

EL COVID19 Y UN FALLO A CONTRAMANO

Marco Andrés Espinassi¹

EL CONTEXTO MUNDIAL.

Con el surgimiento de un nuevo tipo de Coronavirus, el Covid19, el mundo entero se vio obligado a un redireccionamiento de las políticas públicas. En menos de tres meses el virus dio la vuelta al mundo, y obligó a las autoridades a fijar medidas extraordinarias de combate, pero sobre todo de prevención.

El virus no discrimina edad, sexo, capacidad económica, pero se han identificados aquellos sujetos de riesgo quienes, en caso de contraer la enfermedad, tienen altas chances de morir. Así, se recomendó que los mayores de 65, los hipertensos, los diabéticos, asmáticos, quienes sufren de Epoc, los inmunosuprimidos (enfermedades oncológicas, colagenopáticas), embarazadas y lactantes, entre otras patologías, deben tomar medidas de prevención extras, que están dadas por el mayor grado de aislamiento posible. Este aislamiento, no solo es social (recomendado para la población en general), sino también individual, procurando limitar el contacto al menor número de personas posibles.

Los gobiernos cerraron fronteras, dictaron cuarentenas obligatorias, prohibición de circular, medidas todas que tienen como principal objetivo la prevención. Asimismo, reforzaron sus servicios de emergencia, crearon hospitales de campaña y se adquirieron insumos hospitalarios que podrían escasear, como por ejemplo respiradores.

La agrupación de personas es como premisa, lo que se debe evitar, lo cual impone un interesante desafío para los lugares donde se alojan aquellas personas privadas de su libertad, que constituyen uno de los grupos sociales más expuestos. Estas personas, son albergadas tanto en establecimientos penitenciarios, como en las comisarías. El hacinamiento en estas últimas también son una realidad ante el colapso del sistema penitenciario signado por su sobrepoblación carcelaria, lo que llevó, en el año 2018, al dictado de la emergencia carcelaria por el plazo de tres años.

¹ Abogado. Especialista en Derecho Penal. Doctorando en Derecho Penal y Ciencias Penales. Docente de posgrado Universidad Nacional de Jujuy.

Las recomendaciones no tardaron en llegar, y a los especialistas de la salud se sumaron los órganos jurisdiccionales y supranacionales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su comunicado 66/20 urge 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.

La CIDH propone medidas concretas, así, la Cámara Federal de Casación Penal, con fecha 2 de abril dijo:

*En atención a la comunicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y consultadas las autoridades de la Cámara Federal de Casación Penal, Dres. Gustavo M. Hornos –Vicepresidente 1º- y Alejandro W. Slokar – Vicepresidente 2º-, se dispone que los órganos de la jurisdicción tomen razón y adopten los recaudos pertinentes en orden a los puntos 1 y 2 de la Recomendación de la CIDH, que a continuación se transcriben: **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. 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.***

No escapa al más básico sentido común que el hacinamiento de las prisiones está contraindicado. Los preceptos establecidos en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de

los Reclusos de las Naciones Unidas (Reglas Mínimas ONU –Regla 54-), en muchos casos, están lejos de ser cumplidas acabadamente y constituyen una mera aspiración.

Si a todo ello le sumamos los padecimientos y angustia de una persona que se sabe sujeto de riesgo, transformamos esta privación de la libertad en un trato degradante e inhumano.

LA ACCION INTERPUESTA.

Como en muchos lugares del país, la Defensa Pública de la provincia de Jujuy interpuso un habeas corpus correctivo colectivo² en favor de la totalidad de los detenidos y/o alojados en el Servicio Penitenciario Provincial con el objeto de que se ordene el cese del agravamiento de las condiciones de detención que padecen. Puntualmente solicitaron que, una vez determinada la población carcelaria de riesgo, se cambie la modalidad de detención a una prisión domiciliaria.

La acción se interpuso ante el Juez de Control habilitado a la feria extraordinaria de la provincia de Jujuy. En este punto cabe aclarar que la Constitución Provincial habilita a presentar un habeas corpus ante cualquier juez con excepción al Superior Tribunal de Justicia.

Lamentablemente la presentación omite hacer referencia a aquellos privados de su libertad que se encuentran alojados en las distintas comisarías de la provincia, lugar impropio pero inevitable ante el abuso de las encarcelaciones cautelares y la sobrepoblación carcelaria.

El uso poco criterioso de las detenciones y prisiones preventivas (categorías establecidas en el código procesal penal de Jujuy) ha llevado a que la mayoría de las personas que se encuentren privadas de su libertad no tengan condenas y, por lo tanto, a los ojos de la constitución, son inocentes, sin embargo, estas encarcelaciones cautelares causan, inevitablemente, el hacinamiento carcelario. Las inspecciones en las cárceles muchas veces arrojan conclusiones poco realistas, ya que, llegado a un punto inmanejable por parte del servicio penitenciario, se limitan a no recibir más detenidos, los que son

² 33/20, caratulado: “HABEAS CORPUS CORRECTIVO Y COLECTIVO PRESENTADO POR LA DRA. IVONE LEONOR HAQUIM EN REPRESENTACIÓN DE LOS DETENIDOS Y/O ALOJADOS EN EL SERVICIO PENITENCIARIO PROVINCIAL”, y del Expediente Acumulado N° 34/20

“amontonados” en las comisarías donde las condiciones de alojamiento son absolutamente insalubres y degradantes para cualquier ser humano.

EL FALLO.

El Juez de Control que resolvió el habeas corpus colectivo correctivo interpuesto por la defensa pública rechazó el mismo, limitándose a ordenar al Ministro de Salud de la Provincia que deberá proveer de dos profesionales médicos al Servicio Penitenciario Provincial durante el tiempo que demande la crisis causada por la pandemia Covid-19, así como entregar las dosis vacunatorias que le fueron requeridas antes de ahora por las autoridades penitenciarias, y todo, en el plazo de 48 hs. de notificada la presente sentencia. Por lo demás, rechazó el habeas corpus.

Ahora bien, para un pormenorizado análisis de la sentencia en estudio, pasaremos a desglosar los puntos relevantes de la misma.

LA ADMISION.

El magistrado se manifiesta a favor de una postura no limitativa de la admisión del habeas corpus y la legitimación activa basado en el art. 40 de la Constitución Provincial.

Sin embargo, abre el capítulo recordando el criterio restrictivo que debe seguirse en torno al desplazamiento de la resolución de cuestiones que poseen un juez natural. El Magistrado aborda el supuesto de habeas corpus dictados contra resoluciones de los jueces competentes, y el rechazo de la acción conforme el antecedente Lucconi de la CSJN³, entre otros fallos.

Al analizar este razonamiento nos ha costado comprender su pertinencia, ya que hace referencia a un supuesto distinto al que analizamos, pues, una cosa es un habeas corpus correctivo colectivo, por presentarse un agravamiento de las condiciones de detención de un grupo individualizable de personas con intereses homogéneos, y otra muy distinta, es el cuestionamiento de una detención por la vía de habeas corpus interpuesto

³ CSJN, 26/12/95 LL 1996-B, 671

ante un magistrado distinto al que la ordenó (supuesto que abordan los fallos que el magistrado cita).

El habeas corpus interpuesto por la defensa Pública de Jujuy no busca atacar las órdenes de detención que originaron las privaciones de libertad, de hecho, en su presentación expresamente dejan a salvo esta situación al manifestar que la acción se promueve *“sin que implique inmiscuirse en el análisis de la situación jurídica en que se encuentra cada una de las personas así privadas de su libertad en el servicio penitenciario provincial.”*.

El objetivo del habeas corpus, lejos de cuestionar la razón por la cual los sujetos que pretende proteger han sido privados de su libertad, se limita a solicitar una modalidad de detención distinta para aquellos que se constate están incluidos como sujetos de riesgo.

Así, el análisis de admisibilidad resulta confuso, más allá que finalmente el magistrado se aboca al estudio de la causa.

LA FALTA DE ACTUALIDAD DEL AGRAVAMIENTO.

El magistrado, luego de dar un concepto del habeas corpus en su modalidad correctiva, rechaza su configuración en la medida que no existen casos de Covid19 en la población carcelaria. Señala que:

... aún no habiéndose producido ningún caso de infección por Covid-19 en la población carcelaria del Servicio Penitenciario, no existe en la actualidad tal circunstancia como agravatoria de las condiciones de detención, apareciendo como mera especulación por parte de la proponente, que como tal no puede ser atendida. Y digo más, aún en el caso de que se presentara algún contagio dentro de esa población, esa sola circunstancia, no puede ser esgrimida como un agravamiento de las condiciones de detención, habida cuenta que la transmisión del virus es un agravamiento de las condiciones de vida de todos los seres humanos del planeta, y nada autoriza a la proponente a concluir que en ese supuesto, la población carcelaria se encontraría en peores condiciones que el resto de la población extramuros.

Me permito disentir con el Magistrado, no por el dato objetivo que a la fecha no existen contagios entre los internos del penal, sino por el enfoque que la situación mundial impone, que tiene como principal eje el de la prevención.

Justamente la prevención es la principal herramienta de combate del virus, de ahí las ya citadas recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Cámara Federal de Casación Penal. Los gobiernos repiten: “quédate en casa”, no para curar, sino para prevenir.

Así, poco importa a los fines del habeas corpus la no existencia actual de contagios en el penal. Aquí, lo relevante es evitar que aquellos que son identificados como sujetos de riesgo contraigan la enfermedad, pues de contraerla existen altas chances que el desenlace sea la muerte.

Siguiendo este razonamiento, las indicaciones de los facultativos de la salud respecto de quienes se encuentran en la categoría de “sujeto de riesgo”, es la máxima aislación individual posible, limitada solamente a su asistencia. Se aconseja que estas personas permanezcan en sus domicilios, en un cuarto separado, y limitando el contacto a aquellas personas que salen de esas casas a comprar alimento, por ejemplo.

Es por ello que el análisis respecto de la actualidad del agravio por no existir contagios dentro de los muros del servicio penitenciario nos lleva a conclusiones erradas, pues no se trata de curar enfermos, se trata de evitar muertes.

EL HACINAMIENTO CARCELARIO Y LA CARGA PROBATORIA.

A nadie escapa que a lo largo del país la realidad carcelaria es de hacinamiento. Jujuy no es la excepción. Las cárceles locales están al límite de su capacidad, lo que llevó al colapso ocupacional de las comisarías en la provincia de Jujuy.

El Magistrado desconoce esta situación por cuestiones de forma, y atribuye al accionante la falta de pruebas. El juez dijo:

... la proponente puede válidamente afirmar que existe un excesivo hacinamiento de los pobladores del sistema penitenciario, pero ello, en rigor de verdad no ha sido probado en autos, ni se ha solicitado prueba idónea a ese fin particular, por tanto, en el marco excepcionalísimo de la acción impetrada, carezco de los elementos necesarios para determinar fehacientemente esa situación...

Si bien rige en la provincia de Jujuy un sistema acusatorio, no es menos cierto que la acción de habeas corpus, por su propia naturaleza, no limita al magistrado en la prueba propuesta, pudiendo incluso resolver un habeas corpus de oficio cuando advierte una irregularidad, y puede también ordenar corregir lo que no se le pidió si es evidente.

Entonces, pudo el mismo magistrado trasladarse al penal a constatar el estado de la población carcelaria, la existencia de distancias mínimas, medidas que no tomo escudándose en la falta de ofrecimiento formal del accionante. Con ello, no hubo interés en constatar algo tan sensible como lo es el hacinamiento como factor de riesgo en la propagación del virus, lo que constituye una cuestión medular con directa incidencia en el decisorio.

Más adelante en el fallo, el magistrado advierte otras dificultades, dadas por la procedencia de las domiciliarias en los domicilios particulares. Sostiene que no se ofreció constatar el estado de cada uno de ellos, si cuenta con las condiciones mínimas necesarias, o incluso si quienes residen ahí asumirían la función de ser sus referentes. Pues bien, en el mismo sentido que lo que venimos analizando, la falta de previsión de estas cuestiones en el habeas corpus se suple simplemente con ordenar estas medidas. Reiteramos, por la propia naturaleza de esta acción, el magistrado no está limitado a las diligencias propuestas por el accionante.

La tramitación del habeas corpus impone una posición proactiva del magistrado ante la posible vulneración de derechos humanos fundamentales. Además, existiendo expresas recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la falta de constatación de la real situación carcelaria excusada en meros formalismos, podría hacer que la Argentina incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento a la “Convención Americana de Derechos Humanos” y “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”.

EL ESTADO CUENTA CON CAPACIDAD DE GARANTIZAR LAS PRISIONES DOMICILIARIAS.

Luego de no tener por probado el hacinamiento, el magistrado aborda una cuestión de hecho. La falta de recursos del Estado. Dijo:

Pero aquí debo detenerme un momento, para advertir una cuestión que posee gran relevancia en el momento actual, y es el hecho de que la provincia no cuenta con capacidad para hacer frente a eventuales concesiones judiciales de prisión domiciliaria, todo según se desprende del informe rendido en autos por el Sr. Ministro de Seguridad, en el que se deja en claro que la Policía de la Provincia no cuenta con ningún dispositivo de monitoreo satelital de personas (tobillera electrónica) por encontrarse toda la existencia siendo utilizada, y que por otro lado, tampoco se dispone de efectivos policiales ni para el cumplimiento de un servicio de custodia domiciliario, en virtud de que todos los recursos de la fuerza se encuentran abocados a las tareas de vigilancia y control del aislamiento social obligatorio dispuesto por el Presidente de la Nación

La conclusión es simple, el Estado no puede garantizar la implementación de esas prisiones domiciliarias, y esa incapacidad debe ser soportada por el privado de su libertad.

Es pertinente destacar que no es una excusa jurídicamente válida que no se pueda garantizarle al privado de su libertad una medida necesaria para salvaguardar su vida y salud por el solo hecho que el Estado no haya previsto los recursos necesarios. En todo caso, el Magistrado debió impartir la orden y es el Estado el que debería hacerse de los recursos para ello.

Se sostuvo que no hay tobilleras electrónicas ni personal policial para hacer frente a las prisiones domiciliarias, pero el fallo ni siquiera identifica el número de personas que podría ser beneficiadas con el cambio de modalidad de detención.

LA JUNTA MEDICA VERSUS EL RESTO DEL MUNDO.

Entre los argumentos que más sorprenden al analizar el fallo encontramos las recomendaciones de la junta médica, sobre todo por el consenso de los profesionales de salud en cuanto a las medidas preventivas que deben tomarse, como al concepto de aislamiento que se promueve desde los organismos de salud.

Al referirse al informe de la Junta Médica el Juez dijo:

el conjunto de profesionales médicos integrantes de dicho cuerpo, luego de estudiar cada uno de los casos considerados de riesgo dentro de la población carcelaria del Servicio Penitenciario Provincial, aconsejó mantener el aislamiento de la población carcelaria en su totalidad, sin hacer ninguna excepción, aunque por supuesto, con una serie de recomendaciones sanitarias, para cuya lectura me remito al informe por razones de economía

Ahora bien, el informe de la Junta indicó que:

*teniendo en cuenta las medidas de prevención ya tomadas por el Servicio Penitenciario, salvo mejor y más elevado criterio de este magistrado, se aconseja **mantener el aislamiento social de los internos dentro de los establecimientos penitenciarios**, procurando un estricto control de salud, provisión de medicamentos y elementos de higiene. Se recomendó además, que la población estudiada, con prescripción médica del galeno de la institución carcelaria, sea vacunada contra la gripe y el meningococo. Por último, que **en caso de descompensación de los cuadros de base de cada interno, previa evaluación del médico de la institución, sea derivado inmediatamente al Hospital Pablo Soria, o al Centro de Salud “Carlos Alvarado***

El primer concepto a desarrollar es el de “aislamiento social”. Por definición, los privados de su libertad se encuentran bajo un régimen de aislamiento social, sin embargo,

el aislamiento como medida de prevención en el marco de la Pandemia del Covid19, es un aislamiento individual.

Se aconseja que los sujetos de riesgo permanezcan en sus hogares, y limitando al máximo el contacto con terceras personas, incluso de su núcleo familiar. Esta recomendación tiene una razón de ser, y es que se deben extremar medidas respecto de los sujetos de riesgos, pues de contraer la enfermedad existen altos riesgos de morir. Todos los ciudadanos de este planeta pueden contraer la enfermedad, eso es cierto, pero las estadísticas demuestran que, de los enfermos, aquellos mayores de 65 años y los que tienen enfermedades preexistentes son los que mueren y justamente esto es lo que se busca evitar con la acción interpuesta.

La no comprensión de la naturaleza preventiva de la acción se observa claramente en la recomendación final de la Junta Médica, que indica que, en caso de descompensación de los cuadros de base de cada interno, previa evaluación del médico de la institución, sea derivado inmediatamente al Hospital Pablo Soria, o al Centro de Salud "Carlos Alvarado. La recomendación de la Junta podría constituir una sentencia de muerte puesto que, si los sujetos de riesgo contraen el virus, no hay Hospital o Centro de Salud que los salve.

La junta propone actuar recién con el enfermo, y con ello, llegamos demasiado tarde. La opinión de la junta médica se constituye entonces, en una excepción en contra de la opinión unánime de los especialistas de todo el mundo.

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró que el coronavirus era una pandemia. Por tal razón, la Cámara Federal de Casación Penal advirtió sobre los riesgos que corren las personas privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios. Por ello, dictó la Acordada 3.20 CFCP en la que encomendó la urgencia tramitación de cuestiones referidas a personas privadas de libertad que conformaran el grupo de riesgo en razón de condiciones preexistentes. Además, solicitó a las autoridades la adopción con carácter urgente y en forma conjunta de un protocolo específico para la prevención y protección del Coronavirus COVID-19 en contexto de encierro (juezas Ledesma y Figueroa y jueces Hornos, Slokar, Mahiques, Petrone, Barroetaveña, Carbajo y Yacobucci).

La Junta Médica, dictaminó en términos médicos, en contra de los consejos emitidos por la Organización Mundial de la Salud y los Ministerios de Salud de Nación y Provincia.

CONCLUSION.

Durante la tramitación del habeas corpus en análisis, de a poco se fue perdiendo el foco de lo importante. Por delante de la vida como bien jurídico se pusieron formalismos, inexistencia de recursos, y hasta posiciones ideológicas frente al caso.

Debemos apuntar también, que el fallo no está firme, encontrándose en vías de revisión.

El razonamiento debió ser muy simple. En primer lugar, la identificación de los sujetos de riesgo conforma las definiciones de la OMS, cuestión que en el caso concreto es expresamente admitida por el servicio penitenciario al afirmar que:

Dentro de la población carcelaria existe una gran cantidad de internos que estarían incluidos dentro de los denominados grupos de riesgo, por lo que sería oportuno que del área salud, administración penitenciaria, y en general, las autoridades del Poder Ejecutivo se expidan sobre la proyección del virus dentro del contexto de encierro, en atención a los recursos existentes dentro de la institución, como medicamentos, personal sanitario, y logística general para hacer frente a la pandemia en el momento de instalarse dentro del contexto de encierro.

En segundo lugar, iniciar los trámites de rigor a los fines de constatar la existencia de un domicilio viable, un referente y una encuesta ambiental.

Finalmente, ordenar al Estado provincial el traslado a quienes, luego de un análisis de las medidas señaladas, son beneficiados con esta modalidad de detención.

En este camino, la premisa que debió orientar a los profesionales intervinientes fue siempre la de la prevención, y poner por arriba de cualquier otro bien el valor vida, incluso ante la falta de recursos del Estado.

En la causa se ha demostrado la existencia de sujetos de riesgo, y las estadísticas mundiales indican que si esos sujetos contraen la enfermedad tienen un altísimo porcentaje de posibilidades de fallecer.

Esto ha llevado a resoluciones de la OMS, de la CIDH, de Casación Federal de la Nación, y de una gran cantidad de juzgados inferiores que han otorgado prisiones domiciliarias. El Tribunal de Casación Bonaerense, en fecha 8 de marzo hizo lugar a un habeas corpus similar al que se estudia, beneficiando a cerca de 700 privados de su libertad. Ninguna de estas disposiciones es caprichosa, y todas han decidido teniendo como premisa la prevención.

La norma del Código penal que recepta la modalidad de detención domiciliaria, constituye una saludable iniciativa que pone especial énfasis en una de las razones teleológicas que inspiran este instituto: “el principio de la humanidad de la pena” (más en los de los encarcelados sin condena y por lo tanto amparados por el principio de inocencia). Constituye una de las formas por las que el legislador ha receptado el principio de trato humanitario en la ejecución de la pena, que tiene en nuestra legislación consagración normativa –CN, art. 75 inc. 22; Declaración Americana de los Derechos del Hombre, XXV; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.

Así los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino, plasmados en el ordenamiento jurídico interno, lo obligan a velar por la salud física y mental de sus connacionales a preservar la salud de los detenidos y no infligirles a aquellos un daño que vaya más allá del que deviene de su encierro. Es decir que el castigo impuesto –pena privativa de libertad o en este caso prisión preventiva- solo debe tener como consecuencia la privación temporal de su derecho a la libertad, sin que esto le irroque algún otro padecimiento.

Enfrentamos una situación mundial extraordinaria, que impone, por parte de los operadores del sistema judicial, soluciones extraordinarias, en palabras del Dr. Zaffaroni: Nuestra discutida justicia -injustamente criticada en bloque por algo protagonizado por una minoría institucionalmente patológica- tiene ahora la oportunidad de demostrar a la

sociedad toda que los jueces de nuestro Estado de Derecho son capaces de resolver de modo racional las urgencias dramáticas que le plantea cada emergencia, en especial cuando se trata de tutelar la vida humana y que, por ende, cuando llega la hora crítica saben asumir su plena responsabilidad en el marco del derecho vigente, sin eludirla con la pretensión de derivarla en los otros poderes.