



DERECHO PENAL Y CORONAVIRUS

Delitos contra la salud pública y la propagación de enfermedad peligrosa y contagiosa (COVID-19)

Gustavo E. Aboso

SUMARIO: I. Introducción.— II. El delito doloso de propagación de enfermedad peligrosa y contagiosa (art. 202 del Cód. Penal).— III. El delito imprudente de propagación de enfermedad peligrosa y contagiosa (art. 203 del Cód. Penal).— IV. El delito de desobediencia sanitaria (art. 205 del Cód. Penal).— V. Situaciones conexas complejas.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

Mediante el dec. 297/2020, de conformidad con lo dispuesto por la ley 26.122, el Poder Ejecutivo dispuso el aislamiento social obligatorio y preventivo en todo el territorio de la Nación. La

medida de orden sanitario no tiene precedente alguno inmediato, ya que es la primera vez que se emplea esa herramienta jurídica excepcional para combatir una pandemia. Del contenido y el alcance de los distintos decretos de necesidad y urgencia puede apreciarse la severidad de la

medida que incluyó el cierre de fronteras y la limitación severa de la libertad de locomoción, así como restringió otros derechos constitucionales como el de ejercer el comercio, el de reunión, que impactó de lleno en el derecho a la profesión de una religión. En estos días se está evaluando

el éxito del aislamiento social que se refleja en el número de contagiados y de fallecidos como consecuencia de la circulación social del virus,

CONTINÚA EN PÁGINA 2

Coronavirus en el sistema carcelario bonaerense

MEDIDAS URGENTES PARA MITIGAR SU IMPACTO

Federico Adler

SUMARIO: I. Medidas a adoptar por el Poder Ejecutivo provincial.— II. Medidas a adoptar por el Poder Judicial.— III. A modo de epílogo.

La superpoblación y el hacinamiento de las cárceles y comisarias bonaerenses resulta una de las más tristes deudas éticas de nuestra provincia. Ha merecido reproche político

y jurídico tanto a nivel regional como internacional, y también la condena de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CS). Sin embargo, paradójicamente,

año a año, su nivel va en franco aumento, y consecuentemente se agravan cada día más las condiciones de detención que sufren las personas allí alojadas.

Un reciente informe del Tribunal de Casación Penal bonaerense (en adelante, TCas. Penal

CONTINÚA EN PÁGINA 5

El impacto del coronavirus (COVID-19) en las condiciones de encierro carcelario de mujeres

Mariana Barbitta

SUMARIO: I. Introducción. Una pandemia que azota a todo el mundo.— II. El encierro carcelario de mujeres y mujeres trans.— III. El agravamiento de las condiciones de encierro. La necesidad de salidas alternativas.— IV. Conclusiones.

I. Introducción. Una pandemia que azota a todo el mundo

La pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) se evidenció en nuestro planeta el 01/12/2019 en la ciudad de Wuhan, capital de la

provincia de Hubei, en la China central. A partir de ese momento, todos los países comenzaron a padecer una crisis sanitaria, que hasta estos días no sólo no ha podido ser frenada, sino que se expande velozmente, pintando todo el mapa mundial de color rojo.

En América, Estados Unidos es el país que lidera las muertes por este espeluznante virus, con más de 11.000 muertos (a la fecha de escribir este artículo). Por su parte, en Europa, Italia y España encabezan los países con más muertes, superando, el primero de aquellos, los 17.000 ca-

sos. Egipto contabiliza 94 muertes (1). Finalmente, en Asia se han superado las 3300 muertes,

CONTINÚA EN PÁGINA 9

El Derecho Penal en tiempos del COVID-19

Marcos A. Frezzini

SUMARIO: I. Introducción.— II. Libertad ambulatoria.— III. Sanción penal.— IV. Ingreso de detenidos.— V. Criterios para mantener o disponer una detención o mantener una prisión preventiva.— VI. Instituciones carcelarias, situación de detenidos.— VII. Conclusión.

I. Introducción

Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote del nuevo coronavirus como una

pandemia, luego que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegará a 118.554, y el número de muertes a 4281, afectando hasta ese momento a 110 países.

Ahora bien, mediante el dec. 260/2020 se dispuso ampliar la emergencia sanitaria establecida por ley 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud.

Así también, se ordenaron medidas de aislamiento en “casos sospechosos”. Se conside-

CONTINÚA EN PÁGINA 11

Gustavo E. Aboso (*)

● VIENE DE TAPA

cifras que, en principio, de acuerdo con la opinión de los profesionales, aparecen como promisorias.

Sin embargo, el objeto de este artículo habrá de referirse a las interrupciones observadas hasta la fecha en el desarrollo del período de aislamiento social obligatorio y preventivo que ofrece una buena oportunidad, única seguramente, para analizar las infracciones penales relacionadas con la violación de la cuarentena.

Diariamente se difunden a través de los medios de comunicación masiva los incumplimientos al aislamiento social obligatorio por parte de personas que recurren a los más variados artilugios para sortear las limitaciones de circulación vigentes a la fecha. Esa situación también extraordinaria, que muchas veces es interpretada como un acto de egoísmo o puro desinterés por la suerte del otro, debe ser analizada de manera pausada para evitar caer en el histrionismo punitivo que encuentra en el recurso de la pena la panacea para todos los problemas sociales. Las fuerzas de seguridad abocadas al control poblacional de la circulación y la observancia del aislamiento, junto a la justicia, siempre vapuleada, pero cuyo servicio es más necesario que nunca, están colapsadas. La gran cantidad de infracciones administrativas y penales originadas en el incumplimiento de las medidas sanitarias para prevenir y evitar el contagio social han puesto en jaque a la justicia en sus más variadas jurisdicciones y competencias.

Son muchas las voces que se alzan peticionando la aplicación de detenciones masivas, secuestros de automotores y penas ejemplificadoras para los infractores, que no es otra cosa a lo que sucede normalmente en una sociedad enamorada de la *mano dura*, pero sin detenerse un minuto a analizar cuáles son las razones de esa desobediencia en masa y, menos aún, si la reacción punitiva es necesaria realmente cuando la justicia sufre desde hace décadas un lento pero sostenido proceso de deslegitimación institucional que se refleja en el escarnio público. Dejando a un lado esa realidad, el objeto de nuestro opúsculo versará sobre las cuestiones de naturaleza penal y procesal vinculadas con la respuesta punitiva frente a la insumisión generalizada de las medidas preventivas de orden sanitario y las conductas punibles que atentan contra la salud pública. El tema en sí mismo exige un análisis más racional, menos sentimental y aún menos irracional, que ayude a ubicar las cosas en su orden natural y evitar que la ley penal se transforme una vez más en un mero instrumento de control social cuya función se agote en su carácter simbólico que conduzca a una sobrecriminalización desordenada.

Nos parece oportuno subrayar que en el universo de casos que se presentan todos los días resulta indispensable introducir algunos matices, ya que no todo incumplimiento tiene el mismo grado de responsabilidad frente a la ley penal. En ese sentido, la ley penal prevé algunas conductas alternativas frente a la violación de las medidas sanitarias para evitar la propagación del virus debido al interés penalmente tutelado que es la salud pública.

En principio, debe distinguirse la cuarentena del aislamiento: mientras que el primero se aplica a las personas asintomáticas con el objeto de evitar su contagio de pacientes enfermos, el aislamiento procede únicamente contra las personas sintomáticas o que padecen la enfermedad y se quiere evitar que la propaguen (1).

A continuación, analizaremos cada una de ellas de acuerdo con el grado de mayor a menor gravedad que exhiben.

II. El delito doloso de propagación de enfermedad peligrosa y contagiosa (art. 202 del Cód. Penal)

Empezando por la más grave, es decir, cuando una persona sabe o cree que puede ser portadora del virus y sin importarle nada ni nadie, en un acto de puro egoísmo, se traslada en un avión o una embarcación, como ocurrió en varios casos, o asistió de manera despreocupada a una reunión familiar o social, sabiendo que estaba dentro del grupo de personas en riesgo, porque habían visitado países en donde el virus se había propagado, en todas esas hipótesis los responsables han actuado de manera dolosa en los términos del art. 202 del Cód. Penal. En el caso que nos ocupa, esto es, el de la epidemia desatada por el COVID-19, se trata de una enfermedad infecciosa y letal que ya ha ocasionado miles de muertos en todo el mundo.

El citado art. 202 del Cód. Penal reza lo siguiente:

“Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”.

El interés jurídicamente tutelado es la salud pública frente a un modo de comportamiento peligroso: el contagio doloso de una enfermedad letal y contagiosa. Especial trascendencia tiene esta conducta en los centros urbanos, donde la probabilidad de contagio es alta y el riesgo para la salud pública adquiere una singular fisonomía. El antecedente inmediato de esta norma es el fenómeno del contagio venéreo (art. 18 de la ley 12.331), más allá de que en nuestro Derecho penal es posible hallar alguna disposición que agrava la pena cuando el autor expone a la víctima al riesgo del contagio de una enfermedad grave, por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales, cuando existe riesgo concreto de contagio por transmisión sexual (art. 119, párrafo cuarto, inc. c). La conducta para ser calificada de peligrosa debe alcanzar a un número indeterminado de personas, ya que si ella afecta de manera directa a una o varias personas determinadas de acuerdo con el plan del autor (hipótesis de máxima e infrecuente), estaremos en presencia de un delito contra la vida.

Sobre ese último aspecto, entendemos que aquellas personas portadoras sintomáticas del virus que abordaron medios de transporte públicos o privados con el objeto de regresar al país o trasladarse a su lugar de origen cometen el delito de propagación de una enfermedad contagiosa y peligrosa. Descartamos la hipótesis de homicidio con dolo eventual, ya que, si bien el portador sintomático de esa enfermedad puso en riesgo cierto a terceros al no aislarse de manera inmediata, lo cierto es que la figura de homicidio doloso parece un tanto exagerada o sobreactuada, ya que resulta difícil probar que el autor quiso con su conducta desaprensiva y riesgosa matar a terceros. Debe recordarse acá que el dolo del autor

del delito de propagación de una enfermedad contagiosa y peligrosa está constituido por la intención de diseminar la enfermedad, en todo caso la muerte es una consecuencia necesaria de esa propagación, pero en principio escapa a los planes del autor. Los casos más mediatizados fueron los del joven que viajó desde Montevideo hasta Buenos Aires por vía fluvial sabiendo que era portador de la enfermedad, o por lo menos pudo contar con esa posibilidad cierta si es verdad que se había hecho un examen médico para confirmar si estaba enfermo. Otro supuesto es el de la persona de edad avanzada que se subió a un avión de bandera nacional para regresar al país y en medio del vuelo tuvo un episodio que necesito de atención de los profesionales que viajaban con él.

Se trata de un delito común. No se requiere cualidad alguna en la persona del autor. Sin embargo, a continuación, analizaremos que debe exigirse que el autor conozca el carácter peligroso y contagioso de la enfermedad, lo que en general es materia profana para muchos, salvo que se trate de profesionales de la salud, en especial los versados en el área de infecciones. Si bien el delito puede ser cometido por cualquiera, lo cierto es que la modalidad de acción seleccionada en la norma de conducta limitará el acceso a la autoría típica, ya que únicamente puede ser autor el que reúna la cualidad de portador de la enfermedad.

El comportamiento típico consiste en propagar una enfermedad contagiosa y peligrosa. En ese aspecto, es un elemento normativo que debe ser definido por la autoridad médica nacional. Si bien la Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo que la propagación del COVID-19 debía ser calificada de pandemia, los gobiernos no han actuado todos de consuno respecto de su gravedad, ya que en algunos países persiste la peregrina idea de que se trata de una clase de gripe más y que el aislamiento social no es el mejor método profiláctico para evitar el contagio. En cambio, la situación en la República Argentina es totalmente distinta desde el punto de vista de que el aislamiento social y obligatorio ya cumplió varias semanas, se ha extendido por un lapso mayor, y existe una publicidad permanente y repetitiva sobre la gravedad de la propagación del virus en la población, en especial en los sectores más olvidados y marginados.

La acción de propagar importa la difusión de la enfermedad peligrosa con riesgo concreto de afectación a personas indeterminadas. En todo caso, entendemos que será necesaria la existencia de personas afectadas, en consecuencia, deberá probarse que el autor fue el propagador de la enfermedad contagiosa y peligrosa. Sin embargo, alguna jurisprudencia no estima como requisito necesario la presencia de personas infectadas, solo la exposición a la enfermedad peligrosa (2), pero ello contradice de manera directa la materia de prohibición y su traducción normativa que exige el peligro de contagio, el cual obviamente estará ausente en la persona sana. La acción de propagar lleva ínsita en su definición la de expandir, extender o reproducir, en todo caso el peligro de contagio debe ser real y no meramente hipotético. De lo contrario, no se entiende de qué manera el bien jurídico *salud pública* puede ponerse en riesgo, ya que acá lo que legitima la sanción de la conducta de propagar es la capacidad intrínseca de contagiar la enfermedad, de lo contrario el peligro sería meramente hipotético o abstracto y así no justificaría su punición en un Estado de Derecho (3).

La cualidad de peligro concreto que debe predicarse de la acción de propagar la enfermedad típica para terceros encuentra al mismo tiempo eco en la doctrina alemana que exige, en el peligro de lesión a la integridad corporal regulado en el § 224 del *Strafgesetzbuch*, que este deba ser concreto (4), en especial, cuando el riesgo de contagio se canaliza por vías sexuales (5).

El término “enfermedad” consiste en una alteración más o menos grave de la salud. La enfermedad puede ser de naturaleza humana, animal (como lo es en el caso del COVID-19) o vegetal. Es condición necesaria que la enfermedad reúna las condiciones de “peligrosa” para la salud pública y “contagiosa” para las personas en general. Será peligrosa cuando sea capaz de producir la muerte o un deterioro significativo, permanente o transitorio de la salud. Como dijimos más arriba, y resulta oportuno repetirlo, ambas calidades de la enfermedad deben ser predicadas por la autoridad sanitaria. Las formas de contagio pueden ser directas o indirectas. Este delito no demanda que la propagación alcance el grado de pandemia o epidemia, basta que haya existido la probabilidad de contagio o que se restrinja a un número reducido de personas. La figura bajo estudio no establece modalidad comisiva determinada, razón por la cual el medio de propagación puede ser cualquiera.

En caso de existir una situación de contagio, será necesario acreditar la relación de causalidad entre la acción de propagar y el contagio de personas.

Así, p. ej., comete este delito la persona infectada con HIV que se presenta como donador de sangre con el propósito de diseminar la enfermedad (6).

Desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva, se trata de un delito doloso. De acuerdo con la naturaleza de la acción y el medio empleado, el autor debe actuar con dolo directo. El agente debe conocer que está propagando una enfermedad peligrosa para la salud y contagiosa para las personas, de lo contrario habrá *error de tipo* y será aplicable la modalidad imprudente prevista por el art. 203 del Cód. Penal. Un sector significativo de la doctrina nacional acepta también la posibilidad de cometer este delito mediante dolo eventual.

Respecto de la concurrencia de causales de justificación, si la autoridad sanitaria autorizó la violación del aislamiento social obligatorio con el objeto de trasladar a la persona afectada a un centro sanitario o epidemiológico para su tratamiento, los contagios del personal sanitario estarán abarcados por esa autorización que en nuestro caso funciona como un estado de necesidad para el paciente que se encuentra en la disyuntiva entre la muerte o la salvación.

Este delito se consuma con la ejecución de la acción de propagar la enfermedad peligrosa y contagiosa, en consecuencia, será exigible que haya personas infectadas por el virus. Sobre ese aspecto, en caso de víctimas fatales, debería probarse que la muerte sucedió como corolario del contagio efectivo del virus que pudo actuar sobre una enfermedad preexistente de aquella, pero lo trascendente es determinar que la persona falleció como consecuencia del virus y no de otra causa ajena al contagio. Esto seguramente podrá aparejar discusiones bizantinas sobre el alcance de la figura en estudio, pero el tipo penal exige la propagación de la enfermedad peligrosa y contagiosa, es

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Doctor en Derecho (UNED, Madrid). Defensor de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Autor del libro “Código Penal de la República Argentina comentado”, 2020, 5ª ed., entre otras obras. Profesor de grado y posgrado de Derecho Penal (UBA, Universidad Austral, Universidad

de Belgrano, Universidad Nacional Mar del Plata y Universidad del Salvador).

(1) ROTHSTEIN, Mark A., “From SARS to Ebola: Legal and Ethical Considerations for Modern Quarantine”, *Indiana Health Law Review*, Vol. 12 (2015), ps. 227 y ss.

(2) CFed. San Martín, “Contaminación Río Reconquista”, de 26/08/1992, LA LEY, 1993-E-338; DJ, 1993-1-195.

(3) FREUND, Georg, “Strafrecht. Allgemeiner Teil”, Springer, Berlín, 1998, § 1, marg. 11.

(4) FISCHER, Thomas, “Strafgesetzbuch mit Nebengesetz”, 67. Aufl., Beck, München, 2020, § 224, marg. 7; HARRRO, Otto, “Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte”, 4. Aufl., De Gruyter, Berlín, 1995, § 17.

(5) LACKNER, Karl - KÜHL, Kristian, “Strafgesetzbuch

Kommentar”, 28. Aufl., München, 2014, § 224, marg. 1a; WESSELS, Johannes - HETTINGER, Michael, “Strafrecht. Besonderer Teil 1”, 32. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2008, marg. 268.

(6) CNFed. Crim. y Correc., sala I, c. 37.300, “L., R. y otros”, del 18/10/2005.

decir, basta que la víctima haya sido infectada por el autor. El deceso de la víctima podrá tener influencia decisiva en la determinación judicial de la pena con arreglo al principio de culpabilidad. El delito en estudio no exige un resultado disvalioso de muerte de la víctima, pero si ello aconteciese, seguramente la acusación pública o la querrela privada podrá intentar una imputación más grave, aunque el ámbito de aplicación de la norma en cuestión está vinculado con la salud pública como bien jurídico colectivo.

Esa propuesta está reforzada con el contenido de lo injusto típico de la modalidad imprudente de ese delito, que analizaremos a continuación, que prevé una pena de prisión de seis [6] meses a cinco [5] años en caso de enfermedad o muerte; en consecuencia, la escala punitiva prevista en el accionar doloso del agente (prisión de 3 a 15 años), en el caso del art. 202, también incluye la muerte ajena. Si bien es imaginable un concurso de delitos entre el de propagación dolosa y el homicidio doloso, debe atenderse a los aspectos subjetivos de ambas figuras cuya constitución cognitiva y volitiva es distinta, sumado a que el dominio del curso causal por parte del autor de la propagación dolosa también resulta impredecible.

III. El delito imprudente de propagación de enfermedad peligrosa y contagiosa (art. 203 del Cód. Penal)

El art. 203 del Cód. Penal reza de esta forma:

“Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los derechos a su cargo, se impondrá multa de pesos cinco mil (\$5000) a pesos cien mil (\$100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de seis [6] meses a cinco [5] años”.

Este artículo regula los comportamientos imprudentes de las conductas previstas, entre ellas, en el art. 202 del Cód. Penal.

En todos estos supuestos el autor debe actuar con inobservancia de los deberes objetivos de cuidado exigidos, cuya actuación imprudente debe provocar o causar la propagación de la enfermedad peligrosa y contagiosa.

La comprobación de una actuación imprudente debe analizarse en cada caso concreto. En la constelación de supuestos imaginables podemos mencionar desde el portador sintomático que, sin llegar al extremo de ponerse en contacto con terceros o violar el aislamiento social obligatorio, infecta a personas allegadas de su núcleo familiar por no extremar los recaudos sanitarios necesarios, por ejemplo, no observar una estricta limpieza de los objetos utilizados. En ese aspecto debemos ser muy cuidadosos de no caer en una sobreactuación punitiva muy habitual en nuestro tiempo, ya que el padre o madre que contagia a uno o algunos de sus hijos con el COVID-19 seguramente no lo quiere o no lo desea hacer, pero a veces extremar los recaudos sanitarios no es suficiente y menos aun cuando los recursos económicos y/o habitacionales no son los óptimos, como sucede en el conurbano de la Provincia de Buenos Aires y el miedo de las autoridades por una propagación masiva entre el grupo poblacional mayoritario y más necesitado.

También la conducta imprudente puede originarse en la conducta de la autoridad policial o sanitaria, en singular, cuando en el establecimiento médico no se extremaron los recaudos

sanitarios para evitar la propagación y así actuaron con impericia.

En caso de producirse la enfermedad o muerte de una persona, habrá de exigirse que exista relación de causalidad entre el actuar imprudente y el resultado *muerte*, de lo contrario, si concurriese algún curso causal anómalo o no pudiese establecerse tal nexo causal, corresponderá negar la imputación y sobreseer a los imputados.

IV. El delito de desobediencia sanitaria (art. 205 del Cód. Penal)

El art. 205 del Cód. Penal dice lo siguiente:

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

El contenido de lo injusto típico de esta figura dolosa está compuesto por la inobservancia de las medidas sanitarias dispuestas por la autoridad competente para evitar la introducción o propagación de epidemias. En el caso del COVID-19, el Poder ejecutivo dispuso por decreto el aislamiento obligatorio y preventivo siguiendo los consejos médicos de las máximas autoridades sanitarias del país y demás facultativos especialistas en la materia.

A diferencia del contenido de lo injusto del art. 239 del Cód. Penal, que exige una orden directa impartida por la autoridad competente y cuyo destinatario es el autor, el delito de desobediencia sanitaria se construye sobre la base del incumplimiento de medidas de orden general que son dispuestas por la autoridad sanitaria para evitar la propagación del patógeno. Esas medidas tienen efecto *erga omnes* y su destinatario natural es la población en general.

Se trata de una ley penal en blanco, ya que el sentido y el alcance de las medidas dispuestas por la autoridad competente podrán variar en su contenido, pero su falta de observancia constituye la materia de prohibición. El autor no cumple con las medidas sanitarias impuestas por la autoridad y de esa manera crea un peligro para terceros originado en el riesgo de contagio o propagación.

El delito de desobediencia sanitaria abarca las modalidades comisiva y omisiva, ya que el infractor puede omitir la acción debida, por ejemplo, la de vacunarse, como la violación de la cuarentena, es decir, cuando sale de su domicilio y así crea un riesgo de contagio para terceros.

El término “epidemia” utilizado por esta figura legal consiste en la propagación en una población de una enfermedad transmisible de una persona a otra o de los animales o vegetales a las personas, cualquiera sea su peligrosidad o mortalidad.

En nuestro país ya contamos con la triste experiencia de la fiebre amarilla en 1871 que causó al menos 14.000 muertos. Entre las enfermedades contagiosas y letales que se cuenta la transmisión de la rabia por ratas o murciélagos, el mal de Chagas, la tuberculosis, la tularemia, el dengue, la leishmaniasis, entre otras.

La ley penal habla de violar “medidas adoptadas por las autoridades competentes”, es decir, se incluyen leyes, decretos o resoluciones de naturaleza obligatoria para hacer frente a la propagación de epidemias. El orden jerárquico de las medidas abarca tanto las nacio-

nales, provinciales como municipales. El juez determinará en el caso concreto si las medidas inobservadas fueron dictadas o promulgadas por autoridad competente, así como los medios utilizados para su publicidad.

Un problema adicional que se está presentando en nuestros días es la multiplicidad de normas municipales, provinciales y nacionales que integran el aparato conceptual de medidas preventivas contra la propagación del patógeno. Desde municipios que disponen prácticamente estados de sitio encubiertos hasta la obligación de transitar de manera limitada en la vía pública con barbijos, no todas esas medidas precautorias deben integrar el contenido de la norma de prohibición. Recuérdese que las infracciones aquí analizadas deben ser integradas en mayor medida por las reglamentaciones sanitarias dispuestas por la autoridad competente. En primer término, esa competencia sanitaria le corresponde en un orden de prelación al Ministerio de Salud de la Nación, organismo encargado de coordinar y fijar las medidas sanitarias necesarias de la política epidemiológica en la lucha contra el COVID-19, de acuerdo con lo que se desprende del tít. X de la ley 27.541, modificada por el dec. 260/2020. Por ese motivo, en nuestra opinión, las infracciones de medidas municipales o provinciales que no hayan sido avaladas por la autoridad sanitaria nacional carecen de legitimidad para integrar el contenido de la prohibición penal.

Debe tratarse, en atención al bien jurídico protegido, de medidas profilácticas respecto de epidemias que afecten a la población en general o un grupo de ella. Se excluyen las epidemias que solo afectan a los animales o vegetales.

La doctrina nacional clasifica este delito como de peligro abstracto, pero en nuestra opinión es un delito de peligro concreto, ya que el autor debe infringir las medidas sanitarias creando un peligro concreto de propagación, en caso de un paraje aislado donde no existe posibilidad de contagio, en lugares que, por las condiciones climáticas reinantes, sea improbable la propagación, o cuando concurre alguna causal de eximición de pena, por ejemplo, estado de necesidad o cumplimiento del deber.

Es un delito doloso. El autor debe conocer el deber impuesto por las medidas profilácticas, la situación de riesgo de epidemia y la obligación de cumplir con las medidas en el caso concreto. Se acepta la aplicación del dolo eventual.

V. Situaciones conexas complejas

Hecho el análisis de la tipificación de los delitos contra la salud pública que concurrirían en el actual estado de aislamiento social obligatorio y preventivo, resta mencionar algunas cuestiones vinculadas con las consecuencias de la propagación del COVID-19.

a) Una de ellas y que merece por orden de prioridad un tratamiento especial es el caso de los médicos que deben optar entre dos o más pacientes infectados en el uso del respirador mecánico. En Italia, de acuerdo con la información periodística con la que se cuenta, los médicos tuvieron que pasar por ese difícil trance de optar por salvar una vida den lugar de otra. Las limitaciones de aparatos de asistencia mecánica respiratoria impactaron de lleno en el tratamiento de miles de los enfermos con ese patógeno, lo que derivó en la práctica en una selección de pacientes con mayores chances o posibilidades de vida. Si bien una primera selección pasará por las chances de sobrevivida, la patología del paciente y la existencia de

enfermedades preexistentes, lo cierto es que el médico fue involuntariamente colocado en una situación de vida o muerte.

En ese contexto de extrema necesidad, la elección profesional de salvar a un paciente por sobre otro debe estar clínicamente fundada, es decir, debe estar precedida de un análisis de las enfermedades de los pacientes, la condición etaria y las posibilidades de sobrevivida. Si se cumplen con esos extremos de razonabilidad de la medida, el médico actuará bajo un estado de necesidad exculpante, siendo inexigible una conducta alternativa. Esa eximente excluirá la culpabilidad o responsabilidad del exigido.

Para que proceda esa causal de exculpación será menester que concurren los presupuestos normativos del estado de necesidad exculpante, es decir, que la acción del autor era el único medio para proteger de un mal mayor, que el autor ha elegido el mal menor y, por último, que haya perseguido el fin de salvación (7). En todo caso, la decisión médica debería ser colegiada, vale decir, no dejar en cabeza de un médico la terrible decisión de elegir salvar a un paciente por sobre otro y evitar cualquier caso de negligencia médica o arbitrariedad.

b) Una segunda cuestión, a la que hemos hecho referencia de manera superficial, se refiere al consentimiento de la persona para disponer de su integridad psicofísica. Por ejemplo, puede suceder que una persona enferma o con síntomas del virus le solicite a un familiar o pareja que lo acompañe en su domicilio para cuidarlo. En ese caso, si el acompañante resulta contagiado y enferma, podría darse lugar a una imputación dolosa o imprudente de la figura de propagación de una enfermedad contagiosa y peligrosa, en los términos de los arts. 202 y 203 del Cód. Penal. El acusado podría argüir que la persona contagiada había prestado su consentimiento y que esa expresión de voluntad debe ser considerada como una forma de renuncia a la tutela penal.

En ese aspecto debemos señalar que el consentimiento de la persona contagiada carece de virtualidad jurídica, es decir, no excluye de responsabilidad penal, ya que el bien jurídico tutelado es la salud pública, bien jurídico colectivo cuya disponibilidad no está en cabeza de cada individuo. Una postura contraria conduciría directamente a frustrar todas las medidas sanitarias adoptadas por la autoridad para prevenir el contagio de esa enfermedad, ya que cada uno de nosotros podría sencillamente ensayar esa defensa para no cumplir con el aislamiento social obligatorio. Al ser la salud pública un bien jurídico colectivo, no cabe asignar eficacia remisoria al consentimiento de los afectados.

Una situación análoga, pero distinta en su solución, se presenta en el caso del personal médico que asiste a las personas contagiadas y que están expuestos como nadie a la probabilidad alta de contagio. En ese caso, el personal médico está cumpliendo con un deber esencial que, si bien podría ser evaluado como una *autopuesta* en peligro, lo cierto es que no están alcanzados por el aislamiento social, pero sí están obligados a adoptar las medidas precautorias de índole sanitaria para evitar la propagación de la enfermedad. No es un problema de disponibilidad de bienes jurídicos, sino en el caso concreto del personal sanitario se trata del cumplimiento de un deber médico esencial que justifica cualquier tipo de imputación penal en los términos del art. 205 del Cód. Penal.

c) En materia de ejecución de pena, se han multiplicado los pedidos de detención domici-

{ NOTAS }

(7) WELZEL, Hans, “Derecho penal alemán”, trad. por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 217. En la página siguiente brinda

el ejemplo de las tres máquinas cardiopulmonares y los pacientes candidatos, en cuyo caso la elección de uno en lugar de otro debe estar fundamentada en cuestiones médicas que

habiliten esa decisión de vida sobre la muerte del paciente. En ese sentido, HARRO, Otto, “Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre”, 7. Auflage, De Gruyter, Ber-

lin, 2004, § 14, marg. 1 y ss.; BERND, Heinrich, “Strafrecht Allgemeiner Teil”, 3. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2012, marg. 565.

liaria o el uso de mecanismos alternativos de control penitenciario con el objeto de minimizar los riesgos de contagio en la población carcelaria. Bajo la situación de excepción presentada en el actual estado de emergencia epidemiológica, la superpoblación carcelaria que padece nuestro sistema penitenciario desde hace décadas es un caldo de cultivo para la propagación del virus. En la mayoría de los casos, los tribunales han rechazado la suplantación de la detención carcelaria por la domiciliaria (8), pero en algunos casos, muy controvertidos por tratarse de exfuncionarios públicos (9), se hizo lugar a la conversión en detención domiciliaria. En términos generales la admisión de la prisión domiciliaria debe estar ajustada a la concurrencia de alguna de las hipótesis previstas en el art. 10 del Cód. Penal (10).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió hace pocos días un comunicado de prensa subrayando la necesidad de adoptar las medidas necesarias para el cuidado de las personas privadas de su libertad frente al avance de la pandemia. Se recordó que los Estados partes son garantes de la salud y la integridad de las personas detenidas y de sus familias, en especial, atendiendo a la situación de superpoblación carcelaria y las penosas condiciones de salubridad e higiene al que se encuentran sometidos la población carcelaria (11).

Una medida sanitaria de carácter preventivo adoptada por el Director General del Servicio Penitenciario Federal fue la de suspender las visitas ordinarias, extraordinarias y entre internos, a partir del 20 de marzo (12), medida que fue prorrogada hasta la fecha. Esa disposición ha sido emulada por otros servicios penitenciarios provinciales (13). Como medida paliativa de la suspensión de las visitas carcelarias, se dispuso que las personas detenidas puedan acceder al servicio de telecomunicación para mantener el vínculo familiar.

d) En relación con la masiva inobservancia de las medidas sanitarias registrada en el último tiempo, se ha extendido la práctica judicial de disponer el decomiso o inmovilización de los automotores utilizados por los infractores a las medidas de prevención sanitarias. Según se informa en los medios de comunicación masivos, serían miles los afectados por esa medida precautoria que está asociada de manera directa con la facultad de secuestrar los medios utilizados para la comisión del delito, según los términos utilizados en el art. 23 del Cód. Penal. Esa medida aparece en primer lugar como desproporcionada cuando se trata de un infractor primario, ya que la inmovilización del automotor le irroga un perjuicio mucho mayor en comparación con la gravedad del hecho atribuido, esto es, la comisión del art. 205 del Cód. Penal. Salvo en el caso de un infractor relucante que ha sido advertido en varias ocasiones y carece de toda justificación su presencia en la vía pública, podría adoptarse esa medida con las limitaciones temporales necesarias al caso.

e) Otra cuestión vinculada con el aislamiento obligatorio ha sido el uso del procedimiento

excepcional del *habeas corpus* (ley 23.098), que ha sido utilizado por algunas personas afectadas por el aislamiento social obligatorio y preventivo dispuesto por el Poder ejecutivo como medio para cuestionarlo. Si bien todos ellos han sido rechazados en ambas instancias de control, resulta en cierta medida novedoso su uso para cuestionar los límites del aislamiento obligatorio, ya que ese remedio legal ha sido aplicado por lo general para cuestionar la arbitrariedad o agravación de las condiciones de detención. En todos los casos, los tribunales han mensurado la importancia del bien jurídico *salud pública* por encima de la libertad de movimiento, al entender que el aislamiento obligatorio es un medio necesario y razonable en el tiempo de duración fijado.

La razón de ser del procedimiento de *habeas corpus* hunde sus raíces históricas en la necesidad de arbitrar un medio judicial para evitar el abuso de poder. En el Derecho inglés antiguo, el *habeas corpus* cumplió la función de evitar las arbitrariedades del rey al disponer la detención o confinamiento de los ciudadanos. Su origen estuvo siempre vinculado a los asuntos criminales y su aplicación estuvo orientada hacia el abuso del arresto sin orden judicial (14).

Debe recordarse que, en materia de salud pública, la ley 22.909 ordena, en su art. 11, la obligatoriedad de la vacunación es para todos los habitantes del país —y, en el caso de los menores de edad, ese deber queda en cabeza de los responsables parentales o demás personas que ejerzan la guarda, tutoría o curaduría—, y la protección de la salud pública no queda librada al azar de la opinión individual de cada obligado: acá se persigue un fin común tuitivo mayor que está despojado de toda pretensión individualista. Esa misma ley establece, en su art. 15, en caso de peligro para la población, que las autoridades sanitarias competentes podrán decretar el estado de emergencia epidemiológico en determinadas zonas del país. En el caso de la fiebre amarilla, el art. 16 de esa ley determina que la vacunación es obligatoria cuando la persona viaje o regrese de zonas afectadas. El incumplimiento de esa obligación sanitaria faculta a la autoridad competente a la adopción de las medidas necesarias para evitar la propagación.

f) En materia procesal penal, la pandemia provocada por el COVID-19 ha impactado de lleno en las prácticas judiciales al extender el uso masivo de las teleconferencias y el trabajo remoto. También la declaración de días inhábiles en los procesos penales, hasta tanto dure el aislamiento social, fue una medida procesal cuyo objeto fue evitar la normal sustanciación de los procesos y la necesidad de concurrir a los puestos de trabajo.

En el Derecho comparado, los países afectados por la propagación del COVID-19 han tomado decisiones similares en torno de la necesidad del trabajo remoto, la suspensión de los plazos procesales y la modalidad de inmovilización de automotores.

De un modo singular, los Estados Unidos de América acaban de adoptar medidas similares de restricción de movimiento para toda la po-

blación, lo que implica de modo obligado cierto grado de limitaciones en el ejercicio de algunos derechos, en especial, el de tránsito, reunión, profesión de la religión, a los efectos de evitar la propagación del COVID-19 (15). Entre las medidas precautorias sanitarias más extendidas se cuentan el cierre de fronteras y los rechazos de ingresos a ciudadanos extranjeros, en especial chinos, al territorio nacional (16).

También Alemania y Francia sancionaron recientemente diversas leyes para evitar la propagación del virus y entre ellas adoptaron medidas urgentes en el desarrollo de los procesos penales para evitar dilaciones innecesarias.

En el caso alemán, la nueva *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19— Pandemie im Zivil—, Insolvenz—, und Strafverfahrensrecht*, del 24 de marzo de 2020 (17), se prevé la suspensión de los plazos procesales en las causas de interrupción de audiencias hasta tanto se supere la emergencia epidemiológica.

Por su parte, en Francia, a la extensión en el uso de las nuevas tecnologías (videoconferencias) y el trabajo remoto, se suma la suspensión del plazo de prescripción de la acción y de la pena durante el tiempo que demande la emergencia sanitaria en territorio francés (18). Esa legislación de emergencia se remite al art. 9^o-3 *du Code de procédure penale* en caso de que el servicio de justicia haya sido afectado por causa de fuerza mayor como ocurre en la actualidad con la citada pandemia. También se prevé la prolongación gradual de la detención provisoria en 2, 3 y 6 meses respectivamente debido a la gravedad del hecho y la posibilidad de ampliar el uso de vigilancia electrónica mediante los sistemas o dispositivos de detección o geolocalización. En el caso de los condenados, se prevé la salida anticipada y la adopción de medidas necesarias para asegurar a la población carcelaria contra la propagación de la enfermedad contagiosa, en cuyo caso se deberán habilitar espacios debidamente acondicionados para llevar adelante el aislamiento.

Por su parte, la reciente entrada en vigor de la ley *Belloubet* (19) impulsa la modernización del sistema judicial francés mediante la simplificación del proceso y el uso progresivo de los medios tecnológicos aplicados al proceso penal.

En Italia, el decreto ley del 25 de marzo de 2020 adoptado por el gobierno dispone una serie de medidas de urgencia para hacer frente al contagio masivo. Entre ellas, son de especial interés la aplicación de multas administrativas para aquellas personas que violen el aislamiento obligatorio, sumada a la inmovilización de los vehículos utilizados para tal fin. Esto último es algo que se está aplicando en nuestro país, dependiendo de la decisión judicial en cada caso.

VI. Conclusiones

Los delitos analizados tutelan la salud pública. La salud de la población se encuentra en juego en estos días de aislamiento social obligatorio y preventivo. La tasa de letalidad del COVID-19 está fuera de duda, miles de perso-

nas han fallecido como consecuencia directa o indirecta de las complicaciones respiratorias y multiorgánicas que produce el virus. La salud pública se pone en riesgo o directamente se lesiona cuando una persona es contagiada por el portador, en cuyo caso uno de los problemas a resolver en el proceso penal sustanciado con motivo de los incumplimientos de aislamiento obligado será si el portador esa sintomático o asintomático, o directamente se tratase de una persona sana.

1) El más sencillo de los casos será cuando el portador es *sintomático*, es decir, tenga registros febriles o demás síntomas que acompañen a la infección viral, incluso supiera que es portador confirmado, pero así y todo violase el aislamiento social y se pusiera en contacto con terceros. Este es el caso más grave y necesita de mayor respuesta punitiva. Es de aplicación el art. 202 del Cód. Penal.

2) En un segundo nivel, se ubican aquellos portadores *asintomáticos* que desconocen que son portadores del virus infeccioso. Acá la reacción punitiva no es necesaria y en todo caso durante el proceso penal será muy difícil acreditar el conocimiento fehaciente de la enfermedad contagiosa. Queda la posibilidad, sin embargo, que ellos hayan actuado de manera imprudente, en cuyo caso será de aplicación lo previsto en el art. 203 del Cód. Penal. Para ello será menester acreditar que el autor actuó en infracción al deber objetivo de cuidado exigido en materia sanitaria y la relación o nexo causal entre la conducta imprudente del autor y el resultado disvalioso.

3) Queda una tercera opción donde quien no es portador de la enfermedad incumpla las medidas sanitarias dispuestas para la observancia del aislamiento social obligatorio. En ese caso, excluidas las dos conductas anteriores, quedaría en pie la posibilidad de imputar el delito de *desobediencia sanitaria* (art. 205, Cód. Penal). Más allá de la discusión de si se trata de un delito de peligro abstracto o concreto, debería admitirse la posibilidad de ofrecer prueba para desvirtuar el peligro ínsito de contagio sobre el que se erige como presupuesto la norma de prohibición.

Más allá de las soluciones ensayadas, lo importante y útil que debe dejar la experiencia del COVID-19 es evitar caer en una reacción punitiva desmedida, ya que los casos más emblemáticos de personas infectadas que, a sabiendas, abordaron un medio de transporte público lo hicieron de un modo excepcional. La idiotez, o el egoísmo todavía no son delitos; la falta de solidaridad, tampoco. Seguramente cuando este lapso de aislamiento obligatorio pase, será deber de la justicia adecuar la respuesta de la ley penal hacia los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad. Debemos evitar caer en el histrionismo social y el linchamiento mediático que no coadyuvan a la paz social y menos aún a calmar los ánimos de los iracundos que creen ver en la reacción punitiva la panacea para todos los problemas sociales. Hoy en día lo único permitido es contagiar solidaridad.

Cita on line: AR/DOC/1098/2020

{ NOTAS }

(8) TOral Crim. Fed. N° 2 San Martín, “Ramón, A. A. s/ incidente de prisión domiciliaria”, del 26/03/2020 (AR/JUR/5551/2020).

(9) TOral Crim. Fed. N° 4, “Boudou, A. s/ cohecho”, del 08/04/2020.

(10) Art. 10.— Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es

inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El interno mayor de setenta [70] años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco [5] años o de una persona con discapacidad a su cargo.

(11) Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>.

(12) DI-2020-49-APN-SPF#MJ. Disponible en: <http://www.spf.gob.ar/www/noticias/Medidas-en-prisiones-COVID-19/Suspension-de-visitas-a-los-establecimientos-penitenciarios-federales>.

(13) Así fue el caso de las provincias de Santa Fe, Río Negro, Neuquén, mientras que en otras provincias como Buenos Aires, Jujuy y Salta se implementaron medidas

restrictivas. Esa medida de suspensión de las visitas carcelarias ha sido adoptada en otros países, p. ej., España.

(14) OGOLLA, Christopher, “Non-Criminal Habeas Corpus for Quarantine and Isolation Detainees: Serving the Private Right or Violating Public Policy?”, *DePaul Journal of Health Care Law*, Vol. 14, Issue 1 (2011), ps. 135 y ss.

(15) GOSTIN, Lawrence O. - HODGE, James G., “US Emergency Legal Responses to Novel Coronavirus. Balancing Public Health and Civil Liberties”, *Journal of American Medical Association*, 12, Vol. 323, march 24/31, 2020, ps. 1131 y ss.

(16) Proclamation on Suspension of Entry as Immi-

grants and Non immigrants of Persons who Pose a Risk of Transmitting 2019 Novel Coronavirus, Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/proclamation-suspension-entry-immigrants-nonimmigrants-persons-pose-risk-transmitting-2019-novel-coronavirus/>.

(17) BBl. Jarhg. 2020 Teil I Nr. 14, 27/03/2020, s. 569.

(18) Loi d'urgence de 23 de marzo de 2020 (Loi 2020-290, du 23 mars 2020, art. 11).

(19) Loi 2019-222, de 23 de marzo de 2019.

Federico Adler (*)

● VIENE DE TAPA

Buenos Aires) en pleno ha catalogado la situación como de grave crisis humanitaria, señalando que, a agosto del 2019, las penitenciarías, alcázar y comisarías provinciales contaban con casi 49 mil personas privadas de libertad (1), alrededor de la mitad de todos los detenidos en el territorio nacional, teniendo una superpoblación de más del 100% (2).

Esta situación es hartamente conocida y reconocida por los tres poderes del Estado. No obstante, no se han diseñado políticas públicas tendientes a normalizar la situación y así cumplir con aquella manda histórica de nuestra Constitución originaria en su art. 18: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”.

En este estado de cosas, no resultaba fácil vaticinar hace apenas un mes que esta realidad pudiera ser agravada exponencialmente. Sin embargo, la pandemia mundial del coronavirus —COVID-19— y aquellas medidas que con carácter general se han adoptado tanto a nivel nacional como provincial para hacer frente a aquella en búsqueda de la protección de la salud pública han impactado fuertemente en la vida cotidiana de todos y todas, y en particular en las personas privadas de libertad. Ello debido a la naturaleza de las restricciones que por su condición se les imponen y su capacidad limitada para tomar medidas de precaución (3), más aún cuando se encuentran hacinadas y no se les garantiza, en lo cotidiano, su derecho a la salud.

La Organización Mundial de la Salud (en lo sucesivo, OMS) ha considerado que éstas son más vulnerables al coronavirus, dado que viven en condiciones de confinamiento de forma colectiva por largos períodos de tiempo y, en consecuencia, tienen un mayor riesgo de una transmisión veloz del virus. Esta situación perjudica no sólo a aquéllas, sino también a la comunidad en su conjunto, dado que, al producirse una infección en tales instituciones, las posibilidades de propagación en el exterior aumentan considerablemente (4).

Afortunadamente, el virus aún no ha ingresado a las cárceles y comisarías bonaerenses. Sin embargo, dadas sus fáciles condiciones de propagación, más temprano que tarde llegará. Por tanto, corresponde tomar medidas de prevención urgentes para que, cuando eso suceda, estemos preparados para enfrentar la situación.

Ante este panorama, se requieren medidas institucionales coordinadas a ser adoptadas por los máximos responsables de los diversos poderes del Estado provincial, así como políticas de

Estado que, por un lado, eviten el ingreso, la propagación y el egreso del coronavirus a y de las cárceles y comisarías; y, por el otro, actúen favorablemente sobre la psiquis de las personas privadas de libertad, evitando situaciones espirales de violencia, que ya han tenido lugar en diversas unidades carcelarias en el país y en el extranjero. Sólo así se logrará evitar que la actual grave crisis humanitaria de nuestros detenidos se convierta, en palabras del papa Francisco, en una tragedia humanitaria (5). En este sentido, la alta comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Michelle Bachelet, ha instado a los Estados a “tomar medidas urgentes para evitar que el COVID-19 ‘cause estragos en las prisiones’” (6).

Las instancias de diálogo que se han generado entre las máximas esferas del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, a partir de la asunción de las nuevas autoridades de gobierno, generan un marco alentador al respecto. Así, desde un comienzo de la nueva gestión se buscó generar un nuevo tipo de relación con la justicia, y en particular con la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, SCBA), siendo la temática de las condiciones de detención de la provincia la principal problemática que se observa que se pretende solucionar coordinadamente. Estas instancias se vieron incrementadas a raíz del desafío que representa la pandemia del coronavirus (7), y ambos poderes han adoptado una serie de medidas tendientes a atenuar su impacto en las cárceles y comisarías.

Sin embargo, aun cuando desde el Poder Ejecutivo se han generado nuevos medios de comunicación con el exterior, como instancias de puesta en común de la información de los detenidos, y se han reforzado las medidas de higiene y de asistencia psicológica, y desde el Poder Judicial, la SCBA y la Procuración General de la SCBA se han dictado una serie de resoluciones tendientes a flexibilizar los criterios de detención, a más de un mes del ingreso del virus al país, la situación macro de hacinamiento, principal factor de riesgo, no se ha modificado, y la especial protección de aquellas personas que puedan ser incluidas en los grupos de riesgo señalados por la OMS ha resultado muy escasa.

Si bien es cierto, tal como refiere el profesor Zaffaroni, que los y las jueces/zas cuentan con las herramientas legales y constitucionales al alcance de la mano para disminuir la tasa de prisionización (8), en particular con una lectura con interpretación *pro homine* tanto de las normas de forma —particularmente, el Código de Procedimiento Penal y la Ley de Ejecución— como de las normas de fondo, la gravedad de la situación que se avecina requiere de medidas de alcance general que generen una importante reducción del encarcelamiento. El esfuerzo individual de cada operador de justicia o funcionario del Ejecutivo no resulta en vano para paliar la situación, pero no logrará más que satisfacer casos particulares, mientras que la situación general continuará.

Así, se han conocido sólo algunas pocas resoluciones a nivel provincial que tienden a los fines indicados, y ninguna de ellas dispone con carácter general la externación de grupos de detenidos. En este contexto, sería ingenuo pensar que, por sí solos y con el presente marco normativo, los y las jueces/zas solucionarían siquiera parcialmente la problemática.

Observar las experiencias de las medidas adoptadas por diversos países como respuesta a la pandemia general brinda un marco de legitimidad internacional. Algunos Estados a lo largo y ancho del mundo se encuentran tomando disposiciones de carácter general con el objeto de disminuir el nivel de hacinamiento en sus centros de detención, en particular la libertad o la morigeración de la prisión de aquellas personas que forman parte de los grupos de riesgo (9). Ello permite no sólo disminuir el riesgo de contagio de aquellas personas que egresan de las penitenciarías, sino también abordar en mejores condiciones de higiene y distanciamiento personal la problemática al interior de aquéllas.

Así es que, v.gr., el gobierno turco anunció que mediante una ley liberará hasta cien mil personas detenidas. El Anteproyecto prevé la posibilidad de acceder a la libertad condicional una vez cumplida la mitad de la condena y el arresto domiciliario de las mujeres embarazadas, los mayores de 65 años y aquellas personas con serios problemas de salud, debidamente documentados.

Las medidas que aquí se proponen no incluyen, en lo inmediato, la labor formal del Poder Legislativo provincial. Dadas las circunstancias actuales, la Legislatura no se encuentra sesionando —si bien a mediano plazo se debería analizar la posibilidad y legitimidad de su funcionamiento a distancia—. Por tanto, en principio, su participación —no menor— se vincularía con el apoyo político a las decisiones que pudieran adoptar el gobernador y la SCBA; y, en lo inmediato, con la ratificación de los decretos que pudieran dictar el primero.

En efecto, si bien se ha discutido la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia en la provincia, entiendo que, en el presente, se dan todas aquellas circunstancias necesarias para poder adoptar este tipo de medidas. De hecho, se está ante: *i*) una situación que requiere urgente solución y que necesariamente debe implicar competencias legislativas; *ii*) la Legislatura no está sesionando y tampoco se prevé que, a la brevedad, esto pueda llegar a suceder. Cabe recordar que la propia SCBA, aun con vaivenes, en más de un caso ha sostenido la constitucionalidad de aquéllos, en situaciones mucho menos graves que la actual (10).

Entiendo también que la limitación establecida por la Constitución Nacional de normar materia penal mediante decretos de necesidad y urgencia tampoco afectaría lo aquí propuesto. En

efecto: *i*) dicha Constitución norma la orgánica del Estado Nacional, y no la de los Estados provinciales; *ii*) la regulación de los procedimientos ordinarios es una competencia de las provincias no delegada al Estado Federal; *iii*) resulta dudoso el alcance de la prohibición al derecho penal adjetivo.

En este contexto, se deben adoptar una serie de medidas urgentes con cinco objetivos claros: *i*) la protección de aquellas personas detenidas que pueden incluirse en el grupo de riesgo frente a la pandemia, según lo señalado por la OMS; *ii*) la fuerte disminución de la sobrepoblación en los lugares de encierro; *iii*) el cuidado de la higiene y limpieza de las diversas unidades; *iv*) la normalización y el fortalecimiento de las estructuras de salud; *v*) el respeto de los derechos humanos durante la vigencia de la cuarentena obligatoria, en particular el acceso a los derechos de alimentación, salud física y psíquica, información, comunicación y aire libre.

Por lo tanto, se proponen una serie de disposiciones de carácter urgente.

I. Medidas a adoptar por el Poder Ejecutivo provincial

I.1. Modificaciones transitorias al Código Procesal Penal y a la Ley de Ejecución Penal

Estas reformas —la primera, tendiente a flexibilizar los criterios de encierro respecto de aquellas personas detenidas sin sentencia firme; y la segunda, a propender la detención domiciliaria de las personas incluidas como grupo de riesgo ante el COVID-19— en principio se proponen con carácter transitorio hasta el momento en que cese el estado de pandemia declarado por la OMS. Asimismo, una vez que comience a sesionar el Poder Legislativo —en cualquier modalidad—, deberán ser enviadas en carácter de proyecto de ley, para su ratificación. No obstante, resulta de vital importancia que aquéllas cuenten en lo inmediato con un amplio consenso político, que involucre a una amplia mayoría de las fuerzas políticas y a la SCBA.

Las propuestas tienden a fortalecer el Estado de derecho, limitando los casos de privación de libertad en su mayor intensidad: el encierro. En el caso del Código Procesal Penal de Buenos Aires, promueven la limitación de las detenciones preventivas a aquellos casos en los que se constata un efectivo riesgo procesal, imposible de ser mitigado con otras medidas menos intensas. Y en el caso de la Ley de Ejecución, permitir la detención domiciliaria por razones humanitarias. Por tanto, ambas van en dirección al cumplimiento del punto dispositivo 7 del fallo “Verbitsky” de la Corte Suprema, que exigió a los Poderes Legislativo y Ejecutivo “adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales” (11).

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Mar del Plata —graduado con mejor promedio, año 2013—. Visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Máster por la Universidad de Génova en Estado de Derecho y Democracia Constitucional. Docente de la UNMDP. Secretario del Juzgado de Garantías del Joven N° 2 de Mar del Plata.

(1) Para diciembre, el número ya superaba los 49.500. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES - ILANUD, “Informe: Superpoblación penitenciaria en la provincia de Buenos Aires”, 2020.

(2) TCas. Penal Buenos Aires, “Documento sobre las condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires (res. 2301/2018)”, 2019. En el mismo sentido, desde hace más de quince años, la Red de Jueces Penales de la Provincia de Buenos Aires viene denunciando esta situación. Véase, entre muchos otros, su último documento al respecto: “El colapso penitenciario bonaerense en tiempos de pandemia”, disponible en <http://reddejueces.com/el-colapso-penitenciario/>

declaracion-oficial-de-la-red-de-jueces-penales/

(3) Cf. SUBCOMITÉ DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES DE LAS NACIONES UNIDAS, “Recomendaciones del Subcomité de Prevención de la Tortura a los Estados Partes y Mecanismos Nacionales de Prevención relacionados con la pandemia de coronavirus”, adoptado el 25/03/2020, disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/AdviceStatePartiesCoronavirusPandemic2020.pdf>.

(4) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Preparación, prevención y control del COVID-19 en prisiones y otros lugares de detención”, *Guía provisional*, 2020, disponible en http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf.

(5) Palabras del papa Francisco luego del Ángelus, con la Plaza de San Pedro vacía, del 29/03/2020. “En particular quiero mencionar a las personas en las cárceles. He leído un memorándum oficial de la Comisión de Derechos Humanos que habla del problema del hacinamiento

en las prisiones, que podría convertirse en una tragedia. Hago un llamamiento a las autoridades para que sean sensibles ante este grave problema y tomen las medidas necesarias para evitar futuras tragedias”, disponible en http://www.vatican.va/content/francesco/es/angelus/2020/documents/papa-francesco_angelus_20200329.html.

(6) Su discurso del 25/03/2020, disponible en <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=S>.

(7) Debe recordarse que, al asumir las nuevas autoridades de gobierno, había huelgas de hambre en diversas unidades carcelarias de la provincia. Ante esta situación, se generaron mesas de diálogo con la SCBA y diversas organizaciones de derechos humanos. También, que el Sr. gobernador electo visitó a los miembros de la SCBA en el mes de diciembre. Adicionalmente, con la pandemia ya avanzada, se mantuvo una reunión vía videoconferencia entre la vicegobernadora, el ministro de Justicia y Derechos Humanos y el presidente de la SCBA.

(8) ZAFFARONI, Eugenio R., “La hora de los jueces”,

2020, disponible en <https://lateclanerevista.com/la-hora-de-los-jueces-por-e-raul-zaffaroni/>.

(9) Muy interesante al respecto resulta el sitio *prisiones-tudies.org* de la World Prison Brief, en el que cada día se da cuenta de las novedades respecto de lo que está sucediendo en las prisiones en todo el mundo, como así también de las medidas adoptadas por los diversos gobiernos. Países tan diversos como Irán, Afganistán, Estados Unidos, Inglaterra, Indonesia, India, Turquía, Colombia, Líbano o Túnez están adoptando diversas medidas, de mayor o menor impacto, tendientes a reducir a escala masiva la cantidad de personas privadas de libertad en sus respectivas jurisdicciones.

(10) SCBuenos Aires, 18/05/1999, “Coronel, Oscar A. y otros c. Municipalidad de Navarro s/ demanda contencioso-administrativa”, causa B-54487, DJBA 156-343, LL 70022295; y 18/02/2004, “Fiscal de Estado c. Provincia de Buenos Aires”, causa B-60898, AR/JUR/152/2004.

(11) CS, 03/05/2005, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, V.856.XXXVIII, recurso de hecho, AR/JUR/159/2005.

I.1.a. Modificaciones al tít. VI del Código Procesal Penal de Buenos Aires, relativo a las medidas de coerción

I.1.a.i) Procedencia de la detención. Necesidad de demostración de riesgo procesal que amerite la solicitud de prisión preventiva

El mencionado informe realizado por el TCas. Penal Buenos Aires muestra de una manera contundente que en más del 90% de los casos en los que se dispone la detención de una persona, luego el Ministerio Público Fiscal no solicita su prisión preventiva. En números, ello ha implicado que hayan estado detenidas —en su gran mayoría, en comisarías— más de 40 mil personas en 2019, las que luego fueron liberadas en los términos del art. 161 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires. Las preguntas son, entonces: ¿cuál es el motivo o bien el criterio para solicitar y conceder la detención, si luego no hay indicadores de riesgo procesal para imponer la prisión preventiva?; ¿resulta necesario a los fines del proceso, o bien se pretende que funcione como una especie de pena adelantada que tenga mero efecto simbólico?

Con el objeto de evitar con carácter general la prisionización inmotivada de las personas que se encuentran en este grupo de casos, entiendo que podría reformarse el art. 151 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires, exigiendo para el dictado de toda detención, sea o no un hecho flagrante, indicadores de riesgo procesal suficientes que hagan presumir que se solicitará la prisión preventiva del imputado, o bien, mediante el proceso de la flagrancia, pena en juicio abreviado de efectivo cumplimiento.

Lo aquí propuesto no se aparta de la regla general señalada en el párr. 2º del art. 144 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires (12). Sin embargo, tal como lo demuestra el informe referenciado, la práctica tribunalicia se aparta de dicho principio, emanado no sólo del Código Procesal Penal de Buenos Aires, sino también de la Constitución Nacional y de diversos pactos internacionales de la misma jerarquía normativa.

Por tanto, si bien su párr. 4º brinda pautas mínimas que hacen al análisis del riesgo procesal, se propone un agregado al párr. 1º del art. 151 mediante el cual se exija riesgo procesal para la adopción de la detención en los términos del art. 144 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires, que permita un análisis general de su alcance de conformidad con los parámetros establecidos en su art. 148.

“*Detención:* Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, y sólo a pedido del fiscal interviniente, el juez librará orden de detención para que el imputado sea llevado inmediatamente ante la presencia de aquél, siempre que existan elementos suficientes o indicios vehementes de la comisión de un delito [,] motivos bastantes para sospechar que ha participado en su comisión [y peligro de fuga y/o de entorpecimiento que tornen, en este estadio del proceso, absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley].”

La referencia a “este estadio del proceso” permite distinguir este acto del de prisión preventiva, pudiendo la prueba del riesgo procesal ser menos concreta que en la evaluación de tal análisis, dado que se trata de la etapa inicial del proceso, en la que muy posiblemente el resultado de las diversas medidas no estará completo, sino sólo preliminarmente. Esta modificación apunta principalmente a descomprimir la población de las comisarías y alcaldías.

I.1.a.ii) Requisitos de la prisión preventiva

El art. 157 del Código establece los requisitos para el dictado de la prisión preventiva. A ellos

correspondería, en virtud del principio de proporcionalidad, un nuevo requisito que dé cuenta de la imposibilidad de mitigar el riesgo procesal con otras medidas cautelares que no impliquen la prisión del imputado, las que serán señaladas, no resultando una lista taxativa, sino más bien ejemplificativa. Ello implicará que, en todos los casos, la prisión preventiva sea el último recurso.

Como actualmente se encuentra regulada la imposición de medidas cautelares en el proceso, no se brindan opciones intermedias entre la libertad y la prisión preventiva para mitigar el riesgo procesal —más allá de las reglas que se podrían imponer en el marco de la excarcelación—, hasta tanto ésta no sea dictada. Es decir, se debería esperar a la imposición de la prisión preventiva para luego, de ser el caso, morigerarla e imponer alguna de las reglas contempladas por el art. 160.

La normativa penal juvenil, en el art. 42 de la ley 13.634, brinda un buen ejemplo de cómo podría adecuarse esta circunstancia al principio de proporcionalidad de la medida adoptada. Así, la referenciada norma establece una serie de medidas cautelares que pueden ser adoptadas por el juez a pedido del Ministerio Público como sustitutas de la prisión preventiva, sin implicar el encierro, aun el arresto domiciliario.

Así, y siguiendo los arts. 42 y 43 de la ley 13.634, que regula el proceso penal juvenil, se propone el siguiente agregado:

“*Procedencia.* La detención se convertirá en prisión preventiva cuando medien conjuntamente los siguientes requisitos: [...]

”[4. *Que no sea posible aplicar otra medida cautelar no privativa de la libertad.*]

”*Para el caso de que el riesgo procesal constatado pueda ser mitigado por otro tipo de medida cautelar menos lesiva, así deberá disponer el juez. Podrá disponer, entre otras:*

”a) *Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que el juez determine;*

”b) *Prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;*

”c) *Prohibición de aproximarse al ofendido, a su familia o a otras personas;*

”d) *Prohibición de comunicarse con determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;*

”e) *Obligación de concurrir periódicamente al Tribunal o ante la autoridad que el juez determine;*

”f) *Arresto domiciliario).*”

De esta manera, el juez o jueza puede, al momento de valorar el riesgo procesal, imponer medidas cautelares autónomas de la prisión preventiva, sin necesidad de su dictado, a diferencia del actual art. 163, que regula su morigeración. Por tanto, a partir de la reforma propuesta pueden distinguirse dos supuestos: *i)* la imposición de una medida cautelar autónoma y menos lesiva que la prisión preventiva —art. 157, inc. 5º—; *ii)* la imposición de medidas de morigeración de la prisión preventiva —art. 163—.

I.1.a.iii) Alternativas a la prisión preventiva

En la actualidad, el juez o jueza interviniente sólo puede dictar medidas alternativas a la prisión preventiva respecto de determinados grupos de personas que se consideran vulnerables, y siempre y cuando se den determinadas

circunstancias. Entiendo que, en este estado generalizado de pandemia, todas aquellas personas pertenecientes a grupos de riesgo deberían quedar comprendidas en este supuesto. Adicionalmente, debido al aislamiento sanitario estricto que requieren estas personas por su mayor vulnerabilidad al virus, la regla debe ser que, en caso de darse los requisitos para la imposición de la prisión preventiva, queden en sus domicilios con control electrónico o de diversa forma.

Por tanto, la redacción del párr. 1º del art. 159 quedaría transitoriamente de la siguiente manera:

“*Alternativas a la prisión preventiva.* Cuando se tratare de imputados mayores de setenta [70] años, o que padecieran una enfermedad incurable en período terminal, o cuando se tratare de una mujer en estado de gravidez o con hijos menores de cinco [5] años, [o bien que se encontrasen dentro de los grupos de riesgo frente a la pandemia del coronavirus señalados por la Organización Mundial de la Salud], el juez de garantías impondrá alternativas [a la prisión preventiva], sujetas a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime necesarias”.

A partir de esta norma, corresponderá que las personas que se encuentren en estos grupos no ingresen momentáneamente a las unidades carcelarias, dado el alto riesgo de exposición para la vida que significaría ser portador del virus. Al mismo tiempo, importará el dictado, aun de oficio, de la externación de todas aquellas personas en esta situación, por razones netamente humanitarias. El juez o jueza interviniente deberá cerciorarse de tomar las medidas necesarias para extremar los cuidados de la víctima y sus intereses, y mitigar lo máximo posible el riesgo procesal.

I.1.a.iv) Efecto del recurso de las resoluciones que disponen la atenuación de la prisión preventiva

Con carácter general, el párr. 3º del art. 163 dispone que “la atenuación de la medida de coerción se hará efectiva cuando el auto que la conceda quede firme”, mientras que el art. 170, en su último párrafo, norma en igual sentido el caso específico de la excarcelación extraordinaria.

Ello resulta contrario no solo al mencionado principio general establecido por el art. 144, en concordancia con la cláusula establecida en el inc. 3º del art. 9º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (13) —que posee jerarquía constitucional—, sino también al principio de efecto devolutivo para aquellas resoluciones que ordenen la libertad del imputado establecido en el art. 431. Por tanto, ante este confuso escenario, y para no dejar ningún tipo de dudas al respecto, teniendo en particular consideración la importancia en este momento de que se efectivicen de forma inmediata las libertades dispuestas por la autoridad judicial, se proponen las siguientes reformas:

“Art. 163. *Atenuación de la coerción.* [párr. 3º].

”La atenuación de la medida de coerción se [efectivizará de forma inmediata a su dictado].” “Art. 170. *Excarcelación extraordinaria* [párr. 3º].

”La excarcelación prevista por este artículo sólo podrá concederse mediante resolución fundada y se efectivizará [de forma inmediata a su dictado].”

Estas reformas, orientadas a descomprimir el actual colapso carcelario, ofrecen un nuevo marco normativo, vinculante para fiscales y jueces de garantías, en la inteligencia de lograr la pronta desprisionización de un significativo número de personas procesadas.

I.1.b. Modificación al art. 19 de la Ley de Ejecución Penal bonaerense. Detención domiciliaria

Este artículo establece los casos en los que se puede solicitar la prisión domiciliaria y realiza una enumeración taxativa de casos, sosteniendo que las solicitudes deberán ser resueltas por el juez, previo dictamen del Ministerio Público Fiscal. En este sentido, lo que actualmente posibilita como garantía la norma es realizar la solicitud de la detención domiciliaria; sin embargo, no establece como deber jurídico del juez otorgarla, sino evaluar su pertinencia en cada caso. En un escenario como el que se avecina, la detención domiciliaria debe ser la regla para todos aquellos grupos de riesgo, tratándose tanto de procesados —en este sentido, la reforma propuesta al art. 159 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires— como de condenados.

Podría ser el caso de que, por múltiples factores, la externación no resulte tan sencilla —v.gr., por la falta de domicilio habitable o bien porque sea el mismo que el de la víctima—. En estos casos, excepcionalmente, y por el período más breve posible, la institución de encierro debe garantizar a estas personas su completo aislamiento en la propia institución.

Tal como lo destacan la OMS y el Subcomité de Prevención de la Tortura de la ONU, este tipo de aislamiento debe ser muy diverso al aislamiento sancionatorio, y bajo ningún aspecto pueden ser asimilables. Por tanto, se deberán adecuar lugares especiales y regímenes particulares, de ser el caso.

En razón de ello, se propone la siguiente redacción:

“*Detención domiciliaria.* Art. 19.— [Tendrán derecho a] permanecer en detención domiciliaria: [...]

”[g] *Las personas que se encontrasen dentro de los grupos de riesgo frente a la pandemia del coronavirus señalados por la Organización Mundial de la Salud.*]

”El pedido lo podrá formular también un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado, previo dictámenes que lo fundamenten y justifiquen. La decisión será adoptada por el juez competente con la intervención del Ministerio Público y podrá ser recurrida por apelación, [teniendo efecto devolutivo el recurso].

”[Excepcionalmente y por el período más breve posible, en caso de que las circunstancias del caso determinen la imposibilidad fáctica de acceder a tal régimen, las personas incluidas en el inc. g) del presente artículo deberán permanecer aisladas de la restante población, debiéndose garantizar el acceso a sus derechos; en particular, el de la salud, la comunicación y la alimentación].”

A partir de la redacción propuesta en el primer párrafo, las personas incorporadas en la norma ya no tienen sólo un derecho a petitionar la detención domiciliaria, sino que poseen derecho a gozar efectivamente de ella. Ello sólo podrá excepcionarse en el caso que se prevé en el último párrafo.

Asimismo, en el inc. g) se incorpora la posibilidad de acceder al régimen para todas aquellas personas que pueden ser incluidas en los grupos de riesgo del COVID-19, lo que deberán demostrar sucintamente. Adicionalmente, para el caso de que resulte fácticamente imposible la prisión domiciliaria, se contempla el aislamiento sanitario para aquéllos, debiéndose garantizar el acceso efectivo a todos sus derechos.

Finalmente, se prevé expresamente el efecto devolutivo de la resolución que dispone la deten-

{ NOTAS }

(12) “La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolu-

tamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley”.

(13) “...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la compare-

ncia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

ción domiciliaria, lo que implica su efectividad una vez dictada por el juez de primera instancia.

I.2. Decreto de conmutación general de penas

A diferencia de la Constitución Nacional, que prevé dos institutos relacionados con la facultad de perdonar la pena de las personas condenadas: una de carácter general, de competencia del Congreso de la Nación —amnistía—, y otra de carácter individual, de la esfera de decisión del Ejecutivo —indulto—, la Constitución de la provincia sólo prevé la conmutación de penas —el indulto y la amnistía están reservados a los delitos de sedición y se encuentran en la esfera del Poder Legislativo—. Ésta es una facultad reservada del gobernador, aunque cuenta con la intervención de los otros dos poderes públicos. De conformidad con su art. 144, inc. 4º, “el gobernador podrá conmutar las penas impuestas por delitos sujetos a la jurisdicción provincial, previo informe motivado de la Suprema Corte de Justicia, sobre la oportunidad y conveniencia de la conmutación [...], debiendo ponerse en conocimiento de la Asamblea Legislativa, las razones que hayan motivado en cada caso la conmutación de la pena” (14).

El constituyente, ya en el siglo XIX, comprendió que una responsabilidad tan importante como ésta no podía recaer exclusivamente en uno de los poderes del Estado, sino que debería contar con una importante participación de la SCBA y con el aval institucional de la Asamblea Legislativa.

A partir de la grave situación de hacinamiento y sobrepoblación carcelaria, han sido varias las voces que se han expedido solicitando la toma de una medida como la que aquí se sugiere (15). Entiendo que, por su proximidad temporal y por tratarse del máximo órgano jurisdiccional de competencia penal, el referenciado informe del TCAs. Penal de octubre pasado resulta ser el caso más emblemático.

En efecto, cuatro meses antes de que se conociera en nuestro territorio el primer caso de COVID-19, sugería “la intervención de nuestro máximo órgano de representación, Suprema Corte de Justicia, con la finalidad que se propicie ante el Poder Ejecutivo provincial el ejercicio de la atribución conferida por el art. 144.4 de nuestra Constitución provincial”. La necesidad de adoptar este tipo de medidas aumenta exponencialmente ante el inminente riesgo de que el coronavirus arribe a las cárceles bonaerenses.

Por supuesto, una medida generalizada de tal envergadura, que ha sido adoptada como mecanismo para resolver la problemática del sobreencarcelamiento en diversos países del mundo, requiere de la adopción y puesta en funcionamiento de un gran esquema de trabajadores sociales y operadores que se encuentren trabajando fuertemente en el proceso de incorporación a la comunidad de tales personas. En este sentido, se debería fortalecer fuertemente el Patronato de Liberados.

Ahora bien, ¿qué penas conmutar? Se han propuesto diversas fórmulas y diversos beneficiarios de este tipo de medidas: por tipo de delitos, por la edad de los condenados, por el monto de la pena impuesto, por la cantidad de pena cumplida, por maternidad, entre otros.

Entiendo, por estrictas razones de justicia, que *a priori* se debería pensar en conmutar a partir de parámetros objetivos, que no provoquen discriminación en razón de la edad, el género, la enfermedad u otras circunstancias per-

sonales, las que podrían canalizar su particular vulnerabilidad a partir de las reformas propuestas a la Ley de Ejecución. Es decir, en su caso, les corresponderá la prisión domiciliaria, pero sólo serán incluidos en la conmutación de pena si cumplen con parámetros generales e iguales establecidos.

Por tanto, se propone tener en consideración la situación de las personas cuyas penas a cumplir sean relativamente bajas y la de aquellas otras que están cerca del cumplimiento de sus condenas, excluyendo aquellos casos de penas altas. Una buena fórmula, acorde al principio de proporcionalidad, podría ser la combinación de ambos factores señalados, exigiendo, a mayor pena impuesta, mayor porcentaje de pena cumplido para acceder a la conmutación.

Podría establecerse de la siguiente manera:

“Se conmutarán las penas de: *i) Aquellos condenados a penas que no superen los cuatro años de prisión, cualquiera fuese el monto de la pena cumplido; ii) Aquellos condenados a penas que no superen los siete años de prisión y hayan cumplido el 50% de la pena; iii) Aquellos condenados a penas que no superen los diez años de prisión y hayan cumplido los dos tercios de la pena.*”

En particular, respecto de los casos que pueden ser enmarcados en el supuesto *iii)*, coincide con el período temporal exigido para acceder a la libertad condicional, en los términos del art. 13 del Cód. Penal. No obstante, en el decreto propuesto no se exige el cumplimiento de ninguno de los requisitos exigidos para disponer esta libertad, por lo que resulta ser mucho más abarcativo.

Asimismo, se debe recordar que la Constitución de la provincia prohíbe la conmutación de la pena a los funcionarios públicos condenados por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones, por lo que quedarían por fuera del régimen conminatorio. La norma debería contemplar una serie de obligaciones a cumplir por los liberados —que deberían fijarse casuísticamente, según las circunstancias particulares, por la justicia de ejecución— y establecer que, de resultar que la persona sea condenada por la comisión de un nuevo delito, ello dará lugar al cumplimiento efectivo del saldo de la pena conmutada.

Estas medidas propuestas para su adopción al Poder Ejecutivo implican una considerable disminución de la población carcelaria, y consecuentemente no sólo beneficiarían a aquellos enmarcados en ellas, sino a la población carcelaria en su conjunto, dado que aquellas personas que no puedan acceder estarán alojadas en condiciones más dignas que las actuales, disminuyéndose de forma importante el riesgo de contagio del coronavirus y, de ser el caso, permitiendo un mejor abordaje de la enfermedad.

I.3. Garantizar las condiciones de higiene y sanitarias. Sistema de salud

Las medidas anteriormente referidas tienden de forma particular a reducir considerablemente la superpoblación carcelaria y a la protección de aquellas personas que pueden ser incluidas en los grupos de riesgo de la pandemia del COVID-19, y se relacionan con la facultad normativa del Poder Ejecutivo en períodos de emergencia.

A diferencia de ello, las medidas que a continuación se desarrollan se relacionan estrictamente con su función de gestión, las que resultarán más realizables en la medida en que se adopten las medidas antes señaladas, es decir, con

una considerable merma de la superpoblación y sin personas integrantes de grupos de riesgo.

Particular atención merece la consideración de las actuales condiciones de higiene y sanitarias en las cárceles (16). En lo que respecta a la higiene, es fundamental su provisión masiva en tiempo y forma (17), como generar en las personas detenidas la conciencia de su importancia. En este sentido, se han viralizado varios videos de internos pidiendo contar con estos elementos, lo que resulta alentador.

La situación del sistema de salud carcelario resulta más compleja. En efecto, el TCAs. Penal Buenos Aires ha constatado un cuadro deplorable a octubre pasado: ausencia de personal médico, escasez de insumos hospitalarios, de medicación y de recursos para realizar traslados a hospitales, de así corresponder. Particularmente preocupante ante el actual escenario resulta que “La urgencia o necesidad de la atención médica es decidida por los propios efectivos penitenciarios”. En este sentido, deviene esencial que, por lo menos, haya un médico y un enfermero las 24 horas, los 365 días del año, en las unidades, debiendo ser éste quien determine la urgencia de cualquier cuadro médico y cómo actuar en cada caso.

En la actual situación, deberá también estar a cargo del médico la determinación del aislamiento ante cualquier mínima sospecha de estar ante un caso de infección de COVID-19, así como brindar la debida asistencia a la persona hasta que sea trasladada a un hospital. También determinar qué personas deben permanecer especialmente aisladas por estar incluidas dentro de las categorías de grupo de riesgo. La OMS ha generado un extenso documento en el que da cuenta de las funciones que deben ocupar los equipos de salud en las unidades carcelarias. Los protocolos que se adopten deben seguir los lineamientos generales allí establecidos (18).

En este sentido, es necesario que, con carácter urgente, el Poder Ejecutivo brinde aquellos recursos humanos y materiales que tiendan a regularizar la situación del sistema de salud dentro de las unidades penitenciarias.

I.4. Garantizar los derechos a la alimentación, al aire libre, a la comunicación, a la información y a la salud psíquica de los detenidos

Las medidas para enfrentar la pandemia, y en especial la cuarentena, presentan importantes desafíos para las autoridades del Servicio Penitenciario Bonaerense. Garantizar a los detenidos el estricto resguardo de su salud y, al mismo tiempo, el efectivo goce de sus derechos humanos no resulta una misión sencilla, en particular el de aquellos derechos que indefectiblemente se ven afectados como consecuencia del estado de emergencia general, ya que, en el contexto de encierro, su restricción puede no sólo generar vulneraciones individuales de derechos, sino también provocar situaciones de caos colectivo.

De hecho, se han generado tumultos e incluso motines en razón de las limitaciones impuestas en las cárceles como consecuencia de la pandemia, con varios muertos a lo largo y ancho del mundo, produciéndose en varios Estados la paradójica y trágica consecuencia de tener una cantidad mayor de muertos causados por estos motines que los decesos que se deben estrictamente al virus del COVID-19.

Por tanto, el abordaje de la cuestión debe tener en consideración no sólo la cuestión de la salud física de los detenidos, sino también la salud psíquica y el acceso a los diversos dere-

chos. En efecto, el impacto en la psiquis de las causas y los efectos del COVID-19 y la forma de comunicar la información por los medios de comunicación han causado situaciones de mucho temor y desconcierto. Esta situación se agrava en los lugares de encierro, en los que sus propias características provocan temor colectivo ante lo desconocido, más aún conociendo perfectamente el hacinamiento y la falta de cuidados a la salud de las diversas unidades penitenciarias.

Es por ello que resulta esencial que los detenidos tengan acceso a información fidedigna de primera mano. Esto significa que los responsables de cada unidad, con el médico a cargo, les expliquen, claramente: *i)* vías de contagio del virus; *ii)* formas de prevenir el contagio; *iii)* sus síntomas; *iv)* medidas adoptadas por el Servicio Penitenciario para hacer frente al virus; *v)* protocolos de actuación ante un posible caso; y *vi)* situación de avance de la pandemia en las localidades en las que se encuentran las unidades.

En este sentido, la OMS ha destacado como uno de los principios importantes que deben respetarse en las prisiones en tiempos del COVID-19 el acceso a la información. Resulta de vital importancia explicar claramente aquellas medidas tendientes a limitar derechos, como los de recibir visitas, trabajar, ir a la escuela y a los espacios de esparcimiento, para evitar que la falta de información clara, precisa, detallada y explicada con lenguaje coloquial provoque malestar entre la población carcelaria.

En cuanto a la comunicación con el medio exterior (familiares, parejas, amigos de los internos), se encuentra momentáneamente suspendida, mientras dure la cuarentena, por disposición del Servicio Penitenciario Bonaerense. Incluso, previo a ello, casi la totalidad de los presos bonaerenses limitaron por cuenta propia sus visitas (19). Para suplirlas se han implementado diversos sistemas de comunicación mediante videollamadas, como así también se ha autorizado momentáneamente la utilización de teléfonos, a raíz de diversas resoluciones, en primer término, de primera instancia (20), y luego, con carácter general, por el TCAs. Penal BA (21), siendo implementado, luego de ello, un protocolo específico por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Sobre la cuestión, se observa muy buena predisposición de los internos, un trabajo coordinado entre las diversas esferas del Estado y un rápido cumplimiento de la manda judicial por parte del Ejecutivo, lo que brinda un halo de buenas expectativas hacia el futuro.

Una cuestión que, en un primer momento de dictada la cuarentena obligatoria con carácter general, trajo inconvenientes y disturbios en diversas unidades de la provincia fue la prohibición de los familiares de acercarse a alimentos y medicamentos a los detenidos. El mencionado informe de Casación hace referencia también al deficitario régimen alimenticio tanto de las comisarías como de las unidades del Servicio Penitenciario Bonaerense. Más allá de que no debería ser necesario que la familia acerque estos insumos, hace años que es uso habitual de nuestro sistema carcelario. Acertadamente, luego de unos días se permitió la entrada tanto de alimentación como de medicamentos, lo que alivianó la situación.

En cuanto al derecho al aire libre, la situación de aislamiento dispuesta por el Poder Ejecutivo

{ NOTAS }

(14) Este mismo artículo establece que se dictará una ley especial que regule su procedimiento, la que a la fecha no se ha dictado. Esta omisión no implica que no pueda hacerse uso de tal instituto.

(15) Entre otros, la Asociación Pensamiento Penal, disponible en <https://www.pensamientopenal.org/wp-content/uploads/2013/06/Conmutacion%20de-penas.pdf>.

(16) Me refiero estrictamente a las unidades penitencia-

rias, excluyendo a las comisarías, dado que luego se propondrá la erradicación absoluta de las detenciones en comisarías; entre otros motivos, por sus nulas condiciones de higiene y sanitarias.

(17) La página web del Servicio Penitenciario Bonaerense da cuenta de importantes procesos de desinfección, con la participación de los propios detenidos en las diversas unidades penitenciarias.

(18) OMS, “Preparación, prevención y control del COVID-19...”, ob. cit.

(19) En este sentido, el Servicio Penitenciario Bonaerense informó que “casi el 95 por ciento de la población carcelaria decidió restringir la visita de sus familiares por el coronavirus”, disponible en <http://www.spb.gba.gov.ar/site/index.php/100-institucion/10247-casi-el-95-por-ciento-de-la-poblacion-carcelaria-decidió-restringir-la-visi->

ta-de-sus-familiares-por-el-coronavirus.

(20) JEJec. N° 2 Mar del Plata, 27/03/2020, “C. P. M. s/ hábeas corpus colectivo”, y TOral Crim. N° 1 Necochea, 28/03/2020, causa TC 6153, juez Juliano, entre otros.

(21) TCAs. Penal Buenos Aires, 30/03/2020, “Detenidos alojados en la UP N° 9 de La Plata s/ hábeas colectivo”, c. 100.145, juez Violini, AR/JUR/6270/2020.

Nacional no puede implicar que los detenidos se encuentren 24 horas encerrados en sus celdas. Adoptando todas aquellas medidas de higiene, sanitarias y de seguridad que sean necesarias —de a pequeños grupos y manteniendo un metro de distancia, v.gr.—, se les debe garantizar estar al aire libre al menos una hora al día, de conformidad con el art. 21.I de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas. Éste es un derecho irrenunciable para ellos, que hace a su salud psíquica.

También resulta imprescindible abordar y reforzar la salud psíquica en el actual cuadro de situación. De hecho, tal como lo sostuvo el propio presidente de la Nación, la primera batalla es contra el virus, y la segunda, contra la psicosis. Y la privación de la libertad torna más dificultosa esta segunda. La OMS ha señalado que las reacciones de conducta y psicológicas en las prisiones tienden en estos contextos a diferir de aquellas en la comunidad. Por lo tanto, indicó que es muy importante la mantención de la comunicación fluida con los familiares y/o amigos, como así también el incremento del sostén psicológico institucional. En este sentido, la cuestión de la comunicación con el exterior, a partir de las herramientas dadas por las videollamadas y la posibilidad de utilizar celulares dentro del ámbito de encierro, parecería estar encaminada. En lo que respecta a la asistencia psicológica, se ha generado un protocolo específico de actuación, que se encuentra implementándose en diversas unidades carcelarias. Sin perjuicio de ello, se propone una convocatoria de urgencia a psicólogos para trabajar durante la emergencia sanitaria en las unidades carcelarias.

II. Medidas a adoptar por el Poder Judicial

II.1. Prohibición de alojamiento de presos en dependencias policiales

Según las últimas estadísticas oficiales, a diciembre de 2019 había alojadas más de 4 mil personas en las comisarías bonaerenses, con una capacidad de camastros que no supera los 1350, por lo que el nivel de sobrepoblación supera ampliamente el 200% (22). Desde antaño se conoce que estos lugares no cumplen con las condiciones mínimas de habitabilidad ni de salubridad. De hecho, no han sido diseñadas para detener a personas por largos períodos, ni su personal fue capacitado para tratar con ellos. A punto tal que se ha sostenido ya en el año 2001 que “La visita de seccionales de policía y de cárceles indica que resulta más adecuado, desde todo punto de vista, que un preso viva, en caso de no existir lugar, en el pasillo de un establecimiento carcelario y no en el calabozo de una comisaría” (23).

El paso del tiempo no hizo más que agravar la situación, pese a las reiteradas condenas a nivel nacional e internacional, llegando a tragedias humanitarias en los últimos años. Así, se ha señalado que entre los años 2012 y 2018, 117 personas habrían fallecido mientras estaban alojadas en una comisaría de la provincia (24). Especialmente, en los últimos años, se vivenciaron dos hechos de tragedia colectiva.

En marzo de 2017, siete personas privadas de la libertad en la Comisaría Primera de Pergamino murieron intoxicadas en un incendio de los calabozos. Recientemente, el Tribunal Oral Criminal N° 1 de la mencionada ciudad condenó a penas de entre 6 y 15 años a los policías a cargo de la seccional, en razón del delito de abandono de persona seguido de muerte, habiéndose consta-

tado que “no dieron órdenes ni acciones para salvaguardar la vida de los siete jóvenes encerrados en la celda 1 [...], no intentaron apagar el fuego y obstaculizaron la labor de los bomberos” (25).

A propósito de aquella tragedia, la Red de Jueces Penales de la Provincia de Buenos Aires emitió un severo documento, en el que denunció que “Bajo las actuales circunstancias, las permanencias de miles de detenidos en dependencias policiales generan el caldo de cultivo para tragedias que, cuanto menos, pudieron ser evitadas. Seguir alojando presos en las comisarías, en las condiciones en las se encuentran una buena parte de ellas en la provincia de Buenos Aires, contraría elementales normas de derechos humanos prescriptas en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de la Organización de Naciones Unidas y, además, plasmadas en numerosos pronunciamientos judiciales locales, nacionales e interamericanos” (26).

Un año y medio más tarde, en noviembre de 2018, murieron diez detenidos en la Comisaría Tercera de Esteban Echeverría, también en el marco de un incendio, dependencia que se encontraba judicial y administrativamente clausurada por no reunir las condiciones mínimas de alojamiento; no obstante, el día de los hechos, se encontraban detenidas 27 personas (27).

Esta situación general ha motivado el dictado de medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los años 2016 y 2019 (28), incumplidas a la fecha por el Estado, generando los Poderes Ejecutivo y Judicial de la provincia de Buenos Aires responsabilidad internacional del Estado.

El TCAs. Penal Buenos Aires, en el referenciado informe, ha constatado que las condiciones de detención en comisarías siguen resultando muy precarias, “la prevención de siniestros prácticamente nula”, y que, incluso luego de las tragedias vividas, siguen funcionando como lugares de encierro comisarías clausuradas judicial y/o administrativamente. En particular, respecto al efectivo goce al derecho a la salud, corroboró que no cuentan con médicos y que es dificultoso lograr la asistencia de los detenidos en los hospitales públicos cercanos a ellas. No obstante, un gran número de detenidos permanecen alojados en comisarías hasta un año. Esta situación no es sólo imputable al Poder Ejecutivo, sino también al Poder Judicial de la provincia, el que no desconoce la situación y continúa avalando las detenciones en estas dependencias, aun en aquellas que han sido clausuradas.

Una respuesta conjunta y contundente del Poder Judicial para transformar esta situación es posible. En efecto, en el Departamento Judicial Mar del Plata, v.gr., a partir de diversas resoluciones judiciales (29), desde hace varios años no se registran presos en comisarías. Se prohibieron las detenciones en estas dependencias y se intimó al Poder Ejecutivo a crear una alcaldía, lo que efectivamente se realizó. Actualmente, las personas detenidas son conducidas de forma inmediata a la referida Alcaldía N° 44 y a la Cárcel de Mujeres, según corresponda.

Recientemente, la SCBA extendió la prohibición de alojamiento en comisarías de niños y enfermos, vigente a partir de “Verbitsky”, a mujeres embarazadas y personas mayores de 65 años de edad (30). Previamente, el TCAs. Penal Buenos Aires propuso el desalojo inmediato de las personas alojadas en comisarías clausuradas y su prohibición de rehabilitación, y a mediano

plazo el de todas las comisarías, en virtud de la puesta en marcha de un protocolo de actuación tendiente a implementar Centros de Recepción dependientes del Servicio Penitenciario Bonaerense en todos los departamentos judiciales.

La situación, agravada por la pandemia, resulta ética y jurídicamente insostenible. Así, se aparta de forma manifiesta de todos aquellos estándares internacionales que hacen al *corpus iuris* de las condiciones de detención, genera severa responsabilidad del Estado argentino a nivel regional e internacional y puede acarrear, para los jueces, la sanción prevista por el art. 18 de la CN: “toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

Por tanto, se propone impedir la utilización de las dependencias policiales como lugares de encierro. De adoptarse de forma conjunta varias de las medidas aquí propuestas, las penitenciarias y las alcaldías reducirían considerablemente la cantidad de detenidos, por lo que de inmediato cada juez deberá disponer, de ser el caso de no recuperar la libertad, la unidad del Servicio Penitenciario Bonaerense a la que deberá ser conducido cada detenido. Esta resolución podría ser adoptada por la SCBA, como cabeza del Poder Judicial, de la misma forma en que recientemente extendió la prohibición de alojamiento en tales dependencias para determinados grupos.

II.2. Instrucciones generales de la Procuración General de la SCBA

A diferencia de lo que sucede en la relación entre los tribunales superiores y los inferiores, el Ministerio Público se rige por el principio de unidad de actuación y su organización es jerárquica (31). Esto significa que los agentes fiscales y defensores deben respetar y cumplir con las instrucciones generales emanadas de sus superiores. En este contexto, las instrucciones dictadas por el procurador general, en ejercicio de sus funciones, tienen un impacto mayúsculo y general en las prácticas cotidianas de los agentes fiscales, guiando la política criminal de la institución, la que puede rápidamente ser modificada. Ello convierte, en estos tiempos de emergencia, a las instrucciones generales en un poderoso instrumento para mitigar el hacinamiento carcelario y en comisarías.

En esta dirección, a partir del informe realizado por el TCAs. Penal Buenos Aires —en el que, en más de una oportunidad, se refiere a las responsabilidades del Ministerio Público Fiscal, el posicionamiento de la SCBA y de las nuevas autoridades del gobierno sobre la cuestión—, el procurador general ha dictado resoluciones generales que tienden a flexibilizar los criterios de actuación en relación con las detenciones para los agentes fiscales.

Así, se dejó sin efecto la obligatoriedad de que cada aprehendido tome contacto personal con el fiscal (32) interviniente previo a recuperar la libertad, como la obligación fiscal de recurrir todo tipo de excarcelaciones (33).

Más recientemente, en el marco de la pandemia, dio instrucciones a los agentes fiscales, en aquellos casos en los que se deba valorar la posibilidad de detención domiciliar, morigeración o alternativas de la prisión preventiva, para que “evalúen prioritariamente, de conformidad a los criterios epidemiológicos vigentes y las razones de salud pública involucradas, los casos de quienes requieren una protección individualizada

por considerarse población en mayor riesgo ante el COVID-19, de acuerdo con las particularidades fácticas y normativas de cada supuesto” (34).

No obstante, pese a resultar alentadora esta nueva concepción de la problemática carcelaria de la Procuración General, en estos días no se han observado grandes modificaciones en los criterios generales de actuación de los fiscales. Piénsese que, en el marco del sistema acusatorio, una modificación sustancial de sus prácticas podría resultar de gran importancia. Es por ello que las nuevas resoluciones en dirección a generar criterios que tiendan a evitar la prisionización resultarán de gran importancia.

En este sentido, podría buscarse evitar las solicitudes de detenciones en aquellos casos en los que luego no se solicita la prisión preventiva, e incluso establecer criterios más rígidos de actuación que los dispuestos recientemente para aquellos casos en los que se encuentren privadas de libertad personas incluidas en los grupos de riesgo del COVID-19.

III. A modo de epílogo

La grave crisis humanitaria de nuestras cárceles y comisarías nos interpela. Como nunca antes, nos encontramos frente al riesgo de una tragedia. Cuántas veces desde el fallo “Verbitsky” se han propuesto medidas tendientes a poner fin a la superpoblación carcelaria. Frente a ello, la realidad nos indica que los niveles continúan en aumento, y las condiciones de detención son cada vez peores. ¿Hasta cuándo?

Parecería que detrás de esta grave omisión se escuda cierto temor a la comunidad, dando como un hecho cierto que esta clase de medidas resultarían impopulares. Sin embargo, no se conocen estudios con rigor científico que así lo demuestren. Incluso, de ser ése el caso, habría que conocer los argumentos de quienes se oponen a ellas y considerar que ante una explicación en términos claros podrían modificar su posición. Una justificación tradicional ha sido que ello implicaría mayor inseguridad. Sin embargo, no existe forma alguna de conocer cuál será la conducta de las personas que recuperan la libertad, como así tampoco su reacción hacia la comunidad por salir de las unidades penitenciarias antes de lo pensado. Aun cuando, luego de todo aquel proceso, sea el caso de que efectivamente la mayoría de la población considere negativas este tipo de medidas, un Estado de derecho tiene como una de sus características principales el resguardo de los derechos humanos de todas las personas, constituyendo éste un límite infranqueable a las pretensiones mayoritarias en tanto busquen avasallarlos.

La privación de libertad debe constituir exclusivamente ello: la privación de la libertad, y no la afectación de otros derechos, tales como la alimentación, la comunicación, la dignidad, la integridad y, primordialmente, la salud y la vida. Las cárceles deben reunir las condiciones necesarias que permitan la efectiva resocialización de quienes en ellas se encuentran.

A lo largo de la historia universal, y en particular de la nacional, los estados de emergencia han sido utilizados en una gran cantidad de ocasiones para socavar derechos de grupos vulnerables. Nos encontramos en estado de emergencia. Que esta vez sirva para restituir derechos.

Cita on line: AR/DOC/1096/2020

{ NOTAS }

(22) Datos que se desprenden de los informes del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES - ILANUD, “Informe: Superpoblación penitenciaria...”, ob. cit., y del TCAs. Penal BA, “Documento sobre las condiciones de detención...”, ob. cit.

(23) TOral Crim. N° 3 Mar del Plata, 02/05/2001, “Unidad Fiscal de Juicio c. Gobierno de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo”, AR/JUR/270/2001. Resolución en la que prohibió el alojamiento de detenidos en los calabozos de las Seccionales de Policía de la Jefatura Departamental de Mar del Plata por más de diez [10] días e intimó a la construc-

ción de una Alcaldía Penitenciaria, la que años más tarde se construyó —actualmente, Unidad N° 44 de Batán—.

(24) CIDH, res. 4/2019, medida cautelar 496-14 y MC 37-15, “Personas privadas de libertad en quince comisarías o dependencias policiales de la provincia de Buenos Aires respecto de Argentina (ampliación)”, 11/02/2019, párr. 8º, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2019/4-19MC496-14Y37-15-AR.pdf>.

(25) COMISIÓN PROVINCIAL POR LA MEMORIA, gaceta de prensa del 20/12/2019, disponible en <http://www.comisionporlamemoria.org/condenaron-a-los-seis-ex-policias-por-la-muerte-de-los-siete-jovenes-en-la-comisaria-1/>.

(26) Disponible en <https://reddejueces.com/basta-de-detenidos-en-comisarías/>.

(27) Entre muchos otros documentos que dan cuenta de esta tragedia, se destaca el emitido por la referida Red de Jueces, titulado “Crónica de muertes anunciadas”, disponible en <https://reddejueces.com/basta-de-detenidos-en-comisarías/>.

(28) CIDH, res. 4/2019, ob. cit., y res. 31/2016, medida cautelar 496-14 y MC 37-15, “Asunto sobre seis comisarías ubicadas en el departamento de La Matanza y Lomas de Zamora respecto de la Argentina”, 12/05/2016, disponible

en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC496-14MC37-15-ES.pdf>.

(29) A la mencionada por el TOral Crim. N° 3 se suman diversas resoluciones de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal.

(30) SCBuenos Aires, res. P. 25/2020, 25/03/2020.

(31) Cf. art. 189, *in fine*, de la Constitución provincial, y arts. 3º y 21.1 de la Ley Orgánica de Ministerio Público.

(32) Res. PGBA 918/2019.

(33) Res. PGBA 56/2020.

(34) Res. PGBA 158/2020.

Mariana Barbitta (*)

VIENE DE TAPA

específicamente en China (2). Por su parte, Indonesia posee más de 221 fallecimientos.

Ahora bien, nuestro país es uno de los pocos (especialmente en Latinoamérica) que ha intentado, mediante políticas públicas de aislamiento social obligatorio, reducir la curva de contagio, para esperar el pico un poco más “armados” e intentar evitar la sobrecarga de los sistemas de salud. En este sentido, el ministro de Salud de la Nación expresó que el pico de casos aparecería en el mes de mayo (3).

Para ello dictó varios decretos de necesidad y urgencia, facultad constitucional reglada en el art. 99, inc. 3º (4), de la CN, que obligaron a la ciudadanía a “quedarse en casa”, salvo para aquellas personas que presten servicios en actividades esenciales.

En el marco de aquella prohibición, y llamativamente, ciudadanos y ciudadanas violaron la cuarentena, provocando el inicio de distintos casos judiciales.

A la fecha de escribir este artículo, más de 32.600 personas fueron detenidas, demoradas o notificadas por las fuerzas federales por no cumplir con el aislamiento social, preventivo y obligatorio ante la expansión del coronavirus desde que entró en vigencia la medida, según informaron fuentes oficiales (5).

La aplicación del decreto, es decir, el aislamiento social preventivo y obligatorio, en los casos de personas que se encuentran en situación de detención es de imposible cumplimiento, básicamente por la situación de *superpoblación* y *hacinamiento* reflejada en todas las cárceles de nuestro país (principalmente en las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe, entre muchas otras).

La crisis carcelaria se intensifica respecto de la *población carcelaria de mujeres*, quienes se encuentran históricamente en grupos de vulnerabilidad en función de la desigualdad estructural entre varones y mujeres.

II. El encierro carcelario de mujeres y mujeres trans

Es conocido el impacto diferencial que existe entre varones y mujeres en las unidades de detención. En el año 2016 se realizaba un sinnúmero de recomendaciones por parte del *Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias*, integrado por la Comisión de Ejecución Penal de la Cámara Federal de Casación Penal, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, jueces/as de diferentes instancias, la Procuración General de la Nación —representada por la Procuraduría contra la Violencia Institucional—, la Defensoría General de la Nación, la Procuración Penitenciaria de la Nación y, en carácter de miembros

consultivos, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

En aquella oportunidad, ya alertaban que “...la cárcel tiene un impacto diferencial en varones y mujeres por motivos de género, que el sistema penitenciario potencia [...]; alcanza a diversos aspectos de la vida en prisión, tales como la distancia de los penales a los lugares de origen de las detenidas y respecto de los hijos/as que muchas veces quedan al cuidado de terceras personas, el contacto con el grupo familiar, la arquitectura penitenciaria, la atención sanitaria, la oferta educativa, recreativa y laboral, el régimen de progresividad, entre otros. A esas cuestiones comunes a toda la población femenina, se suman problemáticas específicas. En este sentido, la permanencia de mujeres embarazadas conlleva desafíos al sistema penitenciario, pues tanto el proceso biológico de la gestación como el estrés que produce atravesarlo en la prisión, configuran necesidades diferenciadas a las del resto de la población carcelaria, que deberían ser atendidas [...]. Las cárceles no fueron diseñadas e implementadas tomando en cuenta las vivencias propias de las mujeres, y mucho menos lo fueron para alojar niñas y niños pequeños, por lo que no constituyen un lugar adecuado para su permanencia...” (6).

Una de las cuestiones más importantes que recomendaron los expertos estuvo dirigida a la instrumentación de medidas efectivas para el cumplimiento de los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad, a garantizar una vida libre de violencia y eliminar el trato discriminatorio.

Agregaron —en un aspecto que está estrictamente relacionado con la actual pandemia que estamos atravesando— que se garantiza la higiene, un hábitat seguro, saludable y se asegure la implementación de métodos de fumigación eficaces que impidan la presencia de insectos y alimañas en los lugares de detención.

Esta última recomendación —que ya en el año 2016 avisaba sobre la *inexistencia de métodos de fumigación*— hoy, en el año 2020, se acrecienta, pues a la presencia de insectos y alimañas (*casos de Chagas, dengue, etc.*) se suman los contagios masivos por la pandemia del virus (COVID-19). Las autoridades penitenciarias diseñaron planes de fumigación para disminuir los riesgos de contagio (7).

Por su parte, no escapa a los/las operadores/as del sistema judicial que las mujeres trans sufren mayores abusos y violencias en el marco de su encierro carcelario, ello, además, al tratarse de personas que histórica y culturalmente han sido discriminadas.

“...Las mujeres trans están sobrerrepresentadas en las prisiones comparadas con otros grupos y son mucho más propensas a sufrir abusos y violencia tras las rejas que otras poblaciones. Además de los retos que el encarcelamiento impone a las personas privadas de libertad, las mujeres trans presentan desafíos relacionados con

el alojamiento, su identificación, las requisas, el acceso a servicios médicos, la privacidad, las visitas conyugales, entre otros...” (8).

III. El agravamiento de las condiciones de encierro. La necesidad de salidas alternativas

La información indica que, hasta ahora, no se han denunciado casos de contagios por coronavirus; sin embargo, las unidades de detención de todo el país son lugares de altísimo riesgo por la *superpoblación*, el *hacinamiento* y las enfermedades preexistentes que padecen quienes se encuentran encerrados.

“...Si bien no hay aún ningún preso que haya presentado síntomas ni mucho menos esté infectado con el COVID-19, se realizó un diagnóstico de la situación. Hay 2468 detenidos ‘con patologías de alto riesgo’ [...]. Dentro de este grupo, hay 233 presos que sufren tuberculosis, un total de 476 HIV, diabetes I y II [809]. También, hay 950 internos que tienen las siguientes patologías: enfermedades respiratorias tales como neumonía y EPOC, cáncer y afecciones que requieren diálisis.

”A este universo de riesgo se debe sumar a *las madres con niños y bebés dentro de las cárceles que son 58 y hay 20 mujeres embarazadas...*” (9).

Esta situación ha sido señalada tanto por las autoridades ejecutivas como por el Poder Judicial e incluso por organismos internacionales de protección de derechos humanos; inclusive la Organización Mundial de la Salud se expresó diciendo:

“...Las personas privadas de libertad en general, en las prisiones u otros lugares de detención son aún más vulnerables a la epidemia de coronavirus (COVID-19) que la población en general, como resultado de las condiciones de confinamiento en las que conviven durante largos períodos de tiempo. Además, la experiencia demuestra que los centros penitenciarios, las casas de custodia y similares, son espacios en los que las personas permanecen muy cerca unas de otras en las celdas, lo que puede ser una gran fuente de infección, amplificación y contaminación de enfermedades contagiosas, dentro y fuera de las prisiones...” (10).

Por su parte, los jueces del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires expresaron: “...los niveles de superpoblación son preocupantes, derivando de ello peligrosas condiciones de hacinamiento que no sólo inciden en la imposibilidad de prestar asistencia básica y ambientes dignos, sino que atentan contra la integridad física de los detenidos y el personal que los custodia” (11).

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su comunicado de prensa 066/2020 (12), alertó sobre esta enorme preocupación:

“...La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el marco de su sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Inte-

grada a la Crisis en relación con la pandemia del COVID-19 (SACROI COVID-19), 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 superpoblación en los centros de detención como una medida de contención de la pandemia”.

No solo las autoridades se manifestaron; esta preocupación también fue reproducida por quienes se encuentran detenidos/as mediante el reclamo a través de motines. En el último mes, se han producido “tomas” en algunas provincias de nuestro país, producto del terror que tiene la población detenida de ser contagiada.

Así las cosas, el miedo por el coronavirus se ha propagado en las cárceles argentinas, provocando una serie de motines que tuvieron como resultado la muerte de cinco personas que se encontraban privadas de la libertad. Allí los internos exigían medidas de prevención que eviten que el COVID-19 cause estragos en las unidades penitenciarias:

“...Los internos denuncian que no reciben jabones, alcohol en gel ni otros elementos de higiene para prevenir el contagio. No pueden cumplir la distancia de seguridad porque están hacinados. La atención médica que reciben es deficiente. Y al temor al coronavirus se le suma el hambre por haber dejado de recibir los alimentos que sus familiares les hacían llegar en las visitas, suspendidas por la cuarentena obligatoria...” (13).

Sobre este punto, la CIDH dijo:

“...También preocupa a la Comisión el reciente aumento de la violencia en los centros de privación de la libertad. Según información recibida por la CIDH, distintos amotinamientos habrían ocurrido como protesta contra el hacinamiento y la falta de elementos de higiene personal y protección para prevenir el contagio del nuevo coronavirus en los centros penitenciarios de algunos países de la región. En ese sentido, entre otros casos de amotinamientos observados, la CIDH destaca los registrados en las 13 cárceles de Colombia, en particular los hechos ocurridos en la cárcel La Modelo de Bogotá donde fallecieron 23 personas y más de 80 resultaron heridas el 21 de marzo. Asimismo, la Comisión fue informada que internos del penal El Milagro en Trujillo en Perú, se amotinaron exigiendo mejores condiciones frente a la situación de emergencia sanitaria producida por el COVID-19 y la falta de comida, dejando a 31 internos heridos. De igual forma, en la Argentina, se registraron dos motines entre 23 y 25 de marzo que tuvieron lugar en las cárceles de Coronda y Las Flores, provincia de Santa Fe, en reclamo por las medidas sanitarias adoptadas frente a la pandemia.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogada penalista. Profesora adjunta (int.) de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Presidenta de AMPA (Asociación de Mujeres Penalistas de Argentina).

(1) Véase <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51705060>.

(2) Ver mapa en https://elpais.com/sociedad/2020/03/30/actualidad/1585539827_546714.html.

(3) Véase https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-gines-gonzalez-garcia-dijo-pico-va-corriendo-mayo_0_EruH_bAzz.html.

(4) Dec. 260/2020, de fecha 12/03/2020, AR/LCON/809Z, firmado por el presidente de la Nación, que dispuso en su art. 1º la *emergencia sanitaria en relación con el coronavirus COVID-19* y, en su art. 7º, el *aislamiento obligatorio* para personas que revistan “casos sospechosos” y, en especial, quienes arriben al país habiendo transitado zonas afectadas. El decreto también ordena al personal de

salud, el personal a cargo de los establecimientos educativos y las autoridades en general radicar denuncias penales para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los arts. 205, 239 y cc. del Cód. Penal. El 19/03/2020 el presidente de la Nación dictó el dec. 297/2020 (LL AR/LCON/80AJ), que dispone —ahora sí— el aislamiento social, preventivo y obligatorio de toda la sociedad. “A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado Nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentran en él en forma temporaria, la medida de ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ [...]. Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la emergencia sanitaria ampliada por el dec. 260/2020 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al coronavirus - COVID-19”. Art. 2º: “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 20/03/2020, 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. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el art. 1º, sólo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”.

(5) Véase https://argentina.as.com/argentina/2020/04/08/tikitakas/1586337241_636400.html.

(6) Véase <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/068/669/000068669.pdf>.

(7) Véase [https://www.eldia.com/nota/2020-](https://www.eldia.com/nota/2020-3-11-2-20-10-salen-a-fumigar-en-las-carceles-bo-naerenses-para-disminuir-el-riesgo-de-contagios-la-ciudad)

[3-11-2-20-10-salen-a-fumigar-en-las-carceles-bo-naerenses-para-disminuir-el-riesgo-de-contagios-la-ciudad](https://www.eldia.com/nota/2020-3-11-2-20-10-salen-a-fumigar-en-las-carceles-bo-naerenses-para-disminuir-el-riesgo-de-contagios-la-ciudad).

(8) Véase <https://www.infobae.com/sociedad/2020/04/02/un-informe-internacional-revela-la-vulnerabilidad-de-las-mujeres-trans-en-prision/>.

(9) Véase https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-sobrepoblacion-50-carceles-bomba-sanitaria-provincia_0_KseuqJYQG.html.

(10) Véase <https://www.larazon.es/salud/20200324/atkup55yhrhvgvii7hrf7bnna.html>.

(11) TCas. Penal BA, con base en la res. 2301/2018, SCBA: “Documento sobre las condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires”.

(12) Véase <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2020/066.asp>.

(13) Recuperado de <https://elpais.com/sociedad/2020-03-25/cinco-muertos-en-motines-en-carceles-argentinas-durante-la-cuarentena-por-el-coronavirus.html>.

En estos episodios 5 personas fallecieron y otra decena resultaron heridas. También se ha dado el caso de fuga masiva de personas privadas de libertad como el caso de Venezuela el pasado 18 de marzo, en donde según la información pública a la que se tuvo acceso, se habrían fugado 84 personas. Además, se recibió noticia de que, en al menos tres centros de detención migratoria de New Jersey, Estados Unidos, se están promoviendo huelgas de hambre por parte de internos para protestar en respuesta a las medidas impulsadas por el Estado frente a la propagación del nuevo coronavirus” (14).

Frente a ello, es primordial que el Estado garantice y cumpla con los estándares requeridos por la Constitución Nacional —art. 18— y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos [adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus res. 663 C(XXIV) del 31/07/1957 y 2076 (LXII) del 13/05/1977], en especial en lo que atañe a la salud psicofísica de los internos, lo que se traduce en el agravamiento crónico de las condiciones de detención de las personas encarceladas (15).

Las herramientas jurídicas que tienen a su alcance los jueces y juezas consisten en ordenar medidas alternativas al encierro carcelario, es decir, la posibilidad de que las personas que se encuentran en detención preventiva (es decir, *inocentes*) y las personas que se encuentren en poblaciones de riesgo (*mayores de 60 años, mujeres con hijos, mujeres embarazadas, enfermos con patologías preexistentes, etc.*) cumplan la detención en sus domicilios cuando las circunstancias así lo permitan.

III.1. Arrestos domiciliarios

La problemática carcelaria en contextos de pandemia por el COVID-19 ha generado algunas decisiones jurisdiccionales que deberían ser “contagadas” al resto del Poder Judicial de todo el país, respecto de mujeres que se encuentran en situación extrema de vulnerabilidad por género y, que, además, poseen hijos/hijas menores.

Me refiero al caso de Stella Maris Miranda, en el que la sala de feria de la Cámara Federal de Casación Penal, con votos de los Dres. Hornos, Slokar y Barroetaña, dispuso el arresto domiciliario (16).

En el fallo, los magistrados reconocieron “...la situación excepcional producida por el coronavirus en penales en los que existe superpoblación y un sistema de salud inadecuado que amenaza con ‘arrasar’ con la vida de las detenidas...”. Agregaron los jueces que la imputada —*detenida por un caso de narcomenudeo*— tiene un hijo de 9 años que se encuentra al cuidado de su hermana, también menor de edad.

En esa misma línea, la propia Cámara Federal de Casación Penal dictó una recomendación tendiente a que se evalúen los casos que permitan la flexibilización del encierro.

“...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...” (17).

III.2. Hábeas corpus correctivo. Doble situación de vulnerabilidad: detenida, mujer, madre y judía. Un caso de la provincia de Córdoba

Hace más de 10 meses se encuentra detenida en la provincia de Córdoba una mujer, abogada, madre y judía ortodoxa, quien viene reclamando, mediante distintos hábeas corpus, la libertad o, subsidiariamente, el arresto domiciliario. Lamentablemente, a la fecha de esta publicación todos los pedidos han sido rechazados (18).

Básicamente, frente a la existencia de la pandemia y la imposibilidad de recibir visitas (*en la cárcel de Bouwer, donde se encuentra alojada, se prohibieron todas las visitas*) y el ingreso de alimentos, el reclamo por la libertad o el arresto domiciliario se intensifica.

Es un caso atípico, pues la mayoría de las cárceles del país *no* tienen población judía ortodoxa de forma masiva; por ello es imprescindible que el Estado reconozca su imposibilidad de brindar, por ejemplo, los alimentos necesarios para poder respetar la religión.

Tuvo que ser la propia Procuración Penitenciaria, en el año 2010, quien dispuso en su recomendación 227, de fecha 02/11/2010, que “...se arbitren las medidas necesarias a fin de suministrar la dieta *kosher* para aquellos presos que respeten los preceptos de la religión judía. Dicha recomendación surge a partir de la falta de suministros de este tipo, en establecimientos del SPF como, p. ej., el CPF I, unidad residencial V, y el CPF II, módulo IV. Asimismo, resolvió poner en conocimiento de dicha recomendación, al señor capellán mayor de la Dirección de Culto del Servicio Penitenciario Federal, a los señores jefes de las distintas jefaturas de la región del Servicio Penitenciario Federal, al señor presidente del INADI, al señor director ejecutivo de la DAIA, al señor presidente de la AMIA, a los señores jueces de Ejecución Penal y a los señores defensores...” (19).

Debe de ser uno de los pocos casos en los cuales mujeres judías ortodoxas se encuentran presas en prisión preventiva. Allá por el año 2012, en una entrevista con un reconocido rabino, Mario Hendler, se expresaba que el número de judíos detenidos era entre 35 y 40, es decir, un número reducido en comparación con las poblaciones históricamente alojadas y sin identificar, por género (20).

En función de todos los padecimientos que se sufren en el encierro, en este caso concreto se certificaron: a) problemas respiratorios, los que transforman a la detenida en una persona de riesgo ante la pandemia de coronavirus; b) problemas psiquiátricos (*grave crisis psiquiátrica que obligó a la detenida a estar internada por más de un mes en un centro médico de la ciudad de Córdoba, pues la asistencia psicológica brindada en el penal es insuficiente*); c) hacinamiento (*alojada en un pabellón con otras 47 internas*); d) falta de acceso a la comida (*la detenida sólo puede comer la comida que le llevan sus visitas, pues es observante de las normas del kashrut y por eso no puede ingerir los alimentos que le brindan en la cárcel de Bouwer*). Ya en el expediente se encuentra agregado un informe de agosto de 2019, firmado por el rabino Joseph Turk (*representante de la comunidad Jabad-Lubavitch en la ciudad de Córdoba*), mediante

el cual se indicó que las condiciones de detención impedían comer comida *kosher* y el cumplimiento del baño ritual (*una vez al mes, luego del período menstrual*).

Como dije, este es uno de los pocos casos en los cuales una ciudadana argentina no puede profesar libremente su culto, violándose la garantía constitucional prevista en el art. 14 de la CN y los pactos internacionales de protección de derechos humanos incorporados en el art. 75, inc. 22, de la CN.

La prensa local viene informando sobre las condiciones terroríficas de la cárcel de la provincia de Córdoba.

Recordemos, en primer lugar, que a mediados de diciembre del año 2019 unos 150 internos de la cárcel de Bouwer mantuvieron una huelga de hambre, precisamente, por las malas condiciones de alojamiento, la superpoblación carcelaria y la incorrecta aplicación de las prisiones preventivas (21).

En febrero de 2019 se ahorcó Rosel J. López (22), quien estaba detenida en la cárcel de mujeres de Bouwer, desde diciembre de 2018, por el delito de hurto. A consecuencia de ello, Adriana Rearte, secretaria general de la Federación Argentina de Sindicatos Policiales y Penitenciarios (FASIPP), reveló que, tras tomar conocimiento sobre el suicidio de Rosel J. López, las internas comenzaron una revuelta que desembocó en la quema de colchones en dos pabellones.

En mayo de 2019 se encontró ahorcado a un hombre de 43 años que había sido ingresado a la cárcel de Bouwer hacía tan sólo dos días (23).

En septiembre de 2019 se investigó la muerte dudosa de Luciano V. Mamondes Gómez, quien al momento de su fallecimiento se encontraba internado para control evolutivo en el Servicio Médico del complejo carcelario N° 1 “Reverendo Padre Luchesse” (24).

En septiembre de 2019 se investigó el supuesto suicidio de Jonathan A. Gutiérrez, un interno de la cárcel de Bouwer (25).

Lamentablemente, la fotografía de la cárcel situada en la provincia de Córdoba y de este caso concreto, en el marco de una pandemia mundial, obliga al Poder Judicial a tomar las medidas pertinentes a fin de reducir las consecuencias inhumanas que produce el encierro carcelario, las que se intensifican cuando hablamos de mujeres, por ser un grupo de vulnerabilidad en el marco de la desigualdad estructural entre varones y mujeres.

IV. Conclusiones

Hace unos días, el reconocido jurista Dr. Eugenio Zaffaroni escribió un artículo titulado “La hora de los jueces” (26), donde expresaba con toda claridad un mensaje al Poder Judicial en el Estado de derecho, para que demuestren a la sociedad que son capaces de “...resolver de modo racional las urgencias dramáticas que plantea la emergencia...”.

Se refería, en especial, a la realidad carcelaria calamitosa, pues tanto la superpoblación como el hacinamiento y, ahora, el temor al contagio son factores que exponencialmente se presentan en el contexto de encierro, generando un

enorme “caldo de cultivo” para motines, muertes y suicidios.

Las personas detenidas sufren mayores riesgos de enfermedad, y por ello “...el acceso a la salud de las personas privadas de su libertad es una de las aristas más complejas de la vida en prisión[...]. En comparación con las y los ciudadanos de la comunidad libre, las personas encarceladas se caracterizan por presentar altos niveles de prevalencia de problemas de salud asociados a las condiciones de vulnerabilidad socioeconómica que preceden a la experiencia de la prisionización [...]. Dolencias traumatológicas, infecciosas, cuadros agudos y/o prevalentes, y enfermedades crónicas son sólo algunas de las situaciones atravesadas por una porción importante de detenidos y detenidas en la Argentina...” (27).

Esta radiografía sobre el encierro carcelario exige de cada uno de los/as operadores/as, abogados/as y defensores/as públicos el compromiso de exigirles a jueces y juezas que mediante argumentos jurídicos, técnicos y humanitarios resuelvan a favor —*en aquellos casos en los que la situación de emergencia lo justifique*— de medidas alternativas a la prisión, especialmente para los grupos de vulnerabilidad (*mujeres, mujeres con niños y niñas a su cargo, padres que son el único sostén familiar, personas enfermas, mayores de 60 años y quienes se encuentran transitando el encierro carcelario en estado de inocencia, es decir, en prisión preventiva*).

En enero de 2020, una nota del diario *Infobae* explicaba que, según un informe de la Cámara de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, “...la infraestructura carcelaria aloja a 48.827 reclusos, cuando la capacidad del sistema es de apenas 25.000...”, y muchos de esos hechos tienen escasa o nula lesividad. Por otro lado, es imprescindible que el Poder Judicial evalúe todos los casos de inocentes detenidos/as en condiciones paupérrimas. Es una obligación constitucional que tiene el Estado Nacional como garante de los/as ciudadanos/as que se encuentran privados/as de su libertad. Esta obligación se extiende especialmente a toda la población trans, cuya vulnerabilidad se incrementa.

Por su parte, “...La Comisión Provincial por la Memoria (CPM) apoyó revisar el uso extendido de la prisión preventiva y el criterio de encierro de mujeres con hijos. Sobre las madres y los detenidos con delitos leves, hubo acuerdo en la mesa interinstitucional de que se definan criterios más laxos para que no permanezcan en el sistema penitenciario [...]. El problema en las cárceles bonaerenses viene de larga data. Según datos oficiales, un informe de 2017 consignó que ya había 42 mil reclusos. El perfil de los detenidos se distribuía de la siguiente manera: el 96% son varones, el 60% menores de 35 años, el 94% argentinos y el 69% de este total con estudios hasta primario completo. El 42% reconocía no tener un trabajo al momento de ser detenido, estar desocupado y sólo el 24% realizaba un taller de capacitación laboral...” (28).

La pandemia internacional nos interroga a todos y todas sobre la necesidad de pensar en las condiciones de encierro; en ese camino, anhelamos que el Poder Judicial responda de manera eficiente y bajo los parámetros constitucionales.

Cita on line: AR/DOC/1099/2020

{ NOTAS }

(14) Véase <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/060.asp>.

(15) Arts. 18 y 43, CN; art. 8º, DUDH; arts. 7º, 9º y 10, PIDCP; arts. 5º y 7º, inc. 6º, CADH; arts. 11, 15, 20, inc. 1º, 30 y 36, inc. 8º, Const. provincial; arts. 1º, 9º, 58, 59, 60, 63, 64 y 65, ley 24.660.

(16) Véase <https://www.pagina12.com.ar/255887-coronavirus-el-tribunal-autorizo-la-prision-domiciliaria>.

(17) Véase <https://www.infobae.com/sociedad/2020/04/03/coronavirus-la-camara-de-casacion-ordeno-que-se-analice-la-prision-domiciliaria-para-detenidos-de-gru->

pos-de-riesgo/.

(18) Juzg. Control de Feria, 27/03/2020, “Hábeas corpus”, expte. 9.153.270.

(19) Véase <https://ppn.gov.ar/documentos/165-recomendaciones/alimentacion/1562-recomendacion-n-727>.

(20) Véase <http://www.nuevasion.com.ar/archivos/5721>.

(21) “Unos 150 internos de la cárcel de Bouwer mantienen una huelga de hambre”, *La Nueva Mañana* del 21/12/2019, <https://lmdiaro.com.ar/contenido/196900/unos-150-internos-de-la-carcel-de-bouwer-mantiene-una-huelga-de-hambre>.

(22) “Se ahorcó una joven que estaba detenida en la cár-

cel de Bouwer”, *La Nueva Mañana* del 23/02/2019, <https://lmdiaro.com.ar/contenido/132158/se-ahorco-una-joven-que-estaba-detenida-en-la-carcel-de-bouwer>.

(23) “Otra muerte de un preso sacude a la cárcel de Bouwer”, *La Voz* del 26/05/2019, <https://www.lavoz.com.ar/sucesos/otra-muerte-de-un-presosacude-carcel-de-bouwer>.

(24) “Investigan la muerte de un preso en la cárcel de Bouwer”, *La Voz* del 09/09/2019, <https://www.lavoz.com.ar/sucesos/investigan-muerte-de-un-presosacude-carcel-de-bouwer>.

(25) “Investigan supuesto suicidio de un interno en Bouwer”, *La Voz* del 21/09/2019, <https://www.lavoz.com.ar/suce->

[sos/investigan-supuesto-suicidio-de-un-interno-en-bouwer](https://www.lavoz.com.ar/sucesos/investigan-supuesto-suicidio-de-un-interno-en-bouwer).

(26) Véase <https://lateclanerevista.com/la-hora-de-los-jueces-por-e-raul-zaffaroni/>.

(27) Ver <https://www.perfil.com/noticias/actualidad/hay-sobrepoblacion-de-carceles-por-el-uso-sistematico-de-la-prision-preventiva.phtml>.

(28) Ver <https://www.perfil.com/noticias/actualidad/hay-sobrepoblacion-de-carceles-por-el-uso-sistematico-de-la-prision-preventiva.phtml>.

Marcos A. Frezzini (*)

● VIENE DE TAPA

ró “caso sospechoso” a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que, además, en los últimos días, tenga historial de viaje a “zonas afectadas” o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19.

Amén de ello, aclaró que la definición podía ser actualizada por la autoridad sanitaria, en función de la evolución epidemiológica.

Idéntica medida de aislamiento se adoptó respecto de “contactos estrechos” y quienes arriben al país habiendo transitado por “zonas afectadas”.

Estas últimas, a su vez, debían brindar información sobre su itinerario, declarar su domicilio en el país y someterse a un examen médico lo menos invasivo posible para determinar el potencial riesgo de contagio y las acciones preventivas a adoptar que deberán ser cumplidas, sin excepción.

Se prohibió el ingreso y permanencia en el territorio nacional de los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.

También se implementó la medida respecto de quienes hayan arribado al país en los 14 días previos al dictado del decreto y para el caso que hayan transitado por “zonas afectadas”.

Las “zonas afectadas” por la pandemia de COVID-19, según el decreto y en ese momento, eran los Estados miembros de la Unión Europea, miembros del Espacio Schengen, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América, la República de Corea, Japón, República Popular China y República Islámica de Irán.

En el decreto se estableció que en caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los arts. 205, 239 y conchs. del Cód. Penal.

Que mediante la res. 567/2020 del Ministerio de Salud se estableció la prohibición de ingreso al país, por un plazo de treinta días, de las personas extranjeras no residentes que hubieren estado en “zonas afectadas” en los catorce días previos a su llegada.

Por dec. 274/2020 se estableció la prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de quince días corridos, de personas extranjeras no residentes en el país, con el objeto de reducir las posibilidades de contagio.

Luego, mediante el dec. 297/2020, el Gobierno Nacional señaló que nos encontramos ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes, como así también se destacó que las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio revisten un rol de vital importancia

para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19.

Por ello se dispuso para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”.

Así las cosas, mediante el dec. 325/2020 se ordenó la prórroga del aislamiento social obligatorio dispuesto con fecha 20 de marzo hasta el 12 de abril de 2020.

Ello, mínimamente describe el panorama actual. Tal como afirman algunos autores “la crisis desencadenada por el COVID-19 no reconoce precedentes próximos ha cambiado múltiples paradigmas y seguridades, pone en crisis creencias y sistemas, de lo cual es posible suponer habrán resultado cambios ulteriores. Pero en el interín, mientras se encuentre una manera de prevenir nuevos contagios —vacuna— o se logre una cura efectiva —remedio—, la Organización Mundial de la Salud recomienda como método efectivo para mitigar lo que se denomina la curva de contagios, que satura cualquier sistema de sanidad nacional, la “cuarentena”. Palabra que remite a tiempos pasados, pero que sigue significando lo mismo, aislar a las personas. Solución que por cierto, y tal como también advierten psicólogos, psiquiatras y sociólogos, afecta la propia condición gregaria del ser humano” (1).

Ahora bien, mediante el dec. 260/2020 ya se establecía con claridad cuáles eran las posibles sanciones penales en caso que se quebrante alguna de las reglas fijadas por el Poder Ejecutivo para hacer frente y mitigar el impacto de la pandemia. En efecto se citaron los arts. 205, 239 y conchs. del Cód. Penal.

Las restricciones a la libertad ambulatoria y su validez serán el punto de partida. Luego avanzaremos sobre las sanciones penales y, a su vez, abordaremos las distintas consecuencias que han aparejado las medidas de aislamiento en algunas de las instituciones penales.

II. Libertad ambulatoria

El pasado 21 de marzo de 2020, los integrantes de la sala de *Habeas Corpus* de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (2) rechazaron la presentación de *habeas corpus* interpuesta con el propósito que se declare la inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, dado que si bien el aislamiento dispuesto constituye una restricción a la libertad ambulatoria y al derecho de reunión (art. 14 de la CN), ello tiene sustento en las razones de salud pública conocidas por todos que dieron origen a la decisión adoptada. Por otra parte, se destacó que la medida dispuesta tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública, no solo del afectado en forma directa —como podría serlo el accionante— sino de terceros con los que se tenga contacto en caso de ser afectado por el COVID-19.

En los fundamentos se mencionó a que se ha recurrido al aislamiento social ante la ausencia de medicación idónea que permita evitar la propagación y la afectación de la salud.

Se sostuvo que la situación de excepcionalidad da cuenta de la legitimidad de los fines buscados que se pretenden preservar, por lo cual desde este prisma la norma tiene pleno sustento.

En cuanto al medio utilizado y las restricciones dispuestas que limitan la posibilidad de reunirse y circular han sido dispuestas también en

forma razonable, como se dijo, en cuanto único medio que la comunidad internacional y la información médica da cuenta para evitar la propagación de la grave enfermedad.

En relación con la proporcionalidad de la medida se indicó que también se ajusta a los parámetros constitucionales, en tanto se ha previsto en la legislación distintos supuestos que permiten la circulación de personas con tareas esenciales, como la asistencia a niños, niñas y adolescentes, a personas mayores y a quienes lo requieran.

Además, la restricción de movimientos general tiene excepción cuando tenga sustento en cuestiones de necesidades alimentarias, de limpieza y médicas en lugares cercanos.

Por último, se señaló que tampoco existe un supuesto de amenaza a la libertad ambulatoria, porque el decreto en forma específica dispone que la fuerza policial en caso de detectar un incumplimiento a la norma dará noticia a la justicia penal para que evalúe la pertinencia de iniciar acciones en función de la posible comisión de los delitos previstos en los arts. 205 y 239 del Cód. Penal. En esta inteligencia, el juez penal con jurisdicción deberá resolver el caso concreto, por lo cual se descarta, asimismo, en esa situación un caso de privación de la libertad sin orden de autoridad competente (art. 3º, *a contrario sensu*, de la ley 23.098).

En definitiva, por los argumentos expuestos, el planteo efectuado no logró demostrar que la normativa impugnada implique una afectación a los derechos constitucionales. Por el contrario, se advirtió que busca preservar la salud pública en forma razonable y proporcional. En consecuencia, al no verificarse alguno de los supuestos que establece la ley 23.098 para la procedencia de la acción intentada, fue rechazado.

III. Sanción penal

Conforme se detalló, aquellas personas que no respeten las medidas de aislamiento descriptas o una orden relacionada con el cumplimiento de alguna de las medidas en cuestión eventualmente serán pasibles de alguna de las conductas previstas y reprimidas por los arts. 205 y 239 del Cód. Penal.

Cabe aclarar que el art. 205 del Cód. Penal se encuentra dentro del tít. VII (Delitos contra la seguridad pública), más precisamente en el cap. IV (Delitos contra la salud pública...) y establece: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

Por otra parte, el art. 239 del Cód. Penal, se encuentra dentro de del tít. XI (Delitos contra la administración pública), cap. I (Atentado y resistencia contra la autoridad) y establece que: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal”.

Cabe destacar en este punto que sería posible una imputación de ambas figuras en concurso ideal.

Ahora bien, más allá de estas imputaciones a las que hace referencia el propio decreto, no se debe perder de vista que eventualmente un imputado podría ser indagado y procesado por las conductas previstas y reprimidas en los arts. 202 (propagación dolosa) y 203 (propagación culposa o imprudente) del Cód. Penal.

IV. Ingreso de detenidos

Frente a todo hecho de flagrancia o bien en caso de capturas o procedimientos se pueden dar situaciones de detenciones.

En todo caso, si es necesario proceder a la detención de un imputado, en el ámbito nacional se procede a su alojamiento en el Servicio Penitenciario Federal.

Ahora bien, mediante la disposición 891/2020 el Servicio Penitenciario Federal suspendió la Admisión de Internos de distintas jurisdicciones en el Servicio Central de Alcaidías a partir de la fecha de su emisión y hasta el 31 de marzo inclusive, pudiéndose prorrogar este plazo en atención a la situación epidemiológica.

Por otra parte, se instruyó a la Dirección de Judicial y al Servicio Central de Alcaidías del Servicio Penitenciario Federal a fin de que las medidas aquí adoptadas no entorpezcan el normal desenvolvimiento de los actos procesales que se desarrollen a cargo de los juzgados de turno y bajo la responsabilidad de las fuerzas de seguridad actuantes.

Luego, con fecha 8 de abril de 2020, desde la Dirección del Servicio Central de Alcaidía del Servicio Penitenciario Federal (SPF), se hizo saber de los nuevos requerimientos para la admisión de detenidos y su posterior derivación a los complejos carcelarios de su ámbito.

Entre los requisitos figura el *resultado de test* para COVID-19.

Así también un examen por profesional de la salud de la fuerza preventora, quien deberá dar cuenta en el certificado médico de: temperatura axilar, sintomatología respiratoria (tos, dolor de garganta, falta de aire), si realizó aislamiento preventivo, presencia o no de lesiones agudas visibles (descripción), apto para traslado, fecha, hora y firma del profesional. Al mismo tiempo estableció un diagrama de admisión para las distintas fuerzas.

Todo ello plantea un cambio de paradigma en el proceso de alojamiento de detenidos.

V. Criterios para mantener o disponer una detención o mantener una prisión preventiva

En el marco de la causa FSM 41231/2018/TO1/6/1/CFC1 del registro de la sala, caratulada: “Miranda, Stella Maris s/ recurso de casación”, la sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal hizo mención expresa a distintas circunstancias relativas a la situación actual [más allá de los principios clásicos y los precedentes generalmente citados en materia de excarcelación (3)].

En tal sentido se indicó que las circunstancias relativas a la situación excepcional derivada de la pandemia declarada por la aparición del COVID-19 —Acordada 3/2020 de esta Cámara— y las consecuencias que podría traer aparejada a la actual detención deben ser tenidas en cuenta.

Se afirmó que “la situación pandémica del coronavirus (COVID-19) podría afectar particularmente a personas que se encuentran privadas de su libertad, máxime teniendo en cuenta las condiciones actuales de emergencia carcelaria (resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019184-APN-MJ, del 25 de marzo de 2019). En este punto cabe realizar ciertas presiones acerca del derecho a la salud en contexto de encierro. El derecho a la salud es vital, pues sin ella todo lo demás es insuficiente; y en este aspecto debe recordarse el rol especial de garante que le corresponde al Estado Federal respecto de to-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Secretario de Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 2 de Lomas de Zamora. Magister y Especialista en Derecho Penal de la Universidad

de Buenos Aires, Jefe de Trabajos Prácticos en la Materia Derecho Procesal Penal y Correccional, Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

(1) PULVIRENTI, Malavolta V., “Pandemia COVID-19:

Derecho a la salud y su tutela estatal”, en www.saij.gob.ar.

(2) AR/JUR/3147/2020

(3) Comenzando por el principio de inocencia, las medidas alternativas fijadas en el Código Procesal Penal Federal

y los distintos parámetros fijados en materia de excarcelación. En este punto también se debe tener en cuenta el fallo “Romero Feris vs. Argentina”.

das las personas que se encuentran detenidas. En efecto, las personas detenidas conservan todos sus derechos de los que no los priva su condición. La pena reside solamente en la privación de la libertad y no en el cese de otros derechos fundamentales. De este modo, al igual que el resto de la población, las personas privadas de su libertad tienen el derecho al mayor y más oportuno acceso a través de los niveles sanitarios adecuados disponibles y deberá brindarse la oportuna asistencia médica integral, debiéndose respetar los principios de equivalencia e integración. Al respecto se destaca lo señalado por los relevamientos e investigaciones de organismos locales como la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Comisión Provincial por la Memoria y el Centro de Estudios Legales y Sociales acerca del impacto de las condiciones de detención en la salud”.

A ello se agregó que “ante la crisis sanitaria a consecuencia del Coronavirus (COVID-19), lógicamente se agudizaron las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las niñas, niños y adolescentes, particularmente, de quienes están en condiciones de pobreza, pobreza extrema y marginalidad con familiares privados de libertad”.

Se señaló que “La difícil situación que se encuentra atravesando nuestra sociedad actualmente requiere, para poder sortearla, de los esfuerzos y sacrificios de todos los integrantes de nuestra comunidad; las autoridades judiciales no pueden ser ajenas a ello, debiéndoseles exigir la demostración de suficiente capacidad de maniobra y adaptación para evitar cualquier posible escalamiento de la crisis sanitaria. En tal sentido, como parte de los esfuerzos generales que se llevan a cabo para frenar la pandemia del COVID-19 y para evitar que la epidemia “arrase” con las personas detenidas, resulta un deber esencial de la justicia el tomar las medidas urgentes necesarias para proteger la salud y la seguridad de los sujetos privados de su libertad”.

Por ello se consideró prudente y necesario aplicar una medida alternativa al encierro, que garantice neutralizar del mejor modo los riesgos procesales evidenciados en autos (art. 210, Cód. Proc. Penal Fed.).

Entre las líneas de la resolución también se hace referencia a distintas recomendaciones, ligadas a la situación actual de los detenidos,

{ NOTAS }

(4) AR/JUR/6270/2020

entre las cuales, en lo sustancial, se destaca aquella que señala se “instó a los Estados que tomen medidas urgentes para proteger la salud y la seguridad de las personas que se encuentran detenidas o reclusas en otras instalaciones cerradas como parte de los esfuerzos generales que se llevan a cabo para frenar la pandemia del COVID-19 (...) existe el riesgo que la pandemia ‘arrase’ con las personas detenidas, ya que los centros están ‘atestados’ y exhortó a las autoridades competentes a que procedan con rapidez a fin de reducir el número de personas detenidas”.

VI. Instituciones carcelarias, situación de detenidos

En relación con la situación de los detenidos, una de las circunstancias que más ha generado impacto es la imposibilidad de recibir visitas. Sabemos que el Estado debe garantizar el contacto con los familiares, lo que surge de la ley 24.660, pero también de las Reglas Mínimas Para el Tratamiento de Reclusos.

VI.1. Ahora bien, en esta temática, en la Provincia de Buenos Aires, el Tribunal de Casación Penal del distrito, en los autos 100.145 caratulado “Detenidos alojados en la UP N° 9 de La Plata s/ hábeas colectivo” de fecha 30 de marzo de 2020 (4), ha autorizado la utilización de celulares.

En efecto, se sostuvo que la comunicación de un teléfono de línea en alguno de los pabellones de las distintas unidades penitenciarias, en el marco de la actual situación de pandemia, aparece como claramente insuficiente, esto teniendo en cuenta que los internos se encuentran impedidos —en forma absoluta— de establecer contacto con sus familiares, imposibilitados de saber lo más elemental.

Por ello, se consideró que la sanción en la posesión de teléfonos celulares también implicaría un cercenamiento absoluto de la posibilidad de continuar los estudios que estén en curso mediante plataformas virtuales, en contravención con el fin resocializador de las penas, y la imposibilidad de acceso y contacto con los operadores judiciales, especialmente con los defensores, lo que podría llevar a una clara denegación de justicia, en contravención con lo normado por los arts. 8° y 25 de la CADH y la regla 61.3 de las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos”.

En consecuencia, se resolvió autorizar el uso de telefonía celular en todas las unidades peni-

tenciarias de la Provincia de Buenos Aires, durante el período que subsistan la situación de pandemia y la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el Gobierno Nacional mediante DNU 297/2020 y sus prórrogas.

VI.2. En el ámbito nacional, la Procuración Penitenciaria de la Nación ha recomendado la autorización de telefonía móvil durante la restricción de visitas por coronavirus, ello teniendo en cuenta que el SPF, mediante la disposición 49/2020, ha suspendido las visitas ordinarias, extraordinarias y entre internos (distintos establecimientos) en los establecimientos penitenciarios federales, como también las comprendidas en el art. 166 de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y en el art. 88 del Reglamento General de Procesados (dec. 303, del 26 de marzo de 1996), a excepción de los casos por fallecimiento, que deberán ser coordinados con las autoridades competentes.

Sentado ello, y por otro andarivel, cabe decir que con fecha 7 de abril de 2020, el Titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 1 de Lomas de Zamora, con competencia en todas las cáceles de Ezeiza, resolvió no hacer lugar al uso de celulares.

En la resolución se menciona, entre otros aspectos, los efectos de la implementación dispuesta en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y la normativa que prohíbe el uso de celulares.

En tal sentido se refirió que no puede responsabilizarse al Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, a la Dirección Nacional del SPF o al propio Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación por la complicada realidad que toca vivir, ni mucho menos pretender soluciones que atenten contra la normativa que regula el régimen de disciplina y el uso de estos aparatos, máxime cuando ya ha sido diseñada una alternativa viable.

Amén de ello, requirió a la Secretaría del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación que adopte las medidas que resulten necesarias para poner en funcionamiento el “Protocolo de Vinculación Familiar y Social a través del Sistema de Videollamadas”, en el término de 48 horas desde el dictado de la resolución. A través de la disposición DI-2020-60-APN-SPF#MJ del 1° de abril se instruyó a la Dirección General del Régimen Correccional a implementar un sistema de videollamadas entre las personas privadas de la libertad alojadas en el ámbito del Ser-

vicio Penitenciario Federal y sus familiares, a llevarse a cabo en las salas de videoconferencias de los establecimientos penitenciarios, mientras se encuentra vigente la medida de aislamiento social.

Conforme establece la disposición del SPF, para el desarrollo de las videollamadas se emplearán las salas de los Salones de Visita, Aulas, o sectores destinados a tal fin y disponibles en los diferentes establecimientos penitenciarios del país, con su equipamiento, para establecer contacto con los familiares con derecho a la visita, previamente registrados en el Sistema Único de Visitas y las respectivas tarjetas de cada interno.

VII. Conclusión

Conforme se pudo delinear en el presente trabajo, nos encontramos en una situación excepcional, que en parte tensiona los principios, estructuras e instituciones del Derecho Penal e incluso puede llegar a poner al límite al sistema penal.

Ahora bien, las medidas dispuestas no hacen más que acompañar y proteger el derecho a la vida y a la salud, pilares fundamentales del ordenamiento jurídico.

En ese tren, es probable que se limiten de manera temporaria, y mientras permanezca la situación de crisis actual, derechos de inferior jerarquía. En ello no se advierte abuso alguno, por el contrario se denota un accionar ajustado a derecho.

Cita on line: AR/DOC/1097/2020

➤ MÁS INFORMACIÓN

Majul, Pablo J., “Coronavirus (Covid-19): violación de medidas contra epidemias. La relación transversal entre el Derecho penal y el Derecho administrativo desde una visión antropológica”, LA LEY 27/03/2020, 1, AR/DOC/763/2020

➤ LIBRO RECOMENDADO

Código Penal de la Nación Comentado y Anotado - Parte Especial
 Autor: Romero Villanueva, Horacio J., Grisetti, Ricardo A.
 Edición: 2018
 Editorial: La Ley, Buenos Aires.