

PROYECTO DE LEY

Texto facilitado por los firmantes del proyecto. Debe tenerse en cuenta que solamente podrá ser tenido por auténtico el texto publicado en el respectivo Trámite Parlamentario, editado por la Imprenta del Congreso de la Nación.

Nº de Expediente 0269-D-2006

Trámite Parlamentario 3

El Senado y Cámara de Diputados,...

DETENCION DOMICILIARIA

Artículo 1: Modificase el art. 32 de la ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"Deberán cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria:

- a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario.*
- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal.*
- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel.*
- d) El interno mayor de setenta (70) años.*
- e) La mujer embarazada.*
- f) La madre de un niño menor de cuatro (4) años".*

Artículo 2: Modificase el art. 33 de la ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"La detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución o competente.

En los supuestos a), b) y c) del art. 32, la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social.

El juez, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad".

Artículo 3: Modifícase el art. 35 de la ley 24.660, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"El juez de ejecución o competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención, cuando:

- a) Se revocare la detención domiciliaria.*
- b) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal.*
- c) Se revocare la condenación condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal.*
- d) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso que el condenado haya violado la obligación de residencia.*
- e) La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento".*

Artículo 4: Derógase los artículos 192 a 196 de la ley 24.660.

Artículo 5: Modifícase el art. 10 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"Deberán cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

- a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario.*
- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal.*
- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel.*
- d) El interno mayor de setenta (70) años.*

- e) *La mujer embarazada.*
- f) *La madre de un niño menor de cuatro (4) años".*

Artículo 6: Modifícase el art. 502 del Código Procesal Penal de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"El juez de ejecución o competente, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad".

Artículo 7: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Fundamentos

Señor presidente:

El presente proyecto de ley reedita la propuesta del expediente N° S-1971/05 de mi autoría, es una modificación al régimen de detención domiciliaria a fin de adecuarlo a la normativa constitucional y a los estándares internacionales. Para ello, se proponen modificaciones a la ley 24.660 (ejecución de la pena privativa de la libertad), al Código Penal y al Código Procesal Penal de la Nación procurando uniformidad y coherencia.

En síntesis, se propone establecer los supuestos en que procede esta medida, a saber:

- a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario.
- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal.
- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel.
- d) El interno mayor de setenta años.
- e) La mujer embarazada.
- f) La madre de un niño menor de cuatro años.

Asimismo, se regula que en los tres primeros supuestos se requerirá un previo informe médico, psicológico y social que justifique la decisión judicial de determinar la procedencia de la detención domiciliaria en el caso concreto.

A fin de adecuar la normativa a esta modificación, se propone la derogación del régimen de la ley 24.660 que regula las condiciones de detención en los establecimientos penitenciarios de las mujeres embarazadas y de las madres de un niño menor de cuatro años.

A continuación, expondremos con mayor detalle la argumentación que justifica esta modificación.

El ámbito carcelario, más allá del mal estado, la deficiencia infraestructura de las instituciones penitenciarias de nuestro país y la constante interacción violenta, ya de por sí es inadecuado para alojar a ciertas personas vulnerables.

En algunos casos, se han establecido instituciones penitenciarias especiales como sucede con los niños y niñas o los dementes. En otros casos, directamente, se considera que debe procederse al alojamiento en un ámbito extra-carcelario correspondiendo la prisión domiciliaria. En consecuencia, la prisión domiciliaria es la posibilidad de cumplir la sanción penal fuera del ámbito carcelario, del "espacio sin ley" (1) .

Este instituto responde a una serie de valores y normas de jerarquía constitucional y estándares internacionales, que desarrollaremos a continuación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Valores normativos en juego

El principal valor que pretende resguardar la prisión domiciliaria, a nuestro juicio, es la preservación de la salud -integridad física- de la persona internada. Este derecho debe ser entendido con amplitud de la definición de la Observación Nro. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "[e]l derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano... [sino que] entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de la protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud: el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud". Esto va a determinar que el Estado no sólo tenga deberes negativos, sino que también deba realizar una serie de conductas a favor de las personas.

Este derecho se encuentra reconocido expresamente en las normas internacionales de derechos humanos, (el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC- (2) , el art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH- que habla de integridad física, psíquica y social (3) , el art. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (4) -DADDH- y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (5) -DUDH-). En la Constitución Nacional de 1853/60 no se había incluido una disposición expresa que reconozca este derecho y era deducida de otras disposiciones o considerado un derecho implícito previsto en el art. 33 (6) .

Este derecho es general, nadie debe ser privado del acceso a la salud, por ende, las personas institucionalizadas en establecimiento penitenciarios deben gozar del derecho a la salud. Lo que significa que "[e]l Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, [tiene] la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo condena o la detención preventiva la adecuada custodia, que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral" (7) . En esta línea de ideas, resulta ilegítimo que el Estado al aplicar una pena, que en principio sea sólo privativa de la libertad, vulnere otros derechos como la salud; más cuando el mismo Estado es el que impide por medio del encierro el acceso a los servicios de salud (8) . Lo que conlleva a que el Estado debe tener una política de salud para las personas privadas de su libertad que garantice condiciones similares a las extra-muros.

Pero convengamos que el ámbito carcelario para el tratamiento de ciertas enfermedades y dolencias o para el alojamiento de algunas personas vulnerables -ancianos, mujeres embarazadas o discapacitados- no es adecuado por sí mismo, independientemente de las mejoras que puedan realizarse. Es por ello, que es justificable aplicar una medida coercitiva de menor intensidad sobre el individuo sacrificando los fines de la pena -en el caso que consideremos que sean aceptables y razonables- para garantizar el derecho de jerarquía constitucional a la salud.

También se ha considerado que la prisión domiciliaria resguarda la afectación al derecho a la vida (9) y evita cierta modalidad de tortura (10) , asumiendo una definición estrecha del concepto de salud para evitar superposiciones.

Muy vinculado con la prohibición de torturar, se encuentra el deber de trato humanitario que también se ve garantizado por el instituto de la prisión domiciliaria (11) . Este derecho se encuentra reconocido expresamente en las normas internacionales de derechos humanos: el PIDCP, art. 10 (12) ; la CADH, art. 5 (13) y la DADD, los arts. XXV y XXVI (14) .

Se recurre a este valor para comprender las situaciones en las que se le debe asegurar una muerte digna, fuera del espacio carcelario, a la persona privada de

su libertad Evidentemente, la salud de un enfermo terminal no va mejorar en el ámbito extra-carcelario, pero se ha considerado que es deseable que las personas no agonicen, ni mueran en una institución penitenciaria. También se recurre a este argumento jurídico cuando para procurar la prisión domiciliaria de las personas discapacitadas que por sus capacidades disminuidas, la privación de la libertad les significa un trato indigno o incluso una tortura (15) .

Puede argumentarse que otros supuestos en los que resultaría aplicable el instituto es para las embarazadas y las madres de niños pequeños. Eso se debe a que la sanción no debe trascender al individuo responsable penalmente (principio de intrascendencia penal) (16) y se considera que la privación de la libertad afecta sensiblemente al feto -más allá del valor jurídico que se le asigne a este ente-.

Además, las normas internacionales protegen a las embarazadas y las mujeres en época de lactancia (17) . También entran en juego las normas internacionales que protegen a los niños (18) . Por otro lado, se arguye que el contacto con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental para el desarrollo de los niños. Por eso mismo, se procura mantener unidos a la madre del niño existiendo dos opciones legislativas: la primera es la privación de la libertad de la madre y el niño (la más frecuente en los órdenes jurídicos latinoamericanos) (19) y la otra opción es disponer la prisión domiciliaria de la madre. Evidentemente, la primera opción implica la privación de la libertad de un niño, sometiéndolo a las consecuencias lesivas de un proceso de institucionalización, sólo para garantizarle su contacto con la madre. Consideramos que para estos supuestos existen medidas menos restrictivas de la libertad para el niño (20) como la prisión domiciliaria garantizando tanto el cumplimiento de la pena y el contacto madre-hijo.

Estándares internacionales

La reciente interpretación de la CSJN considera que el ámbito penitenciario, aparte de las reglas constitucionales antes mencionadas, se encuentra regido por los estándares internacionales fijados por las normas de la ONU (21) . Vamos a considerar que esta doctrina judicial es aplicable no sólo a las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos sino también a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) -RMNUMNPL-.

Debe considerarse que la prisión domiciliaria está comprendida en las medidas no privativas de la libertad (22) y tiene como fin reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos, realizar las exigencias de justicia social y de rehabilitación del condenado (23) .

Estas medidas deben ser aplicadas igualitariamente (24) y estar determinadas previamente por la ley (25) . Deben quedar sometidas al control judicial para garantizar que se cumplan sus fines y que no se afecten los derechos del beneficiario (26) . El plazo de duración debe estar determinado previamente al aplicarse (27) .

Para la adopción de estas medidas deben considerarse "las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda" (28) . Se le debe asegurar al beneficiario el conocimiento de "las condiciones que rigen la aplicación de la medida, incluidos sus obligaciones y derechos" (29) .

Conclusiones preliminares

Una vez analizadas las normas constitucionales y los estándares internacionales se concluye que la prisión domiciliaria debe estar regulada para ser aplicada a las personas enfermas -terminales o no-, los ancianos, las embarazadas, los discapacitados y las madres de niños pequeños en aras de resguardar el derecho a la salud, a la vida, la protección contra la tortura, el trato humanitario al condenado, la intrascendencia de la pena y la tutela especial de los niños y las embarazadas.

Esta medida debe ser dispuesta por la ley -legalidad- y aplicada y controlada por un juez -judicialidad-. Su implementación debe ser igualitaria -generalidad- garantizando que el beneficiario conozca la regulación y las restricciones que va a sufrir y permitiéndole, en los casos que corresponda, la participación de la víctima.

A continuación, veremos como ha sido regulada en el ámbito nacional para verificar su adecuación a estas normas constitucionales y estándares internacionales.

Regulación infraconstitucional

La prisión domiciliaria, en el ámbito federal, se encuentra reconocida en los arts. 32 a 34 de la ley 24.660 (Ley de Ejecución Penitenciaria) (30) . Asimismo, este instituto se encuentra regulado en diferentes normas del Código Penal y del Código Procesal Penal de la Nación (este último sólo para el ámbito federal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

El art. 33 de la ley 24.660: personas mayores de setenta años o enfermos incurables en estado terminal

Se dispone que la persona condenada mayor de setenta años o que padezca de una enfermedad incurable en período terminal tiene derecho a solicitar la prisión domiciliaria; sin importar la pena recibida, ni el lapso cumplido (31) .

En relación con el término de "enfermedad", el Cuerpo Médico Forense de la Justicia Federal entiende que se refiere "[a] conjunto de síntomas y signos, que tienen una determinada evolución y que proceden de una causa de origen no siempre conocido" (32) . Respecto al concepto de "enfermedad incurable" la OMS entiende que es "aquella que adopta un curso de irreversibilidad y, alert[a] sobre la seria dificultad de establecer cuándo se produce el ingreso de una enfermedad a una etapa terminal" (33) . Por lo tanto, ambos términos son bastante vagos haciendo discrecional la aplicación de la ley. Por ello, desde el PEN se trató de limitar esta discrecionalidad dictando el decreto 1058/97 que reglamenta que "se considerará enfermedad incurable en período terminal aquella que, conforme los conocimientos científicos y los medios terapéuticos disponibles, no pueda interrumpirse o involucionar y de acuerdo a la experiencia clínica lleve al deceso del interno en un lapso aproximado de SEIS (6) meses". Se agrega que se tendrán en cuenta los criterios generales de la medicina para realizar esta evaluación.

En relación con esta disposición normativa, se ha considerado que el lapso fijado por el decreto es arbitrario y puede ser dejado de lado en un caso concreto por el juez competente (34) .

En el mismo decreto se intenta limitar el acceso a la prisión domiciliaria de los enfermos de HIV exigiendo que se encuentren dados los siguientes clínicos y de laboratorio: a) Serología confirmatoria para HIV; b) Más de una patología marcador de SIDA (Fuente: Categoría C.-CDC 1993) según la siguiente nómina: Candidiasis Traqueal-Bronquial o Pulmonar. Candidiasis esofágica. Carcinoma de cérvix invasivo. Coccidioidomicosis diseminada (en una localización diferente o además de los pulmones y los ganglios linfáticos-cervicales o hiliares). Criptococosis extrapulmonar. Criptosporidiasis con diarrea de más de UN (1) mes de duración. Infección por citomegalovirus de un órgano diferente del hígado-bazo o ganglios linfáticos. Retinitis por citomegalovirus. Encefalopatía por HIV. Infección por virus del herpes simple que cause una ulceración mucocutánea de más de UN (1) mes de evolución o bronquitis-neumonitis o esofagitis de cualquier duración. Histoplasmosis diseminada (en una localización diferente o además de los pulmones y los ganglios linfáticos cervicales o hiliares). Isosporidiasis crónica (más de UN (1) mes). Sarcoma de Kaposi. Linfoma de Burkitt o equivalente. Linfoma inmunoblástico o equivalente. Linfoma cerebral primario. Infección por M. Avium intracellulare o M. Kansasii diseminada o extra pulmonar. Tuberculosis pulmonar. Tuberculosis extrapulmonar o diseminada. Infección por otras micobacterias diseminada o extrapulmonar. Neumonía por P. Carinii. Neumonía Recurrente. Leucoencefalopatía multifocal progresiva. Sepsis recurrente por especies de salmonella diferente de S. Typhi. Toxoplasmosis cerebral. Wasting Syndrome; c) Dosaje de CD4 determinado con citometría de flujo inferior a CINCUENTA (50) células por milímetro cúbico en DOS (2) estudios sucesivos con TREINTA (30) días de diferencia; d) Falta de respuesta al tratamiento antirretroviral con

indicación adecuada y cumplimiento fehaciente; e) Manifiesta dificultad psicofísica para valerse por sí mismo".

Desde el campo jurídico, se ha considerado criticable esta enumeración taxativa de los requisitos, sosteniéndose que es revisable judicialmente (35) .

Por su parte, desde el saber médico, el Dr. Pedro CAHN, jefe del Servicio de Infectología del Hospital "Juan A. Fernández", ha sostenido que "[e]l listado incluido en el punto b) del artículo 3 de la mencionada reglamentación, comprende patologías de distinta gravedad, algunas de las cuales cumplen en opinión del suscripto plenamente con los criterios de terminalidad, por ejemplo: linfoma cerebral, wasting syndrome, mientras que otros, como candidiasis esofágica o infección por virus de herpes simple no pueden considerarse terminales, dado que no cumplen con los criterios determinados en el artículo 2 [...] más allá del criterio específico, resultaría más criterioso centrar la definición de terminalidad en el punto 'e' del artículo 3 que expresa 'manifiesta dificultad psicofísica para valerse por sí mismo'" (36) . Por su parte, el Dr. Jorge A. BENETUCCI, jefe de una sala del Hospital "Muñiz", concluye que "ante la imposibilidad de emitir reglas generales estoy convencido de que rotular a un paciente como estadio terminal es un tema que exige del análisis por una junta médica conformada por especialistas en el tema y que puedan analizar el caso individual con todos los elementos necesarios a disposición" (37) .

La solicitud de prisión domiciliaria debe ser efectuada por un familiar, una persona o una institución responsable que asuma el cuidado del prisionizado. Debe ser concedida por el juez competente sobre la base de informes médico, psicológicos y sociales (38) .

La medida puede favorecer tanto a una persona condenado como a un procesado con prisión preventiva a causa del deber de trato igualitario reconocido en nuestra CN (39) , en la propia ley 24.660 (art. 11) (40) . En este caso, el juez competente es el juez de instrucción. En cambio, cuando el beneficiario es una persona condenada, el juez competente es el de ejecución.

El juez tiene criterio discrecional para conceder una supervisión de la prisión a cargo del patronato de liberados o de un servicio social calificado (queda prohibido el control por organismos de seguridad) (41) .

Se dispone en la norma reglamentaria (Decreto 1058/97) que 6 meses antes que la persona cumpla los setenta años, el servicio social del establecimiento le informa los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria. En el caso que exprese la voluntad afirmativa, se realizan los informes debidos. De este modo, se garantiza que no se retrase el acceso al beneficio por la tramitación necesaria.

En estos supuestos, se advierte que entra en juego en mayor medida la garantía de trato digno del condenado -muerte digna-, más que la protección de la salud (42) , tratando de evitarse que los enfermos y los ancianos mueran en prisión. Esto es muy claro por el hecho que el enfermo recién puede solicitar el acceso una vez que su deceso sea inminente. Por su parte, la persona anciana recién puede acceder cuando cumple la avanzada edad de 70 años y su fallecimiento se avecina.

Supuestos del Código Penal: mujeres honestas, personas valetudinarias y personas mayores de sesenta años

El Código Penal en su art. 10 dispone que procede la prisión domiciliaria cuando la pena de prisión no excede de los seis meses y la persona condenada es una mujer honesta, es mayor de sesenta años o es valetudinaria. Esta norma es complementada por el art. 32 de la ley 24.660, que establece que la prisión domiciliaria debe ser concedida por el juez competente confiándole la supervisión a un patronato de liberados o a un servicio social calificado; prohibiendo el control por organismos de seguridad. Lo cual se contradice francamente con el Código Procesal Penal de la Nación, que establece el control policial bajo la instrucción de la autoridad judicial (43) .

Por "mujer honesta" se ha entendido que es la que no ejerce la prostitución. Esta norma del Código Penal es inconstitucional, ya que resulta claramente arbitraria la discriminación al permitir que sólo las "mujeres honestas" sean beneficiarias de esta medida (44) . Por lo tanto, debemos considerarla inválida.

Por otro lado, las personas valetudinarias son los que sufren de los achaques de la edad, enfermizos, delicados o de salud quebrada (45) . Se ha considerado que "no requiere que la enfermedad no le permita soportar la privación de libertad en prisión, sino que basta con que el encierro sea susceptible de empeorar la enfermedad física o psíquica que padece, concepto que es válido por las disposiciones de la ley 24.660" (46) . Podría entedenser que bajo este concepto quedan comprendidos los enfermos y los discapacitados, de todos modos hay que argüir que el término resulta ajeno a una dogmática jurídica que tenga como fuentes los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Estos supuestos son aplicables cuando la pena de prisión no excede los seis meses, lo cual es poco factible por la vigencia del régimen de libertad condicional, a menos que la persona condenada sea reincidente.

Debe agregarse que estos supuestos son aplicables cuando a un procesado se le ha dictado la prisión preventiva (47) .

Esta medida debe ser dispuesta por la autoridad judicial competente (juez de ejecución para los condenados, juez de instrucción para los procesados), de oficio o a pedido de parte.

Revocación de la prisión domiciliaria

Se dispone en el art. 34 de la ley 24.660, que el juez competente debe revocar cuando el beneficiario no cumpliera sin justificativo la obligación de permanecer en el domicilio fijado o cuando los resultados de la supervisión lo aconsejen.

Sin embargo, la propia ley 24.660, en el art. 35 establece que el juez dispondrá la prisión discontinua o la semidetención en los supuestos de revocación de la prisión domiciliaria del art. 10 del CP o de la persona mayor de 70 años de ley 24.660 (48) . Esto ha llevado a concluir que cuando el Estado no ha establecido estos regímenes (prisión discontinua o semidetención) o carece de establecimientos adecuados "corresponde establecer o restablecer la detención domiciliaria" (49) .

Conflictos con las normas constitucionales y los estándares internacionales.

Se observa que se ha limitado en extremo la procedencia de la prisión domiciliaria en el supuesto de la persona enferma, exigiéndose que esta enfermedad esté en grado terminal para que proceda la medida mencionada (art. 33 de la ley 24.660) o que la condena sea inferior a los 6 meses de prisión (art. 10, CP). Debe señalarse que la ley 24.660 prevé que los enfermos tengan servicio médico en el establecimiento penitenciario o sean trasladados provisoriamente a una institución especializada (50) . De todos modos, sería conveniente permitirle al juez disponer de la prisión domiciliaria cuando sea lo más aconsejable para el resguardo de la salud de la persona institucionalizada. Resulta incongruente que sólo se permita esta prisión cuando la persona no tiene esperanzas, más cuando si se hubiera aplicado la prisión domiciliaria, tal vez, hubiese sanado. Por ello, la jurisprudencia, ante casos concretos, ha procedido a dictar la prisión domiciliaria sin hacer una aplicación rígida de las normas infraconstitucionales; permitiendo así que las personas enfermas puedan gozar de esta medida cuando es la más adecuada para el restablecimiento de su salud (51) .

Una de las enfermedades más comunes y nocivas del medio carcelario es el SIDA. La situación actual es dramática ya que se ha estimado que un 7,07% de la población carcelaria tiene HIV, superando casi en doce veces a la tasa estadounidense (0,6 %) y siendo superior al porcentaje de personas adultas infectadas en toda América Latina (entre 0,5% y 1%) (52) . Debe agregarse que "[e]l S.I.D.A. es la principal causa de muerte en las cárceles. Durante el año 2001 se han producido 35 muertes, casi la mitad por dicha enfermedad" (53) .

En el caso de los enfermos de HIV debe considerarse que "esta enfermedad es todavía incurable, una oportuna intervención permite un control del proceso de replicación viral y una disminución de la carga viral y una prevención de la

inmunodeficiencia progresiva; asimismo, debe tenerse en cuenta que toda interrupción del tratamiento debe considerarse de alto riesgo de selección de cepas resistentes" (54) . En este sentido, el ingreso y la permanencia en el medio carcelario es sumamente nocivo para el tratamiento de esta enfermedad (55) . Por ello la jurisprudencia, ha considerado este supuesto particular como uno de los casos de procedencia de la prisión domiciliaria, independientemente que la enfermedad esté en al fase terminal según la delimitación dada en el decreto reglamentario. Se ha recurrido al argumento de que la enfermedad es "incurable" y a una supuesta afectación del derecho a la vida y de trato digno (56) .

Tampoco se prevé la prisión domiciliaria para las mujeres embarazadas (57) o para las que tienen hijos pequeños afectando el principio de intrascendencia de la pena y provocando la institucionalización de los niños que son hijos de mujeres prisionizadas. Debe señalarse que el Código Procesal Penal de la Nación permite diferir la aplicación de la pena en estos supuestos -embarazada, madre de niño menor a los seis años y enfermo grave- (58) .

Finalmente, debe señalar que no se prevé la aplicación de la prisión domiciliaria para los discapacitados, a menos que queden comprendidos dentro del concepto de valetudinarios. En ese caso, el CP sólo permite la medida en forma muy restrictiva, ya que es aplicable sólo si la pena es inferior a los 6 meses.

El problema de la superpoblación carcelaria

La superpoblación carcelaria (59) por sí misma debe ser considerada un trato inhumano y degradante, dificulta el acceso a derechos fundamentales como la alimentación, la salud, la educación o el trabajo. Por otro lado, hace que la infraestructura sea inadecuada; provocando que sean insuficientes las camas, los sanitarios o las duchas; además de promover las interacciones violentas (60)

Esta situación obliga al Estado a la adopción de inmediato de medidas adecuadas. En este sentido, un mecanismo para reducir este problema sería extender la aplicación de la prisión domiciliaria. En consecuencia, más allá de las razones jurídicas, existe una realidad muy seria que justifica una modificación legal de este instituto.

* La prisión domiciliaria debe ser aplicable a enfermos, discapacitados, ancianos, embarazadas y madres de niños pequeños.

* Se procura resguardar el derecho a la salud, a la vida, la protección contra la tortura, el trato humanitario al condenado, la intrascendencia de la pena y la tutela especial de los niños y las embarazadas.

* Resulta vetusta la regulación del art. 10 del CP.

* Son muy estrictos los requisitos establecidos para la aplicación de la prisión domiciliaria a enfermos de HIV.

* La aplicación más frecuente de esta medida alivianará levemente la superpoblación penal.

Por todo lo expuesto, solicito a mis colegas que me acompañen en este proyecto de ley.

NOTAS

(1) Tomamos la expresión de Alberto Bovino en Control judicial de la privación de la libertad y derechos humanos, Revista "¿Más Derecho?", Nro. 1, Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2000, p. 219.

(2) PIDESC, art. 12 "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental . 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: [...] d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

(3) CADH, art. 5 "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

(4) DADDH, Artículo XI "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

(5) DUDH, Artículo 25 "1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...".

(6) "El derecho a la salud goza de reconocimiento expreso en nuestra Constitución Nacional (CN) desde la reforma de 1994. Hasta entonces no existía ningún texto con jerarquía constitucional que lo consagrara de modo explícito. Podía predicarse su reconocimiento tácito en el artículo 33 CN, o afirmarse que las obligaciones del Estado en la materia 'podían inferirse de la mención al carácter 'integral' de la seguridad social' y de la obligatoriedad de un 'seguro social, contenida en el artículo 14 bis CN'", Filippini, Leonardo, Plat, Gustavo, Plazas, Florencia, VIH/SIDA: los derechos de las personas privadas de la libertad..., ob. cit.

(7) En el precedente "Badín, Rubén y otros v. Provincia de Buenos Aires", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19 de octubre de 1995, JA 1995- IV-142.

(8) La Corte Suprema recientemente ha considerado que "el tribunal interamericano [Corte Interamericana de Derechos Humanos] señaló que 'quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal, y que es el Estado el que 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' [...] la privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto

aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente. 'Las cárceles en sí mismas, por sus condiciones materiales, higiénicas y de salubridad no deben agravar el mal inherente a la pena, ni las autoridades ejecutarlas en forma que aumentan ese mal' (Nuñez, Ricardo; Dcho. Penal Argentino. Parte Gral. Tomo II; Ed. Bibliográfica Argentina; Buenos Aires, 1960)", "Verbitsky, Horacio", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/05/2005, LA LEY 09/05/2005, 6."

"Cuando el Estado priva de su libertad a una persona, no sólo lo hace limitadamente, dentro del marco que fija su propia esfera de intervención (legalidad, juicio previo, prohibición de malos tratos, etc.), sino que se arroga con ello, además, una posición específica respecto de la persona detenida pues, sin perjuicio de la legitimidad de origen de la relación en virtud de la cual el Estado practica el encierro, frustra con ello las posibilidades de un eventual usuario del servicio de salud de procurarse por sí, prevención y asistencia. Luego, lejos de poder justificar un menor reconocimiento del derecho a la salud con base en la relación jurídica del encierro, el Estado compromete, a través de él, su responsabilidad por la merma en el acceso a los servicios de salud que sufre el detenido. El título en virtud del cual procede una detención, sólo faculta al Estado a limitar la libertad ambulatoria, sin afectar los demás derechos y por ello, al restringir la libertad de un individuo, el Estado asume una posición de garante en virtud de la cual debe, como mínimo, compensar los efectos lesivos sobre la salud y los demás derechos que pudieran haberse evitado de no haber mediado la detención", Filippini, Leonardo, Plat, Gustavo, Plazas, Florencia, VIH/SIDA: los derechos de las personas privadas de la libertad. Normas, jurisprudencia y prácticas en la prevención y el tratamiento de VIH/SIDA, CELS, LUSIDA, elaborado en el marco del Proyecto "Condiciones para la prevención y el tratamiento de VIH/SIDA en población penitenciaria", financiado por el Proyecto PNUD ARG 96/011 del Control de SIDA y ETS-LUSIDA, Convenio Préstamo BIRF 4168/ARG, Ministerio de Salud de la Nación, Argentina, 2002.

(9) Este derecho se encuentra expresamente garantizado en el PIDESC, art. 6 cuando dice que "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". La CADH establece en el art. 4 que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". La DADDH dispone en el art. I "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". La DUDH establece en el art. 3 que "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

(10) Se ha considerado que "[c]uando el encierro resulte ser incompatible con la enfermedad de modo que ésta se agudice, debe adoptarse una solución que impida que se ponga en peligro la vida de los detenidos, ya que, en caso contrario, la cárcel pasa a ser un espacio de tortura", Vazquez Acuña, Martín, E., El VIH-SIDA..., ob. cit.

El deber normativo surge de los siguientes instrumentos normativos, a saber: el PIDCP establece en el art. 7 que "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". La CADH establece en su art. 5 que "2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...". La DUDH establece que Artículo 5 "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Recordemos que el art. 18 de la CN ya establecía que "Quedan abolidos para siempre [...] toda especie de tormento y los azotes". La ley 24.660 dispone en el art. 9 que "La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes...".

(11) A este argumento recurre el decreto reglamentario del instituto en sus fundamentos, "la posibilidad de que en esos casos la ejecución de la pena continúe en prisión domiciliaria se fundamenta esencialmente en razones humanitarias. Que la finalidad de la ejecución establecida en el Artículo 1° de la Ley N° 24.660 debe ceder en los casos previstos en el Artículo 33 ante irrenunciables imperativos humanitarios", Decreto 1058/97.

Se ha sostenido jurisprudencialmente que "2 - La prisión domiciliaria viene a constituir una de las formas por las que el legislador ha receptado el principio del trato humanitario en la ejecución de la pena, que tiene en el ámbito de la República expresa consagración normativa (CN., art. 75 inc. 22; "Declaración Americana de los Derechos del Hombre", XXV; "Convención Americana sobre los Derechos Humanos", "Pacto de San José de Costa Rica"-, art. 5, 2; "Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos", art. 10; "Convención Internacional de los Derechos Civiles y Políticos"; art. 10; "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes" - A. G. ONU 10/12/1984, considerandos)", "Pastor Bernardo s/ P.S.A. de lesiones graves, etc.-Recurso de Casación", Trib. Sup. Just. Córdoba, Cafure De Battistelli, Rubio, Tarditti, 23/08/2000.

(12) PIDCP, art. 10 "1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

(13) CADH, art. 5 "2. [...] Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

(14) DADD, art. XXV "[...] Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad". DADD, art. XXVI " [...] Toda persona acusada de delito tiene derecho [...] a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas".

(15) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos "dictaminó que el Reino Unido había violado el mismo artículo [art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment"] al encerrar a Adele Price, una víctima de la talidomida sin brazos ni piernas, durante siete días en una celda no adaptada en modo alguno para sus discapacidades, allí no tenía un lugar adecuado para dormir, ni tampoco para hacer sus necesidades (Caso Price v. The United Kingdom, sentencia del 10 de octubre de 2001)", "Verbitsky, Horacio", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/05/2005, LA LEY 09/05/2005, 6".

(16) CADH, art. 5 "3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente".

(17) DADD, art. VII "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales".

DUDH, Ar. 25 "2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales".

(18) DUDH, Art. 25 "2. [...] Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

(19) Ley 24.660, art. 195 "La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado".

(20) Tengáse en cuenta que la Convención sobre los Derechos del Niño -CDN- dispone en el art. 37 que "Los Estados Partes velarán por que: [...] b) La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño [...] se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".

(21) "Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas, si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad", "Verbitsky, Horacio", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/05/2005, LA LEY 09/05/2005, 6".

(22) RMNUMNPL, art. 8 "2 Las autoridades sancionadoras podrán disponer del caso de los modos siguientes: [...] k) Arresto domiciliario..."

(23) RMNUMNPL, art. 5.1.

(24) RMNUMNPL, art. 2.2 "Las presentes reglas se aplicarán sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, procedencia nacional o social, posición económica, nacimiento u otras circunstancias".

(25) RMNUMNPL, art. 2.3 "...El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles debe estar determinado de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas".

(26) RMNUMNPL, art. 3 "5 Las decisiones sobre la imposición de medidas no privativas de la libertad estarán sometidas a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, a petición del delincuente. 6 El delincuente estará facultado a presentar pedidos o reclamaciones ante la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente sobre cuestiones que afecten sus derechos individuales en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad".

(27) RMNUMNPL, art. 11 "1 La duración de las medidas no privativas de la libertad no superará el plazo establecido por la autoridad competente de conformidad con la ley".

(28) RMNUMNPL, art. 8.

(29) RMNUMNPL, art. 12.

(30) La Provincia de Buenos Aires tiene un régimen muy similar, pero es aplicable a los mayores de 70 años, los valetudinarios, los discapacitados que no puedan valerse por sí mismos y los que padecieren una enfermedad incurable en período terminal. Ver la ley 12.256 de la Prov. de Bs. As.

(31) La jurisprudencia ha sostenido que "[a] través de lo establecido por el art. 33 de la ley 24.660 (Adla, LVI-C, 3375), que permite que el condenado mayor de setenta años pueda cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, se crea una nueva hipótesis de la misma, sea cual fuere el tiempo total de condena, distinta de la prevista en el art. 10 del Cód. Penal, toda vez que la misma ley, en su art. 229 establece su carácter de complementaria del ordenamiento sustancial", "Olguin, Emma Luisa s/recurso de casación", C. Nac. Casación Penal, sala 1ª, Bisordi, Rodríguez Basavilbaso, Catucci, 14/05/2002.

(32) Vazquez Acuña, Martín, E., El VIH-SIDA..., ob. cit.

(33) Vazquez Acuña, Martín, E., El VIH-SIDA..., ob. cit.

(34) Cfr. Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Ed. Ediar, Argentina, 2000, p. 909.

(35) Cfr. Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, Derecho Penal..., ob. cit., p. 909.

Asimismo, se ha dicho que "[e]sta reglamentación presenta algunas deficiencias y lo cierto es que su aplicación ha conducido a reducir el ámbito de interpretación judicial. En primer lugar, la administración no puede 'reglamentar' la interpretación de una ley. Los jueces sólo están atados en la ley emanada del Congreso y a ella deben sujetarse; no a las reglamentaciones del PEN. Por otra parte, y aun asumiendo que entre las potestades de la administración se encontraba la de regular la cuestión, es bien discutible que los criterios que se utilizaron para la elaboración de

la reglamentación tengan actualidad o sean correctos hoy. La jurisprudencia, con todo, no ha corregido estas falencias", Filippini, Leonardo, Plat, Gustavo, Plazas, Florencia, VIH/SIDA: los derechos de las personas privadas de la libertad..., ob. cit., p. 31

(36) Vazquez Acuña, Martín, E., El VIH-SIDA..., ob. cit.

(37) Vazquez Acuña, Martín, E., El VIH-SIDA..., ob. cit.

(38) Ley 24.660, art. 33.

(39) Art. 16 y normas de los tratados internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho al trato igualitario.

(40) Ley 24.660, art. 11 "Esta ley, con excepción de lo establecido en el artículo 7º, es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad. Las cuestiones que pudieran suscitarse serán resueltas por el juez competente". Resulta evidente el carácter beneficioso de la medida de prisión domiciliaria, por su parte, no implica prejuzgamiento sobre la culpabilidad del imputado, ya que el juez sólo evalúa si la persona queda comprendida en algunos de los supuestos de procedencia -enfermo terminal, mayor de setenta años-, que no tienen que ver con el juicio acerca de la responsabilidad penal del sujeto.

La doctrina ha considerado que "debe entenderse que esa previsión es aplicable a las penas anticipadas sin condenas (prisiones preventivas), pues sería contrario a toda lógica que el derecho a la salud se le negase a los que están favorecidos por el principio de inocencia", Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, Derecho Penal..., ob. cit., p. 909., 909.

Por su parte, la jurisprudencia ha sostenido que "[s]i bien el art. 33 de la ley 24.660 (Adla, LVI-C, 3375), que establece la posibilidad de los condenados a cumplir detención domiciliaria cuando se es mayor de setenta años se refiere a quien cumple condena, resulta equitativo que se aplique también a los procesados, puesto que, respecto a estos últimos, rige el principio de presunción de inocencia; tal extensión aparece reafirmada en el art. 11 de la norma citada y en el principio de igualdad contemplado en el art. 16 de la Constitución Nacional", "Olguin, Emma Luisa s/recurso de casación", C. Nac. Casación Penal, sala 1ª, Bisordi, Rodríguez Basavilbaso, Catucci, 14/05/2002. En igual sentido en "Lovecchio, Nicolás", causa Nro. 6545, CN Casación Penal, sala VI, 10/04/97, La Ley, 1998-B, 415; DJ, 1998-2-43.

"Es procedente el arresto domiciliario del imputado mayor de setenta años de edad -en el caso, cumple prisión preventiva- toda vez que el art. 33 de la ley de ejecución de la pena 24.660 (Adla, LVI-C, 3375) es extensible y aplicable respecto de quien aún goza de una mejor situación procesal que la que presenta todo condenado, pues no se quebró la presunción de inocencia.

Viola el principio de igualdad ante la ley y el de razonabilidad (arts. 16 y 28, Constitución Nacional) la denegatoria de cumplimiento de la prisión preventiva bajo la modalidad de arresto domiciliario de una persona mayor de setenta años, pues si la ley de ejecución de la pena 24.660 (Adla, LVI-C, 3375) la autoriza cuando está descartada la presunción de inocencia en razón de mediar una condena, con mayor razón es aplicable la excepción cuando subsiste dicha presunción.

Son irrelevantes a los fines del cumplimiento de la prisión preventiva bajo la modalidad de arresto domiciliario -en el caso, el imputado posee setenta años de edad- la gravedad del delito imputado, el rol que desempeñó en la organización investigada y la carencia de domicilio fijo en el país.

Sin perjuicio de lo manifestado, no puede dejar de advertirse que la decisión a adoptar tendrá plena acogida en lo asentado por el artículo 3, de la ley 24.660, arts. 1º y 4º del dec. 1058/97 que

reglamenta el art. 33 ya citado; arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; arts. 25 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 11.1 y 29.2 y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 5.1, 2, y 6, art. 7.3 y art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 9.3, 10.1 y 14.2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", "Riveros Esparza, Angel", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, 21/12/2000, LA LEY 2001-E, 489.

(41) Ley 24.660, art. 33.

(42) "Corresponde conceder el beneficio de la detención domiciliaria a un condenado que presenta una enfermedad de base crónica y terminal -en el caso, incidida por un proceso infeccioso con diagnóstico de potencial riesgo para su vida, con tratamiento de diálisis cuatro veces al día y prescripta la amputación supraconirlea de su pierna derecha-, porque su alojamiento como condenado a una pena privativa de libertad en una unidad penitenciaria que no cuenta con instalaciones hospitalarias adecuadas, acarrea un padecimiento cuya magnitud obliga a reconocer la contradictoriedad de su encierro carcelario con la genérica garantía de respeto a la vida y a la integridad física, psíquica y moral de toda persona, así como el reconocimiento constitucional al individuo que se encuentra privado de su libertad el principio de humanidad en el tratamiento penitenciario, exigiendo en esa etapa de ejercicio del poder punitivo estatal el respeto a la dignidad inherente al ser humano y la proscripción de cualquier forma de sometimiento cruel, inhumano o degradante", "Martínez, Hugo G. s/rec. de casación", Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 04/11/2003, Sup.Penal 2004 (abril), 53.

(43) Código Procesal Penal de la Nación, art. 502 "La detención domiciliaria prevista por el Código Penal se cumplirá bajo inspección o vigilancia de la autoridad policial, para lo cual el tribunal de ejecución impartirá las órdenes necesarias".

(44) "Mujer honesta para el art. 10 es la mujer que no es prostituta. De cualquier manera, es inconstitucional que la norma no excluya taxativamente a las prostitutas. Esa exclusión no puede justificarse desde ningún aspecto que haga al cumplimiento de la pena: hay otras actividades que, desde esta perspectiva, pueden ser ejercidas por las mujeres o por los hombres mayores de sesenta años (como vivir de la prostitución ajena, por ejemplo) que quizá podrían interesar más al respecto, pero que no están excluidas. Por ende, debe entenderse que se trata de un vestigio de antiquísima tradición legislativa, que no puede sostenerse razonablemente, todo ello sin contar -por supuesto- con que también es inconstitucional, por atender a una cuestión moral reservada al ámbito de privacidad, en función del art. 19", Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, Derecho Penal..., ob. cit., p. 907.

(45) Real Academia Española.

(46) Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, Derecho Penal..., ob. cit., p. 908.

(47) Código Procesal Penal de la Nación, art. 314 "El juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio".

(48) Debemos agregar que el Código Procesal Penal de la Nación, dispone en el art. 502 que "Si el penado quebrantare la condena pasará a cumplirla en el establecimiento que corresponda". Como se observa, no dispone expresamente cuál es el establecimiento que le corresponde a la persona que se le ha revocado la prisión domiciliaria debiendo recurrirse a la norma penitenciaria.

(49) Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, Derecho Penal..., ob. cit., p. 910.

(50) Ley 24.660, art. 143 "El interno tiene derecho a la salud. Deberá brindársele oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescriptos.

Los estudios diagnósticos, tratamientos y medicamentos indicados, le serán suministrados sin cargo".

Art. 147 "El interno podrá ser trasladado a un establecimiento penitenciario especializado de carácter asistencial médico o psiquiátrico o a un centro apropiado del medio libre, cuando la naturaleza del caso así lo aconseje".

Art. 152 "Los tratamientos psiquiátricos que impliquen suspensión de la conciencia o pérdida de la autonomía psíquica, aunque fueran transitorias, sólo podrán ser realizados en establecimientos especializados".

(51) "Si bien corresponde confirmar la resolución que rechazó el pedido de prisión domiciliaria solicitada por la imputada, corresponde ordenar la realización de nuevos informes médicos para que se informe acerca de la evolución de su estado de salud pues, si se constata que el mismo se viene deteriorando por el lugar de detención, aunque todavía no se configure una situación in extremis como la consignada en el art. 33 de la ley 24.660 (Adla, LVI-C, 3375), no resulta atinado ni legalmente correcto, mantener la detención a la espera del agravamiento de tal deterioro, cuando existe otra vía menos gravosa de detención de una persona sometida a proceso en donde todavía no ha recaído sentencia. "Suárez, Norma B", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, 27/08/2004.

"El Código Procesal Penal de la Nación (ver art. 317) no contempla la posibilidad de excarcelar a aquellas personas que padecieran alguna dolencia grave y que pudiera empeorar por el alojamiento en una comisaría o en una cárcel.

Ello ha forzado a los tribunales, hasta que entró en vigencia la ley 24660, a echar mano a lo normado en el inc. 2 del art. 495 de la ley ritual, que dispone que si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiera en peligro su vida, según el dictamen de dos peritos designados de oficio, la ejecución de la pena podrá ser diferida.

En tal sentido, el Trib. Oral Crim. Fed. Mar del Plata, en la causa 'A. M. J. L. s/tenencia ilegítima de estupefacientes con fines de comercialización' decidió, el 27/6/96, otorgar la excarcelación, en atención a lo dispuesto en la norma referida y a lo previsto en el art. 18 CN., a un portador del VIH, que los médicos indicaban que presentaba un fuerte deterioro en su salud y que su patología podía ser ubicada en un estadio IV, con grandes probabilidades de complicaciones (tenía diagnosticada una tuberculosis y una encefalitis subaguda); que las propias autoridades de la unidad penitenciaria XV (Batán - Prov. de Bs. As.), reconocieron la inexistencia de drogas específicas sugeridas como tratamiento (3tc-ritonavir, etc.), así como las mínimas previsiones para efectuar radiografías por falta de funcionamiento del equipo de servicio de sanidad, y que en las conclusiones del informe suministrado los responsables admitieron que el tratamiento brindado no era suficiente, pudiendo las falencias apuntadas provocar 'severas complicaciones', con eventual riesgo de la vida (así también, el Juzg. Crim. y Corr. Mar del Plata en la causa 'E.J.J.O.M.J.D.', del 5/11/97 en la cual se utiliza el art. 502 ley 11922 -ley de ejecución de la Provincia de Buenos Aires; causa 'C.M.' del 30/10/96, del mismo tribunal; ver también fallo en la causa 'R.R.R.E. s/excarcelación' de la C. Fed. San Martín, reg. 761)", Vazquez Acuña, Martín, E., El VIH-SIDA..., ob. cit.

En doctrina se dice "[e]n cuanto al art. 33, su adecuada interpretación constitucional no puede admitir que la pena de detención domiciliaria sea sustituto de la prisión sólo en los casos de muerte segura, cuando el condenado se halle afectado por una enfermedad incurable e irreversible pues, por vía de principio, trato humano al condenado no es sólo desplazar su cuerpo para que muera en el domicilio, lo que sería bien poco y desnaturalizaría el sentido del instituto

como alternativa a la prisión, pero, además, si se tolerase que se siguiese cumpliendo la pena de prisión cuando una enfermedad no le permita soportar la privación de libertad sin riesgo para la vida o la salud física o psíquica, o cuando se pruebe que el encierro en un establecimiento sea susceptible de empeorar un delicado estado de salud, se impone la sustitución, pues de lo contrario la pena privativa de libertad se convierte en una pena privativa de salud o corporal, constitucionalmente prohibida. La propia ley 24.660 incurriría en contradicción si se interpretase literalmente el art. 33, porque esa interpretación sería violatoria del art. 143, que le reconoce expresamente el derecho a la salud (sin perjuicio de que ese artículo sea redundante en cuanto a la Constitución y al derecho internacional), lo que indica claramente que la respuesta punitiva tiene como límite cualquier peligro para la salud o la integridad física o psíquica que provenga de la ejecución penal [...] del contexto de disposiciones de la propia ley debe concluirse que cuando exista riesgo de agravamiento de una enfermedad o peligro para terceros en el ámbito del encierro carcelario, el juez de la condena o de la ejecución puede disponer su detención domiciliaria o su internación en una institución médica pública o privado, en último caso a cargo del condenado, y sólo podrá revocar este derecho, cuando exista seguridad de que el condenado, en prisión, no agravará sus condiciones de salud", Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, Derecho Penal..., ob. cit., ps. 908 y 909.

Por su parte, se ha agregado que "[s]e coincide con Clariá Olmedo, quien, comentando el inc. 2 del art. 528 CPr. Córdoba, de idéntico texto al Código Federal, señala que este artículo no solamente contempla los casos en que el condenado sufre un grave padecimiento y que el encierro pusiera en peligro su vida, sino que entiende correcto interpretar que comprende los supuestos en que el encierro pudiere agravar la enfermedad que el condenado esté sufriendo, en consideración a sus especialísimas características. Es decir que no es necesario para adoptar una decisión que se dé una situación de peligro inmediato para la vida", Vazquez Acuña, Martín, E., El VIH-SIDA..., ob. cit..

Se ha concluido que "5. Postergar la libertad de una persona hasta que se dé una situación crítica de enfermedad terminal agravia el derecho a la vida y a la salud, por lo que el art. 33 ley 24660 y su decreto reglamentario son inconstitucionales", Vazquez Acuña, Martín, E., El VIH-SIDA..., ob. cit.

(52) Cfr. Petrone, Daniel, Cárceles sanas y limpias, Unidos por la Justicia, Buenos Aires, 2004.

(53) Petrone, Daniel, Cárceles sanas y limpias, ob. cit..

(54) Vazquez Acuña, Martín, E., El VIH-SIDA..., ob. cit.

(55) "La ausencia de un procedimiento veloz destinado a verificar el tratamiento de VIH/SIDA que viene realizando la persona que ingresa a un establecimiento penitenciario, motiva su suspensión y la consecuente repercusión de ello en el éxito de la acción terapéutica oportunamente adoptada.

Tal falencia, ha sido reconocida por los funcionarios y considerada como un 'bache insalvable'. El mismo inconveniente se presenta, en sentido inverso, al momento en el que la persona egresa del establecimiento. En tal situación, hemos advertido que no se asegura la entrega de información a la persona que recupera la libertad a fin de permitirle continuar con los tratamientos médicos iniciados en prisión.

El suministro de una síntesis escrita de los aspectos más relevantes del tratamiento recibido o de los antecedentes clínicos para permitir una adecuada atención -evolución y seguimiento- de la salud de las personas que han obtenido la libertad, no es una práctica adoptada en el ámbito penitenciario. Así, las personas que realizan tratamiento Antirretroviral ven obstaculizada su continuidad tanto al ingreso al sistema penitenciario como a su egreso, hasta tanto se vincule con otra institución pública que lo provea de la medicación", Palmieri, Gustavo, Plat, Gustavo, VIH/SIDA en el sistema penitenciario federal. Modificación de hábitos y prácticas para la correcta

prevención y tratamiento, CELS, LUSIDA, elaborado en el marco del Proyecto "Condiciones para la prevención y el tratamiento de VIH/SIDA en población penitenciaria", financiado por el Proyecto PNUD ARG 96/011 del Control de SIDA y ETS-LUSIDA, Convenio Préstamo BIRF 4168/ARG. Ministerio de Salud de la Nación, p. 17.

(56) En este sentido, el Trib. Oral n. 1 de la Capital Federal, en la causa "O.G.L.G. sobre el delito de robo", fallo del 13 de agosto de 1996, decidió que si bien el imputado no se hallaba en un estado terminal, sí presentaba un estadio de C-3 de su enfermedad, con grandes posibilidades de agravarse por la visita de enfermedades oportunistas, las que por otra parte ya había padecido (neumonías múltiples, herpes zóster) y que de continuar alojado en el Servicio Penitenciario, por sus condiciones de habitabilidad, podía llegar a poner en peligro su vida. También, el Trib. Oral Crim. Fed. Mar del Plata en la causa n. 68 ("A. M. y otros sobre infracción ley 23737"), en un fallo del 27 de junio de 1996, aunque en el caso se trataba de un enfermo terminal dejó sentado, haciendo suyos los conceptos de Bustos Ramírez ('Manual de Derecho Penal. Parte General', Barcelona, 1994, p. 303), que 'hoy el problema de padecimientos incurables por enfermedades graves, se hace más intenso en razón del SIDA en que 'incurable' debería entenderse no en el sentido de 'terminal', sino que no hay solución médica ya para él' (comentando el art. 60 del Reglamento Penitenciario Español que prevé el adelantamiento de la libertad condicional en el caso de enfermos graves o con padecimientos incurables).

En este sentido, el art. 189 bis del Código Procesal Penal italiano - específicamente referido a personas que viven con VIH- (introducido por decreto ley 139 de mayo de 1993) dispone que cuando el juez entienda que la situación de encierro es incompatible con el estado de la enfermedad debe suspenderse la ejecución de la sentencia. Respecto a esta norma el Tribunal Constitucional de Italia señaló que la misma es constitucional, pues la finalidad del legislador ha sido la de garantizar el derecho a la salud en el interior de las prisiones" Vazquez Acuña, Martín, E., El VIH-SIDA..., ob. cit.

Por su parte se ha sostenido que "[q]uien padece una enfermedad incurable puede obtener la excarcelación bajo las condiciones generales; en el caso del SIDA se ha otorgado por razones de humanidad y por el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (TOC nro. 14, D.J., 1999-2, pág. 1226, f. 14520, con disidencia del juez Cataldi, quien se inclina por la prisión domiciliaria cuando no medie causalidad entre la ejecución de la pena y el peligro de vida)".

(57) "La sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en los autos N° 32673, Reg. N° 1212 del 14 de diciembre de 2000 ha señalado que '...habiéndose acreditado el estado en el que se encuentra la imputada, sin perjuicio de que en la Unidad en la cual se encuentra pueda tener la debida asistencia médica, el derecho reconocido por el ordenamiento procesal resulta extensible y aplicable al presente caso y su denegatoria conculcaría las garantías constitucionales ya indicadas, perjudicando no sólo derechos que tiene el encausado sino también el niño por nacer y, luego de nacido hasta los seis meses de vida', resolviendo en consecuencia suspender la ejecución de la prisión preventiva ordenando el arresto domiciliario hasta que la persona por nacer cumpla seis meses de vida", Martínez de Buck, Perla I. - Plesel de Kiper, Patricia, Detención domiciliaria. Ley 24.660. Aplicación a procesados no condenados, LA LEY 2003-A, p. 813.

(58) Código Procesal Penal, art. 495 "La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el tribunal de juicio solamente en los siguientes casos: 1°) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis (6) meses al momento de la sentencia. 2°) Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiere en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio. Cuando cesen esas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente".

(59) En la provincia de Buenos Aires se produjo un crecimiento exponencial de la población carcelaria causado, principalmente, por la modificación del régimen de exención y excarcelación. Se señala que "el Poder Ejecutivo provincial había reconocido esta situación al declarar la

emergencia físico-funcional del Sistema Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires mediante el decreto 1132/01.

De aquél, se desprende la existencia de un incremento notable (296,70%) en la cantidad de detenidos procesados por la justicia local desde el año 1990 -acentuándose desde 1998-, los que representan el 75% del total de las personas privadas de su libertad.

Por otra parte, también consta que la situación de las cárceles provinciales es crítica en materia de capacidad de alojamiento, habiéndose dispuesto por ello la imposibilidad de incorporación de nuevos detenidos por la resolución ministerial 221/04.

Al respecto, mencionó que la cantidad de personas privadas de su libertad por la justicia provincial había crecido de 23.264 en noviembre del año 2001, a 30.414 para el mismo mes del año 2004, lo que implicaba un incremento del 31% en el término de tres años", "Verbitsky, Horacio", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/05/2005, LA LEY 09/05/2005, 6.

"Con respecto a las condiciones de detención en las cárceles de la provincia, indicó que, a septiembre del pasado año, la distorsión de plazas oscilaba entre las 7.700 y las 10.114 de acuerdo con los diversos mecanismos utilizados para medirla. Este dato ponía de relieve que la cantidad de personas alojadas en las dependencias penitenciarias provinciales excedía en más del 30% la capacidad máxima prevista, llegando incluso -según otras mediciones- al 50% de superpoblación.

Con 220 para el 2004 esta tasa solo es superada por Chile. Sin embargo su nivel de crecimiento ha sido superior no sólo al de Chile sino inclusive a los niveles de incremento de la tasa de prisionización en los Estados Unidos de América.

De esta manera mencionó que en los últimos seis años las reformas legislativas introducidas en el ordenamiento procesal local por las leyes provinciales 12.405 y 13.183 -que modificaron la regulación en materia de excarcelación-, como así también las modificaciones efectuadas a la legislación bonaerense de ejecución penal mediante la sanción de la ley 13.177, trajeron aparejadas un significativo aumento en la cantidad de personas privadas de su libertad en el ámbito local.

Asimismo señaló que, en virtud de estas reformas legislativas, se incrementó significativamente el número de condenas de prisión o reclusión por más de 3 años, pasando del 20% del total de condenas pronunciadas en 1998, al 31,4% en el año 2003". "Verbitsky, Horacio", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/05/2005, LA LEY 09/05/2005, 6.

En el ámbito federal, la situación no es tan grave, pero se registra superpoblación carcelaria, ya que la capacidad es para 8.375 personas y se alojan 9.231 internos. Sin embargo, cabe reparar que la población prisionizada viene incrementándose.

(60) "19. Que no se trata en el caso de discutir cuestiones importantes pero no esenciales, como el exactísimo cubaje de aire, dos o tres grados más o menos de temperatura u horarios de recreos y provisión de trabajo carcelario, media hora más o menos del horario de visitas, etc., sino que lo denunciado y lo admitido oficialmente como superpoblación carcelaria genera muy serios peligros para la vida y la integridad física de personas incluso ni siquiera involucradas en los potenciales conflictos", "Verbitsky, Horacio", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/05/2005, LA LEY 09/05/2005, 6.

"37. Que la situación no controvertida de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires pone en peligro la vida y la integridad física del personal penitenciario y policial, además de que genera condiciones indignas y altamente riesgosas de trabajo de esos funcionarios y empleados.

Una prisión es un establecimiento en el que hay un fino equilibrio entre presos y personal, y la superpoblación provoca descontrol y violencia llevando ese equilibrio siempre precario al límite de la fragilidad", "Verbitsky, Horacio", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/05/2005, LA LEY 09/05/2005, 6.