

ARRESTO DOMICILIARIO DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN CONTEXTO DE PANDEMIA Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Por Maximiliano Legrand¹

Índice: I- Introducción - II- Pandemia - III- Control de convencionalidad - IV- Covid-19 y medidas en relación a las personas privadas de su libertad - V- Los casos - 1- Personas consideradas como grupo de riesgo por cuestiones de salud - 2- Personas mayores - 3- Mujeres embarazadas o con hijos - 4- Personas prontas a cumplir condenas - 5- Personas privadas de su libertad por delitos de escasa lesividad - 6- Personas condenadas con penas de hasta tres años de prisión - 7- Personas privadas de su libertad que no representen un riesgo procesal significativo - 8- Personas que se encuentren detenidas por plazo procesal irrazonable - 9- Personas con discapacidad. VI- Conclusiones

I.-INTRODUCCIÓN

Hoy en día la Pandemia del Covid-19 ha motivado reacciones de todos los Gobiernos a nivel mundial en proporciones nunca vistas para una situación similar. Los Estados nunca habían tomado medidas sanitarias de manera tan uniforme. Es la primera prueba que pone la historia de este tipo (es decir de manera globalizada) a los Organismos Internacionales tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) como protectores de los derechos humanos.

Los tres poderes del Estado Argentino han dado disímiles respuestas. En el ámbito judicial penal la presente Pandemia ha implicado una modificación de las condiciones en la detención de las personas privadas de libertad de tal manera que se han replanteado las medidas de coerción, las condiciones de detención y más trascendente aún la ejecución de la pena para transformarlas en arrestos domiciliarios.

¹ Abogado (UNC), diplomado en litigación internacional y otros posgrados de la materia.

El fin de este trabajo es hacer un análisis de la normativa aplicable a las medidas de coerción, ejecución de la pena y condiciones de detención de los detenidos y las resoluciones efectivamente tomadas por la judicatura al respecto en particular referencia al otorgamiento de los arrestos domiciliarios a personas privadas de libertad en riesgo.

Si bien entendemos que los terminos “prisión domiciliaria” (como modalidad de ejecución de la pena), “detención domiciliaria” (como medida de coerción durante el proceso) y “arresto domiciliario” (como comprensivo de los dos anteriores) son diferentes, vamos a utilizarlos indistintamente a los efectos del presente trabajo.

Vamos a tratar los casos de personas privadas de la libertad de manera indistinta para aprendidos, detenidos o condenados ya que hay poca diferencia en el impacto de la normativa aplicable a cada caso.

Las circunstancias en que se dictaron las prisiones preventivas o condenas cambiaron radicalmente y es nuestra intención aportar un somero análisis de las normas y criterios aplicables a cada caso.

II.-PANDEMIA

La OMS ha conceptualizado a la pandemia como “*la propagación mundial de una nueva enfermedad.*”

“(…) Tanto en el caso de la gripe estacional como de la pandémica el número de personas que enferman gravemente puede variar. Aun así, la gravedad tiene a ser más frecuente en esta última debido, en parte, al número mucho mayor de personas que carecen de inmunidad frente al nuevo virus. Cuando se infecta una gran parte de la población, aun si es pequeño el porcentaje de los que padecen la enfermedad grave, el número total de casos graves puede ser muy elevado.”²

El día 12 de abril de 2020 la OMS declaró la pandemia en razón del Covid-19. A razón de la misma el PE Nacional dictó el decreto 260/20 en el que declaraba la emergencia Nacional. Luego, ordenó el aislamiento social obligatorio para todas las personas. El mismo fue prorrogado hasta el día 10 de mayo del corriente. El Covid-19 es un virus altamente contagioso y mortal en algunos casos. Así, la OMS ha determinado que corren riesgo de muerte personas incluídas en distintos grupos.

El rol del Estado en cuanto a emisor de normas ha tomado relevancia así como los organismos internacionales de derechos humanos. De esta manera la Corte IDH ha reconocido que los derechos

² https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/es/

humanos son impactados por la pandemia en cuestión³. Este impacto se da en dos aspectos a tener en cuenta: Las medidas efectivamente tomadas por los estados y las medidas que deben tomar los estados. La Comisión también se expresó sobre la relevancia de los Derechos Humanos en razón de la Pandemia a través de un comunicado⁴ de prensa en el que expresa que *“urgen a los Estados enfrentar la gravísima situación de las personas privadas de la libertad en la región y a adoptar medidas urgentes para garantizar la salud y la integridad de esta población y de sus familias, frente a los efectos de la pandemia del COVID-19, así como asegurar las condiciones dignas y adecuadas de detención en los centros de privación de la libertad, de conformidad con los estándares interamericanos de derechos humanos. En particular, la Comisión insta a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como una medida de contención de la pandemia.”*

Dado que las medidas urgidas por los organismos internacionales tienen un alto grado de especificidad es necesario determinar en un primer lugar si son vinculantes para el Estado argentino y en una segunda instancia cual es el fundamento jurídico.

En cuanto a la primera cuestión se ha dicho que *“el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”*⁵ Asimismo autorizada doctrina sostiene que las recomendaciones realizadas por la Comisión tienen naturaleza vinculante fundada en la misma Convención Americana de Derechos humanos.⁶

Las recomendaciones son vinculantes en razón de que tanto la Corte IDH es la intérprete última de los Tratados a los que el Estado ha ratificado, ello se funda en el principio de buena fe en

³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de protección de los derechos humanos, consciente de los problemas y desafíos extraordinarios que los Estados americanos, la sociedad en su conjunto, y cada persona y familia están afrontando como consecuencia de la pandemia global causada por el coronavirus COVID-19, emite la presente declaración a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal. DECLARACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1/20 9 DE ABRIL DE 2020 COVID-19 Y DERECHOS HUMANOS: LOS PROBLEMAS Y DESAFÍOS DEBEN SER ABORDADOS CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS Y RESPETANDO LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

⁴ Comunicado de prensa 66/20 del 31 de marzo de 2020

⁵ Gelli, María Angélica, El liderazgo institucional de la Corte Suprema y las perplejidades del caso "Mazzeo", LA LEY 2007-F, 1405.

⁶ Un último elemento que hay que considerar en relación con el informe del art. 50 es el relativo a la naturaleza jurídica de sus recomendaciones. La indicación de que éstas son *'recomendaciones'* parece indicar que ellas no son vinculantes para los Estados. No obstante, a partir de una interpretación del art. 33 de la Convención, que señala que los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en la Convención, y que es el que encabeza una sección de la Convención titulada *'medios de protección'*, sugiere que, independientemente de su denominación, ellas son el resultado del ejercicio de las competencias de la Comisión, en cuanto órgano de protección de los derechos humanos. A esa conclusión conduce, también, la interpretación del art. 41 letra f) de la Convención, que le atribuye a la Comisión la función de actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones, *'en ejercicio de su autoridad'*, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 44 a 51 de la Convención. **EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Aspectos institucionales y procesales.** Tercera edición, revisada y puesta al día. Héctor Faúndez Ledesma. 2004. Pág. 482.

el cumplimiento de los tratados internacionales. Los Estados deben velar el cumplimiento de las normas internacionales y ello debe realizarse a través del Control de Convencionalidad, es decir se debe verificar si las medidas dictadas por un Estado contrarían o vulneran los derechos reconocidos por los tratados internacionales.

Todo órgano del Estado debe dictar normas que se encuentren dentro de la Constitución Nacional y también debe procurar que las mismas no contraríen los tratados internacionales de derechos humanos. Los tratados internacionales son normas que obligan al Estado argentino tanto desde un punto de vista interno como ante a la comunidad internacional.

Según algunos pronunciamientos judiciales pareciera que las normas de derecho internacional fueran consideradas derecho “*extra-nacional*” o “*derecho ajeno*” cuando en realidad forman parte de las obligaciones asumidas por el Estado. Hay una suerte de alienación hacia las normas internacionales en numerosos fallos judiciales.

III.- CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Este Control de Convencionalidad, un tanto desconocido para muchos operadores jurídicos constituye el primer paso de análisis obligado ante el dictado de una resolución que afecte los derechos humanos.

El control es una directiva de aplicación de la ley, un imperativo de los operadores jurídicos; jueces, fiscales y defensores e incluso cualquier miembro del Poder Judicial y Legislativo. Se ha conceptualizado de la siguiente manera “*En la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH), ha surgido el concepto control de convencionalidad para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia.*”⁷

Con el fin de delimitar el Control de Convencionalidad Jurisprudencialmente se ha fijado una serie de directrices que los Estados deben seguir:

- 1) El Control de convencionalidad debe ser realizado *ex officio* y en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes
- 2) La obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles

⁷CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS No 7: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. Presentación de Humberto A. Sierra Porto.

- 3) El Control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública
- 4) Parámetro de convencionalidad se extiende a otros tratados de derechos humanos
- 5) Los Estados deben adecuar la legislación interna a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.
- 6) Los Estados tienen el deber de interpretar la legislación interna de acuerdo a los Tratados internacionales.

En cuanto a la aplicación de oficio se ha dicho que *“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”*⁸

La oficialidad implica que es el órgano Jurisdiccional el que debe realizar el Control de Convencionalidad aún si la parte no lo hubiera petitionado o no lo hubiere hecho oportunamente. De lo que se deriva necesariamente que cuando resolución se presenta violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos corresponde analizar su convencionalidad independientemente de la oportunidad en que se realiza.

También se ha dicho que la Convención obliga a todos los niveles del Poder Judicial. Así resolvió que *“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos*

⁸Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006⁵. Parr. 128.

*vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”*⁹

Esto implica que desde el funcionario de mesa de entrada hasta los Jueces de la Suprema Corte deben aplicar el control de convencionalidad a sus decisiones cualquiera sea su índole. Se ha dicho que *“El órgano judicial ejerce también la función administrativa en a) los “actos de organización”; b) en la denominada “jurisdicción voluntaria”, es decir, en los juicios donde no hay contraparte – juicios no contenciosos – (sucesiones, rectificación de partidas, reconocimiento de personas jurídicas, informaciones sumarias, certificaciones, inscripciones en el Registro de la Propiedad o Público de Comercio, etc.) ; c) en el dictado de su propio reglamento interno (art. 113 de la C.N.); d) elección y designación de de las “autoridades de sala”; e) potestad disciplinaria sobre sus empleados; f) concesión de licencias; nombramiento de conjueces; determinación de las ferias judiciales; g) en el dictado de las “acordadas” que son verdaderos “reglamentos administrativos”- , etc. (Kemelmajer de Carlucci)”*¹⁰. El Poder Judicial, también toma medidas de carácter administrativo y las mismas deben estar dentro del marco de un Control de Convencionalidad. Esto implica que desde las acordadas emitidas por los supremos tribunales para regular el funcionamiento del Poder Judicial y la administración de justicia deben estar en concordancia con la normativa internacional.

Pero el Poder Judicial no es el único poder del Estado obligado a ajustar sus resoluciones a los tratados internacionales y evitar así la vulneración de los derechos allí reconocidos sino que ello es extensivo a Poder Ejecutivo y al Judicial. La Corte IDH ha resuelto que *“Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer*

⁹Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Parr. 225.

¹⁰MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. ISMAEL FARRANDO (h.), PATRICIA R. MARTÍNEZ y ots. Ed. Depalma. Pag. 31.

un ‘control de convencionalidad’¹¹. Y que el “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”¹²

El Estado es responsable por el incumplimiento de la normativa internacional. Una obligación del derecho de gentes muy importante es la de adecuar la legislación interna al ordenamiento convencional. Esto implica, a nuestro juicio, tres obligaciones puntuales:

- 1) Legislar la normativa sustancial en relación a los procesos de manera acorde a los tratados.
- 2) Legislar sobre la normativa procesal a los fines de hacer efectivos derechos reconocidos en las Convenciones Internacionales.
- 3) Derogar toda normativa contraria a la Convenciones Internacionales.

En este sentido se ha dispuesto que *“Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana. En el mismo sentido: **Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 262¹⁸**. (NdelE: Destacado no está en el texto original) “*

El control de convencionalidad es un deber jurídico internacional que tiene el Estado Argentino independientemente de la normativa interna. Ello implica que el Estado debe adecuar todas sus normas a los tratados internacionales ratificados pues ello es un compromiso internacional que

¹¹ Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Parr. 497.

¹² Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Parr. 239.

funciona tanto frente a la comunidad internacional de la cual forma parte como también del individuo titular de los derechos allí reconocidos. Tal es el deber de los Estados de adecuar su legislación que se ha llegado a modificar la Constitución interna de algunos estados como ocurrió en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.¹³

A riesgo de abundar nuestra Constitución Nacional expresa claramente en el art. 75 inc 22 que corresponde al Congreso “*Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*”

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Y luego el inc. 24 “*24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que*

¹³ 88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.

89. (...) La Corte valora y destaca la importancia de la iniciativa del Gobierno de proponer la mencionada reforma constitucional, porque puede conducir a adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de pensamiento y de expresión. El Tribunal constata, sin embargo, que a pesar del tiempo transcurrido a partir de la presentación del proyecto de reforma al Congreso no se han adoptado aún, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir, así, la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”. (...) La Corte decide que,
- El Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile

respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”

Del texto expreso de nuestra C.N. se extrae que los tratados internacionales son parte de dicho cuerpo normativo y sus derechos tan operativos como la clásica garantía de defensa en juicio del art. 18 de la C.N. o la inviolabilidad del derecho a la intimidad del art. 19.

Desde el punto de vista de aplicación de la normativa internacional y desde un análisis constitucional se ha dicho que *“La reforma constitucional de 1994, dispuso expresamente que todos los tratados están por encima de las leyes, sean bilaterales; multilaterales; acuerdos de integración o concordatos con la Santa Sede. Salvo en el caso de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, los convenios internacionales están por debajo de la Constitución Nacional.”*¹⁴

La doctrina sostiene con respecto al control de convencionalidad que *“La evolución jurisprudencial parte del precedente **"Ekmekdjian c/ Sofovich"** (1992), fallo en el que la Corte Suprema, al referirse a aquella jurisprudencia, sostuvo que, esta debía ser de **guía de interpretación** para los magistrados locales. En cambio, en el caso **"Mazzeo"** (2007) citando y siguiendo el fallo de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en **"Almonacid-** el Tribunal consideró que **"el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la **interpretación** que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, **intérprete último** de la Convención Americana"**.¹⁵*

Al respecto, no nos queda duda, que el análisis Convencional es parte del análisis constitucional. Los jueces tienen el deber de aplicar la C.N. y parte de ella son los Tratados de

¹⁴ Constitución de La Nación Argentina Comentada. Gelli Angélica.

¹⁵ Ob. Cit.

Derechos Humanos. Los Convencionales Constituyentes fueron categóricos y enfáticos en cuanto al respeto de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, su jerarquía constitucional y del respeto por las resoluciones de los Tribunales Internacionales.

En nuestro sistema constitucional de control de constitucionalidad difuso cada juez debe velar por la operatividad de la C.N. y por ende de los tratados que la componen. Creemos que ello corresponde a una interpretación adecuada del texto constitucional que los enumera y expresa que tienen jerarquía constitucional “*en las condiciones de su vigencia*”. En cuanto a este apartado se ha dicho que “*La **condiciones de vigencia** de los tratados indican tanto el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina, es decir, con las reservas respectivas, como el alcance interpretativo dado a las cláusulas del tratado por la jurisprudencia internacional.*”¹⁶

IV.- COVID-19 Y MEDIDAS EN RELACIÓN A LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

En relación a la pandemia se ha solicitado en muchos casos el arresto domiciliario como medida tuitiva ante el riesgo que se encuentra la salud y la vida de aquellos que se encuentran encarcelados.

Previamente es necesario aclarar que las personas privadas de la libertad se encuentran comprendidas por las Reglas de Brasilia como sujetos en condiciones de vulnerabilidad y por lo tanto pueden tener dificultad para el ejercicio de sus derechos¹⁷. Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad nacieron en la Cumbre Judicial Iberoamericana, en el año 2008. Nuestro Tribunal cimero adhirió a ellas a través de la Acordada No 5, de fecha 24 de febrero de 2009. La finalidad de las Reglas de Brasilia es que el Estado no sólo reconozca derechos sino que se garantice la eficacia de los mismos y el acceso a la justicia de las personas que por sus condiciones de sexo, pobreza, raza, discapacidad o condiciones de otra índole se vean afectadas en los mismos.

¹⁶ Ob. Cit.

¹⁷ Regla de Brasilia n° 10 “- *Privación de libertad*

(22) *La privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.*

(23) *A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo.*”

En el panorama de la actual pandemia el Estado ha tomado una serie de medidas que restringe los derechos de las personas de manera intensa (aislamiento preventivo obligatorio) y más aún los derechos de las personas privadas de la libertad quienes ven amenazada su salud al encontrarse en un entorno riesgoso donde priman las enfermedades y las malas condiciones de higiene.

En el derecho internacional los Estados tienen el deber de garantizar los derechos humanos¹⁸ Esto consiste según Faundez Ledesma en *“adoptar todas las medidas que sean necesarias y que, de acuerdo a las circunstancias, resulten razonables para asegurar el ejercicio de esos derechos e impedir la interferencia de terceros. Por consiguiente -y paralelamente con su deber de respeto-, esta obligación impone al Estado el deber de proteger al individuo de los actos de particulares que tengan el efecto de obstaculizar el ejercicio de sus derechos (...)”*¹⁹

Entonces, cabe preguntarnos ¿qué son las medidas “razonables” para asegurar los derechos? Entendemos que el concepto de razonabilidad implica esencialmente una adecuación de los medios en orden a obtener un fin y que los mismos sean proporcionales. El determinar qué medidas tomar en la presente pandemia no es algo en lo que los órganos del Estado tengan absoluta discrecionalidad pues los organismos internacionales ya se han pronunciado al respecto instando medidas que garantizarán los derechos de las personas privadas de la libertad.

Con respecto a estas medidas entendemos que existen tres clases a tomar por parte del Estado Vamos a denominarlas medidas “asegurativas”, “paliativas” y “correctivas”. Son medidas asegurativas aquellas destinadas a maximizar los esfuerzos protectores de la vigencia de los derechos a la vida, la integridad personal y la salud de las personas privadas de la libertad. Las paliativas son aquellas destinadas a proteger el derecho a la salud de las personas privadas de libertad una vez que han contraído la enfermedad pandémica. Las correctivas son aquellas destinadas proteger derechos distintos de los que protegen las medidas aseguradoras y paliativas.

Las medidas aseguradoras y paliativas se diferencian por la situación en que se encuentra el destinatario. Las primeras implican que el destinatario de las mismas no ha contraído la enfermedad mientras que las correctivas se deben tomar luego de que se ha contraído.

Como medidas asegurativas la Comisión determinó las siguientes:

“1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos

¹⁸ Art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

¹⁹ *EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS III IIDH ASPECTOS INSTITUCIONALES Y PROCESALES* Instituto Interamericano de Derechos Humanos *EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Aspectos institucionales y procesales* Tercera edición, revisada y puesta al día Héctor Faundez Ledesma .2004

que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19.

2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas. “

En esta sintonía la Corte Interamericana recomendó que “Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.”

Al respecto y haciéndose eco de lo dispuesto por los organismos internacionales la Cámara Federal de Casación Penal dictó la acordada 9/20 valorando las recomendaciones de los órganos internacionales. En dicha acordada se dispuso: “Recomendar a los tribunales de la jurisdicción que adopten medidas alternativas al encierro, tales como la prisión domiciliaria, con los mecanismos de control y monitoreo que estimen corresponder, respecto de:

1) Personas en prisión preventiva por delitos de escasa lesividad o no violentos, o que no representen un riesgo procesal significativo, o cuando la duración de la detención cautelar haya superado ostensiblemente los plazos previstos en la Ley 24390, en relación a los hechos imputados y tomando en cuenta las características de cada proceso;

2) Personas condenadas por delitos no violentos que estén próximas a cumplir la pena impuesta;

3) Personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión;

4) Personas en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplan con los demás requisitos;

5) Mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijos e hijas;

6) Personas con mayor riesgo para la salud, como adultos mayores, personas con discapacidades que puedan exponerlas a un mayor riesgo de complicaciones graves a causa del COVID-19, y personas inmunodeprimidas o con condiciones crónicas como enfermedades coronarias, diabetes, enfermedad pulmonar y VIH. Las evaluaciones en cada caso deberían determinar si es posible proteger su salud si permanecen detenidas y considerar factores como el tiempo de pena cumplido y

la gravedad del delito o la existencia de riesgos procesales y el plazo de la detención, para los procesados.”

Entendemos que esta acordada se ha dictado en ejercicio del Control de Convencionalidad cumpliendo con el deber de dictar disposiciones de derecho interno para tutelar los derechos a la salud de las personas privadas de la libertad. Esta enumeración no es taxativa, sin embargo utilizamos las categorías de sujetos que podrían razonablemente ver morigerada su situación procesal a través de un arresto domiciliario. El deber estatal es entre otros reducir el hacinamiento a los fines de evitar también la propagación del virus Covid-19 en entornos como el de las cárceles.

A modo de digresión se ha manifestado recientemente que la acordada 9/20 de la Cámara Nacional de Casación Penal es inconstitucional por vulnerar la independencia de los jueces para decidir sobre las cuestiones sometidas a los mismos.²⁰ Sin embargo, entendemos que dicho argumento es erróneo pues de ninguna manera se ve afectada la independencia judicial por una acordada que recomienda el cumplimiento de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. El fallo aludido confunde independencia de los jueces con independencia de los mismos para no cumplir con los tratados internacionales ni con la Constitución Nacional. Los jueces están sometidos a los tratados internacionales. Los mismos no son una sugerencia que pueden o no cumplir, sino que forma parte de la ley misma.

El fallo mentado expresa sobre la acordada 9/20 que *“un déficit adicional desde el plano formal lo revela, a mi entender, la invocación del artículo 4° del código adjetivo, pues la norma no autoriza al tribunal de casación a brindar recomendaciones a los jueces inferiores acerca de cómo deben enfocar su trabajo específico sobre tal o cual asunto penal bajo su jurisdicción, porque ello importa un avance sobre la independencia que la Carta Magna concede a los magistrados para el correcto desenvolvimiento de las instituciones de la democracia republicana (...) De todos modos y como ya se dijo, esa expresión de paternalismo jurídico que contiene el documento hacia los jueces inferiores, banaliza el principio de independencia y, por ende, ofende la Constitución Nacional.”*. Pareciera que el sentenciante considerara que se le está obligando a realizar un determinado *“enfoque”* sobre una cuestión penal cuando es evidente que lo que recomienda la acordada es el respeto de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los tratados internacionales y la misma Constitución Nacional. Al respecto la Corte IDH ha dicho que *“la pretensión de oponer el*

²⁰ *“Más allá de las buenas intenciones de los magistrados, la impertinencia constitucional de la Acordada 9/20, aparece a simple vista, afectando, por ende, el principio de independencia de los jueces, pilar indiscutible de la Constitución Nacional, para garantía de la justa resolución de conflictos”* TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL 7 CFP 15405/2017/TO1/5 Buenos Aires, 24 de abril del año 2020. ANA LUCÍA TAVARA HUAMAN s/ inc. formado en el marco de la causa 15.405/2017/5 (Reg. Int. 257)

*deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.*²¹ En definitiva, el respeto por los derechos humanos, los tratados internacionales y la C.N. no debería ser cuestionados y menos por Tribunal inferior sobre uno superior como resulta ser en el caso. La vigencia de los derechos humanos no es un “*enfoque*” sino un imperativo jurídico.

No vamos a centrar nuestro análisis en las medidas paliativas ni en las correctivas sino que simplemente haremos mención que en cuanto a las medidas correctivas destacamos la tomada por diversos Juzgados de primera instancia ante habeas corpus correctivos individuales y colectivos interpuestos. Así se ha resuelto autorizar el uso de telefonía celular a los reclusos debido a que se había suspendido las visitas de familiares.²²

Como medidas paliativas podemos ver los distintos reglamentos que contemplan un protocolo de aislamiento de los contagiados una vez que ha verificado que han contraído el virus.

V.- LOS CASOS

Previo a ingresar en el análisis de los casos es necesario expresar que mediante resolución 184 del 25 de marzo de 2019 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación declaró la emergencia penitenciaria por el término de tres años²³. Es decir, la situación de hacinamiento como una debilidad estructural del sistema ha sido reconocida por el Poder Ejecutivo. Ello tiene relevancia porque dicha situación ha sido ignorada por no pocos fallos. Hay pronunciamientos judiciales que reconocen dicha situación²⁴.

²¹ Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013 Parr. 88.

²² Frente a la suspensión de las visitas presenciales en los establecimientos carcelarios, puede señalarse que el derecho de las comunicaciones de las personas privadas de la libertad, en la práctica rara vez se cumple, puesto que los teléfonos públicos o semi-públicos están situados generalmente en lugares comunes o de paso de personas detenidas, o sin funcionamiento operativo. Es así, que el propio Servicio Penitenciario en su informe, no aclaró cuantos se encontraban en funcionamiento, en cada uno de los centros de detención, sumado al hecho concreto, que para el mejor de los casos, en un pabellón donde conviven 150 personas, solo existe un teléfono, y sin la posibilidad de comprar tarjetas para su utilización. Expte. No 47215/V “HABEAS CORPUS CORRECTIVO Y COLECTIVO, XUMEK”.- Primer Juzgado Penal Colegiado Mendoza.

²³ ARTÍCULO 1°.- Declárase la “emergencia en materia penitenciaria” por el término de TRES (3) años a partir de la publicación de la presente. Asimismo el art. 2 de la resolución crea una Comisión que tiene tres objetivos: “a) resolver el déficit habitacional en el Servicio Penitenciario Federal; b) mejorar las condiciones de privación de la libertad; c) promover e implementar medidas alternativas a la privación de la libertad, especialmente para grupos vulnerables.

²⁴ “Por su parte Eduardo Orellana respondió algunas preguntas de las partes, aclarando que si bien en términos generales existe un nivel de sobrepoblación del 3%, en Unidades penitenciarias como San Felipe, Boulogne Sur Mer y Almafuerte, el nivel es superior al 15%, aclarando que no

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que corresponde a los Estados “2. *Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.*”

Entendemos que existe una presunción de riesgo en favor de quienes se encuentran en los grupos más vulnerables y ello implica que el arresto domiciliario procedería salvo que exista prueba que permita sostener argumentos en contrario.

1- PERSONAS CONSIDERADAS COMO GRUPO DE RIESGO POR CUESTIONES DE SALUD

La Comisión recomendó a los Estados “1. *Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19.*”

Dentro de las personas consideradas como grupo de riesgo cobra relevancia lo establecido en la resolución 627/2020 del Ministerio de Salud que establece las condiciones del aislamiento cuando en su art. 3 expresa que son grupos de riesgo los siguientes “I. *Personas con enfermedades respiratorias crónicas: hernia diafragmática, enfermedad pulmonar obstructiva crónica [EPOC], enfisema congénito, displasia broncopulmonar, traqueostomizados crónicos, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo.*

II. *Personas con enfermedades cardíacas: insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, reemplazo valvular, valvulopatías y cardiopatías congénitas.*

III. *Personas diabéticas.*

IV. *Personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses.*

tendrían capacidad para alojar ppl con regímenes de semidetención.” Expte.Nro: 47783/E Mendoza, 23/04/2020 CARATULA: "HC Correctivo y colectivo por condenas de corta duración " Oficina: PD018501 - Primer Juzgado Colegiado (protocolo) Primera Circunscripción Judicial.

V. Personas con Inmunodeficiencias:

- *Congénita, asplenia funcional o anatómica (incluida anemia drepanocítica) y desnutrición grave*
- *VIH dependiendo del status (< de 350 CD4 o con carga viral detectable)*
- *Personas con medicación inmunosupresora o corticoides en altas dosis (mayor a 2 mg/kg/día de metilprednisona o más de 20 mg/día o su equivalente por más de 14 días)*

VI. Pacientes oncológicos y trasplantados:

- *con enfermedad oncohematológica hasta seis meses posteriores a la remisión completa*
- *con tumor de órgano sólido en tratamiento*
- *trasplantados de órganos sólidos o de precursores hematopoyéticos*

VII. Personas con certificado único de discapacidad.”

La resolución determina las personas que de contraer el virus tendrían un grave peligro de vida. La misma es más extensa que los casos contenidos en la recomendación de la acordada 9/20 de la Cámara Nacional de Casación Penal. Esta es más genérica por lo que se puede encontrar mayor precisión en la resolución del Ministerio de Salud a la hora de determinar quiénes se ven en un riesgo alto de mortalidad ante el virus de la pandemia. En realidad lo que debe tutelarse es el derecho a la salud y la vida por lo que los casos mencionados por las normas no son taxativos.

La acordada recomienda que se otorguen medidas alternativas tales como el arresto domiciliario. El fundamento, es que se presume un riesgo de vida para las personas incluidas en la normativa. Entendemos que hay una *presunción iuris tantum de riesgo* de contraer la enfermedad y que en caso de contraerla podría tener un destino fatal para el sujeto.

Hay pronunciamientos judiciales que han denegado los beneficios a personas comprendidas en los grupos de riesgo por cuestiones de salud incluidas en la acordada y las resoluciones

internacionales.²⁵El fundamento esgrimido por los jueces que han rechazado las detenciones domiciliarias estriba en una diferenciación entre riesgo concreto y riesgo hipotético²⁶. Manifiestan que no existe un riesgo concreto mientras no haya casos confirmados dentro del penal en el que se encuentran los detenidos. Derivan ello de la interpretación del artículo 32 inc. a) de la Ley 24660 que estipula que “*ARTÍCULO 32. — El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) Al 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;*” Entendemos que dichos razonamientos contrarían lo dispuesto por los organismos internacionales y la Cámara Federal. Ello porque la distinción entre riesgo concreto (un contagio actual dentro del penal o establecimiento donde se aloja el privado de la libertad) y el hipotético no se desprende de ninguna normativa, no es más que un artificio sin basamento legal alguno. El riesgo es uno solo y es actual y concreto. Justamente, ese riesgo motivó que la mayor cantidad de los habitantes del planeta hoy se encuentren en un aislamiento preventivo o con medidas estrictas e inusitadas. Además, excluir a los sujetos mencionados expresamente por las normas internacionales contraría lisa y llanamente las mismas. A esto debe sumarse que la aplicación del art. 32 de la ley 24660 no tiene carácter taxativo lo que se desprende de la jurisprudencia y la doctrina dominante. También de la interpretación de la palabra “*podrá*”, implica una facultad de otorgar el arresto domiciliario en algunos casos y de los que no se deriva que sea solo y exclusivamente en esos casos. Las resoluciones en este sentido son inconvencionales porque vulneran el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad ya que el Estado se encuentra en posición de garante respecto del mismo. En consonancia con estos argumentos algunos fallos han refutado expresamente los mismos expresando que “*En cuanto a los*

²⁵ “*En consecuencia, la mera invocación de la defensa relativa a que su asistida se encuentra dentro de la población de riesgo, por sí misma, no puede constituir un argumento suficiente para modificar el estado de encierro en el que se encuentra la encartada, al mantenerse su postura en el plano meramente conjetural y no verificarse la materialización del riesgo que justifique, de momento, acceder a lo peticionado. Sumado a ello, debe agregarse que el Servicio Penitenciario Federal cuenta con la infraestructura de atención médica de internos, así como también, y como se adelantó, han sido previstas alternativas –tal como el aislamiento para evitar el contagio y que existe un protocolo de actuación donde se prevén las medidas a llevarse a cabo para brindar a los internos el adecuado tratamiento en caso de contagio. En esta inteligencia, si bien se trata de una interna que pertenecería al grupo de personas vulnerables determinando un mayor riesgo de complicaciones graves en caso de ser afectados por la enfermedad viral que nos ocupa, lo cierto es que, actualmente aquella no corre peligro de contagio en su lugar de detención.*” Autos nro. FMZ 4262/2020/4, caratulados “*INCIDENTE DE PRISIÓN DOMICILIARIA DE AGUILERA, MARÍA NANCY*”, tramitados por ante el Juzgado Federal N° 1 de la Provincia de Mendoza, Secretaría Penal “*A*”

²⁶ Al respecto se ha señalado “*No obstante, si bien las circunstancias personales del impugnante y su estado de salud, lo sitúan en un hipotético peligro frente a los efectos que pudieran derivarse de la pandemia de COVID-19 en un ámbito intramuros, la mera pertenencia a uno de los grupos de riesgo no configura, per se, el supuesto de peligro concreto requerido para habilitar la concesión del beneficio. El referido peligro efectivo se presentaría en el supuesto en el que se advierta una proximidad concreta de lesión a la salud o a la integridad psicofísica del interno -en los términos y con los alcances asignados a la emergencia sanitaria-, circunstancia que debe ser aportada por quien la alega. (...) En otros términos, que el interno esté incluido -en virtud de las patologías que padece- dentro de los grupos de riesgo conforme el listado realizado por la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal denominado “Población penal alojada. Informe en relación a (COVID-19)”, es una circunstancia que sólo da cuenta de un peligro presunto o hipotético frente a un eventual contagio de COVID-19, pero no alcanza para alegar certeza acerca del riesgo efectivo y concreto a su salud que amerita la imperiosa necesidad de disponer su detención en el domicilio. (...) TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL 7 CFP 15405/2017/TO1/5 Buenos Aires, 24 de abril del año 2020. ANA LUCÍA TAVARA HUAMAN s/ inc. formado en el marco de la causa 15.405/2017/5 (Reg. Int. 257)*

pronunciamientos jurisprudenciales, se han verificado distintas posturas frente al problema, que en algunos casos la defensa se ha encargado de enumerar en su escrito. Al respecto, solo diré que no resulta atendible el argumento relativo a que aún no se ha constatado la presencia de la enfermedad en los lugares de alojamiento de los peticionantes, en tanto la respuesta judicial en su caso sería, a todas luces, tardía, en cuanto a la modalidad de transmisión masiva que presenta el virus.”²⁷

La Corte IDH, la Comisión Interamericana y la Cámara Nacional de Casación Federal coinciden en que las personas incluidas en la resolución mencionada se encuentran en una situación de riesgo. La pandemia y la emergencia carcelaria son “hechos notorios” que generan riesgo per se. Es deber del estado neutralizar tal riesgo a través de medidas asegurativas y el arresto domiciliario se presenta como la de mayor eficacia. Es un deber que deriva del control de convencionalidad interno que debe realizar. Así la doctrina tiene dicho que “*La obligación de garantía —“escudo y espada” de la de respeto— significa, desde la resolución del señero caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, del 29 de julio de 1988, “el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Es obvio, glosemos, que en los órganos jurisdiccionales se manifiesta el ejercicio del poder público para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”*²⁸

2- PERSONAS MAYORES

La Corte Idh establece que es requiere “especial énfasis” la protección de las personas mayores.²⁹ Según la OMS es más probable que las personas mayores desarrollen un cuadro serio de la enfermedad³⁰ Asimismo la resolución 207/2020 del Ministerio de Trabajo de la Nación establece como grupo de riesgo a aquellas personas mayores de 60 años.³¹ No cabe duda que los adultos mayores pertenecen a uno de los grupos de riesgo con mayor tasa de mortalidad ante el Covid-19.

²⁷ Juzgado Nacional de Ejecución Penal no 5 CCC 18978/2016/TO1/EP1 Tejera, Manuela Hernan s/ inc. Prisión domiciliarla.

²⁸ El control judicial interno de convencionalidad*REVISTA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS DE PUEBLA, MÉXICO, AÑO V. N.º 28. Sergio García Ramirez.

²⁹ “En estos momentos, especial énfasis adquiere garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación alguna, *incluyendo a los adultos mayores*, las personas migrantes, refugiadas y apátridas, y los miembros de las comunidades indígenas.” (el subrayado nos pertenece) DECLARACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1/20 9 DE ABRIL DE 2020. COVID-19 Y DERECHOS HUMANOS: LOS PROBLEMAS Y DESAFÍOS DEBEN SER ABORDADOS CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS Y RESPETANDO LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

³⁰ PREPAREDNESS, PREVENTION AND CONTROL OF COVID-19 IN PRISONS AND OTHER PLACES OF DETENTION. nterim guidance 15 March 2020OMS.Pag. 10

³¹ Artículo 1.- Suspéndase el deber de asistencia al lugar de trabajo por el plazo de CATORCE DIAS (14) días, con goce íntegro de sus remuneraciones, a todos los trabajadores y las trabajadoras que se encuentren en las situaciones descriptas en los incisos a); b) y c) de este artículo, cualquiera sea la naturaleza del vínculo jurídico de que se trate, considerándose incluidos a estos efectos también a quienes presten servicios de forma

Según las Reglas de Brasilia la edad y la salud son factores que hacen a la vulnerabilidad³² La Argentina ha ratificado la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (ratificada por ley nacional 27.360). La misma define a la persona mayor como “*Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.*” (Art. 2 de la Convención).

A su vez el Estado ha adoptado una serie de obligaciones para con las personas mayores en relación a su domicilio y lazos familiares. En el art. 7 expresa que “*Los Estados Parte adoptarán programas, políticas o acciones para facilitar y promover el pleno goce de estos derechos por la persona mayor, propiciando su autorealización, **el fortalecimiento de todas las familias, de sus lazos familiares y sociales, y de sus relaciones afectivas. En especial, asegurarán:** ... b) *Que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico. c) Que la persona mayor tenga acceso progresivamente a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación de ésta.*”*

La Comisión ha urgido a los Estados a “*2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, **arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores***” Si bien el fundamento de la domiciliaria a las personas mayores es su vulnerabilidad y el riesgo concreto de mortalidad ante la pandemia a ello debe sumarse que un encarcelamiento en establecimientos penitenciarios donde prima el hacinamiento y se ha dictado la emergencia penitenciaria probablemente redunde en un trato contrario a la dignidad de los mismos. En este sentido el art. 9 de la Convención en estudio consagra el derecho a la seguridad y a una vida sin

continúa bajo figuras no dependientes como las locaciones de servicios reguladas por el Decreto N° 1109/2017, aquellas otras que se desarrollen en forma análoga dentro del sector privado, las prestaciones resultantes de becas en lugares de trabajo, pasantías y residencias médicas comprendidas en la Ley N° 22.127. En el caso de pluriempleo o de múltiples receptores de servicios, los efectos previstos en la suspensión de que trata la presente norma alcanzarán a los distintos contratos. a. Trabajadores y trabajadoras mayores de sesenta (60) años de edad, excepto que sean considerados “personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento”. Se considerará “personal esencial” a todos los trabajadores del sector salud.

³² REGLA 1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

ningún tipo de violencia, señalando que: *“La persona mayor tiene derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, a recibir un trato digno y a ser respetada y valorada, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la cultura, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen social, nacional, étnico, indígena e identidad cultural, la posición socio-económica, discapacidad, la orientación sexual, el género, la identidad de género, su contribución económica o cualquier otra condición. La persona mayor tiene derecho a vivir una vida sin ningún tipo de violencia y maltrato. **Para los efectos de esta Convención, se entenderá por violencia contra la persona mayor cualquier acción o conducta que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la persona mayor, tanto en el ámbito público como en el privado.**”* El mismo artículo define a la violencia contra un adulto mayor como: *“Se entenderá que la definición de violencia contra la persona mayor comprenderá, entre otros, distintos tipos de abuso, incluso el financiero y patrimonial, y maltrato físico, sexual, psicológico, explotación laboral, la expulsión de su comunidad y toda forma de abandono o negligencia que tenga lugar dentro o fuera del ámbito familiar o unidad doméstica o que sea perpetrado o tolerado por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra.”*

A su vez el artículo 13 de la Convención recepta el derecho a la libertad personal y establece expresamente la obligación de los Estados de promover medidas alternativas a la prisión y la reinserción de los mismos mediante el siguiente texto *“La persona mayor tiene derecho a la libertad y seguridad personal, independientemente del ámbito en el que se desenvuelva. Los Estados Parte asegurará que la persona mayor disfrute del derecho a la libertad y seguridad personal y que la edad **en ningún caso justifique la privación o restricción arbitrarias de su libertad.** Los Estados Parte garantizarán que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que se vea privada de su libertad en razón de un proceso tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención. **Los Estados Parte garantizarán el acceso de la persona mayor privada de libertad a programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y, según corresponda, promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos.**”*

Existe un plexo normativo bien definido que obliga al Estado a tomar medidas de acción en orden a garantizar el derecho a la salud de los mayores y de adoptar medidas de privación de la libertad de carácter alternativo. Así se ha resuelto en algunos fallos cuando se ha expresado que *“[E]l encartado [...] cumple con dos de los requisitos exigidos, esto es que el sujeto sea mayor de 70 años (tiene 71 y para la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las*

Personas Mayores se entiende por ‘persona mayor’ o ‘persona adulta mayor’ a toda aquella mayor a los 60 años de vida) y posea un estado de salud delicado, sin que la norma exija ningún otro requisito para conceder o no la detención domiciliaria”. (...) [E]l fundamento de esta modalidad excepcional de privación de la libertad radica en el principio de humanidad de las penas [...] y la consecuente prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes... ”³³

Sin embargo, hay pronunciamientos que consideran que el hecho de que el imputado sea mayor adulto no implica una necesaria morigeración del encarcelamiento. En el caso de crímenes de lesa humanidad se ha rechazado en primera instancia y la Cámara de Casación Federal ha declarado inadmisibles los recursos considerando que no había derechos constitucionales o convencionales involucrados y encomendando que se “*arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Acordada 3/20 de esta C.F.C.P. y la Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el S.P.F.*” (DI-2020-58-APN-SPF#MJ, del 26/03/2020).”³⁴ Al respecto surge una controversia entre las domiciliarias otorgadas a personas privadas de la libertad por delitos de lesa humanidad y las víctimas constituidas como querellantes. Los mismos sostienen como argumentos para el rechazo de la morigeración que los delitos de lesa humanidad son los más graves y que además no hay un riesgo concreto sobre la salud de los sujetos en cuestión. Al respecto consideramos que lo que debe tenerse en cuenta no es la gravedad del delito sino que el riesgo concreto para la salud de imputado o condenado. Obviamente, en casos de delitos donde los imputados pertenecieron al aparato estatal evidentemente puede haber algún riesgo procesal extraordinario para las víctimas que debe ser ponderado. La Comisión ha expresado su opinión en un comunicado de prensa del 22 de abril de 2020 en donde se consignó que “*La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) expresa su preocupación por una iniciativa legislativa que podría resultar en el otorgamiento de prisión domiciliaria a determinadas personas condenadas, entre otros delitos, por graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura cívico militar. La CIDH recuerda al Estado de Chile a evitar que la obligación internacional de sancionar a los responsables de crímenes de tal gravedad se puede volver ilusoria debido a la aplicación de beneficios carcelarios que reproducirían una impresión de impunidad.*” Sin embargo no descartó la concesión de la morigeración de la pena o medida cautelar siempre y cuando se haga una valoración más exigente de los requisitos.

3- MUJERES EMBARAZADAS O CON HIJOS

³³ Tribunal Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Sala A. Autos “Ocampo Scampini”. Causa 6876/2015. Fecha 20/3/2020

34

La Comisión Interamericana expresó en el comunicado antes mencionado que recomendaba a los estados “2. *Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como (...) mujeres embarazadas o con niños a su cargo*”

El fundamento de la morigeración de la prisión es la vulnerabilidad en que se encuentran los menores ante la pandemia y en el interés superior del niño.

El artículo 3.1 de la Convención de Derechos del Niño (en adelante CDN) no lo define, sólo explicita: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".* La Corte IDH ha dicho que *“Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.*³⁵

Si bien el art. 32 inc. F) de la ley 24660 (y el art. 10 del C.P.) contempla el supuesto de madres de hijos menores de cinco años el supuesto es más amplio ya que no discrimina la edad en consonancia con la jurisprudencia aplicable.”

Numerosos fallos han tenido en cuenta la especial gravitación de la pandemia con respecto a los niños, así se ha dicho que *“No debe escaparse del análisis que requiere el caso la circunstancia relativa a la situación excepcional derivada de la pandemia declarada por la aparición del virus COVID-19 – Acordada N° 3/20 de esta Cámara- y las consecuencias que podría traer aparejada a la actual detención que viene cumpliendo Miranda ya que se trata de una persona que se encontraría dentro de la población que posee un alto riesgo de contagio y la necesidad de dar primacía, en este contexto, al Interés Superior de su hijo menor de 9 años de edad.*

En efecto, entiendo que el estudio relativo al pedido de excarcelación solicitado por Miranda debe ser valorado teniendo especial consideración la específica situación de público conocimiento que nos afecta, esto es la propagación a escala mundial del virus COVID-19 que ha sido catalogada

³⁵ OC. 17. CORTE IDH. PARR. 56.

como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el pasado 11 de marzo, debido a los "niveles alarmantes de propagación y gravedad".³⁶

La CDN en sus considerandos expresa que *“Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,(...) Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,”*

El Derecho nace y evoluciona como una herramienta de paz y una protección al más débil. La Justicia implica equilibrar dos partes. Darle al débil derechos y las herramientas para hacerlos efectivo. Como hemos expuesto anteriormente los menores tienen los derechos reconocidos. Sin embargo la efectivización de los mismos es negada a diario. Esto se ve en que no existe una legislación procedimental que tienda a regular supuestos particulares en que los derechos de los niños se encuentran afectados. Así, vemos que los códigos procesales no regulan un procedimiento especial cuando los derechos de los menores se encuentran en peligro. Sin embargo la jurisprudencia ha suplido estas deficiencias legales estableciendo que cuando se deba resolver sobre la libertad de una persona privada de la libertad y se encuentren comprometidos los derechos de niños es necesario dar vista a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces.³⁷

³⁶ TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN I FSM 41231/2018/TOI/6/1 REGISTRO No 7/20 “MIRANDA, Stella Maris s/recurso de casación”

³⁷ “Bajo estos parámetros, he considerado en numerosos precedentes que cuando se invoca “el Interés Superior del Niño” en los términos del artículo 3.1 de la CDN, resulta primordial que el caso sea suficientemente sustanciado a los fines de dotar a los jueces de la información pertinente y suficiente para decidir. En función de ello, resulta ineludible la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, en el adecuado resguardo de los derechos del niño pues es aquél el órgano que se encuentra en condiciones de alegar, objetivamente y de un modo no condicionado, sobre el punto, en tanto debe intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores o incapaces y puede entablar en defensa de éstos las acciones y recursos pertinentes.” TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN I FSM 41231/2018/TOI/6/1 REGISTRO No 7/20 “MIRANDA, Stella Maris s/recurso de casación”

Las reglas de Brasilia reconocen que los niños son sujetos de derecho vulnerables. Esta condición implica que por lo general se dificulta su acceso al efectivo reconocimiento de sus derechos. Piénsese el caso de una madre detenida por un delito no violento que tiene cinco hijos. El Estado, al encarcelar a su cuidadora, está mermando o anulando la protección de los derechos de estos menores.

Las Reglas mentadas expresan en su tercera regla que “*Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad (...)*” Luego especifica que “*Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable.*”

Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. Los niños requieren cuidados especiales.³⁸ Y las personas idóneas a los fines de proporcionarlos son los padres y no terceros aún siendo los mismos familiares por ello no es óbice al otorgamiento del arresto domiciliario el hecho de que otros familiares se encuentren al cuidado del menor.³⁹

El encarcelamiento de los padres implica la separación con respecto a sus hijos y por ende una desprotección hacia los mismos. Con respecto a la separación de padres e hijos art. 9 de la CDN expresa que “*Artículo 9:*

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

³⁸ No puede perderse de vista en el caso la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, la que ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959; y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos de los organismos especializados. En la Declaración de los Derechos del Niño se indica que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal...”. Fallo Cit.

³⁹ Sentado ello, cabe recordar que en los precedentes “Encina”¹, “Ramos”², “Chávez”³, “Ledesma”⁴ y “Rojas”⁵ se ha dicho que para evaluar la procedencia del instituto solicitado debe analizarse también el interés superior del niño. Al igual que en el mencionado caso “Ramos”, consideramos que la sola constatación de que los niños o niñas afectados puedan encontrarse al cuidado de otra persona (con sus necesidades básicas cubiertas) es insuficiente para demostrar que se tuvo en especial consideración el interés superior de aquéllos. CNCCC, Sala de FERIA, CCC 66348/2019/17/1/CNC1, Álvarez, reg. no 372/2020, de 3/4/2020, jueces: Morin y Sarabayrouse.1

2. *En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*”(El subrayado nos pertenece).

El encarcelamiento implica una separación de padres e hijos. Si bien se ha expresado que esto no debería ocurrir necesariamente pues la madre puede ser encarcelada junto con su hijo y no se produciría esta separación. Lo cierto es que se ha entendido que ello vulnera los derechos del mismo y va en contra del principio de intrascendencia de la pena. Es decir que la pena solo puede ser cumplida por aquel condenado. Recluir al menor en un establecimiento penitenciario implica que esté mismo está cumpliendo una pena por un delito que no cometió o mucho peor aún, que se esté encarcelado preventivamente junto a su madre. En este último caso la madre no ha sido condenada. Es una falacia expresar que el menor no está encarcelado porque es libre de abandonar el establecimiento⁴⁰. Esto se debe a distintas razones. Por lo general los establecimientos penitenciarios se encuentran en zonas de difícil acceso. Tal es el Caso de la Cárcel del Borbollón de Mendoza o el Establecimiento de Agua de Las Avispas (este último a más de 30 km de la Ciudad). Además claro está que el menor no abandonará el lugar sin su madre y por ello estaría cumpliendo una pena o una medida cautelar sin un fundamento legal. En esas condiciones su encierro es ilegítimo por trascender la pena del imputado o condenado.⁴¹

La Corte Suprema de Justicia ha resuelto al revocar la resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal que *“La decisión de la Cámara de Casación de rechazar el arresto domiciliario de A. F., en aplicación de la regla del artículo 32, inciso (f), de la ley 24.660, tiene efectos concretos sobre los derechos del bebé R. F. A., pues lo coloca, indefectiblemente, frente a la siguiente disyuntiva: o bien permanecer privado de su libertad en una prisión para adultos —cuyas condiciones de detención han sido objeto de permanente preocupación por diversos órganos de protección de los derechos humanos y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación— (Corte IDH, caso “Penitenciarías de Mendoza vs. Argentina”, Resolución sobre medidas provisionales, 22 de noviembre de 2004, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales para Argentina, 2010,*

⁴⁰ **Nahir Otero, por último, coordinadora de Tratamientos Penitenciarios**, informó cómo es la vida de los niños en el hogar: “La idea es resguardar esta idea superior del niño. Si bien va a estar alojado dentro de una institución Penal, que eso implica restringir su libertad en cierta medida, **el niño no está preso, el niño es libre**”. Cita electrónica. <https://viapais.com.ar/mendoza/506210-ser-mama-tras-las-rejas-relatos-de-dolor-y-desesperanza/>

⁴¹ Así, Robespierre era premiado en 1784 en su obra sobre la trascendencia de la pena y afirmaba: “ Pero, en fin, aunque pudiéramos paliar con este frívolo pretexto nuestra injusticia hacia los padres ¿Cómo la justificaríamos en relación con otros parientes del culpable? ¿Qué autoridad tiene el hermano para corregir al hermano? ¿Qué poder ejerce el hijo sobre su padre? Y la tierna, la tímida, la virtuosas esposa ¿Es culpable de no haber reprimido los excesos del señor al cual la ley la ha sometido? ¿Con qué derecho llevamos la desesperación a su corazón abatido? ¿Con qué derecho la forzamos a ocultar, como un doloroso testimonio de sus vergüenza, las lágrimas mismas que le arranca el exceso de su infortunio?” (Vid. Robespierre, Maximilien, “Discurso sobre la trascendencia y la personalidad de las penas”, traducción, prólogo y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, con un apéndice que contiene el Código Penal Francés de 1791 con traducción y Nota introductoria de Jose L. Guzmán Dálbora y Advertencia Preliminar de Agustín Squella, Edeval, Valparaiso, 2009, pp. 70/71). Del voto del Dr. Alejandro W. Slokar en el Fallo Miranda citado.

párr. 17; y Fallos: 328:1146), o bien romper el vínculo con su progenitora para recibir cuidados de otros integrantes de la familia manteniendo contactos esporádicos con su madre."⁴²

Asimismo también el art. 3 de la CDN consagra el control de convencionalidad al expresar que "Artículo 3:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas."

De las normas internacionales se extrae: a) Que el estado tiene el deber de garantizar los derechos del niño; b) que la separación del niño y sus padres tiene el carácter de excepcional c) la función de garantizar los derechos de los niños pertenece a todos los funcionarios del Estado.

En cuanto a la primer inferencia se debe a la previsión del art. 2 de la Convención. Asimismo es una característica de los tratados de derechos humanos. Según impera en la doctrina y la jurisprudencia, la efectiva vigencia de los derechos humanos implica una obligación positiva. Así, se ha dicho que "*Por su parte, la obligación de garantía se trata de una obligación positiva, (que tiende a que en la práctica efectivamente se respeten los derechos, tanto por el Estado como por cualquier persona. Es además, una obligación complementaria. La obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de promover a través de sus órganos la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les garantizan. Es decir, este ya no es un papel simplemente pasivo, esto es, de un «no hacer», sino que se establece una obligación positiva, esto es, un «hacer» por parte del Estado en orden a crear condiciones de respeto a los derechos consagrados en la Convención.*"⁴³

El fallo Velazquez Rodriguez de la Corte Interamericana resuelve en tal sentido "*La segunda obligación de los Estados partes es la de «garantizar» el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el*

⁴²CSJN, 18/6/2013, "F., A. M. s/causa n° 17.156", La Ley Online

⁴³LAS REPARACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
Claudio Nash Rojas . Pag. 16-17

deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Ibídem, párr. 166 Al respecto rescatamos que le compete al Estado organizar todo el aparato gubernamental con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos humanos. El incumplimiento de estos deberes implica una violación a las Convenciones Internacionales y hacen pasible al Estado de responder internacionalmente.”

b) La separación del niño de su padre debe ser excepcional. Este supuesto que se extrae de la literalidad del art. 9 de la Convención. Cuando el Estado ordena el encierro en un establecimiento penal efectivamente separa a hijos de padres. El asunto del alojamiento de los menores en un establecimiento entendemos es vulneratorio de los derechos del menor, implica que el mismo cumpla una pena de encierro, lo cual vulnera el principio de inocencia, el derecho del menor a un desarrollo adecuado, y la intrascendencia de la pena.

Las prisión preventiva en modalidad de encierro es una medida excepcional, ello quiere decir que no puede ser la regla. La medida de encarcelamiento devendrá de una adecuada fundamentación psicológica y sociológica o jurídica (delitos cometidos contra el menor) recabada en los distintos informes a realizar por los facultativos y expertos (psicólogos, trabajadores sociales etc.).

La normativa tiene un fundamento sociológico muy sólido. Los niños son sujetos altamente vulnerables. La persona que mejor posición tiene para proteger su integridad y su desarrollo son sus padres. Si estos faltan, ya sea uno o dos de los padres hay un evidente riesgo para la integridad psicofísica.

c) La responsabilidad de aplicar la normativa internacional corresponde a todos los órganos del Estado. El texto legal convencional, la doctrina y la jurisprudencia entienden que es un deber de cada funcionario ya sea judicial, administrativo o perteneciente al poder legislativo aplicar la normativa tuitiva de los derechos de los niños. Esto se deriva de la obligación Estatal de garantizar la efectividad de los derechos de los niños. En definitiva, es una obligación del Estado en su totalidad.

4- PERSONAS PRONTAS A CUMPLIR CONDENAS

La Comisión Interamericana contempla expresamente el caso en el Comunicado de prensa 66/20 del 31 de marzo de 2020. La Cámara de Casación Federal también incluye a las personas prontas a cumplir condena. Dos cuestiones hay que dilucidar previamente. La primera es determinar quiénes serían las personas prontas a cumplir condenas. La segunda cuál es el deber del Estado para con este grupo de personas

En cuanto a la primer cuestión ello surgirá de una valoración particular de cada caso pues no hay un parámetro aritmético en la norma. Sin embargo es posible delimitar los casos en que con certeza, deben ser incluidos dentro de esta categoría. De esta manera la palabra “pronta” refiere a un criterio de valoración temporal. Por ello es necesario determinar cuáles son los criterios de aplicables a las personas condenadas. Así las cosas el parámetro temporal por excelencia es el cumplimiento del requisito temporal para la obtención del beneficio de libertad condicional. Ello resultaría de una aplicación analógica de la ley. Así las cosas en nuestro derecho una persona debería recuperar la libertad en los casos del art. 13 del C.P. es decir, condenado a reclusión perpetua que hubiera cumplido 35 años, o pena temporal mayor a tres años y que haya cumplido las dos terceras partes de la condena o condenado a pena menor de tres años y que haya cumplido ocho meses. Estas serían la personas que no pueden ser excluidas de la disposición internacional. Sin embargo, se ha resuelto que incluso encuentran aplicable la morigeración en caso de que el imputado esté cerca del cumplimiento del tiempo necesario para la obtención de la libertad condicional.⁴⁴

Como hemos visto anteriormente estamos ante una disposición internacional y el control de convencionalidad obliga a respetar la misma.

La Comisión establece que el estado debe “*evaluar prioritariamente*” la posibilidad de otorgar el arresto domiciliario. Sin embargo, entendemos que el deber no termina allí sino que además el comunicado de la Comisión expresa que destaca “*la progresión al régimen abierto para aquellas personas que se encontraban cerca de recibir el beneficio legal*” y que instaba los Estados a “*a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como una medida de contención de la pandemia.*” En este contexto entendemos que el deber jurídico del estado no cesa con la sola evaluación de la concesión del beneficio sino que además se debe otorgar los beneficios o las medidas alternativas (como el arresto domiciliario) a aquellas personas sin otro requisito que el estar próximo

⁴⁴ “En virtud de estos indicadores, sumados a la proximidad de la fecha para su acceso a la libertad condicional (siete meses), a efectos de no restringir el avance de su progresividad en el régimen de resocialización, encuentro que la modalidad más apropiada de cumplimiento del encierro que le resta hasta el 9 de noviembre del corriente año, es la prisión en su domicilio en las condiciones que a continuación se indican.” LEGAJO DE EJECUCION PENAL de DAVID SEGUNDO FUENTES Expte. N° FGR 32010725/2013/TO1/5. TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE NEUQUÉN

al cumplimiento de la misma. La declaración de la Corte Interamericana conminó expresamente a “*disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.*”⁴⁵

El derecho internacional no solo exige el deber formal de analizar los pedidos sino que además el juez debe otorgarlos siempre y cuando no exista una razón de mayor peso para denegarlo. Esto se desprende de lo resuelto por la Corte Interamericana en las medidas provisionales de respecto al INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO en donde se expresa que el Juez debe ponderar todos los derechos en tensión y resolver de acuerdo a los mismos.⁴⁶ Es decir, en el presente estarían en tensión el derecho a la salud y a la vida del imputado y los derechos de las víctimas.

Cuando la tensión se da entre el derecho a la salud del imputado y la persecución penal de un delito cuyo bien jurídico protegido es la salud pública verbigracia los delitos por estupefacientes entendemos que debe primar el primero. Máxime cuando estos delitos no están asociados a hechos de violencia.

La revisión prioritaria no significa otorgamiento irreflexivo de la medida alternativa. Pero sí creemos que significa denegación reflexiva y excepcional de la medida. Es decir, que se debe hacer un análisis y se deben exponer argumentos concretos de la denegatoria. Es innegable que existen razones para otorgarla de base. Entre esas razones se encuentran el hacinamiento y la vulnerabilidad en que se encuentran los detenidos que por el solo hecho de su detención se encuentran en una situación de riesgo para ejercer sus derechos. Incluso hay pronunciamientos que han considerado a las personas privadas de su libertad como un grupo de riesgo autónomo e independientemente de sus condiciones de salud.⁴⁷

Organismos internacionales como OMS han expresado que “*es probable que las personas privadas de la libertad, como las personas en las cárceles y otros lugares de detención, sean más vulnerables al brote de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) que la población en general*

⁴⁵ “Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.” Declaración Corte IDH parr. 10.

⁴⁶ Los derechos, principios y valores constitucionales involucrados son múltiples, y no pueden ser desconocidos por el juez de tutela. El derecho de las víctimas, el derecho al debido proceso, el derecho a vivir en un orden justo, el derecho de las personas a que se condene y prevenga la comisión de delitos o el respeto a las decisiones judiciales de los jueces de constitucionalidad, deben ser ponderados por el juez de tutela al momento de resolver esa solicitud presentada por los accionantes. Permitir la excarcelación de la persona implicaría una amplia protección de los derechos de la persona que se encuentra sindicada o condenada, pero supondría a la vez un amplio sacrificio de los derechos de las víctimas de los actos criminales de los cuales se les sindicó o por los cuales fueron condenados. La respuesta que se dé al problema jurídico planteado, debe ponderar todos los valores, reglas, principio y derechos constitucionales que se encuentren en tensión”; para concluir que “...la Corte Constitucional de Colombia entendió que la sobrepoblación penal se debe a un uso exagerado de la privación de la libertad, que debe reducirse conforme a una política y decisiones judiciales prudentes de excarcelación, no indiscriminadas, porque niega que haya un derecho subjetivo automático a la excarcelación, pero reclama **una política de excarcelación razonable**, atendiendo a la particularidad de los casos, para hacer cesar una situación constitucionalmente insostenible” Considerandos 97. MEDIDAS PROVISIONALES RESPECTO DE BRASIL ASUNTO DEL INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO

⁴⁷ De la reseña efectuada precedentemente, podemos concluir sin esfuerzo que las personas privadas de la libertad conforman un grupo de riesgo diferenciado, en atención no sólo a las patologías que padecen habitualmente, sino también por el modo en el que transcurre la vida en los centros de detención, que de por sí propiciará la transmisión de la enfermedad. Este es el mensaje que prevalece, tanto por parte de los organismos internacionales de protección de derechos humanos como de aquéllos de protección específica de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, así como también en la decisión del más alto tribunal penal del país. Juzgado Nacional de Ejecución Penal no 5 CCC 18978/2016/TO1/EP1 Tejera, Manuela Hernan s/ inc. Prisión domiciliaria.

debido a las condiciones limitadas en las que viven juntos durante un período prolongado. (OMS, “Preparación, prevención y control de COVID -19 en las cárceles y otros lugares de detención”, orientación provisional del 15 de marzo de 2020). En lo que aquí interesa, dicho organismo recomendó “dar prioridad a las medidas no privativas de la libertad para detenidos con perfiles de bajo riesgo”.

5- PERSONAS PRIVADAS DE SU LIBERTAD POR DELITOS DE ESCASA LESIVIDAD

La Cámara Federal de Casación dispuso en la mentada acordada 9/20 que “Recomendar a los tribunales de la jurisdicción que adopten medidas alternativas al encierro, tales como la prisión domiciliaria, con los mecanismos de control y monitoreo que estimen corresponder, respecto de:

- a) Personas en prisión preventiva por delitos de escasa lesividad o no violentos,” Como ya hemos dicho, los supuestos que hemos extraído de la normativa no representan una enumeración taxativa sino más bien orientadora de la reevaluación del otorgamiento de la morigeración de la situación de las personas privadas de la libertad.

El presente caso consideramos tiene a nuestro juicio como criterio orientador la lesión del bien jurídico protegido y el principio de lesividad.

Entendemos que hay casos que podrían encuadrarse en la hipótesis de manera asertiva como sería los casos de prisión cuando el delito no se ha consumado. Así, si la condena o la prisión preventiva se funda en una figura penal en grado de tentativa la conducta puso el riesgo el bien jurídico pero no lo lesionó. Es un caso de clara procedencia, pues el autor tuvo en miras cometer el delito pero no lo consumó por una circunstancia ajena a su voluntad. La conducta no lesionó el bien jurídico y por lo tanto habilita la morigeración de la privación de la libertad.

De la misma manera si en el delito no se usó la violencia como medio comisivo sería procedente el beneficio. Este parámetro es importante no solo por la mención que hace la acordada 9/20 sino que es tenido en cuenta por las reglas de Bangkok. Las mismas establecen que no deben imponerse condenas privativas de la libertad a madres que no hayan cometido delitos violentos.⁴⁸ Es decir, la violencia en la comisión del delito es un elemento a tener en cuenta según los estándares internacionales.

48 Regla 64 Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan hijos a cargo, y se estudiará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente,

En una situación menos definida se encuentran los delitos consumados pero que de alguna manera pueda considerarse que no han lesionado el bien jurídico que la norma penal protege. Al respecto hay que analizar el instituto desde el punto de vista desde el principio de lesividad. Dicho principio tiene raigambre constitucional y convencional. Se ha dicho que el principio de lesividad “*es denominador común a toda la cultura penal ilustrada: de Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi, quienes ven en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas. Sólo así las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes en el marco de una concepción más general del derecho penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos*”⁴⁹ El daño a las víctimas que puede en algunos casos ser “*menor*” se relaciona con la insignificancia y con los delitos de peligro abstracto donde el bien jurídico no estaría afectado sino a través de una presunción.⁵⁰ Creemos que el caso en cuestión es más extenso incluso y que comprende a aquellas personas privadas de la libertad por delitos de peligro abstracto e insignificantes y que de acuerdo a una valoración del caso se deberá medir el daño efectivo y real causado en relación con relación al peligro para la salud del recluso y los demás. Tampoco podrá dejar de valorarse qué tipo evidentemente los otros fines del proceso, los derechos de las víctimas y los fines del proceso penal.⁵¹

6- PERSONAS CONDENADAS CON PENAS DE HASTA TRES AÑOS DE PRISIÓN

pero teniendo presentes los intereses superiores del hijo o los hijos y velando por que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos hijos. *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).*

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Ed. Trotta, Madrid, 2009, p. 466.

⁵⁰ LA OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD DESDE UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL Ariel Hernán Torres. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41645.pdf>

⁵¹ Sentado lo precedente, en lo que respecta a los motivos de agravio expresados en el recurso de casación bajo estudio, debe señalarse en primer lugar que el otorgamiento de la prisión domiciliaria es una decisión jurisdiccional que no puede tomarse de manera automática o irreflexiva mediante la exclusiva invocación de que concurre en el caso alguno de los presupuestos legales que, en principio, habilitan su concesión. En efecto, por propia disposición legal (artículos 10 del Código Penal y 32 y 33 de la Ley N° 24660) la comprobación de que concurre algunas de las causales de procedencia para la prisión domiciliaria no habilita directamente su concesión, sino sólo -tal y como resulta evidente en virtud del uso de la voz "podrá"- la determinación que debe efectuar el juzgador, evaluando las circunstancias particulares del caso, para en definitiva admitir o rechazar la solicitud de acuerdo con el análisis concreto de los elementos que informan el trámite de la causa. En otras palabras, la ley establece que, recién cumplida alguna de las hipótesis que la normativa prevé, el juez competente "...podrá..." disponer el cumplimiento de la detención ordenada en un domicilio. De ello se sigue, en definitiva, que ciertamente corresponderá rechazarla si median circunstancias justificantes que así lo indiquen, de acuerdo con un examen de razonabilidad que debe efectuarse sobre la base de las circunstancias del caso concreto (cf. causas de la Sala IV de esta Cámara: FTU 7782/2015/TO1/23/1/CFC3 "LEDESMA, Pedro Carlos s/recurso de casación, rta. 12/07/16, reg. 896/16.4; FMP 53030615/2004/114/19/CFC81 "PADILLA, Alberto Santiago s/ recurso de casación, rta. 29/12/16 reg. 1744/16.4; CFP 14216/2003/552/CFC404- CFC 331 "GODOY, Roberto Obdulio s/recurso de casación, rta. 29/06/17, reg. 822/17.4; entre otras). Es que, la concesión como el rechazo de un pedido de prisión domiciliaria no debe resultar de la aplicación ciega, acrítica o automática de doctrinas generales, sino que debe estar precedida de un estudio sensato, razonado y sensible de las particularidades que presente cada caso que llega a conocimiento de los tribunales competentes. Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los señores jueces Gustavo M. Hornos, Alejandro W. Slokar y Diego G. Barroetaaveña legajo n° FGR 10014/2014/TO1/11/2/1/CFC3, caratulado: "Colman, Rosa Ángela s/ recurso de casación",

La hipótesis sugerida por la Cámara de Casación no ofrece ninguna complejidad en su interpretación. Sin embargo pueden derivarse de las misma algunos casos no comprendidos textualmente. Tal es el de las personas enjuiciadas con un delito en expectativa cuyo mínimo fuera de tres años o menor. El mismo debería poder acceder al beneficio *a fortiori* ya que si se acepta que proceda por personas condenadas mucho más procedente sería en el caso de las personas sujetas a proceso pero no condenadas.

El fundamento de la recomendación es que una condena de tres años o menor tiene una lesividad menor hacia el bien jurídico protegido por lo que habilitaría la morigeración de la medida en esta situación extraordinaria.

Como expresamos anteriormente el fundamento es que una condena de tres años o menor implica o hace presumir un delito de menor gravedad y de acuerdo a lo que establecen los estándares internacionales corresponde que se imponga una pena alternativa al encierro en establecimiento carcelario. Así se ha resuelto en un habeas corpus colectivo en donde se ordenó la semidetención de todos los condenados a penas de un año o inferiores⁵²

7- PERSONAS PRIVADAS DE SU LIBERTAD QUE NO REPRESENTEN UN RIESGO PROCESAL SIGNIFICATIVO

Las medidas que restrinjan la libertad deben tener solo el fin de asegurar el proceso y no deben convertirse en una sentencia anticipada. Por ello es que siempre que no exista riesgo procesal el juez debe tomar medidas menos lesivas que el encarcelamiento. Sin embargo, dada la situación actual en donde entra en cuestión el derecho a la salud y a la vida de los privados de libertad se debe tener una mayor sensibilidad sobre estos extremos que la que había antes. Por lo que se ve en la recomendación de la Cámara Nacional de Casación Penal no se debe encarcelar ante un riesgo procesal mínimo sino que este tiene que tener una mayor entidad que la que usualmente tiene. Por ello es que si bien *prima facie* podría haber parecido que la acordada federal no agregaba nada (pues si el imputado no

⁵² Ahora bien, el conjunto de instrumentos precitado refleja la dirección en la que la comunidad internacional afirma que debe seguirse el abordaje de la privación de libertad, en lo general, y la concepción del encierro carcelario como opción de última ratio, en lo particular. El catálogo de normas expuesto convalida la tendencia internacional hacia la adopción de medidas sustitutivas del encierro en prisión. Si bien este conjunto de normas proviene de instrumentos de soft law, resulta fundamental reconocer el valor a esta categoría de derecho internacional en cuanto muchas veces constituye la forma más lograda de consensos en la comunidad internacional, ya sea por la necesidad de llenar alguna laguna, de establecer criterios de interpretación o a veces por ser la única vía de acuerdo posible (Chinkin 2000, 24 y ss.) 26 . De cualquier manera, cabe remarcar que, respecto de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas, la Corte Suprema sostuvo que "...si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque constitucional federal, se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad" (Cfr. CSJN Fallos 328:1146 y 1186). Además específicamente, se debe reconocer que la esencia de las medidas alternativas reside en el criterio *de proporcionalidad y racionalidad del castigo*, donde la pena de prisión únicamente debe adoptarse cuando la gravedad de la conducta haga inapropiada cualquier otra sanción y, por otra parte, que la pena de prisión sólo es admisible *cuando ninguna otra pueda alcanzar el objetivo de la resocialización*. Expte.Nro: 47783/E, Mendoza, 23/04/2020 CARATULA: "HC Correctivo y colectivo por condenas de corta duración Oficina: PD018501 - Primer Juzgado Colegiado (protocolo) Primera Circuns.

presentaba un riesgo procesal significativo aún sin el contexto de pandemia debería tomarse alguna medida alternativa al encarcelamiento) no es un buen criterio hermenéutico considerar que hay expresiones sutiles en las resoluciones jurisdiccionales y por ello sería lícito hablar de una mayor licencia en la valoración de los elementos de riesgo procesal.

En cuanto al peligro procesal los códigos acusatorios o acusatorios mixtos suelen adoptar el criterio procesalista. La Corte Suprema de Justicia de Mendoza ha expresado que *“Como se adelantó (supra 3.1) otro de los problemas que se plantea en materia de prisión preventiva está vinculado al modo en que la jurisprudencia utiliza la denominada teoría del «riesgo procesal». La doctrina dominante, seguida por la jurisprudencia, sostiene una fundamentación «procesalista» de la prisión preventiva, lo que significa que las razones que legitiman su imposición deben ser halladas al margen de los fines del Derecho penal. Según esta doctrina, los criterios «sustancialistas» son ajenos al fundamento de la prisión preventiva, pues de lo contrario se transformaría a esta última en una «pena anticipada», lo que, a su vez, supondría una afectación del principio de inocencia (sobre ello, DÍAZ CANTÓN, Fernando, «La relación entre la prueba y la coerción personal», Revista de Derecho Procesal Penal, Santa Fe, 2006, No 1, p. 91).”*⁵³

Con respecto al peligro procesal es necesario distinguir el “peligro procesal” de la “peligrosidad”. Son dos conceptos que nuestros Tribunales confunden a diario. Así lo ha dicho Cafferata Nores en cuanto a que el peligro procesal son condiciones externas a la persona. El autor expresa que *“el imputado en libertad puede significar eventualmente un peligro; el imputado en libertad puede significar un riesgo (mayor o menor) para los fines del proceso: un peligro para la investigación de la verdad y la actuación de la ley en el caso concreto, que son los dos fines principales que persigue el juicio previo previsto en la Constitución. Puede haber-de acuerdo a lo expuesto- un imputado que es peligroso; pero peligroso para el proceso y sin que importe esto mi convencimiento sobre la corrección de la denominación, se me ocurre llamarle a esta situación peligrosidad procesal. (...)Pero ocurre que (ahora abiertamente y antes veladamente) se ha producido un incorrecto avance en este campo, que desvirtúa el sentido y naturaleza de la coerción personal del imputado, porque se está pretendiendo mediante las restricciones a su libertad personal; no neutralizar su peligrosidad procesal, no salvaguardar los fines del proceso de estas posibilidades dañosas que el imputado puede plantear, sino directa, sencilla y llanamente se está pretendiendo*

⁵³ Fallo.Citado.

neutralizar la peligrosidad criminal del imputado, transformando así las medidas asegurativas procesales en medidas de seguridad del derecho sustantivo.”⁵⁴

Más allá de lo dicho anteriormente las categorías que abarcan las posibles situaciones de peligro procesal “*se han concretado doctrinalmente en dos, el tratar de eludir el accionar de la justicia o el entorpecer su investigación*”.⁵⁵

El primero de los supuestos es claro y concreto, pues de no asegurarse la presencia del imputado durante la investigación afectaría el inicio del juicio y se frustraría el proceso. Ello es así porque nuestro sistema no contempla el juicio en rebeldía.⁵⁶

El segundo, la posibilidad de entorpecimiento probatorio, está dado por una multiplicidad de circunstancias, las que tienen que ver más que nada con el peligro de alteración o destrucción de prueba; ejemplo: instrumental, documental, informática; o también el amedrentamiento o el arreglo con testigos pero reitero que esto necesariamente deberá ser probado por parte de quien lo alega, como por parte del juzgador al disponerlo.⁵⁷

A los efectos de determinar la procedencia de la detención domiciliaria se deben aplicar los principios de subsidiariedad y progresividad.

En cuanto a la detención domiciliaria tenemos que algunos códigos procesales como el mendocino establecen que cuando sea procedente la misma la misma existe un deber jurídico de imponerla.⁵⁸ Ello implica una valoración integral del riesgo que de no puede centrarse en la calificación legal de la conducta atribuida.

8- PERSONAS QUE SE ENCUENTREN DETENIDAS POR PLAZO PROCESAL IRRAZONABLE

⁵⁴EL IMPUTADO. ESTUDIOS. JOSE I. CAFFERATA NORES-JORGE R. MONTERO (H). EDITORIAL MEDITERRÁNEA. Pág. 83-86

⁵⁵ Código Procesal Comentado de la Provincia de Mendoza. Coussirat. Ed. La Ley. TOMO I. Comentario al art. 293 del C.P.P. de la Provincia de Mendoza.

⁵⁶ OB. CIT.

⁵⁷ OB. CIT.

⁵⁸ Art. 298 - Detención Domiciliaria Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita libertad locomotiva, el Fiscal de Instrucción o el Tribunal, impondrá tales alternativas en lugar de la detención, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime pertinentes, conforme al artículo 280. El imputado, por ningún motivo o circunstancia podrá abandonar el domicilio que fije. Excepcionalmente, el órgano interviniente podrá autorizar fundadamente el abandono transitorio del domicilio. En ese caso, deberá tomar los recaudos necesarios para evitar cualquier peligro de fuga, debiendo siempre constatar el retorno del imputado al domicilio fijado. El incumplimiento de cualquiera de las condiciones impuestas será causal suficiente para la revocación del presente beneficio. (Concs. Art. 286 CPP Cba.; Art. 314 CPP Mza. -parcial-; Art. 260 y 244 CPP Costa Rica -parcial-) Art. 298 Código Procesal Penal de Mendoza.

Se hace mención a aquellos detenidos cuyo plazo de prisión preventiva exceda el plazo de la ley 24390 el cual se encuentra en el art. 1. Dicho artículo expresa “*La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor.*” El plazo para pedir la morigeración es cuando se superan los dos años ya que si se refiriera al plazo más su prórroga entenderíamos que corresponde la libertad del imputado (art. 4 ley 24390) y no la morigeración en arresto domiciliario a pesar que dicha morigeración fuera contemplada en el caso Bayarri vs. Argentina⁵⁹.

La norma tiene raigambre en el plazo razonable y su consagración en el art. 7. 5 del Pacto de San José de Costa Rica. El mismo expresa que “*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.*”

Al respecto la Corte IDH se ha expedido sobre el plazo de duración de la prisión preventiva mediante lo siguiente “*Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable. En este caso, el Tribunal entiende que la Ley No. 24.390 establecía el límite temporal máximo de tres años luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado [...]. Resulta claro que la detención del señor Bayarri no podía exceder dicho plazo.*”⁶⁰

9.-PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La *CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD* que fue ratificada por el Estado argentino define a las personas con discapacidad en el segundo párrafo del art. 1 mediante el siguiente texto “*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan*

⁵⁹ Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. “

⁶⁰ Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. PARR. 74.

deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

La declaración de la Corte Idh, la de la Comisión, la acordada 9 /20 antedicha como la resolución 627/20 del ministerio de salud sitúan a las personas con discapacidad dentro de los grupos de riesgo ante la pandemia. Los primeros dos instrumentos instan a los Estados a tutelar los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, las causas discapacidad pueden ser muchas y de acuerdo a las mismas se determinará si el arresto domiciliario es la mejor forma de tutelar los derechos de la persona privada de la libertad.

A los efectos de sentar algún criterio al respecto vamos a considerar dos grandes grupos comprendidos en la clasificación. Así podríamos hablar de personas con discapacidad mental y de personas con discapacidad física solo a los efectos de poder distinguir de qué manera puede gravitar el riesgo para el sujeto. En los casos de personas con discapacidad mental se debe determinar si por sus facultades o por insuficiencia de las mismas tiene aptitud para poder cumplir con las recomendaciones y medidas dictadas por el estado en razón de la pandemia. Por ejemplo, una persona con oligofrenia o con demencia senil va a tener serias dificultades en poder acatar y resguardarse de un potencial contagio. Claro está que cada afección particular va a determinar si es una medida proporcional la morigeración del encierro.

En cuanto a la situación de discapacidad física entendemos que tendrá mucha relevancia si por razones de la misma el sujeto se encuentra en el grupo de riesgo por razón de salud. Sin embargo ello no es excluyente.

Es oportuno mencionar también que deben hacerse ajustes razonables en orden a tutelar el proceso. Los mismos implican “ *las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;*” Es decir, que se debe adaptar el proceso con el fin de no ubicar en una situación de desigualdad a las personas con discapacidad.

La discapacidad es una vulnerabilidad según la primera Regla de Brasilia. El encarcelamiento debe ser tenido en cuenta como una barrera para que la persona tenga acceso a la justicia que podría morigerarse a través del arresto domiciliario.

VI.- CONCLUSIONES

Existe una crisis sanitaria mundial y ello pone en riesgo la vigencia de los derechos humanos de los individuos y sobre todo de aquellos más vulnerables como son las personas privadas de la libertad que además tienen condiciones de vulnerabilidad adicionales. Se han sentado criterios a través de organismos internacionales mediante los cuales se respeta la efectiva vigencia de los tratados. Garantizar los derechos a la salud y la vida de las personas privadas de la libertad es una obligación internacional y nacional asumida por el Estado argentino. La morigeración del encarcelamiento es un imperativo en casos de riesgo y dicho riesgo constituye una presunción determinada por las normas y resoluciones de los organismos internacionales que admite prueba en contrario. El otorgamiento del arresto domiciliario no procede de manera irreflexiva, sin embargo tampoco debe ser irreflexivo su rechazo. Se debe valorar en cada caso la tensión de derechos en juego en particular los derechos de las víctimas y de las personas privadas de la libertad.