya, en la gran mayoría de los casos, ha ocurrido.

El eventual ejercicio de un contralor ex post facto no supone lo que el principio de control judicial implica.

Pues, para achicar la brecha -que arriba expusieron- entre los profusos derechos reclamados y la operatividad de los mismos, ese control judicial debe poder ejercerse antes, para que así la autoridad judicial pueda examinar la razonabilidad de la medida dispuesta.

Y no resulta antojadizo decir que debe ejercerse antes que el traslado se efectivice.

Debe ejercerse ese contralor antes, porque el mismo puede implicar una vulneración a derechos fundamentales de la persona privada de la libertad, tal como se ha dicho más arriba.

Y no sólo debe ejercerse ese contralor antes, sino que debe garantizarse también el debido proceso.

Es decir, antes del contralor judicial de la medida tomada por la administración, debe realizarse necesariamente un procedimiento - rápido, sencillo, desestructurado- que asegure el derecho de defensa de la persona sobre la que recae la medida tomada.

Así, en esa interpretación armónica, la comunicación a que se refiere el art. 72 de la ley 24660 -que es cumplido por el SPF como un anoticiamiento al juez competente luego que el interno ya ha sido trasladado- debe ser visualizada como una necesariamente previa al traslado, toda vez que, al verse comprendidos derechos de los internos -más allá de los afectados por la condena- que el juez debe garantizar (art. 3 de la ley 24660).

En síntesis, sólo se podrá efectivizar el traslado del interno una vez convalidada la decisión administrativa por el juez competente, previo un procedimiento que asegure las garantías del debido proceso.

b) Admisiones a unidades carcelarias fuera del territorio provincial

Esta misma visión interpretativa ajustada a principios que se derivan de la constitución y de los tratados internacionales que integran el bloque federal fundante -art. 75.22 de la CN- debe ser aplicada a los casos en que los condenados por la justicia provincial son admitidos en la órbita del SPF directamente en una unidad ubicada fuera del territorio provincial.

¿Y por qué debe ser así?

Porque esa decisión administrativa afecta, en principio, el fin resocializador de la pena, al impactar en derechos inherentes a la persona humana -más allá de los que necesariamente afectan la pena privativa de libertad-, derechos en cabeza no sólo del condenado, sino también de terceros que se pueden ver afectados -familiares o vínculos afectivos-.

De lo expresado, se deriva la necesidad del contralor judicial de esa resolución administrativa de admisión que implique el alojamiento del condenado en lugar distante al de la sede de sus vínculos afectivos y/o familiares.

En otras palabras, debe existir la autorización judicial previa para efectivizarse esa decisión administrativa de alojar al recién admitido en unidad carcelaria distante a su lugar de arraigo.

De lo contrario, los derechos reclamados de las personas privadas de su libertad quedan, como hasta ahora, sólo en el papel, sin que exista la posibilidad de concretarlos en la realidad, es decir, sin operatividad.

c) Las Prácticas de las Agencias Estatales a la luz de los Derechos Humanos y el Rol de Garante del Estado

Esta visión ajustada a los standards constitucionales y convencionales que busca, justamente, hacer operativos derechos que el estado provincial no puede ignorar, se contrapone a lo que parece ser una costumbre enraizada en la agencia administrativa en dar el lugar de alojamiento en función de los parámetros que ha informado la Dirección Nacional de Régimen Correccional. Esto es, el perfil criminológico de la persona -sólo se aplicaría éste a aquél que ha cumplido pena anteriormente en la órbita del SPF, toda vez que, al momento de asignársele lugar de alojamiento, se cuenta tan sólo con la sentencia condenatoria-, el término de la pena impuesta, la índole del delito y los cupos, es decir, las plazas que puedan estar disponibles para la recepción del interno.

Esta costumbre enraizada en la agencia administrativa es la que debe ajustarse a los cambios que implica el principio de progresividad e irreversibilidad de los derechos humanos.

Mantener esta práctica de la agencia administrativa en cuanto a la discrecionalidad de resolver sobre el lugar de alojamiento del condenado pampeano, significaría un estancamiento frente a una realidad existente, y que aún no ha sido reconocida por el estado provincial.

El sostener, por parte del estado provincial, una visión desinteresada sobre esta cuestión, que implica un evitar involucrarse en buscar soluciones acordes, es buscar problemas para el mañana.

El Estado es garante de las obligaciones que ha asumido internacionalmente y, persistiendo en aquella óptica, sólo dilata un conflicto latente que puede significar un perjuicio inmediato, por el reproche de organismos de decisión internacionales al Estado argentino.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en el caso "Bulacio vs. Argentina" -sentencia del 18-09-2003, serie C, n.º 100, párr. 126, "Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél".

Y en el caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", 2 de septiembre de 2004, serie C, n.º 112, párrs. 152 y 153, el mismo tribunal internacional dijo: "Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible...".

Y es justamente a lo que nos referimos. Es decir, a la obligación del estado provincial de tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos el pleno ejercicio de los derechos no afectados directamente por el encierro.

Entendemos que tal vez el estado provincial no ha todavía comprendido, en forma adecuada, cuál es su rol de garante.

En este sentido, acudimos a una cita, también de la Corte Interamericana, en el caso "Velazquez Rodriguez vs. Honduras", sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, párrafo 167 "La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos".

Y en ese camino de buscar iniciativas especiales -tal como aluden los fallos citados- deviene obligatorio para el estado provincial la toma de acciones positivas para prevenir la vulneración de derechos de **sus** condenados.

Habida cuenta de la expresada política oficial de no considerar la creación y sostenimiento de un servicio penitenciario provincial - atento la aseveración realizada por el Ministro en la audiencia, según consta en audio-, bien se podría, a través de un trabajo de concertación y negociación, encauzarse la acción positiva.

Para ello, podría utilizarse una más adecuada, a nuestro criterio, interpretación del destino de esas 184 plazas proporcionadas por la Provincia al SPF a través de la construcción de la denominada AMPLIACIÓN -Convenio de Cooperación, ley provincial 2365, cláusula decimotercera- en conjunción con una también adecuada y razonable interpretación de la Resolución del SPF n° 845/10.

Que tal vez lo que no se alcanza a comprender todavía, por parte de la autoridad competente del estado provincial, es qué significa la posición de garante de ese Estado frente a la persona privada de su libertad, esencialmente en una situación de vulnerabilidad, por la especial sujeción de su persona física a la acción estatal.

Esa posición de garante, que implica tomar las acciones positivas de prevención de situaciones que puedan significar una vulneración de derechos o, producida ésta, su reparación, supone que "...el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los Derechos Humanos y que aseguren que las eventuales violaciones de los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito, que como tal es susceptible de sanciones para la conducta, así como la obligación del Estado de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales", tal como lo expresa la ponencia presentada por Andrés Pizarro Sotomayor ante el III Simposio Internacional Penitenciario y de Derechos Humanos, págs. 203 a 216 (<http://www.oas.org/en/iachr/pdf/docs/pdf/memoriasiiisimposiointernacional.pdf>).

Dicho esto y expresado como ha sido que el alejamiento vulnera derechos humanos fundamentales de las personas privadas de su libertad, implicando ello un agravamiento ilegítimo de las condiciones de su encierro -arts 43 de la CN y 3.2 de la ley n° 23.098- resulta ineludible para la Provincia el revisar y adoptar las acciones positivas necesarias para revertir la situación actual.

d) Interpretación del Derecho Positivo acorde a los Derechos Humanos de las Personas Privadas de su Libertad

Los arts. 1 y 2 de la CADH sientan no sólo la obligación de los Estados partes de respetar los derechos allí sancionados sino también el deber de adoptar, en su legislación interna, las normas necesarias para efectivizarlos.

Ya nos hemos referido a los derechos reconocidos a las personas privadas de su libertad y hemos precisado las normas constitucionales y convencionales que así lo disponen, concluyendo que el desarraigo de los condenados a disposición de la justicia provincial de su jurisdicción entraña una vulneración tal que supone el agravamiento ilegítimo de sus condiciones de detención.

El compromiso asumido por el Estado argentino de armonizar su derecho interno a lo que surge de los pactos ratificados supone, necesariamente, la contracara de ello. Es decir, el compromiso también de borrar de su derecho interno aquellas disposiciones que se contrapongan a los derechos que se ha obligado a respetar.

Aún presuponiendo la vigencia del principio de interacción entre el derecho interno y el internacional -que obliga a seleccionar la norma que mejor satisfaga a la vigencia del derecho reconocido- y aún dentro de la restricta y correcta visión de nuestro más Alto Tribunal en cuanto a que la declaración de inconstitucionalidad de una norma resulta ser la última ratio a que el juez debe recurrir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado constitucionalmente (2249:51; 288:325; 306:1597; 331:2068; 333:447) entendemos que la cláusula quinta del Convenio que, como anexo, integrante la ley provincial 2365, resulta incompatible con los estándares de derechos de tutela judicial previstos en los Tratados con jerarquía constitucional y en el derecho interno -art. 3 de la ley n° 24660-.

El texto de dicha cláusula -que explícitamente desconoce el principio de control judicial en la etapa de ejecución de la pena, al expresar que la decisión del SPF de alojar a los condenados en establecimientos fuera de la Provincia puede realizarse "...sin necesidad de contar para esta decisión con autorización del Tribunal interviniente..." - no puede ser de manera alguna compatibilizado con el análisis arriba realizado sobre la interpretación de la normativa constitucional y convencional.

El impacto que en la labor diaria de los jueces ha significado la incorporación de los Tratados sobre Derechos Humanos, supera aquel inicial contralor de constitucionalidad difuso hacia también el de convencionalidad, siendo una obligación ineludible de los jueces domésticos el constante confronte de normas del derecho interno con aquéllas superiores.

Así lo ha dicho nuestra Corte Suprema en la causa Mazzeo, considerando 8. "...cabe subrayar, que esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Interamericana (Fallo:330:3248, considerandos 20 y 21)".

En definitiva, decanta así la inconstitucionalidad de la mencionada cláusula, en donde el SPF se apoya para validar esa práctica. Por su abierta y explícita oposición a los principios de contralor y tutela judicial y a la concreta realización del debido proceso en la etapa de ejecución penal.

Por lo que, atento lo analizado y, en función de los argumentos desarrollados y las conclusiones a las que se ha arribado, este Tribunal de Impugnación Penal, en pleno,

RESUELVE:

1.-) **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD Y ANTICONVENCIONALIDAD** de la cláusula Quinta del Convenio suscripto entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Gobierno de la provincia de La Pampa, el día 12 de septiembre del año 2007, aprobado por ley provincial n.º 2365 -publicada en el Boletín Oficial de la provincia el 01-11-2007- en cuanto deja a criterio del Servicio Penitenciario Federal determinar el establecimiento donde los condenados por la justicia provincial pampeana cumplan su condena ya sea que se encuentren en esta provincia o fuera de ella, **sin contar para tal decisión con autorización del Juez de Ejecución interveniente**, por resultar atentatoria de los derechos a la integridad personal, a la dignidad humana, a la intrascendencia de la pena y a la readaptación social, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso (arts. 5.2, 5.3, 5.6 y 25.1 C.A.D.H., 10.1 y 10.3 del PIDCyP, 18 y 75 inc. 22 de la CN) como así también de la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1 de la C.A.D.H.) y de adoptar disposiciones del derecho interno (artículo 2 C.A.D.H.).

2.-) **HACER LUGAR** a la acción de **Hábeas Corpus** por cuanto el alojamiento de condenados a disposición de la justicia provincial en establecimientos dependientes del SPF fuera de la provincia, supone un agravamiento ilegítimo a las condiciones en que se cumple la privación de libertad -art. 3, inc. 2 de la ley 23098- por la afectación que acarrea este extrañamiento en los derechos humanos de las personas privadas de su libertad y, en consecuencia:

a) **ORDENAR** a los Jueces de Ejecución de la Provincia **REVISAR**, en cada caso concreto, la razonabilidad del alojamiento de los condenados a su disposición que en la **ACTUALIDAD** se encuentren en extraña jurisdicción, y tomar las medidas adecuadas conforme los lineamientos dados en ésta para hacer cesar, eventualmente, el agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención que el extrañamiento supone.

b) **ORDENAR** al SPF que, **PREVIO A EFECTIVIZARSE** la **admisión o traslado** de un condenado a disposición de la justicia provincial en **establecimiento penitenciario federal fuera de la provincia de La Pampa**, deberá solicitar y contar con la **autorización previa** del juez competente, asegurándose en el procedimiento a instaurarse las garantías del debido proceso -arts. 3, 4 y 72 y ss. de la ley 24660-.

c) **EXHORTAR** a los poderes constituidos de la Provincia de La Pampa a que realicen las acciones positivas necesarias a fin de hacer cesar las vulneraciones a los derechos humanos que el extrañamiento de condenados supone.

3.-) **NOTIFICAR** la presente, acompañándose copia, al Poder Legislativo, al Ministerio de Gobierno, Justicia y Seguridad, al Superior Tribunal de Justicia, a la Procuración General del Poder Judicial, a la Asesoría Letrada, al Fiscal de Estado, a los Jueces de Ejecución, al Colegio de Abogados y Procuradores, todos ellos de la provincia de La Pampa; al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, a la Procuración Penitenciaria Nacional y a la Asociación Civil Pensamiento Penal.

PROTOCOLÍCESE y oportunamente, ARCHÍVESE.

Fdo. Filinto Rebechi. Pablo Tomás Balaguer, Carlos Antonio Flores y Verónica Fantini. Jueces
María Elena Grégoire. Secretaria.