

La prisión domiciliaria como pena alternativa, un –posible- camino para abordar la superpoblación carcelaria.

Kevin Nielsen¹.

El advenimiento de la pandemia de COVID-19 ha reconfigurado nuestra cotidianeidad de una manera abrupta; las rutinas, modos de vida, pautas de consumo y las relaciones laborales sufrieron modificaciones que algunos están previendo serán permanentes. El uso de las herramientas informáticas irrumpe en la administración de justicia de manera un poco tardía para agilizarla y adaptarse a las necesidades del contexto.

Pero a su vez, la pandemia despertó una de las más grandes discusiones en materia de condiciones de detención de las últimas décadas. Pocas veces en la historia se ha escrito, dicho y recomendado tanto sobre la necesidad de reducir la población carcelaria. Desde la Organización Mundial de la Salud², hasta el Sistema Universal de Derechos Humanos³, pasando por el Sistema Regional de Derechos Humanos⁴ y los organismos especializados⁵ en los distintos países han expresado de forma unísona sobre los efectos catastróficos que puede tener la introducción del coronavirus en las prisiones del mundo.

¹ Abogado (UNNE). Secretario General de la Asociación Pensamiento Penal (APP). Adscripto graduado en la cátedra del Seminario de Ejecución Penal (Facultad de Derecho – UNNE). Asesor Legal de la Secretaría de Derechos Humanos y Géneros de la Provincia del Chaco.

² “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention”
Disponible en <http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/prisons-and-health/publications/2020/preparedness,-prevention-and-control-of-covid-19-in-prisons-and-other-places-of-detention-2020>

³ Michelle Bachelet. Alta Comisionada de ONU para los Derechos Humanos. Hay que tomar medidas urgentes para evitar que el COVID-19 ‘cause estragos en las prisiones’ en

<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=S>

⁴ Corte IDH. Declaración 1/20 “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”.

http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf

CIDH Resolución 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”.

Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

⁵ “Recomendaciones para reducir la población en cárceles y comisarias a raíz de la pandemia COVID-19”

Disponible en <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/04/MEDIDAS-PARA-REDUCIR-HACINAMIENTO-COVID19.pdf>

En la Argentina, una acordada⁶ de la Cámara Federal de Casación Penal despertó un enorme debate público acerca de la conveniencia de proceder a la des-carcelación⁷ de personas alojadas en los establecimientos penitenciarios de todo el territorio nacional. El motín de Devoto⁸ – única cárcel ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- fue el disparador mediático.

La irreductible imposibilidad de adoptar las recomendaciones sanitarias en las prisiones de la región, y en particular la más importante de ellas –el distanciamiento social- ha puesto en manos del poder judicial una responsabilidad histórica. Esto es porque lo que antes era una cuestión que solamente interesaba a juristas, activistas y organismos de Derechos Humanos, hoy se transformó en un tópico de salud pública; el posible impacto en *el afuera* de la situación de histórico hacinamiento que afecta a las personas privadas de libertad.

A quienes trabajan en contextos de encierro los rigores de aquel no le son ajenos, conocido es que en casi todas las cárceles se sufren padecimientos que a la luz de los estándares sanitarios del medio libre son abismales. La presencia de enfermedades propias de la pobreza extrema fomentada por las condiciones edilicias paupérrimas hace que no sea sorprendente que, por ejemplo, en época invernal el contagio de gripe común sea una situación colectiva⁹.

En este contexto, diversos tribunales argentinos¹⁰ dictaron resoluciones similares a las de la Casación Federal que recogieron las recomendaciones expertas en la materia y los tradujeron en lineamientos orientadas a reforzar la salud en los contextos de encierro, pero por sobre todo en la ineludible necesidad de reducir la población carcelaria.

La más aludida –sin embargo- es la acordada de la Cámara Federal, entre cuyas medidas podemos mencionar la de recomendar a los tribunales la morigeración temporal en las condiciones de detención –prisión domiciliaria- de las personas procesadas con prisión preventiva por delitos leves o no violentos, o condenadas por delitos no violentos que estén próximas a agotar la pena, o

⁶ <https://www.cij.gov.ar/nota-37089-Acordada-9-20-de-la-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal.html>

⁷ Para ahondar en el concepto de la *descarcelación*; ver Rivera Beiras, I., (2016) (en prensa), *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. — (ed.) (2005), *Política criminal y sistema penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, 1.ª ed., Anthropos, Barcelona

⁸ Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁹ En efecto, la CIDH ha expresado que “en ambientes cerrados, hacinados e insalubres, como las cárceles” las enfermedades contagiosas “se propagan con suma facilidad, constituyendo una seria amenaza para la salud de la población reclusa y del propio personal penitenciario” - CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. Párr. 168.

¹⁰ Resolución 52/20 del STJ de la Provincia del chaco, disponible en

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/04/fallos48767.pdf>

Resolución 52/20 de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Resolución en la causa N° 102558 del Tribunal de Casación penal de la Provincia de Buenos Aires.

Acordada N° 29.510 de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

que hayan sido condenadas a menos de 3 años de prisión. También se recomienda adoptar idéntica medida para las personas que pese a haber sido condenadas por delitos violentos, se encuentren en condiciones legales de acceder a la libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, o dicho en otras palabras, a quienes estén con un pie afuera de la cárcel.

Asimismo se aconsejó idéntica resolución con respecto a los casos de las mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijas e hijos menores, para finalmente abocarse a las personas que se encuentran en situación objetiva de riesgo sanitario por su condición especial de salud, entre las que se encuentran los adultos mayores, personas discapacitadas, inmunodeprimidas o con padecimientos respiratorios, coronarios entre otros.

La clara intención *des-carcelatoria* puede enmarcarse como la primer política judicial en este sentido que por motivos sanitarios viene a dirimir lo que se proclama hace años desde diversas disciplinas y organismos internacionales¹¹; la insostenibilidad del sistema penitenciario con las tasas de encarcelamiento existentes. En este caso específico, en el claro entendimiento de que aun en la población sana la sobreocupación implica prácticamente la certeza de que la tasa de contagios se disparare exponencialmente en comparación al medio libre. Esto generaría dos hipotéticos escenarios; el primero de ellos implica la exposición a un riesgo ilegal a las personas que se encuentran en situación de sujeción jurídica con respecto al Estado¹². El segundo es el colapso de los sistemas de salud público al tener que abocarse de manera repentina a atender a una gran cantidad de pacientes contagiados de forma simultánea.

Pese a las precisiones casi matemáticas del segmento de población penal que podía ser des-carcelado sin conllevar riesgos; esto es, personas jurídicamente inocentes –procesadas- o condenadas por delitos leves, o con situaciones de resocialización probada, la tergiversación mediática de las medidas adoptadas por los organismos judiciales, sumada a alguna que otra sobre-expuesta arbitrariedad en casos de delitos graves y la acostumbrada indiferencia de ciertos funcionarios judiciales por las víctimas, han causado un estrepito social que ha impactado en las clases políticas inclusive llegando obturar la posibilidad de generar soluciones pragmáticas como las que adoptaron otros países de la región y el mundo, como ser acudir a la herramienta constitucional de la conmutación de penas¹³ con fines humanitarios.

¹¹ ONU. Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones. Pág. 16

¹² Cfr. Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312. Párrs. 1 y 168. Con cita a: Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260. Párr. 188. Entre otros.

¹³ Ver, Ley N° 21228 "Concede indulto general conmutativo a causa de la enfermedad COVID-19 en Chile" disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/05/legislacion48832.pdf>

Lo cierto es que más allá de cómo se resuelva esta coyuntura, esto terminó por despertar un problema estructural que como tantos otros, va a pervivir luego de la pandemia, y es la necesidad imperiosa de encontrar una solución de raíz al fenómeno de superpoblación carcelaria, situación que se va a ver profundizada en un escenario de crisis económica en la que los Poderes Ejecutivos, lisa y llanamente no puedan gestionar la tasa de encarcelamiento que se generó en los últimos años.

Y tal vez una de las – tantas - vías de solución pueda surgir, paradójicamente en torno a uno de los conceptos más *polemizados* en el escenario mediático, esto es, las *prisiones domiciliarias*.

Dentro de los clichés instalados por los operadores mediáticos se ha repetido que resulta inconcebible que se le *“de la libertad a los presos mientras todos nosotros nos tenemos que quedar encerrados en nuestras casas”*, en referencia a la confusión acerca de la naturaleza de las medidas adoptadas por los jueces de ejecución en el marco de la mencionada resolución.

Desde el 27 de marzo del 2020, con la publicación del D.N.U 297/20¹⁴ del Poder Ejecutivo Nacional, comenzó a regir en la Argentina el aislamiento social preventivo de carácter obligatorio, por el cual se estableció un régimen de vida totalmente excepcional.

El país se adelantó tomando medidas precautorias de carácter extremas, precedida solo en algunas semanas por los gobiernos Europeos y que no tardaron en ser imitadas –y elogiadas- por la varios países de la región.

El llamado “confinamiento social” vino a poner de cabeza muchas certezas acerca lo que considerábamos normal en distintos aspectos, pero por sobre todo desafió nuestra histórica relación con el concepto de la libertad, colocándonos literalmente en nuestras casas y prohibiéndonos la circulación por la vía pública en pos de un interés colectivo. Millones de personas nos encontramos por primera vez con una restricción a la libertad ambulatoria casi total, reduciéndose nuestro espacio vital al de al domicilio.

La cárcel, entonces, aquel concepto que considerábamos tan lejano se hizo patente de un día para el otro.

¹⁴ Art. 2. “Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas”.

Ver en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320>

Esta situación que aun hoy se encuentra vigente y en la que no se avizora una interrupción abrupta, sino más bien un lento y progresivo devenir, puede llegar a generar nuevas configuraciones en el sentido común acerca de lo que entendemos por libertad.

Fenómenos como la posible consolidación de las prácticas institucionales sostenidas en el tiempo por las agencias encargadas de hacer cumplir el aislamiento (policías) son una incógnita a la que todavía no se puede dar respuesta.

Tal vez cuando salgamos de esta situación podamos ver con toda su magnitud y en perspectiva el valor del derecho recuperado. Y tal vez, cuando pase el debate de coyuntura con respecto a la “liberación” de los presos, podamos replantearnos en términos más objetivos la discusión sobre la libertad y sus restricciones.

Las consecuencias psíquicas del encierro aún en nuestras casas hacen que el esfuerzo de empatía que se requiere para aproximarnos a lo que deben soportar quienes se encuentran privados de libertad en establecimientos penitenciarios sea menor que antes de la pandemia. Este ejercicio de empatía ya surgió, pero en un sentido inverso. Es así que una organización de personas privadas de libertad con sede principal en Batán llamada “Proyecto Mecha” elaboró una serie de consejos¹⁵ a toda la población de como pasar los días de encierro y disminuir los niveles de ansiedad. En este mismo sentido, en distintos puntos del País, los estados provinciales implementaron líneas de atención psicológica¹⁶ por vía telefónica como parte de una política pública de salud mental, conscientes del impacto del encierro sobre la psiquis.

Las excepciones al aislamiento social preventivo de carácter obligatorio no fueron suficientes para evitar que se produzca un desequilibrio emocional en las personas que nos encontramos cumpliendo con el pedido de quedarnos en nuestras casas, quienes en un breve e íntimo ejercicio de honestidad, no podremos negar haber encontrado hasta la más mínima ocasión para salir aunque mas no sea por unos momentos de nuestra casa a hacer las compras.

Si esta circunstancia resulta difícil en las personas que tienen un salario fijo o se encuentran en relación de dependencia, se magnifica exponencialmente en aquellas en las que el cumplimiento del aislamiento les impide conseguir sustento económico. Situación por la que dicho sea de paso transcurren hace años las mujeres (madres con hijos) a las que se les otorga prisiones domiciliarias, y que explican gran parte de los casos de reincidencia en los delitos relacionados drogas, al conjugarse

¹⁵ <https://www.facebook.com/proyectomecha.org/photos/a.2009112869349001/2527225140871102/>

¹⁶ <https://www.datachaco.com/brindan-ayuda-psicologica-personas-aisladas-sintomas-n142993>

el encierro domiciliario con la carga de ejercer las tareas de cuidado sin posibilidades de salir a trabajar.

Pese a las remanidas críticas en cuanto a su ética o constitucionalidad, la función de *prevención general negativa* de la pena, viene configurando gran parte de la política criminal y es precisamente la que se encuentra presente en los discursos públicos para fundamentar reformas legislativas orientadas tanto a la inclusión de nuevas conductas en el catálogo penal como la expansión las escalas en las existentes. Esta teoría se traduce en que la misma sirva de mensaje para evitar la conducta criminal a través de la disuasión, y es bajo esa lógica que opera la ya consuetudinaria práctica de intentar solucionar la conflictividad social incluyéndola en el código penal.

No es mi intención detenerme en las múltiples causas del fenómeno de la inflación penal y su relación o no con la denominada “demagogia punitiva”. Lo cierto es que, así como aquel cálculo reflexivo que hiciera la persona dispuesta a cometer un delito acerca de la cantidad de castigo que le correspondería ante tal, es un mito, también hay cierto nivel de consenso criminológico en su impacto relativo en la motivación de ciertos delitos especulativos, en los que -a diferencia de los violentos- la expectativa de cursar una pena *efectiva* es un factor de importancia al momento de desincentivar conductas.

La hoy innegable aflicción *por si misma* de la privación de libertad –en todo contexto- , quita cualquier sospecha del carácter de *no-pena* con la que históricamente fue percibida la detención domiciliaria, pudiendo conjugarse en ella los dos elementos de la pena; el que la hace tal, es decir, cierto nivel de aflicción, pero a su vez la oportunidad de que ella logre su finalidad constitucional esencial; la resocialización.

De tal modo, no sería descabellado empezar a repensar las estrategias nuestro sistema de sanciones, reservando las cárceles para aquellos delitos graves o patibularios y *normalizando* la prisión domiciliaria, ya no solo como una alternativa ante situaciones de salud o de extrema vulnerabilidad, sino como parte usual del sistema de *castigos* ante delitos leves reiterados o delitos moderados, incluyéndola como pena autónoma en el código penal, esto es; adicionando una alternativa más en el catálogo de sanciones, a modo tal de lograr un nivel de progresividad entre en los mecanismos propios de la justicia restaurativa, la *probation* y la prisión en aquellos casos en los que luego de una sentencia correspondiere –por fracasadas las otras alternativas- una condena efectiva.

Este remedio por partida doble permitiría por un lado un alivio a la situación de superpoblación carcelaria que se viene arrastrando hace años y que pone en jaque permanente a las administraciones penitenciarias que se ven impotentes de poder plasmar adecuados programas de tratamiento, y a su vez que quienes se encuentran cursando penas cortas lo hagan en su domicilio facilitando tanto el abordaje comunitario, como de las diferentes agencias del estado para lograr la re-inserción social. Lo que no es más que tornar posible el objetivo – sí- constitucional de la pena, esto es, la readaptación del condenado al medio libre.

La privación de libertad domiciliaria podría incluirse así como alternativa a la prisión para los casos de delitos leves reiterados, delitos moderados o delitos no violentos, todos en los cuales hoy correspondería la pena de prisión efectiva.

Y esto es porque la aparente “levedad” de la prisión domiciliaria es puesta en jaque por la introyección de una muestra de esa experiencia en toda la población, de modo tal que lo que en otro contexto solía ser percibido una entelequia difícil de asumir como suficientemente gravosa, o inclusive presentada como a una situación privilegiada, puede llegar tener mayor eficacia disuasiva que antes de la crisis sanitaria, producto de haber vivido toda la población dos meses de encierro domiciliar con estrictas excepciones, de modo tal que la misma podría devenir en una consecuencia penal suficientemente aflictiva para aquellos delitos –reiteramos- con penas cortas, en la que ante su incumplimiento o violación no justificada recién se pase a la detención en un establecimiento penitenciario, siendo esta una alternativa eficaz para reducir los abrumadores niveles de superpoblación en las cárceles federales y provinciales que llevo a una situación de emergencia carcelaria en distintos lugares del país.

La herramienta requiere un análisis reflexivo y de auto-interpelación, en la que se pueda lograr el tan ansiado consenso social de que el único derecho que debe ser restringido con la pena es el de la libertad ambulatoria –que insisto, hoy conocemos de cerca-. Pero por sobre todo, que el fin esencial de la misma no puede ser otro que el de la *re-integración*¹⁷ comunitaria, tal como lo tiene dicha nuestra constitución a partir de la incorporación de los tratados de Derechos Humanos.

Lo que tal vez destape un debate mucho más profundo y corra el velo *que* es lo que realmente estuvimos esperando, cuando esperábamos que alguien cumpla su condena en una cárcel.

¹⁷ “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.” – Art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. – Art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.