

Expte.Nro: E-2086/21 ----- PROTOCOLO DIGITAL ----- Mendoza, 10/01/2024 18:20:15

CARATULA: ""CONTROL ADMINISTRATIVO COVID.19" (SARMIENTO)"

Oficina: PD018501 - Primer Juzgado Colegiado (protocolo) Primera Circuns.

E-2086/21 "CONTROL ADMINISTRATIVO COVID.19". -

Mendoza, 10 de enero de 2024.-

AUTOS Y VISTOS:

Estos autos arriba intitulados, y

CONSIDERANDO:

I.- Que en orden 204 de autos se presenta el Dr. Rafael Manzur, Defensor Subrogante de la Defensoría General de la Provincia de Mendoza, junto con los miembros de la Defensa Pública con funciones en las cuatro circunscripciones judiciales de la provincia y solicitan que se prorrogue la autorización de telefonía celular al menos mientras dure la recién dictada emergencia sanitaria, previsto para el día 31 de diciembre de 2025 por el DNU 70/2023. –

II.- Que, en la presentación efectuada por la Defensa, exponen que de acuerdo a la emergencia sanitaria dictada en razón del brote del virus de Sars Cov-2 que fue declarado pandemia por la Organización Mundial de la Salud; esta instancia dispuso en el marco de los autos N° 47215/V en fecha 13 de febrero de 2023, el mantenimiento de la autorización para el uso de telefonía celular hasta que venciera la ampliación de la emergencia sanitaria dictada por el Gobierno Nacional. -

Que en orden 205 se encuentra agregada la adhesión que presenta el Procurador de las Personas Privadas de Libertad, Lic. Luis Romero, quien requiere en subsidio que la autorización de tenencia y uso de teléfonos móviles continúe en el caso de los detenidos que ya se encuentran en el período de prueba del régimen progresivo de la pena y las mujeres privadas de la libertad en la Unidad III, por cuanto el uso de tales dispositivos estaba autorizado antes de la situación de emergencia sanitaria. En orden 206 se encuentra agregada la adhesión que por su argumento presenta la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la

Justicia, representada por la Lic. Romina Cucchi y Abog. Milagros Noli. –

III.- Que, en razón de lo solicitado, se fijó audiencia de visu, con la presencia del Ministerio Público de la Defensa para Asuntos de Ejecución Penal, la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, la Procuración de Personas Privadas de Libertad, el Dr. Lucas Soler en representación de la Asociación Civil Verdad y Justicia, el Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Ejecución Penal y el Director General del Servicio Penitenciario. –

En audiencia de visu, cedida la palabra a la representante de la Defensa Oficial, la misma requirió que se prorrogue la autorización de uso de teléfonos celulares en los complejos penitenciarios de nuestra provincia hasta el 31 de diciembre de 2025, conforme DNU dictado por el Poder Ejecutivo Nacional en virtud de la emergencia sanitaria decretada. Refirió la letrada fundamentos normativos sobre la base de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5 y 10, respectivamente, que sustentan el derecho a la comunicación.

Manifestó que la restricción de las comunicaciones en función del medio es una limitación irracional, por lo que sugirió mejoras en el Protocolo elaborado por el Servicio Penitenciario para control del ingreso de teléfonos celulares.

Reiteró que en caso de retirar los celulares no hay un sistema de reemplazo, por cuanto no se han tomado las medidas para incorporar teléfonos públicos. Agregó que incluso si ello fuera posible, supondría un traslado constante de personas.

Se explayó sobre las ventajas que el uso de estos dispositivos tiene para el goce de otros derechos, como la educación, salud mental y defensa, en especial para quienes tienen abogados lejos de la circunscripción donde se encuentran efectivamente alojados.

Requirió que las visitas sean normalizadas o aumentadas. –

A continuación, tomó la palabra la representante de la Dirección de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, quien adhirió al planteo de la defensa, exponiendo sus argumentos. Agregó como petición en caso de rechazarse el planteo principal, que las mujeres alojadas en Unidad III y las personas privadas de libertad en Período de Prueba puedan continuar con el uso de los dispositivos, por cuanto ya lo tenían habilitado antes de la Pandemia.

Se refirió especialmente al impacto diferenciado que el uso de los celulares tuvo en el caso de las mujeres privadas de libertad, haciendo alusión a las Reglas de Bangkok.

Se expresó en favor del uso de los dispositivos móviles como política preventiva de la violencia estatal e intra carcelaria, así como de acceso a la justicia.

Mencionó las ventajas de esta herramienta para advertir tempranamente situaciones o estados de salud clínica y mental que requieren atención inmediata, atender diversas peticiones, tanto penales como de familia.

Hizo alusión a la disminución de los efectos de la “*prisionización*”, en especial de quienes se encuentran con medidas de resguardo, y de la trascendencia de la pena hacia el núcleo familiar, en especial niños, niñas y adolescentes.

Posteriormente se cedió la palabra al Procurador de las Personas Privadas de Libertad, quien también adhirió al petitorio realizado por la defensa.

Sostuvo en su alocución la base normativa para el mantenimiento del uso de los celulares en los establecimientos carcelarios, al hacer alusión a la Convención contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y su Protocolo Facultativo, así como las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos o “Reglas de Mandela”. –

Se refirió a los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, concretamente al principio segundo, que establece la igualdad ante la ley; principio 18 sobre derecho a mantener contacto personal directo mediante visitas periódicas y por cualquier otra forma de comunicación con el exterior y el principio 25 sobre interpretación extensiva las garantías reconocidas.

Finalmente se pronunció a favor de un debate sobre la modificación del artículo que prohíbe el uso de celulares.

Continuó en el uso de la palabra el Dr. Lucas Soler, en representación de la ONG Asociación Civil Verdad y Justicia, en función del habeas corpus HC-7/24, que fuera acumulado a los principales, como fue solicitado. Adhirió a los planteos hechos con las partes que lo precedieron en la palabra, extendiendo la petición a una autorización permanente. -

Posteriormente se cedió la palabra al Director General del Servicio Penitenciario quien coincidió con las ventajas de la telefonía celular en las cárceles, aunque recalcó que se encuentra prohibido por la normativa.

Manifestó que para que la tecnología necesaria para el mejor control de estos dispositivos funcione, debe ser acompañada por la legislación que de respaldo.

Se expresó a favor de un retiro progresivo, para el que se deberá determinar una fecha durante la cual se haga entrega voluntaria de los aparatos, restituyéndolos de la misma forma en la que ingresaron, con aviso a los titulares de las líneas telefónicas, transcurrido el cual se comenzarían a efectuar requisas.

Por último, tomo la palabra el Jefe de Fiscales de la Unidad Fiscal de Ejecución, manifestando que el Ministerio Público nunca solicitó el retiro de los celulares, sino que se ha limitado a contestar las vistas.

Recordó que en la audiencia de prórroga anterior se aportaron datos de denuncias de delitos. Se exployó acerca de las ventajas mencionadas por las partes pre opinantes, puntualizando que dichas ventajas fueron posibles gracias a que no se cumplió con la regulación efectuada por el Servicio Penitenciario de la excepción autorizada respecto al uso de celulares. Al respecto hizo mención que la resolución de esta magistratura de fecha 30 de marzo de 2020 hacía alusión expresa a que la excepción duraría mientras dure la situación de Pandemia. A raíz de dicha resolución se dictó la Res. 473/2020 por el Servicio Penitenciario, reglamentando que sólo se autorizaba bajo una serie de requisitos, como que no podían tener memorias extraíbles, cámaras para grabar o fotografiar, lo que contraría el uso de prevención de la violencia institucional o intra carcelaria. Además, sólo podía hacerse uso dentro de los recintos de alojamiento, situación que no puede efectivizarse, en función de la situación de hacinamiento, no resultando razonable o compatible con la intimidad de una atención psicológica o educativa.

Manifestó que se cometieron delitos realizando denuncias y fraguando documentación asociada a dichas denuncias on line. Para evitar esto se bloquearon las denuncias bajo esta modalidad. Reiteró la propuesta del Ministerio Público de incluir controles parentales o similares, remarcando la necesidad de regular la situación para que el uso no sea ilimitado ni a cualquier hora. Hizo un recuento de las tipologías delictivas investigadas

asociadas al uso de celulares en los establecimientos carcelarios.

Argumentó que se trata de una problemática que implica una reforma legislativa que excede el marco de los actores presentes. Al respecto dijo que la razonabilidad de la utilización de estas herramientas es una responsabilidad y costo que le corresponde al Poder Ejecutivo

Finalmente, en referencia a la prórroga de la emergencia sanitaria, valoró que la misma es de carácter administrativo, relacionado con el estado del sistema de salud, médicos, hospitales, etc. y no a la situación del COVID.

Sobre la perspectiva de género invocada, se manifestó que se busca un estándar de igualdad, por lo que no se puede reconocer un derecho a las mujeres que se le niega a los hombres en las mismas condiciones. Cualquier excepción debe estar prevista en la ley.

Solicitó, junto al Servicio Penitenciario, que dentro de los treinta (30) días y progresivamente se arbitren los medios para retirar los teléfonos celulares de los complejos penitenciarios de la Provincia. Respecto a las salidas transitorias, se le deberá entregar al beneficiario cuando egresa y ser restituido cuando la persona reingresa al establecimiento, para garantizar el control durante la salida. -

IV. A los efectos de resolver la incidencias planteadas, cabe señalar que el Gobierno Nacional, mediante DNU nro. 863/22, dispuso la ampliación de la emergencia sanitaria hasta el 31 de diciembre de 2023. Los motivos que se tuvieron en cuenta para disponer la medida en cuestión es que “a pesar de que se ha alcanzado un elevado nivel de inmunidad poblacional contra el SARS CoV-2 adquirida, relacionado con una combinación de alta incidencia de infecciones en sucesivas olas de contagios y muy altas coberturas de vacunación, se registra nuevamente alta circulación de SARS CoV-2 y otros virus respiratorios.”, además de registrarse un inusual comportamiento en la estacionalidad y número de casos de otras enfermedades respiratorias como la influenza.

En ese razonamiento y considerando que inicialmente la autorización para el uso de telefonía celular se ordenó transitoriamente y mientras durara el estado de emergencia sanitaria dictada por el Gobierno Nacional; esta instancia dispuso una nueva ampliación de la misma, en los términos y condiciones oportunamente dados al momento de la autorización dispuesta en el punto VI de la resolución recaída en autos nro. 47215/V para fecha 30 de marzo de 2020.

Ahora bien, el 5 de mayo del 2023, la Organización Mundial de la Salud acogió la recomendación del Comité de Emergencia de declarar el fin de la emergencia de salud pública de emergencia internacional por la COVID-19 (<https://news.un.org/es/story/2023/05/1520732>)

Esta declaración implica que el COVID-19 es ahora un problema de salud establecido y persistente, y ya no constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII). Esto implica que los países deben integrar las actividades de vigilancia y respuesta a la COVID-19 en los programas de salud regulares.

Por otro lado, el 20 de diciembre de 2023 a través del DNU **70/2023** se dispuso la declaración de emergencia pública en materia sanitaria hasta el 31 de diciembre de 2025, se ha expresado que su núcleo central está vinculada a la necesidad de lograr reducciones en los costos de las prestaciones, aumentar la competitividad del mercado de medicamentos y el sistema de medicina prepaga, a través de la modificación de diferentes marcos normativos.

Cabe recordar que la declaración de emergencia sanitaria durante la pandemia de COVID-19 se realizó en muchos países como una medida para permitir a los gobiernos y las autoridades de salud pública tomar acciones rápidas y efectivas para controlar la propagación del virus y mitigar sus impactos en la sociedad. Su implementación devino en el cierre de escuelas, empresas no esenciales, restricciones de viaje, y otras medidas destinadas a reducir la interacción social.

En ámbito penitenciario también se implementaron diversas medidas para hacer frente a los desafíos particulares que enfrentaban las cárceles. Algunas de las disposiciones comunes incluyeron, la morigeración de la modalidad de detención, procedimientos de cuarentena para los nuevos reclusos y aquellos que regresaban de actividades externas, como juicios. Además, se utilizaron medidas de aislamiento para los detenidos que mostraban síntomas de COVID-19 o que habían estado en contacto con personas infectadas. Asimismo, se intensificaron las medidas de higiene en las cárceles, incluyendo la provisión de suministros como desinfectantes, jabón y equipo de protección personal para el personal penitenciario y los reclusos. Como corolario de decidió la suspensión de las visitas familiares con el objeto de limitar la exposición externa y reducir el riesgo de transmisión del virus.

Es notoria la diferencia que motivo la declaración de ambas emergencias y sus niveles de alcance y limitaciones.

Para llegar a esta conclusión debo hacer referencia a lo señalado por jurisprudencia y doctrina en lo que hace al denominado derecho de emergencia.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, conceptualiza a la emergencia pública como aquellas “situaciones que derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios”

(Caso Perón, Fallos, 238:23). También ha dicho el máximo tribunal que “el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias y modalidades de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria que influye sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones **(Caso Peralta, Fallos, 313:1513)**

Más cercano en el tiempo, y con el voto del entonces presidente de la Corte, Carlos Rosenkrantz se subrayó, “que la emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente. La emergencia está sujeta al derecho en este país, en tanto también es una situación jurídicamente regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa sola razón, constitucionalmente admisible. No debe perderse de vista que la emergencia, si bien puede proporcionar la ocasión para ejercer un poder existente, no crea poderes nuevos”

Esto nos lleva a reflexionar que las disposiciones que establecen normas de emergencia deben estar sujetas a un mayor nivel de intensidad del control judicial.

Además de la mayor justificación por parte de los poderes públicos de las medidas adoptadas, el control judicial debe analizar si la situación de emergencia sanitaria que se invoca, se mantiene vigente o por lo contrario desaparece, por lo que correspondería invalidar la norma por ausencia de la causa constitucional que habilita su vigencia. Ello así, toda vez que aquel ejercicio de poderes excepcionales carecería de

circunstancias excepcionales que la justifiquen. La Corte Suprema lo ha admitido en el precedente "Mango", en el que invalidó una norma de emergencia por no subsistir la situación de emergencia, en aquel caso, habitacional (CSJN, "Mango, Leonardo c/ Traba, Ernesto", 26/8/1925, Fallos: 144:219)

Si continuamos analizando los parámetros que establece el Tribunal Superior de nuestro país, no debe existir dudas respecto de que la **emergencia debe ser grave**, ya que no cualquier crisis autoriza a tener por configurado un estado de emergencia. Es esa singularidad la que justifica la adopción de medidas excepcionales, de lo contrario bastan los poderes ordinarios asignados por la normativa a las autoridades para superar la crisis.

Entiendo además que un derecho excepcional de ningún modo debe ser interpretado de manera contraria a las normas constitucionales, ya que las medidas de emergencia tienden a la defensa del sistema constitucional y de las autoridades por él creadas y deben estar encaminadas a restablecer la normalidad social.

La Constitución fija límites expresos que deben acatarse en cuanto a los órganos competentes, a las causales que la autorizan y a los procedimientos para su dictado. En este aspecto la prudencia política debe guiar el accionar de las autoridades del Estado para el ejercicio de los poderes de emergencia, los que corresponden como atribuciones privativas al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo.

Por su parte al órgano judicial le corresponde juzgar en los casos concretos sometidos a su decisión que no se haya violado la normativa constitucional suprema, así como la razonabilidad de las normas y actos que se dicten.

El control de razonabilidad autoriza la revisión del accionar de las autoridades públicas y también de los particulares, a fin de verificar en cada causa la existencia de una relación proporcional de las medidas adoptadas, **teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que las rodean y los fines perseguidos**.

Si el fundamento de las medidas de emergencia es la superación de graves situaciones, su finalidad será el logro del bienestar general, mediante decisiones dentro de las fronteras de lo razonable a fin de no lesionar el Estado de Derecho. La legitimidad del estado de emergencia es la defensa y el amparo del orden constitucional, al que tiende a garantizar mediante remedios extraordinarios.

Otro aspecto relevante y que debe ser objeto de control judicial es el relativo al plazo de las medidas excepcionales, ya que no es razonable que dicha situación se prolongue indefinidamente en el tiempo. Debe destacarse el fallo de la Suprema Corte de Justicia de nuestra provincia, encabezado por el voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, respecto de la extensión temporal de la emergencia, del 1/4/94, publicado en L.L. 1996-A-228, en el que luego de verificar que al momento de dictar sentencia el Estado Provincial no afrontaba una situación económica de necesidad que no le permita cubrir las necesidades prioritarias del Estado, concluyó declarando la inexistencia de emergencia. Como lo señala Miguel M. Padilla, al momento de comentar dicho pronunciamiento, la emergencia, por su propia índole, es de carácter ocasional o momentáneo; no podría nunca, por tanto, calificarse de tal un estado de cosas de indefinida duración, pues si realmente las circunstancias que la originan revisten condición de permanencia, han pasado entonces a integrar la realidad fáctica de este estado en el que han ocurrido, incluso por la pasividad de los gobiernos ante la crisis o la ineficacia de las medidas que adopta".("Los jueces pueden y deben declarar el fin de la emergencia", L.L. 1996-A-228).

En este sentido se observa que se ha superado el estado de emergencia sanitaria a nivel global, tal como lo ha resuelto la OMS, y que la declaración de emergencia que ha impulsado el DNU 70/2023, tiene una matriz intrínseca claramente diferente en su fundamentación, vinculada principalmente en aspectos de crisis económica y financiamiento, descartando alguna medida relacionada con la limitación de contactos sociales o la salubridad pública desde la óptica epidemiológica.

Es por este motivo, y basado en el carácter de grave, excepcional y transitorio que debe tener toda medida de emergencia, **considero que no es aplicable la declaración de emergencia pública dispuesta en el DNU 70/2023**, como fundamento para disponer la continuidad de la inaplicabilidad de la prohibición establecida en el art. 174 de la ley 8.465, en lo que hace la utilización de telefonía celular de las personas privadas de la libertad.

Más aún, si se sostuviera la excepción, importaría una modificación sustancial al orden jurídico establecido, por el Código de Ejecución Penal de Mendoza (Ley 8465). Como ya lo manifesté en ocasión de prorrogar la autorización mientras durara la emergencia sanitaria dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional, una ley dictada por la Legislatura de la Provincia no puede ser modificada por una resolución judicial; no sólo porque no resulta el mecanismo indicado al efecto, sino porque, además, la modificación de una ley resulta una atribución privativa de otro poder del Estado.

Aunque no desconozco los beneficios traídos como consecuencia del uso de telefonía celular, las cuales fueron ampliamente descriptas por los peticionantes, la prohibición de su uso se encuentra contemplado –como ya expusiera- en el art. 174 de la ley 8465, **por lo cual, cualquier decisión en contrario, fuera de un contexto de excepcionalidad debidamente fundada, constituiría una violación a la división de poderes, inadmisibles en un estado de derecho**, en la medida que “**los jueces no deben sustituir al legislador**, sino aplicar la norma tal como éste la concibió...”, (Dictamen de la Procuración General al que la Corte remite, en el antecedente “Badoza, Eduardo Raúl c/ EN - M° J. y DDHH - resol. 1653/06 s/ empleo público. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, 1/7/2021).

Al respecto, el art. 100 de la Constitución de la Provincia de Mendoza expresa: “Las leyes pueden tener principio, salvo los casos que esta Constitución exceptúa, en cualquiera de las dos Cámaras, por proyecto presentado por alguno o algunos de sus miembros, o por el Poder Ejecutivo.”. -

Por su parte, y en relación a ello, el art. 12 del mismo cuerpo normativo establece que “El gobierno de la Provincia será dividido en tres poderes distintos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de éstos podrá arrogarse, bajo pena de nulidad, facultades que no le estén deferidas por esta Constitución, ni delegar las que le correspondan.”. -

En lo que hace al planteo de la Asociación Verdad y Justicia por Mendoza, entiendo que le son totalmente aplicable para su rechazo, la argumentación desarrollada con anterioridad.

Y si bien, pueden existir un sinnúmero de motivos para resolver en favor del uso de telefonía celular dentro de las unidades penitenciarias; la autorización sine die no puede ser sostenida por esta magistratura, pues ello importaría la violación de los mecanismos institucionalmente dispuesto para la modificación de leyes, toda vez que su prohibición se encuentra contenida en una ley de la provincia. –

En este sentido, cabe recordar que en la resolución emitida por quien suscribe el 13 de febrero de 2023, se estimó prudente remitir copia de la presente a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a fin que en el marco de las facultades conferidas por el art. 144 punto 2 de la Constitución de la Provincia, evalúe la posibilidad de remitir un proyecto a la legislatura provincial para la modificación del art. 174 de la ley 8465.

También es importante aclarar que en aquella oportunidad, durante la celebración de la audiencia, también participaron representantes de la Comisión Bicameral de Seguridad y del Poder Ejecutivo, quienes tomaron contacto con la situación planteada y la necesidad de evaluar la necesidad de una discusión legislativa pertinente.

No obstante, y a pesar del transcurso del tiempo, ningunos de los Poderes del Estado con facultades constitucionales y legitimación política, para impulsar una discusión y análisis de una posible reforma de la

ley 8465, han considerado necesaria abordar dicha temática.

Desde ese punto de vista, la legitimidad política aparece como representación justificadora del poder político, bien sea como concreción de un consenso a partir de un proceso electoral o como necesidad, en términos de funcionalidad del poder. **La legitimidad contiene el reconocimiento del ejercicio del poder político por parte del llamado a ejercerlo, no de otro**, es decir, de quien ostenta la titularidad del poder político, dado que esa titularidad aparece como consecuencia de la asunción al cargo que demanda el ejercicio del poder político y de la correspondiente aceptación del mismo por parte de los asociados al Estado, entendiéndose que este Juez de primera instancia, lejos está de ostentar las facultades, para resolver en sintonía a lo reclamado por la parte peticionante.

Por estos motivos entiendo que se debe rechazar las peticiones analizadas.

V. Restablecimiento de la vigencia de la prohibición del art. 174 segundo párrafo.

Ahora bien existe un aspecto que es muy sensible y que debe analizarse con mucha precaución y razonabilidad, y se vincula con la modalidad en la que debe ser llevada adelante el restablecimiento del régimen establecido por la ley 8.465 en su artículo 174.

No hay dudas que el impacto del retiro de la telefonía móvil de los sectores carcelarios, será muy significativo en la vida cotidiana de las personas privadas de libertad, como así también sobre el propio Servicio Penitenciario.

A partir de ello, se hace necesario analizar cuáles son los parámetros que debe tener en cuenta la agencia Penitenciaria, para cumplir por un lado con la normativa pertinente y de manera simultánea respetar los estándares de DDHH, vinculados con el derecho de la comunicación de la PPL.

a) En lo que hace a la temporalidad: no se comparte la propuesta que realizó el Ministerio Público Fiscal, al momento de la audiencia celebrada el día 8 de Enero del corriente, en la que se solicitó que en el plazo de treinta días, se proceda al retiro de todos los celulares de los establecimientos Penitenciarios.

Queda claro que si tenemos en cuenta, el informe obrante a orden N° 223, del presente expediente digital, actualmente hay 4224 teléfonos celulares autorizados en toda la provincia. El proceso de entrega de parte de los detenidos, su depósito y su correspondiente entrega a los referentes familiares o titulares de dichos equipos, va insumir un tiempo muy considerable, y se deben organizar un mecanismo adecuado y que cumpla parámetros de seguimiento y trazabilidad, teniendo en cuenta el valor que tienen dichos equipos.

Pero además también la autoridad administrativa debe llevar adelante un proceso de información y concientización para la entrega voluntaria de la telefonía celulares en actual posesión de las ppl, de manera que el procedimiento de requisa penitenciaria para la extracción de los mismos, sea la última alternativa.

Por este motivo considero que el plazo de retiro efectivo debería no ser menor a los seis meses (700 equipos por mes aproximadamente), debiendo notificar con una debida anticipación a las PPL.

b) En lo que hace a las condiciones objetivas de contacto familiar y su periodicidad, el Servicio Penitenciario solo podrá retirar los equipos de telefonía celular en aquellos sectores donde se le garanticen una frecuencia de visitas igual a que le se venía usufructuando, previa al inicio de la pandemia en el año 2020.

Como parámetro mínimo deberá garantizar un régimen semanal, pudiendo ampliarlo de conformidad a criterios vinculados con la distancia, nivel de vulnerabilidad, o avance en el régimen progresivo de la Pena.

En este sentido puede tomarse el precedente “López y Otros vs. Argentina”, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fecha 25 de noviembre de 2019. Allí se dijo que «los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano». Para mayor claridad agregó el Tribunal «Respecto al artículo 5, la Corte ha sostenido que, entre otras garantías, el Estado debe garantizar visitas en los centros penitenciarios. **La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal** según las circunstancias. Así, la restricción a las visitas puede tener efectos en la integridad personal de la persona privada de libertad y de sus familias. Lo que busca el artículo 5.3 es justamente que los efectos de la privación de la libertad no trasciendan de modo innecesario a la persona del condenado más allá de lo indispensable.»

Resulta necesario mencionar la afectación al núcleo familiar que supone un aislamiento prolongado de la persona privada de su libertad. Así lo entendió la CIDH en el fallo mencionado ut supra al decir «*las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares, no solo por representar una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de su condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico. Por lo tanto, los Estados, como garantes de los derechos de las personas sujetas a su custodia, tienen la obligación de adoptar las medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares*». De esta forma la separación de personas privadas de la libertad de sus familias de forma injustificada, implica una afectación al artículo 17.1 de la Convención y eventualmente también al artículo 11.2.

c) En lo que hace los sistemas de comunicación, el Servicio Penitenciario solo podrá retirar los equipos de telefonía celular en aquellos sectores donde se le garanticen a sus ocupantes, un servicio de comunicación telefónica pública o semipúblico de acceso periódico, sin otra restricción que las dispuestas en la normativa vigente.

Respecto a ello, toda persona detenida en un contexto carcelario, tiene derecho a comunicarse periódicamente, en forma oral o escrita, con su familia, amigos, allegados, curadores y abogados, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social. En todos los casos se respetará la privacidad de esas comunicaciones, sin otras restricciones que las dispuestas por juez competente. Este marco normativo está regulado el capítulo XI de la ley 8465.

No puede ser desvirtuada a través de una reglamentación o mecanismos que hagan ilusorios el ejercicio de este derecho.

Hay que considerar que en los establecimientos carcelarios con mayor cantidad de población, en cada sector alojamiento en particular se albergan más de 100 personas, y que en la totalidad de dicho Complejos hay un promedio de 1400 internos. Esto implica que **necesariamente cada espacio de alojamiento (Alojamiento, sector, módulo, pabellón, etc..)** debe contar con una terminal telefónica para acceder al derecho a la comunicación.

Si analizamos el caso del Complejo Penitenciario Almafuerde, al día de la fecha cuenta con una población penal general de 1692 ppl. Para el caso que se disponga un sistema centralizado de administración de los sistemas de comunicación pública, y aún con la construcción de 20 locutorios (hoy inexistentes), para el caso que se fije un régimen semanal de llamadas, se necesitaría organizar 90 grupos de 20 personas para que hagan uso de los teléfonos, con su correspondiente traslado, custodia y tiempo para que hablen con su grupo familia.

Esto a todas luces es de imposible cumplimiento, y devendría en un previsible y lógico incumplimiento de los derechos de comunicación de la ppl.

Este derecho, está amparado no solo a nivel interno, sino también en el marco de los estándares internacionales. Resulta de aplicación al caso la **Regla 58** contemplada en las denominadas “**Reglas de Mandela**”, por cuanto dispone “1. Los reclusos estarán autorizados a comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con sus familiares y amigos: a) por correspondencia escrita y por los medios de telecomunicaciones, electrónicos, digitales o de otra índole que haya disponibles; y b) recibiendo visitas.”

Respecto al **Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión**, tiene dicho el **Principio 19**: “*Toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho*”.

Surge así que el derecho a la comunicación con el mundo exterior, puede ser satisfecho por múltiples vías, siendo la comunicación telefónica la más idónea y efectiva. Esto también lo ha sostenido de manera reiterada la jurisprudencia.

La Cámara de Receso Judicial Extraordinario de Córdoba en el antecedente “Habeas corpus correctivo presentado por el Dr. Iván Mochkofsky s/ habilitación de utilizar celular para Walter Rubén Choque Muñoz”, dispuso «*La legalidad de las medidas que se dispongan para conjurar cada una de las situaciones especiales como es el derecho a la comunicación de los internos, dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella [...] De otro costado, el derecho de los internos a mantener comunicaciones con sus familiares, allegados y operadores judiciales no se encuentra vulnerado, en virtud que los mismos tienen acceso a la utilización de los teléfonos fijos, como asimismo pueden utilizar el sistema de videoconferencias para relacionarse con el medio social*» (ver en similar sentido, A.I. dictado el 7 de abril 2020, en causa FLP 10.067/2020 “*Internos alojados en el CPFJ de Ezeiza, HabeasCorpus, Juzgado Federal Criminal y Correccional de Lomas de Zamora*”).

En igual sentido, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santa Fe, rechazó un recurso de queja confirmando el resolutivo de la Alzada «*Para así decidir, comenzó su razonamiento sentencial por coincidir con la defensa en que resulta indispensable que las internas tengan comunicación con el exterior y que cercenado ese derecho estaríamos ante un caso de agravamiento en las condiciones de detención. Al respecto, reparó en que la unidad penitenciaria en cuestión contaba, en sus distintos pabellones, con telefonía fija, detallando ampliamente su ubicación, cantidad y suficiente disponibilidad para las internas, tanto para efectuar comunicaciones como para recibirlas. Concluyendo, entonces, en la ausencia de un supuesto de agravamiento de las condiciones de detención por afectación al derecho a la comunicación, máxime cuando la Ley 24660 expresamente prohibía la utilización de celulares.*» (Mujeres alojadas en la Unidad N° 5 de Rosario s. Habeas corpus colectivo y correctivo - Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad /// CSJ, Santa Fe; 20/05/2020; Rubinzal Online; RC J 6050/20). –

Más aún, el Tribunal de Impugnaciones N° III de la Provincia de Salta, para admitir una acción de habeas corpus hizo alusión a lo siguiente «*Debió preverse una nueva modalidad, establecer nuevos canales que pudieran compensar la imposibilidad de concurrencia de muchos y la mayor necesidad de conocer en forma directa y constante si los afectos se encuentran bien, saludables, con dificultades, etc.* » (Juliano, Mario Alberto (Director Ejecutivo de la Asociación de Pensamiento Penal) s. Acción de habeas corpus correctivo colectiva /// Trib. Impug. Sala III, Salta, Salta; 23/10/2020; Rubinzal Online; 167793/2020; RC J 7073/20).-

En síntesis, el estándar mínimo para garantizar el derecho a la comunicación “oral” (de los artículos 172, 173 y 174 de la ley 8.465), se vincula a :

1 - El acceso a la telefonía pública en los términos definidos por la Resolución SC 1122 /98, como “el acceso a los servicios de una red pública de telecomunicaciones que deberá prestarse al público en general por medio de la instalación, operación y explotación de aparatos telefónicos de uso público”.

2 - Que cada espacio de alojamiento tenga una terminal de comunicación

3 – Que los horarios de acceso permitan a la totalidad de los habitantes acceder a dicho servicio de comunicación, de tal manera que coincida con el horario de apertura de sus celdas

4- Que de manera complementaria a los sistemas de telefonía pública, se garantice mecanismos de videollamadas, videoconferencia y/o plataformas de comunicación, destinadas para el contacto en situaciones de emergencia familiar y el contacto con sus defensores y asesores jurídicos.

d) En lo que hace a los sectores de alojamiento destinados a mujeres, se ha planteado como una solicitud en subsidio, que en estos sectores, siga vigente el uso de telefonía celular, atento a que con anterioridad a la pandemia, estaban autorizado su utilización.

En relación a ello, debo señalar que si bien, la utilización de telefonía celular en la Unidad 3 de Mujeres, estaba autorizado, dicha autorización estaba vinculada a una circunstancia fáctica particular, y era el hecho de que no se constaba con un servicio de telefonía pública.

Respecto a ello, considero que como se expresó en el punto anterior, el uso de telefonía celular solo se puede verse restringida cuando se garantice un sistema alternativo de acceso público, pero para este caso en particular, los parámetros de aplicación deben tener una adecuada perspectiva de género.

Si analizamos cual es el perfil general de las mujeres detenidas, surge que son mujeres jóvenes o adultas menores de 40 años, pobres, con pocos años de escolaridad (primaria o menos) y en muchos casos analfabetas, solteras, madres y responsables del cuidado de sus hijas e hijos y de otros miembros dependientes de sus familias como personas mayores, personas con discapacidad o personas con enfermedades (ONU (2013). Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres (A/68/340), Recuperado de <https://undocs.org/es/A/68/340>)

Un número creciente de estudios intenta medir el impacto del encarcelamiento sobre las familias, con dos resultados importantes en el contexto de esta contribución. Por un lado, cuando una mujer es privada de su libertad, su familia (pareja, hijos/as u otras personas dependientes) sufre un impacto desproporcional a lo que sucede cuando un hombre es privado de su libertad. Esto porque, en el caso de los hombres privados de libertad, las mujeres se quedan a cargo de la familia e intentan sostenerla (Procuración Penitenciaria de la Nación (2019). Más allá de la prisión: Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro, <https://ppn.gov.ar/mas-alla-de-la-prision.pdf>).

En el caso de las mujeres privadas de libertad es mucho más probable que sus hijos/as estén en la cárcel con ella, vayan a vivir con otros familiares (a veces separando a hermanas/os), sean institucionalizados/as de alguna manera, o terminen sin hogar fijo.³³ Cuando las mujeres son privadas de su libertad, no suelen recibir visitas de sus parejas, ni de sus hijos/as si no pueden llegar por cuenta propia a los establecimientos carcelarios, lo que repercute negativamente en su salud mental.

En este contexto, la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, **recuerda que las normas y prácticas que desconocen el impacto diferenciado del encarcelamiento sobre las mujeres,** ocasionan que los

sistemas penitenciarios reproduzcan y refuercen los patrones de discriminación y violencia presentes en la vida en libertad. En atención a ello, **constituye una obligación ineludible la adopción de medidas** que respondan a un enfoque diferenciado que consideren la condición de vulnerabilidad de las mujeres en detención y las vulneraciones específicas a sus derechos que provoca el encarcelamiento. En adición, estas medidas deben considerar la frecuente interseccionalidad de factores de riesgo que puede acentuar su situación de riesgo.

La Comisión nota que la falta de implementación de políticas penitenciarias respetuosas del enfoque de género dirigidas al mantenimiento de vínculos familiares resulta en la existencia de desafíos para que las mujeres encarceladas puedan mantener contacto con las personas bajo su cuidado.

En el caso particular de niñas y niños, la CIDH ha advertido que las afectaciones que se ocasionan tanto a las madres como a sus hijos derivan principalmente de que los sistemas carcelarios en la región carecen de medidas especiales que permitan un contacto adecuado entre ambos, a pesar de que dicho vínculo es crucial para su bienestar y para evitar los efectos traumáticos a largo plazo que la separación produce en ambos. En particular, dicho contacto se ve afectado principalmente por: i) lejanía de las cárceles femeninas; ii) dificultades para realizar visitas; iii) ausencia de espacios adecuados y condiciones propicias; iv) falta de una persona que pueda acompañar a niñas y niños durante las visitas; y v) ausencia de recursos para asegurar su traslado a los centros. En este escenario, según información recibida, en su mayoría, las mujeres encarceladas no reciben visitas de sus familiares ni personas allegadas.

En particular, tanto la CIDH como la Corte Interamericana han indicado que usualmente las cárceles femeninas se encuentran en áreas remotas o inaccesibles, o a grandes distancias de los hogares familiares **(Solicitud de Opinión Consultiva, párr. 49; y Corte IDH. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad, párr. 136).**

Ello se debe a la ausencia de suficientes centros de detención para mujeres, así como a **la falta de consideración de la vida familiar de las mujeres cuando se decide sobre su alojamiento.** Sumado a ello, la CIDH ha advertido la existencia de factores que dificultan las visitas, entre los que destacan: i) exigencia de requisitos en demasía; ii) tramitación excesiva y elevados costos; y, iii) complicaciones derivadas de las requisas.

Por otra parte, la ausencia de espacios adecuados y condiciones propicias para la realización de visitas también impide un contacto adecuado. En particular, sin analizamos la situación de las unidades 3 y 14 la información recibida indica que las niñas y niños muchas veces no quieren visitar a sus madres, por falta de espacios inclusivos para niños de distintas edades, y las características propias del encierro que incluyen hostilidad.

Sobre este particular, la CIDH reitera que en atención al mandato específico de protección a la familia y al interés superior de la niñez, **los Estados tiene el deber de adoptar medidas para que las mujeres detenidas que sean madres tengan amplias oportunidades de mantener contacto con sus hijas e hijos.** Al respecto, recuerda que la privación de la libertad de madres y padres no debe ser considerada razón para la restricción indebida del contacto directo de modo regular **(Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160).**

A tal fin, las *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (“Reglas de Bangkok”) estipulan que los Estados están obligados a: i) garantizar un entorno propicio; ii) permitir el libre contacto entre la madre y sus hijas e hijos.

Asimismo cabe señalar las observaciones elaboradas por la CIDH, en este sentido, los Estados están obligados a actuar con la debida diligencia reforzada y, adoptar y aplicar una perspectiva de género e

interseccional para prevenir, investigar, sancionar y reparar todos los actos de discriminación y violencia contra las mujeres detenidas. En particular, este deber debe ser reforzado y contar con un enfoque de género. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que los Estados “tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará” refiriéndose al estándar de "debida diligencia" establecido en el Art. 7 (b) de dicho instrumento. Ello implica que en contextos de violencia, subordinación y discriminación histórica contra las mujeres, los compromisos internacionales “imponen al Estado una responsabilidad reforzada”.

Como síntesis sobre este punto, puedo señalar que **un sistema cásico de telefonía pública,** no cumple con los parámetros necesario para que una madre detenida pueda llevar adelante un seguimiento, acompañamiento y apoyo a su hijo menor de edad, en la medida que hoy la tecnología permite no solo audio, sino también video, en tiempo real y en todo momento del día, aspecto que impide la telefonía fija pública, si tenemos en cuenta además, que muchas veces los horarios de los encierros carcelarios se llevan adelante en horarios concomitantes a los horarios donde las mujeres detenidas pueden tomar contacto con sus hijos, sin que superpongan con el horario escolar , descanso o actividades recreativas y/o deportivas.

Es por este motivo que comparto la solicitud planteada, en la medida que se debe mantener de manera excepcional la autorización de la utilización de telefonía celular para las mujeres alojadas en el contexto del Servicio Penitenciario, hasta tanto se lleve adelante una adecuación de la normativa reglamentaria vigente a los parámetros convencionales dispuesto, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), teniendo en cuenta además que **no han existido hasta este momento ningún hecho delictivo investigado ni sancionado por el sistema judicial, que haya sido realizado con la utilización de teléfonos celulares en cárceles de mujeres de la provincia.**

e) **En lo que hace a los sectores de alojamiento destinados a ppl transitando periodo de prueba,** entiendo que se debe proceder en los mismos términos planteados en los puntos a,b y c, no existiendo al momento de la presentación argumentos sólidos por parte del peticionante, que fundamente adecuadamente una mirada diferenciada.

Por todo lo expuesto, esta instancia

RESUELVE:

I.- **RECHAZAR** la solicitud planteada por los Defensores y Defensoras Oficiales de la provincia de Mendoza, Procurador de las Personas Privadas de Libertad y la Dirección de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, y **DISPONER LA FINALIZACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN** para la utilización de telefonía móvil de las personas privadas de libertad en los contextos carcelarios de la provincia de Mendoza.

II.- **RECHAZAR** la acción de habeas corpus interpuesta por el Dr. Lucas Soler en representación de la Asociación Civil Verdad y Justicia, en virtud de no concurrir las circunstancias previstas por la ley 23.098 ni el art. 440 del C.P.P. de la Provincia de Mendoza. –

III.- **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a la solicitud de la Procuración de Personas privadas de la libertad, y **mantener la autorización excepcional** para la utilización de telefonía móvil, **en los centros de detención que se encuentren alojadas Mujeres**, hasta tanto se adecuen las normas reglamentarias a los parámetros establecidos en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y se cumplan con las condiciones dispuestas en el punto siguiente.

IV.- **DISPONER** que para hacer efectivo lo dispuesto en el punto N° I de la presente resolución, y **previa verificación** de esta instancia judicial, el Servicio Penitenciario de la Provincia de Mendoza, deberá cumplir con las siguientes disposiciones:

- a) **FIJAR** una periodicidad del régimen de visitas de familiares y allegados en los establecimientos penales, con una frecuencia **SEMANAL**, como mínimo.
- b) El retiro de los equipos telefónicos móviles deberá ser realizado de manera gradual en un plazo no inferior a los **SEIS MESES**, estableciendo un mecanismo de trazabilidad y seguimiento adecuado, para permitir a los familiares de las personas privadas de la libertad, retirar dichos equipos del ámbito penitenciario.
- c) **NOTIFICAR** con una anticipación no inferior a **TREINTA** días a las personas detenidas de los sectores de alojamiento, en el que se procederá al retiro de los equipos.
- d) **SOLO** podrá disponer el retiro de los equipos telefónicos celulares, en los sectores de alojamiento, donde se encuentre instalado y en condiciones operativas un sistema de Telefonía pública en los términos del art. 2° de la resolución 1122/98 (Reglamento de Telefonía Pública), debiendo garantizar al menos un equipo por cada pabellón, ala, o sector de cada establecimiento carcelario.
- e) **INSTALAR** en cada establecimiento carcelario, de manera complementaria a los sistemas de telefonía pública, equipos para videollamadas, videoconferencia y/o plataformas de comunicación, destinadas para el contacto en situaciones de emergencia familiar y el contacto de los detenidos con sus defensores y asesores jurídicos, en una proporción mínima de un equipo cada doscientas personas detenidas.

V.- **NOTIFIQUESE** a las partes con copia de la presente resolución. -

CÓPIESE. NOTIFÍQUESE. REGÍSTRESE. Y ARCHIVESE

Dr. Sebastián Sarmiento

Juez de Ejecución

HTML Keyboard"/> Saluda a Ud. Atte. Tribunal: 1- OGAP Juzgado Penal Colegiado - Primero -
Nomenclador: 018501