

¿DEBE HABILITARSE EL USO DE TELEFONIA CELULAR A LA POBLACION CARCELARIA?

Por Mario Alberto Juliano¹

1. El espacio carcelario es un ámbito propicio para la controversia disciplinaria ya que está construido sobre la base de una lógica tutelar y militarista, donde la privación de la libertad ambulatoria se extiende a la privación del resto de los bienes intrínsecos a la personalidad del individuo, afectando gravemente su dignidad. En este contexto confrontan claramente dos bandos antagónicos, con intereses poco menos que irreconciliables, que se encuentran en permanente tensión y disputa. En el espacio carcelario los internos deben ser contenidos y controlados de la misma forma en que se contiene y controla a los enemigos, desde una posición de superioridad que, indefectiblemente, está condenada a desembocar en la confrontación.

Confrontación que tiene su caldo de cultivo propiciatorio en el modelo de sociedad, disciplinaria y reglamentada, que se procura imponer a los internos, representativo de una ficción inexistente en el afuera. Ficción que, por otra parte, contribuye a profundizar la crisis del concepto de resocialización y la enajenación que suponen las instituciones totales, como la cárcel.

2. En este sentido (en el sentido de la sociedad ficticia que se pretende imponer a los internos como normas de comportamiento) es interesante observar alguno de los deberes y prohibiciones que se aplican a los presos bonaerenses, de acuerdo a la ley 12.256, de ejecución penal.

ARTICULO 44 - Los internos deben:

1) Atender y cumplir las indicaciones que reciban de los funcionarios correspondientes sobre su desenvolvimiento en el establecimiento o en las áreas relacionadas con su programa de asistencia y/o tratamiento

2) Tratar con corrección a las autoridades y compañeros.

3) Mantener una correcta presentación, cuidando su aseo personal y el de su hábitat, al igual que la conservación del equipo y los objetos

¹ Presidente de la Asociación Pensamiento Penal y juez del Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea

confiados a su responsabilidad.

4) Abstenerse de toda perturbación del orden y de la disciplina.

ARTICULO 45 - Está prohibido a los internos:

1) Tener armas o elementos que puedan ser usados como tales, a excepción de los autorizados expresamente y por razones específicas de trabajo.

2) Efectuar reclamaciones colectivas salvo que sean por escrito.

3) Realizar todo tipo de apuestas.

4) Mantener comunicaciones en términos o signos que resulten ininteligibles para el personal.

5) En general, todo acto que fuese prohibido por esta Ley, los reglamentos internos o las disposiciones de la Jefatura del Servicio Penitenciario.

La mayoría de las reglas precedentes nos hablan de un modelo de sociedad y relaciones que la población carcelaria ignora, inexistente en la realidad cotidiana de la cual provienen y que recién ahora el Estado se siente con el derecho de imponer (además de restringir la libertad ambulatoria), cuando ha omitido reconocerles la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales básicos cuando se encontraban en libertad.

3. El espacio carcelario es el único en el que, luego de treinta años, no se ha logrado avanzar en su democratización, como si se tratara de un ámbito exento de esa posibilidad, o como si las ideas de seguridad y democracia fuesen nociones irreconciliables, imposibles de convivir.

Hablar de democratización del espacio carcelario no es más ni menos que aceptar y admitir que a las personas privadas de la libertad debe reconocérseles un papel protagónico en la vida y gobierno de la cárcel y abandonar el rol de meros objetos de tutela.

La cárcel es el único espacio donde el destinatario de la acción institucional es ignorado por completo, ya que no es oído ni se le permite formar parte de la comunidad de intereses que integra.

4. El régimen disciplinario que rige en nuestro país, y particularmente el previsto por las leyes 24.660 y 12.256 de la provincia de Buenos Aires responde, a grandes rasgos, a la lógica militarista y tutelar señalada, circunstancia que aumenta la necesidad de su permanente escrutinio en los principios constitucionales y, puntualmente en los principios de legalidad y lesividad,

esenciales a la hora de abordar las consecuencias del poder punitivo.

Recordemos, a este respecto que de acuerdo al principio de legalidad, no hay conducta reprochable sin ley que la tipifique, previsión que se complementa con el deber de expresar en forma clara la situación infraccional, ya que de su formulación se decide el límite entre lo punible y lo impune. Mientras que de acuerdo al principio de lesividad, no existe posibilidad de intervención de la autoridad pública sin que se haya inferido un daño a un bien jurídico o, al menos, que haya sido puesto en peligro en forma concreta y tangible.

Decimos lo precedente, ya que observando el catálogo infraccional de la ley 24.660, como el de la 12.256, podremos encontrar que una cantidad importante de los tipos disciplinarios allí previstos, no se ajustan a dichas exigencias constitucionales.

Tal el caso del inciso d) del artículo 47 de la ley bonaerense (intentar introducir o sacar elementos de cualquier naturaleza eludiendo los controles reglamentarios), o el inciso f) del artículo 48 (autoagredirse o intentarlo como medio de protesta o persecución de beneficios propios), o el inciso g) de la misma norma (dar a los alimentos suministrados o prescriptos un destino distinto al previsto), o el inciso k) (negarse en forma injustificada a realizar personalmente las labores de mantenimiento que se le encomienden), o el inciso m) (peticionar colectivamente, directa o indirectamente, en forma oral, de un modo que altere el orden del establecimiento).

O prácticamente todo el artículo 48 bis, que establece qué acciones serán consideradas faltas leves:

ARTÍCULO 48 bis. (Artículo Incorporado por Ley 14296) Son faltas leves:

- a) No respetar injustificadamente el horario o la convocatoria a actividades;*
- b) Descuidar el aseo personal o la higiene del lugar de su alojamiento o de las instalaciones del establecimiento;*
- c) Cocinar en lugares, horarios o en formas no autorizados;*
- d) Descuidar la higiene o el mantenimiento de la ropa de cama;*
- e) Comportarse agresivamente durante el desarrollo de las prácticas deportivas que realice;*
- f) Alterar el orden con cantos, gritos, ruidos o mediante el elevado volumen de aparatos electrónicos autorizados;*
- g) No comunicar de inmediato al personal cualquier anomalía,*

desperfecto o deterioro producido en el lugar de alojamiento o en otras dependencias;

h) Fumar en lugares u horarios no autorizados;

i) Fingir enfermedad para la obtención indebida de medicamentos o para eludir una obligación;

j) Negarse a dar su identificación o dar una falsa a un funcionario en servicio;

k) Producir actos de escándalo en ocasión de ser trasladado a nuevo destino, o conducido para la realización de diligencias judiciales u otras o durante las salidas en los casos autorizados por la legislación vigente;

l) Agraviar verbalmente a funcionarios y visitantes;

o) () Ausentarse, sin autorización, del lugar que, en cada circunstancia, tenga asignado.*

5. Me propongo ingresar, de modo crítico, en una de las situaciones que habitualmente habilitan poder disciplinario: la tenencia de teléfonos celulares por parte de las personas privadas de la libertad.

Mientras que la ley 24.660 contempla una norma en la que podría quedar atrapada la conducta (el inciso c del artículo 85), que dispone que se sancionará como falta grave el *tener dinero u otros valores que lo reemplacen, poseer, ocultar, facilitar o traficar elementos electrónicos o medicamentos no autorizados, estupefacientes, alcohol, sustancias tóxicas o explosivos, armas o todo instrumento capaz de atentar contra la vida, la salud o la integridad propia o de terceros*, no ocurre lo propio en la provincia de Buenos Aires, donde las normas que se emplean para captar estas acciones son los incisos c) y d) del artículo 47: *poseer, ocultar, facilitar o traficar medicamentos no autorizados, estupefacientes, alcohol, sustancias tóxicas o explosivos, armas o todo instrumento capaz de atentar contra la vida, la salud o la integridad propia o de terceros e intentar introducir o sacar elementos de cualquier naturaleza eludiendo los controles reglamentarios.*

Tal como se advierte, existe un serio déficit normativo para captar esta situación, violatorio del aludido principio de legalidad, que me ha llevado a decidirlo de ese modo (como una conducta atípica) en diversas oportunidades².

6. Pero ese no es el enfoque que quiero dar a la cuestión. El enfoque que me

² <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/07/ejecucion01.pdf> ;
<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/09/ejecucion08.pdf>

interesa se orienta hacia el otro principio constitucional involucrado: el principio de lesividad.

¿Podemos considerarse lesivo para algún bien jurídico la posesión de un teléfono celular por parte de un preso?

La primera respuesta que se nos ocurriría, dentro de la lógica carcelaria, es que la posesión de un teléfono celular por parte de un preso es potencialmente lesiva para la seguridad del establecimiento, ya que con ese artefacto se podrían organizar fugas o la introducción de elementos idóneos para poner en peligro la seguridad del establecimiento.

Otra respuesta, apoyada en algún dato empírico, es que con un teléfono celular el interno podría seguir delinquiriendo, ya sea en la continuidad de las acciones que lo llevaron a estar privado de la libertad (relación con sus cómplices del exterior) u organizando nuevos delitos (secuestros virtuales).

Hipótesis de esa índole responden a la imagen estereotipada del preso. Todos los presos son malos, muy malos, y aprovecharán cualquier ventaja que se les proporcione para seguir delinquiriendo, según es su naturaleza. No descartamos que algún interno emplee el teléfono celular para intentar un secuestro virtual, o para seguir regenteando sus negocios ilícitos, o planear nuevos delitos (como de hecho sucede y ha sido verificado). Pero no creemos que ese sea el caso de la mayoría de los presos. Pongo por caso el ejemplo de los presos de la Unidad 31 de Florencio Varela, que durante una semana decidieron donar la mitad de sus alimentos, en solidaridad con los inundados de La Plata³.

Pero haciendo abstracción de esta reflexión de orden general, la contra argumentación a esas afirmaciones que desaconsejan el uso de teléfonos celulares es sencilla. Si lo que en realidad se trata es de evitar, o dificultar, es el contacto del interno con el mundo exterior, para que no siga delinquiriendo, lo que habría que pensar es en incomunicar a todas las personas que se encuentran privadas de la libertad ya que, ciertamente, pueden seguir en contacto con el exterior por medio de la comunicación epistolar, de sus visitas y, por qué no, de su abogado. O, para no ser tan drásticos, intervenir toda su correspondencia, hacer escucha de las conversaciones del interno, incluidas las que mantenga con su abogado.

³ <http://www.apn.org.ar/index.php/ver-todas-las-noticias/item/838-presos-deciden-donar-la-mitad-de-sus-alimentos-a-los-inundados-durante-una-semana.html>

Además, ¿por qué privar el uso del celular a los imputados o condenados por la comisión de cualquier tipo de delito? Siguiendo la línea de pensamiento de los que sostienen la restricción, podría aparecer comprensible en el caso de delincuencia organizada, asociaciones ilícitas, narcotráfico. Pero, ¿cuál sería la razón plausible para obrar del mismo modo en el caso de las personas que se les atribuye un homicidio pasional, o un delito contra la integridad sexual?

Los argumentos que rechazan el uso de teléfonos celulares por los internos chocan con una gran contradicción: que la mayoría de los pabellones del sistema penitenciario argentino cuentan con teléfonos fijos, que funcionan con monedas o tarjetas, o a cobro revertido, no pudiendo explicarse de modo satisfactorio la razón por la cual el riesgo se encuentra en la telefonía móvil, pero no en la fija.

Luego, por qué habrían de tener más valor los delitos que se cometan empleando telefonía celular por parte de presos, con relación a los miles de delitos que, seguramente, cometerán personas que no se encuentran privadas de la libertad empleando ese medio?

Como es obvio, un razonamiento de esta índole, si es que rige el principio de igualdad frente a la ley entre personas que se encuentran privadas de la libertad y las que no lo están, llevaría a que se permita a los presos usar celulares o, en su defecto, se prohíba el uso de esos artefactos a todos los ciudadanos argentinos.

Regresando al eje del análisis, no se advierten argumentos consistentes que justifiquen privar a los presos del uso de teléfonos celulares. Muy por el contrario, si el principio de resocialización puede ser concebido como un derecho, y tal como sostuvo la Corte en "Méndez", el ingreso a una prisión no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional, y que la dignidad humana implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos señaló que aunque determinados derechos de los condenados pueden ser disminuidos por las exigencias del encierro, al prisionero no se lo despoja de la protección

constitucional por cuanto "no hay una cortina de hierro trazada entre la Constitución y las prisiones de este país"⁴.

Notemos las contradicciones de ciertas legislaciones, como es el caso del dudosamente constitucional código de ejecución de la pena privativa de la libertad de la provincia de Mendoza, también conocida como "ley Petri", que a la vez que aparenta promover las comunicaciones de los internos con el mundo exterior con la excusa de la resocialización⁵, sanciona como falta media la utilización o mera posesión de teléfonos celulares⁶, incongruencia difícil de explicar en forma racional.

7. El análisis de este tema permite relacionarlo con otro de los institutos perversos del mundo penal: la prisión preventiva. Si en realidad creemos, y sostenemos, que la prisión preventiva no constituye un adelanto de pena que permita restringir más derechos que los que se le quitan a un condenado y si el privado de la libertad de modo cautelar conserva el estado de inocencia que le garantiza la Constitución: ¿cuál es la razón por la que se le prohibiría usar teléfonos celulares en su lugar de encierro para continuar con su vida "normal", de persona inocente?

No se debe infringir a los presos otras privaciones que no sean las derivadas de la privación de la libertad, por lo que el teléfono celular debe ser visto como una herramienta de socialización, que posibilite a los internos continuar en contacto con el mundo exterior.

8. Finalmente, un argumento de no poco peso, frente a la confrontada realidad carcelaria: el uso de teléfonos celulares como reaseguro de integridad personal frente a tratos crueles, inhumanos y/o degradantes por parte del personal penitenciario.

⁴ Wolff v. McDonnell; 418 US 539, 1974

⁵ ARTÍCULO 11.- Los procesados y condenados gozarán de los siguientes derechos:... 5) Comunicación con el exterior a través de: a) Visitas periódicas que aseguren el contacto personal y directo con familiares, representantes legales y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos, y con sus respectivas parejas, en la forma que establezca la reglamentación. Envío y recepción de correspondencia y comunicaciones telefónicas a su costa...

⁶ ARTÍCULO 98.- Las infracciones disciplinarias se clasifican en leves, medias y graves... II.- Son faltas medias:... v) Utilizar y/o poseer teléfonos celulares y/o terminales móviles de comunicación.

Lamentablemente, la cotidianeidad nos devuelve hechos permanentes de violencia por parte del personal penitenciario a las personas que se encuentran bajo su custodia. Violencia de la más infame, ya que se encuentra dirigida a personas que no tienen posibilidades de defenderse y responder a las agresiones que reciben, tanto por la situación de sujeción a que se encuentran sometidos, como por su particular condición de vulnerabilidad.

La tenencia de teléfonos celulares por parte de los internos permitiría registrar (fotografiar y filmar), los episodios de violencia que se registran habitualmente, erigiéndose como una suerte de freno (la posibilidad de registración) para aquellas personas que tienen inclinación a los tratos crueles, inhumanos y/o degradantes.

9. En resumidas cuentas, no descartamos que la tenencia de teléfonos celulares por parte de la población reclusa pueda facilitar la comisión de algún ilícito o, eventualmente, atentar contra la seguridad de los establecimientos. Necio sería ignorar hechos tangibles que lo confirman. Sin embargo, colocando en la balanza los perjuicios que podría acarrear la liberación del uso de los celulares frente a los beneficios que representaría (alguno de los cuales hemos enumerado), no abrigamos dudas que los beneficios salen gananciosos y justifican afrontar alguno de los riesgos que podría implicar la liberación del uso de estos artefactos.