

SE PRESENTAN EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE

Excma. Corte Suprema de Justicia

De la Provincia de Salta

S ___ / ___ D

Mario Alberto Juliano, D.N.I. 27.516.433 en carácter de Director Ejecutivo de la **Asociación Civil Pensamiento Penal**, y Hugo Omar Seleme, D.N.I. 20.454.432, por derecho propio, Director del **Programa de Ética y Teoría Política** de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), titular de la Cátedra de Ética de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, investigador principal de CONICET, ambos con el patrocinio letrado de los abogados Martín Plaza MP 6051 y Josué Díaz Cueto MP 5832 constituyendo domicilio legal en calle Jujuy 61 y unificando domicilio electrónico en matrícula 6051, comparecemos en los autos caratulados: **“Habeas Corpus Colectivo y Correctivo presentado por el Defensor General de la Provincia por las Detenidas de la Unidad Carcelaria N 4”, Expte. GAR 165.107/20**, y respetuosamente decimos:

I. OBJETO

Por medio de esta presentación la Asociación Pensamiento Penal, desde su Observatorio de Prácticas del Sistema Penal, y el Programa de Ética y Teoría Política de la UNC, solicitan ser tenidos como Amicus Curiae en los términos de la Acordada 7/2013 CSJN. Ello a los fines de someter a vuestra consideración algunos argumentos de hecho y de derecho que poseen relevancia para la resolución de la cuestión planteada en estos autos, respecto de la acción de habeas corpus colectivo y correctivo citada, en el cual se solicita se cese en el agravamiento ilegítimo en las condiciones de detención de todas las mujeres alojadas en la Unidad Penitenciaria N° 4 de la Provincia que se encuentren en situación de riesgo ante un posible contagio de COVID-19.

Advertimos que la resolución denegatoria del habeas corpus colectivo y correctivo del Juzgado de Garantías de Octava Nominación es contraria a nuestra Constitución

Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como así también de la Constitución de la Provincia de Salta, en los aspectos que detallaremos más adelante.

Las cuestiones que surgirán en el desarrollo del presente escrito poseen una trascendencia pública, a más del interés de las personas directamente afectadas, ya que da cuenta de las razones sanitarias y comunitarias que evidencian la necesidad de disponer la detención domiciliar de las mujeres en situación de riesgo alojadas en la Unidad Carcelaria N° 4, al menos hasta que finalice la emergencia. La situación de especial gravedad que actualmente atraviesa nuestra sociedad requiere de resoluciones judiciales a la altura de las circunstancias. Esperamos que nuestra opinión sea tomada en consideración por esta Excma. Corte, y con ello contribuir a la mejor y justa resolución del habeas corpus colectivo correctivo presentado.

II. PERSONERÍA

Tal como lo acreditamos con copia de los estatutos sociales y acta de distribución de cargos, que son fieles de sus originales y que se encuentran a su disposición, quienes suscribimos en nombre de Asociación Pensamiento Penal actuamos en nombre y representación de la misma (Resolución D.P.P.J. 9196), la cual posee domicilio legal en 111 Nro. 1716 de la ciudad de Necochea, provincia de Buenos Aires.

III. LEGITIMACIÓN DE LOS INTERESADOS EN EFECTUAR ESTA PRESENTACIÓN

La Asociación Pensamiento Penal (en adelante APP) es una entidad civil sin fines de lucro integrada por operadores del sistema penal (jueces, fiscales, defensores, abogados de la matrícula, peritos, docentes y estudiantes) de todo el país, cuyos principales objetivos son la promoción, el respeto y resguardo de los derechos humanos y del plexo incorporado a la Constitución nacional en el artículo 75 inciso 22 en particular. Cabe en este punto poner de resalto y remitir al artículo 2 del estatuto social de APP que fija el objeto social de la entidad y particularmente a sus incisos “a” (Procurar mediante acciones positivas el afianzamiento de la justicia y de las instituciones democráticas del país), “e” (Propender al progreso de la legislación en general, y en particular la penal, a fin de que responda a la plena vigencia de los derechos humanos y al respeto de la dignidad individual) y “h” (Pronunciarse sobre leyes, proyectos de leyes, ordenanzas, decretos o cualquier documento normativo, que traten directa

o indirectamente temas relativos al derecho penal, los derechos humanos, torturas o medidas de seguridad).

En procura de la consecución de sus fines estatuarios, APP ha implementado el Observatorio de Prácticas del Sistema Penal (OPSP) con el objetivo de contribuir al efectivo ejercicio de los derechos fundamentales en el marco de los procesos penales. El OPSP es un espacio transdisciplinario integrado por profesionales de la medicina forense, derecho, psicología forense, criminalística, sociología, comunicación social. Trabaja en visibilizar las buenas y malas prácticas del sistema penal. Sin agotar el elenco, APP ha acompañado como *amicus curiae*, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, la presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales denunciando el incumplimiento de lo ordenado por la CSJN en su resolución del 3 de mayo de 2005 en el marco del hábeas corpus de la causa “Verbitsky”. Recientemente, se destaca el *amicus curiae* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa de Cristina Vázquez (joven misionera condenada a prisión perpetua por un homicidio que no cometió) -- Expte. Nro. 003433/2015- 00 “Vázquez, Cristina Liliana S/Homicidio Agravado -Art.80 Inc.7”-; quien luego resultó absuelta por el máximo tribunal.

Así también, recientemente, APP se ha presentado como *amicus curiae* ante esta Excm. Corte de Justicia de Salta en el amparo colectivo interpuesto por referentes de organizaciones de Derechos Humanos de la Provincia en conjunto con el Centro de Estudios Legales y Sociales donde se cuestiona la constitucionalidad del Decreto Provincial N° 255/2020.

Entendemos que lo manifestado en los párrafos que anteceden marcan la indubitable legitimación de APP para intervenir como amiga del tribunal en este caso al demostrar el constante compromiso, desde su constitución, con la lucha a favor de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, con el respeto irrestricto de las libertades ciudadanas y la independencia del Poder Judicial.

Por otra parte, el **Programa de Ética y Teoría Política de la Universidad Nacional de Córdoba**, tiene como principal objetivo analizar, evaluar e incidir en la reforma de las instituciones y conductas públicas a través de la enseñanza, la discusión y la indagación acerca de los valores ético-políticos y la utilización de herramientas legales. En esa tarea, se propone defender la efectiva vigencia de la Constitución Nacional, de los Tratados

de Derechos Humanos ratificados por nuestro país y de los principios del Estado de Derecho; promover los principios de igualdad, de libertad, el cumplimiento de las leyes que protegen a los grupos desaventajados y la erradicación de toda práctica discriminatoria, así como también contribuir al desarrollo de prácticas participativas y deliberativas que fortalezcan la democracia y aspira a articular la investigación teórica con el compromiso práctico.

Actualmente, el Programa cuenta con más de treinta miembros, entre los que se cuentan profesores, investigadores, becarios y alumnos y realiza diferentes actividades académicas con el propósito de que sus miembros permanezcan en continua formación y fortalezcan su capacidad de análisis y discusión filosófico-jurídica. Sus principales líneas de investigación son la investigación teórica desde la cual se abordan problemas generales vinculados con la Ética y la Filosofía Política y la evaluación moral de las instituciones jurídicas a través de la aplicación de estándares valorativos de índole moral. Asimismo, cuenta con dos áreas que funcionan en su seno –por medio de las cuales logra articular la investigación teórica con el compromiso práctico–: la Clínica Jurídica, cuya principal tarea es promover estrategias judiciales de interés público para lograr el acceso a la justicia de los grupos más vulnerables y el Consultorio Jurídico, que tiene como finalidad principal brindar información y orientación jurídica gratuita.

Respecto de las estrategias judiciales que han sido llevadas adelante, el Programa fue aceptado como Amicus Curiae en la causa “*Municipalidad de Villa Parque Santa Ana C/ Corporación Intercomunal para la Gestión Sustentable de los Residuos Sólidos Urbanos del área Metrop. y Otros – Amparo (Expte. N° 2593023)* en la que por medio de sentencia dictada en diciembre del 2019 se hizo lugar al amparo ambiental y se declaró que el sitio seleccionado no cumplía los requisitos socio-ambientales. Asimismo, se constituyó como Amicus Curiae en *TOLEDO, Diego Federico p.s.a. Infracción Ley 14.346 (Expte. N° 2444166)*, una causa de maltrato animal que tramitó en la Provincia de Córdoba. Recientemente, hemos sido admitidos como Amicus Curiae en la causa penal federal AGUILERA, Rubén Rolando S/ Infracción Ley 23.737 (Art. 5 Inc. C” (Expte. N° FCB 50480/2019/2/ES1), en la cual se solicitaba la excarcelación y subsidiariamente el arresto domiciliario del imputado. En esta oportunidad la presentación realizada también fue de manera conjunta con Asociación Pensamiento Penal.

En razón de lo expuesto surge con claridad el interés del Programa de Ética y Teoría Política de la Universidad Nacional de Córdoba para presentarse como Amicus en el presente caso y la idoneidad para llevar adelante dicha intervención.

IV. ANTECEDENTES DEL CASO:

El día 20 de marzo del corriente año, el Dr. Pedro Oscar García Castiella, Defensor General de la Provincia, interpuso acción de habeas corpus colectivo y correctivo ante el Juzgado de Garantías de Octava Nominación en favor de las detenidas mujeres en situación de riesgo alojadas en la Unidad Penitenciaria N° 4 de la Provincia a los fines de que cese el agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención de las mismas.

El día 01 de abril la Dra. Claudia del Valle Puente, Jueza del Juzgado de Garantías interviniente, dictó resolución rechazando el recurso de habeas corpus interpuesto por el Dr. García Castiella y exhortó a la Unidad Carcelaria N° 4 a realizar controles médicos diarios cada 12 hs. de las internas que integran el grupo de riesgo.

A posterior, dentro de los plazos procesales establecidos, el Dr. García Castiella interpuso recurso de apelación contra la sentencia denegatoria del recurso de habeas corpus colectivo y correctivo.

Quienes nos presentamos en calidad de amigos del Tribunal, estimamos que corresponde que en este caso se disponga la prisión domiciliaria de las mujeres en situación de riesgo de la Unidad Carcelaria N°4. A lo largo del presente escrito veremos que tal medida responde, no sólo a un correcto cuidado de la salud de las personas en riesgo sino también a la necesidad de proteger sanitariamente tanto a la restante población carcelaria como a la sociedad en su totalidad, buscando por todos los medios evitar la sobrecarga del sistema de salud.

V. SITUACIÓN FÁCTICA

El día 30 de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró a la epidemia Covid-19 como una emergencia de salud pública de preocupación internacional y el 11 de marzo siguiente esta organización lo caracterizó como pandemia a partir de su expansión a escala planetaria en virtud del avance geográfico de la enfermedad y el creciente número de personas infectadas.

Los datos a nivel mundial son realmente alarmantes: ya hay más de 4 millones de personas infectadas y un total de más de 280 mil fallecidos. La tasa de mortalidad promedia registrada, es decir la cantidad de personas fallecidas por la cantidad de personas contagiadas, es de 6,9%.

El pasado 12 de marzo el Presidente de la Nación Argentina, por medio del decreto de necesidad y urgencia PEN 260/20, declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional a causa del covid-19. En esta declaración, se establecieron las primeras

medidas de aislamiento preventivo. Posteriormente, se dictaron nuevas normas destinadas a establecer medidas de prevención social enfocadas especialmente en el aislamiento entre personas hasta que, mediante el DNU 297/2020, se dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio que ha sido extendido por sucesivos decretos.

En cuanto al avance del covid-19 en Argentina, el país registra más de 6000 personas contagiadas y de 300 personas fallecidas.

A lo expuesto cabe agregar que variados estudios científicos resaltan el grado de letalidad que presenta esta pandemia en general y cómo especialmente afecta a ciertos grupos poblacionales denominados grupos de riesgo. Uno de los factores determinantes para conformar este grupo de riesgo es la edad de las personas. En este sentido, en Argentina el 83,6% de los fallecimientos por covid-19 son de personas mayores de 60 años. Otro de los aspectos que determina el mayor riesgo es la existencia de comorbilidades como la presencia de enfermedades respiratorias, renales, cardíacas o la diabetes, aumenta de manera notable los riesgos de contagio, internación y de muerte¹.

Estos datos han servido de base para que tanto el Ministerio de Salud de la Nación², como el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación³ especifiquen cuales son aquellos grupos de riesgo o grupos vulnerables, dentro de los que se encuentran aquellas personas mayores a 60 años y las personas con determinadas patologías. Es preciso mencionar que las autoridades nacionales equiparan a las personas en situación de riesgo a las mujeres embarazadas⁴.

Situación Unidad Carcelaria N° 4 de Salta

Conforme consta en el punto **IV** de los considerandos de la sentencia dictada por el *a quo*, a fs. 18/30 la Sra. Directora de la Unidad Carcelaria N° 4 remite y se incorpora a autos el informe circunstanciado que se le hubiera requerido, disponiendo entre otras cosas que se designo como unidad de aislamiento ante casos de sospecha por COVID-19, el pabellón de semi libertad que cuenta con celda comunitaria con cupo de alojamiento para 12 (doce) personas privadas de la libertad, comedor y baño, cabe inferir, todo de uso comunitario.

1 De acuerdo a la OMS en su informe Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>

2 Resolución 627/20 del Ministerio de Salud de la Nación.

3 Resolución 207/20 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

4 Por medio de, entre otras resoluciones, la Resolución 105/2020 del Ministerio de Educación de la Nación

Según consta en el Informe Anual SALTA SNEEP 2018 (Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Pena), la U.C. N°4 contaba con una población total de 122 (ciento veinte dos) personas privadas de la libertad, discriminado esta población según, 81 (ochenta y uno) condenadas, 40 (cuarenta) procesadas, 1 (uno) otras, contando dicha U.C. con infraestructura para alojar 80 personas privadas de la libertad, marcando una sobre población del 42 (cuarenta y dos) personas y un porcentaje de 52.5% (cincuenta y dos punto cinco por ciento) de sobre población carcelaria.

En base a estos números y porcentajes, y si tomamos en consideración que, conforme se dijera, se dispuso el pabellón comunitario de semi libertad con una capacidad de doce personas privadas de la libertad como unidad de aislamiento, nos encontraremos con la imposibilidad de hacer efectivo el aislamiento recomendado. Por otro lado, dicha unidad solo está dispuesta ante casos de sospecha de contagio, evidenciada por síntomas, de COVID-19, y nada se establece acerca del alojamiento de las personas comprendidas dentro del grupo de riesgo; es decir que tantas personas de riesgo como aquellas que se encuentran fuera de este grupo permanecen y permanecerán alojadas juntas

La Unidad Carcelaria N° 4, consta de 4 (cuatro) pabellones (A, B, C y D), en los cuales se alojan el total de la población. El pabellón D es aquel llamado de semi libertad. Este, conforme a la población total y la capacidad de alojamiento de la Unidad Penitenciaria, evidencia sobre población en su alojamiento, si a ello le sumamos que el pabellón D es aquel destinado a las mujeres privadas de la libertad que presenten síntomas de COVID 19, en la cual deben convivir personas comprendidas dentro del grupo de riesgo, que padecen de diversas patologías (en caso de sospechas de contagio) y aquellas que no se encuentran comprendidas en dicho universo, lo que se lograría con tal proceder es aumentar las posibilidades de contagio dentro de la población y exponer de forma, aun más gravosa, la salud y la vida de las mujeres que por su condición y estado de salud, *per se* ya corren peligro o riesgo de vida.-

Resulta relevante, asimismo, valorar las condiciones de infraestructura sanitaria que tiene dicha Unidad Carcelaria, la cual posee una habitación (habitáculo) de aproximadamente tres x tres (tres metros por tres metros) de superficie, con elementos sanitarios y médicos ínfimos y una camilla. Dicha instalación sanitaria, está dispuesta para todo tipo de atención medica, haciendo las veces de enfermería, consultorio médico, oficina de los profesionales asistentes, y demás prestaciones de salud dentro de la Unidad Carcelaria; teniendo una reducida capacidad de atención médica en caso de ser requerida. Sumado a ello, se encuentra la grave situación de falta de aprovisionamiento de insumos de higiene, limpieza y asepsia a las personas privadas de la libertad en la vida diaria, situación que es una constante,

y que agrava la situación de riesgo no solo de las personas comprendidas dentro del universo de especialmente vulnerables en la crisis sanitaria, sino para la población carcelaria toda.

A más de ello, debemos tener en cuenta que recientemente, se reanudaron de manera parcial los talleres de trabajo dentro del penal, carpintería, imprenta, etc. No es ocioso tener en cuenta esto, ya que los insumos necesarios para el desarrollo de tales labores provienen del exterior del penal constituyendo un vaso comunicante con el exterior. En este sentido, es necesario destacar que sin una apropiada desinfección de los insumos provenientes del exterior y de cuidados preventivo de higiene y asepsia esta actividad aumenta la posibilidad de contagio comunitario intramuros.

Debemos tomar en consideración de manera insoslayable para atender adecuadamente a esta problemática que normalmente, las personas privadas de la libertad deben estar alojadas en un lugar determinado. En muchos casos tienen que pasar períodos largos en un edificio o parte de un edificio. Pero es necesario que dichos edificios que tienen por destino el alojamiento, de personas, debe reunir ciertos requisitos básicos y mínimos. Las normas internacionales⁵ dejan bien claro que las personas privadas de la libertad deben tener espacio suficiente y tener acceso a aire y luz en cantidad suficiente para mantener la salud, requisitos estos mínimos, que los estándares internacionales prevén para casos y situaciones de normalidad, los cuales deben ser maximizados y extremados en los tiempos que corremos de emergencia sanitaria mundial.

En resumen, la situación carcelaria evidenciable en la Unidad Carcelaria N° 4 pone de relieve una situación que, como se argumentará en el siguiente apartado, constituye un factor especial que incrementa el riesgo particular de contagio de covid-19 para las mujeres privadas de su libertad en este establecimiento.

VI. RAZONES PARA LA PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA

A continuación, se mostrarán las razones que fundamentan la procedencia de la prisión domiciliaria que en estos autos se ha solicitado.

1) Ingreso del virus a los establecimientos penitenciarios

⁵ Entre ellas el artículo 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes.

Para empezar, resulta necesario mostrar que las personas privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios tienen un riesgo real de contraer una infección por coronavirus covid-19. En el caso que nos ocupa, la infección por este virus para ellos se presenta como una realidad posible. Dicho riesgo se hace presente toda vez que existe una serie de canales comunicantes entre estos establecimientos y el conjunto de la sociedad. Estos canales no pueden ser eliminados ya que el funcionamiento del establecimiento penitenciario requiere llevar adelante interacciones con el resto de la comunidad. Algunas de estas interacciones se producen por el ingreso de los trabajadores del servicio penitenciario (guardia cárceles, médicos, personal de limpieza, etc.), las posibles visitas que reciben las personas detenidas, el ingreso de insumos médicos, alimentarios o de otro tipo, los traslados por razones médicas que requieren pacientes cuyos tratamientos no pueden brindarse en donde están alojados (ej. pacientes que requieren tratamiento de diálisis), entre otras interacciones verificadas.

Si bien algunas de estas interacciones son tenidas en cuenta y tratadas mediante el protocolo penitenciario, la nueva cepa de coronavirus SARS-CoV-2 presenta una serie de particularidades que vuelven imposible garantizar la impermeabilidad de grupos humanos. Así, este virus posee una alta tasa de transmisión, un periodo de incubación asintomático en donde es posible que se produzcan contagios y la posibilidad de que haya portadores infectados que no presentan nunca síntomas⁶. Estas características hacen que las políticas preventivas enfrenten fuertes desafíos e imposibilitan que se garantice su efectividad absoluta.

La imposibilidad de garantizar espacios en donde el virus no pueda introducirse se evidencia en las múltiples experiencias internacionales que muestran, a pesar de la existencia de protocolos de seguridad, el ingreso del virus en establecimientos penitenciarios y en la misma experiencia argentina en donde ya se han evidenciado el ingreso del virus en estos espacios .

Así se llega a la conclusión de que las medidas penitenciarias preventivas solo podrían disminuir el riesgo pero no eliminarlo.

6 Guía de “Preparación, prevención y control de COVID-19 en prisiones y otros lugares de detención” de la Organización Mundial de la Salud. Página 10 y ss. Disponible en http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf?ua=1

2) Razones de prevención para ordenar la prisión domiciliaria

2a) Razones de prevención individual

En la resolución apelada para denegar la detención domiciliaria de personas consideradas en situación de riesgo se sostiene, falazmente, que manteniéndolas privadas de su libertad en un establecimiento, se logra una mayor protección de su salud que de encontrarse estas personas fuera de prisión.

En primer lugar, imaginemos que es cierto que ante la actual pandemia es más seguro para la salud de las personas en riesgo mantenerlas en un establecimiento penitenciario que el aislamiento social y preventivo en sus hogares. Como conclusión de este razonamiento, deberíamos urgentemente ubicar a todas las personas que forman parte de grupos de riesgo de la población civil dentro de las cárceles en vez de en sus hogares. Además, si estar en prisión es más seguro que estar aislado en un hogar particular, directamente podríamos decir que las personas actualmente privadas de su libertad tienen el privilegio de estar en una situación de salud más beneficiosa que el resto de la sociedad. Si nos preocupa por igual la salud del resto de la población, deberíamos eliminar ese privilegio y procurar que las demás personas en riesgo de la sociedad (todas las personas con enfermedades de gravedad o mayores de 60 años) ingresen inmediatamente a prisión y cumplan con los protocolos penitenciarios. De tal manera, garantizaríamos con mayor eficacia su salud y evitaríamos con mayor seguridad nuevos contagios.

Las absurdas conclusiones a las que se arriba a partir de suponer que mantener a una persona de un grupo vulnerable dentro de una prisión implica proteger su salud de manera más eficiente que si se ordena su prisión domiciliaria, da cuenta del carácter falso de las premisas de las que se parte.

La premisa fundamental de los lineamientos de salud diseñados por el gobierno nacional y las recomendaciones de diferentes organismos nacionales e internacionales competentes en la materia es que, dadas las características del virus Covid-19, el riesgo de contagio es menor mientras menor sea el conglomerado de personas y, por ende, mientras menor sea la posibilidad de contacto físico entre ellas. En consonancia con las directrices sanitarias nacionales, diferentes informes y estudios científicos avalan y promueven el aislamiento y el distanciamiento social como principal medida sanitaria para contener y suprimir los casos de covid-19.

Tal como lo ha establecido la ONU (Organización de Naciones Unidas), estas directrices médicas entran en conflicto con la realidad de los establecimientos penitenciarios en donde el distanciamiento social no es una opción⁷. En estos establecimientos, “(p)or definición, los prisioneros viven, trabajan, comen (y a menudo duermen) en estrecha proximidad dentro de áreas estrictamente restringidas”⁸. De esta manera, las prisiones son un espacio en donde, por la aglomeración de personas presentes y su confinamiento físico, las directrices de salud no pueden acatarse, lo que aumenta el riesgo de contagio y propagación del covid-19.

Para negar la prisión domiciliaria el Estado no puede comparar los riesgos presuponiendo que las medidas de prevención adoptadas en sus protocolos se cumplen dentro del establecimiento carcelario a la perfección y presuponiendo, al mismo tiempo, que en el arresto domiciliar no se cumplirá ninguna medida de aislamiento. La comparación debe hacerse ceteris paribus, esto es, suponiendo que, así como en el sistema carcelario se cumplirá el protocolo, en la prisión domiciliaria se respetarán los lineamientos dictados por el Ministerio de Salud para todas las personas que pertenecen a un grupo de riesgo y se encuentran pasando la cuarentena en sus hogares. Hecha de este modo la comparación, dado el conglomerado humano al que pertenecen los reclusos, no es posible sostener con ningún grado de plausibilidad que el riesgo de contagio es menor si se permanece dentro de la cárcel.

A este riesgo general agravado que presentan las prisiones en todos los países, por la presencia de un conglomerado de personas confinado físicamente, debe añadirse la especiales condiciones de sobrepoblación presentes en el establecimiento penitenciario en el que se encuentra el colectivo al cual se dirige esta acción. De acuerdo a lo establecido por el Informe Anual Salta del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP)⁹, la Unidad Penitenciaria número 4 tiene una capacidad de 96 personas y una población de 122 mujeres, lo que arroja una sobrepoblación de 27,1%.

Tal como se ha mencionado, las condiciones de sobrepoblación (y en general las condiciones penitenciarias descritas en el apartado anterior) agravan de manera notoria los riesgos a la salud de las personas. Pero en particular constituyen un factor central de aumento

7 Informe “COVID-19 preparedness and responses in prisons”, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2020).

8 Informe “COVID-19 preparedness and responses in prisons”, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2020).

9 Informe Anual SALTA SNEEP 2018 Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal Subsecretaría de Política Criminal Secretaría de Justicia Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

de la amenaza de infección por coronavirus covid-19 en estos establecimientos en tanto implica una mayor aglomeración de personas y dificulta aún más cualquier política tendiente a promover el distanciamiento social.

Finalmente, es preciso acotar que este agravamiento de la amenaza de contagio implica un riesgo fehaciente a la vida del subgrupo de personas detenidas que forman parte del grupo de riesgo. Estas personas, por sus condiciones físicas preexistentes, se encuentran en una situación de vulnerabilidad especial ante el contagio del covid-19, con una propensión drásticamente más elevada que el resto de la población de padecer complicaciones sanitarias las lleven a la internación o incluso a la muerte¹⁰.

Entonces, por los rasgos generales de estos establecimientos y la sobrepoblación presente en esta unidad en particular, el riesgo para la salud de las personas dentro de prisión es más elevado que afuera de ella. Por ello, es prioritario retirar de los establecimientos penitenciarios a las personas que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad ante esta epidemia.

2b) Razones de prevención general especial

Además de los motivos expuestos vinculados al deber del Estado de garantizar la salud individual de las personas en situación de riesgo en este establecimiento penitenciario para ordenar su externación de prisión y su consecuente prisión domiciliaria, existen razones adicionales vinculadas a la salud de las demás personas privadas de su libertad en el establecimiento penitenciario.

Para prevenir y contener las graves consecuencias que podrían derivarse del ingreso del covid-19 a los establecimientos penitenciarios, diferentes organismos han recomendado descomprimir estos establecimientos. En este sentido, la ONU ha afirmado que “la reducción de la población carcelaria puede incluso constituir una condición previa para la introducción

¹⁰ Mientras que la tasa de mortalidad general del virus es de 1,38%, este porcentaje llega a más del 5% entre las personas mayores de 60 años (Información de “Estimates of the severity of coronavirus disease 2019: a model-based analysis”). En este sentido, en Argentina el 83,6% de los fallecimientos por covid-19 son de personas mayores de 60 años.

A su vez, la existencia de comorbilidades como la presencia de ciertas enfermedades preexistentes aumenta de manera notable los riesgos de internación y de muerte. Mientras que los pacientes que no informaron de ninguna condición comórbida tuvieron un CFR del 1,4%, los pacientes con condiciones comórbidas tuvieron tasas mucho más altas: 13,2% para los que tenían enfermedades cardiovasculares, 9,2% para diabetes, 8,4% para hipertensión, 8,0% para enfermedades respiratorias crónicas y 7,6% para cáncer (“Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)” (2020b)).

de medidas significativas de prevención y control”¹¹. Así, las posibilidades contempladas en diferentes protocolos provinciales y nacionales de aislar casos sospechosos para contener brotes internos dependen en buena medida de las capacidades físicas de estos establecimientos. De esta manera, la efectividad de las diferentes medidas intracarcelarias implementadas ante esta pandemia depende, en buena medida, de que se reduzca previamente la sobrepoblación carcelaria presente.

Dicha reducción no solo sería un medio para garantizar la efectividad de los protocolos penitenciarios, sino que, ante la inevitable falibilidad de estos procedimientos por las ya mencionadas imposibilidades de garantizar espacios impermeables, se constituye como una medida de prevención en sí misma. Así lo ha establecido la ONU cuando ha dicho que “las medidas de prevención y control de COVID-19 por sí solas pueden resultar insuficientes para muchos sistemas penitenciarios plagados de hacinamiento y otros problemas sistémicos. Por consiguiente, sin comprometer la seguridad pública, la prevención de COVID-19 en las prisiones debería incluir también esfuerzos para reducir el número de nuevas admisiones y acelerar la puesta en libertad de determinadas categorías de reclusos”.

El Comité Nacional de Prevención de la Tortura ha seguido a esta postura cuando ha señalado que una de las principales acciones preventivas ante el coronavirus covid-19 “consiste en reducir los niveles de concentración de personas, y en particular el grave hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y carcelarios en nuestro país”¹². En el mismo sentido se ha pronunciado el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente al afirmar que “las prisiones en Latinoamérica y el Caribe están casi siempre sobrepobladas y eso dificulta el acceso a saneamiento adecuado, lo que exige que se tomen medidas para reducir la cantidad de personas que se encuentran privadas de libertad; eso contribuirá, indudablemente, a reducir el riesgo de situaciones extremas en las que el covid-19 haga estragos en una población que, ya de por sí, es vulnerable”¹³.

¹¹ Informe “COVID-19 preparedness and responses in prisons”, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2020). Página 4.

¹² “Medidas a adoptar en lugares de detención a raíz de la emergencia sanitaria” del Comité Nacional de Prevención de la Tortura del 20 de marzo de 2020. Disponible en: <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/03/recomendaciones-a-adoptar-en-lugares-de-detencion-a-raiz-de-la-emergencia-sanitaria.pdf> VER ESTADO DE LOS SERVICIOS CARCELARIOS DE OTROS PAISES

¹³ “El sistema penitenciario ante la encrucijada producto de la crisis provocada por el covid-19” Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente. Abril 2020

Diversos países del mundo, incluso con mejores condiciones de detención que las de nuestro país, han tomado la decisión de retirar a individuos de establecimientos penitenciarios con motivo de la actual pandemia. Estados Unidos, el Reino Unido, Australia, España, China, Irán, Canadá, Alemania, Sudán e Indonesia, entre otros¹⁴, han tomado este tipo de decisiones y en consecuencia se han propuesto disminuir las aglomeraciones de personas en los centros de detención.

En este sentido es preciso establecer un orden de prioridades para proceder a descomprimir los establecimientos penitenciarios a fin de disminuir la sobrepoblación presente. Teniendo en cuenta el riesgo que pesa sobre su vida, aquellas personas que son más vulnerables a desarrollar complicaciones a partir del contacto con el virus, y que a su vez tienen una capacidad de contagiar más intensa y duradera¹⁵, deben ser las primeras en ser relocalizadas¹⁶.

Recapitulando, teniendo en cuenta las directrices que a nivel internacional y nacional se han establecido y el ejemplo de diversos países del mundo, la descompresión del sistema carcelario con la finalidad de disminuir las probabilidades de ingreso y propagación del virus debe ser una prioridad de salud pública estatal. De acuerdo a la prioridad asignada por su condición sanitaria, es de vital importancia ordenar la prisión domiciliaria de las mujeres en situación de riesgo para proteger la salud de las demás personas privadas de su libertad.

14 Información sobre países que han ordenado ubicar a personas privadas de su libertad fuera de los establecimientos penitenciarios y otras medidas que se han tomado en el plano internacional disponibles en <https://covid19prisons.wordpress.com/measures/> y en <https://www.prison-insider.com/en/articles/coronavirus-la-fievre-des-prisons#europe-5e7254d1cebfe>

15 La mayor transmisibilidad por parte de la población en riesgo a partir de la mayor carga viral que presentan y la mayor duración de sus síntomas se establece en el informe de “Información científica-técnica. Enfermedad por coronavirus, COVID-19” del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias de España (2020) . Página 8. Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/20200404_ITCoronavirus.pdf?fbclid=IwAR0bZ__6Li1IZg9hcNG9Dpg4ine_5se-vMmumxK85NxHqX75fYjqm0E0fRI

16 La recomendación de la CIDH cuyo cumplimiento exige la Cámara Nacional de Apelaciones es clara cuando ordena “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”. Dicha recomendación fue confirmada en la Resolución 01/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”.

2c) Razones de prevención general colectiva

Es preciso mencionar que las consecuencias del ingreso y propagación del virus no solo afectarán a la población actualmente detenida en establecimientos penitenciarios sino a toda la sociedad en general.

Tal como se ha mencionado, existen una serie de canales comunicantes entre el establecimiento penitenciario y el conjunto de la sociedad que hacen que las fronteras entre ambos grupos humanos sean porosas. A su vez, por las características ya mencionadas del virus (alta transmisibilidad, presencia de un periodo de incubación asintomático y presencia de casos de infección asintomáticos) existe una posibilidad real que, de desatarse un foco infeccioso dentro de un establecimiento penitenciario, este se expanda al resto de la sociedad. Ya sea por los trabajadores del servicio penitenciario, las posibles visitas que reciban, la necesidad de tratamientos médicos extra carcelarios o por la liberación de personas actualmente privadas de su libertad, de existir un foco infeccioso en la prisión (cuya posibilidad se ve aumentada por las condiciones de aglomeración ya mencionadas) este se propagará al resto de la población.

En el mismo orden de ideas se ha pronunciado la Organización Mundial de la Salud al establecer que “el riesgo de un rápido aumento de la transmisión de la enfermedad dentro de las prisiones u otros lugares de detención es probable que tenga un efecto amplificador de la epidemia”¹⁷ en el conjunto de la sociedad. Y en este sentido se ha afirmado que las prisiones son un vector de transmisión comunitaria que tendrá un impacto desproporcionado en la sociedad en general y, por la conformación socio-económica de las personas privadas de su libertad, en las comunidades marginales de la sociedad¹⁸. Así, “cualquier estrategia de control de COVID-19 en la comunidad que no abarque el contexto de la prisión no será sostenible”¹⁹.

Pero, además de ser una preocupación de salud pública general por la posibilidad de transmisión de la enfermedad desde la prisión hacia el exterior, existen razones vinculadas a evitar la saturación de los servicios médicos por las cuales es preciso evitar un foco infeccioso

17 Guía de “Preparación, prevención y control de COVID-19 en prisiones y otros lugares de detención” de la Organización Mundial de la Salud. Página 1. Disponible en http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf?ua=1

18 “Prisons and custodial settings are part of a comprehensive response to COVID-19”. Página 1. Lancet Public Health 2020 Publicado online el 17 de marzo de 2020. [https://doi.org/10.1016/S2468-2667\(20\)30058-X](https://doi.org/10.1016/S2468-2667(20)30058-X)

19 Informe “COVID-19 preparedness and responses in prisons”, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2020).

en las prisiones. En este sentido, como es de público conocimiento, los recursos médicos para hacer frente a los casos graves y críticos de la infección son escasos y existe la posibilidad de que, de producirse un crecimiento en el número de contagiados, se produzca la saturación de los servicios hospitalarios.

Así, evitar la propagación del virus en la cárcel es de vital importancia para impedir un foco de contagio que conlleve a que más personas requieran la atención de los escasos recursos sanitarios con los que cuenta nuestro sistema de salud pública. En particular, exponer a personas que forman parte de una población en riesgo a condiciones de aglomeración implica poner en riesgo a personas que, con un grado de probabilidad notablemente mayor que la media de la población, necesiten hospitalización y asistencia de cuidados intensivos. Esto quiere decir que, si personas vulnerables contraen este virus, es muy probable que requieran la atención de los escasos recursos con los que cuenta nuestro sistema de salud.

De esta manera, por el hecho de que la prisión puede constituirse en un vector de propagación del virus y para evitar una saturación de los servicios médicos generales, es necesario implementar medidas alternativas a la privación de la libertad de aquellas personas que pertenezcan a grupos de riesgos más vulnerables a contagiarse y a requerir asistencia médica hospitalaria ante el coronavirus covid-19.

3) Deber de brindar educación y pretensión punitiva estatal

Vale la pena enfatizar que el Estado no puede argüir que no hay amenaza al derecho a la salud generada por la aparición del covid-19 por el hecho de que no existe contagio comunitario en la provincia. En relación con los conglomerados humanos existentes en las cárceles, el Estado argentino no puede adoptar esta línea argumentativa toda vez que en base a sus actos propios ha negado que la ausencia de contagio comunitario fuese suficiente para eliminar la amenaza que el covid-19 representa para el derecho a la salud de las personas pertenecientes a conglomerados. En efecto, para sortear el riesgo sobre la salud que el covid-19 provoca en los conglomerados humanos generados por el sistema educativo, el Estado consideró necesario disolver estos conglomerados haciendo que la educación se impartiese de manera domiciliaria.

Si el Estado correctamente ha entendido que la amenaza generada por la pandemia aun en aquellas provincias sin circulación del virus era lo suficientemente grave para disolver los conglomerados educativos y excusarse parcialmente de su deber de garantizar servicios educativos, con más razón debe considerar que la amenaza es lo suficientemente grave cómo para meramente disminuir el número de individuos en los conglomerados carcelarios

renunciando a ejercitar su potestad de mantenerlos en prisión y ejercitando en cambio dicha potestad a través de su envío a prisión domiciliaria. No es posible sostener que la pandemia es lo suficientemente grave como para funcionar como excusa al cumplimiento íntegro de un deber en cabeza del Estado, pero no lo es a la hora de justificar el ejercicio específico de una potestad. Mientras la falta de presencialidad en el sistema educativo menoscaba la calidad de la enseñanza que los estudiantes reciben en aras de proteger un derecho de mayor rango como la salud y la vida, renunciar a mantener a los grupos de riesgo en las instituciones carcelarias y disponer su prisión domiciliaria no implica pérdida alguna de la potestad de castigar.

VII. RECOMENDACIONES Y JURISPRUDENCIA RELEVANTES

En el presente ápice desarrollaremos algunas de las recomendaciones emitidas oportunamente por organismos nacionales e internacionales en relación a la presente crisis sanitaria y la situación en las cárceles del país y la región. Así también, citaremos resoluciones judiciales emitida en el ámbito federal y ordinario con incidencia en la materia que consideramos que tienen particular relevancia a los fines de la resolución de la acción colectiva esgrimida por la actora.

Recomendaciones e informes de organismos internacionales y nacionales

Si bien, estos documentos son de conocimiento público y, en gran parte, han sido puestos en consideración oportunamente por la actora en el recurso interpuesto ante esta Excm. Corte, creemos importante retomar algunos de los supuestos y argumentos establecidos en estos que, consideramos, tienen incidencia directa en la materia objeto de la presente acción colectiva.

La **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** exhortó a los Estados a adoptar medidas alternativas a la privación total de la libertad, siempre que fuera posible, “*evitando el hacinamiento en las cárceles, lo que puede contribuir con la propagación del virus*” (<http://www.oas.org/es/cidh /prensa/comunicados/2020/060.asp>). Dicha manifestación se encuentra en línea con lo advertido recientemente por la **Alta Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU**, Michelle Bachelet quien instó a los Estados a que tomen medidas urgentes para proteger la salud y la seguridad de las personas que se encuentran detenidas o recluidas en otras instalaciones cerradas como parte de los esfuerzos generales que se llevan a cabo para frenar la pandemia del Covid19.

El 3 de abril de 2020, en una nota informativa de prensa sobre COVID-19, el portavoz del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Rupert Colville, expuso que se continuaba instando a todos los países a revisar quién está detenido y a tomar medidas lo antes posible para garantizar el distanciamiento físico necesario que resulte factible para evitar la propagación de COVID-19.

Por su parte, la Comisión IDH ha manifestado su profunda preocupación por las alarmantes condiciones en las que se encuentra la población carcelaria en la región “*que incluye precarias condiciones de salubridad e higiene y niveles de hacinamiento extremos, destacándose que en algunos países la tasa de ocupación es superior al 300 %. Este contexto puede significar un mayor riesgo ante el avance del COVID-19, en particular para aquellas personas que conforman grupos en situación de vulnerabilidad*” (**Comunicado de prensa 66/20 del 31 de marzo de 2020**) y puntualizó que “*Conforme con lo establecido en sus Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de la Libertad en las Américas, la CIDH recuerda a los Estados que toda persona privada de libertad bajo sus jurisdicciones tiene derecho a recibir un trato humano, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos fundamentales, en especial a la vida e integridad personal, y a sus garantías fundamentales, como lo son el acceso a las garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades. (...) Así, los Estados están obligados a realizar acciones concretas e inmediatas para garantizar los derechos a la vida, integridad y salud de las personas privadas de libertad, en el marco de la pandemia.*” (Comunicado de prensa 66/2020, citado).

Y subrayó que “*la Comisión reconoce el esfuerzo que están implementando algunos los Estados de la región para contener la pandemia y evitar su propagación en los centros penitenciarios. Esta coyuntura exige a los Estados un gran esfuerzo coordinado para descongestionar tanto unidades penitenciarias como comisarias a través de criterios de excarcelación o adopción de medidas alternativas a la privación de la libertad para garantizar la vigencia y goce de los derechos humanos a todas las personas. Asimismo, la CIDH insta a los Estados adoptar planes de contingencia para prevenir la propagación del virus en los centros de detención y para garantizar la atención médica adecuada a las personas privadas de libertad. Estas medidas además de atender las recomendaciones de las autoridades sanitarias y ser proporcionales al riesgo de expansión del COVID-19 en los centros de privación de la libertad, deberán respetar las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos en la materia.*”

En el referido comunicado, la Comisión IDH recomendó a los Estados “1. *Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19.* 2. *Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.*” (Comunicado 66/20)

Posteriormente, mediante la Resolución 1/2020 “**Pandemia y Derechos Humanos en las Américas**”, del 10 de abril del corriente, la Comisión IDH efectuó diversas recomendaciones en la misma dirección. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) expuso que “*es probable que las personas privadas de la libertad, como las personas en las cárceles y otros lugares de detención, sean más vulnerables al brote de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) que la población en general debido a las condiciones limitadas en las que viven juntos durante un período prolongado.*” (OMS, “**Preparación, prevención y control de COVID-19 en las cárceles y otros lugares de detención**”, **orientación provisional del 15 de marzo de 2020**). En lo que aquí interesa, dicho organismo recomendó “*dar prioridad a las medidas no privativas de la libertad para detenidos con perfiles de bajo riesgo*”.

En el ámbito local, la **Procuración Penitenciaria de la Nación**, a través de la presentación del 8 de abril próximo pasado, expuso que “*el cuadro descrito a nivel universal por la OMS se torna acuciante en el ámbito de nuestras cárceles federales en función de la grave situación de sobrepoblación y hacinamiento que se verifica en dichos establecimientos penitenciarios. Tal circunstancia obliga a adoptar las medidas pertinentes, con la urgencia del caso, a fin de inhibir, en la mayor medida posible, el riesgo existente para la salud e integridad física de las personas privadas de su libertad y también del propio personal penitenciario.*”

El **Comité Nacional para la Prevención contra la Tortura** postula también la necesidad de adoptar criterios generales de actuación, aplicar medidas alternativas al encierro, generar articulaciones, garantizar medidas de sanidad, entre otras. (<https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/04/Medidas-o%CC%81rganos-judiciales-CNPT-.pdf>)

Resoluciones judiciales en el ámbito nacional

El pasado 08 de abril del corriente año el Tribunal de Casación Penal Sala I de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar a una acción de habeas corpus correctivo y colectivo interpuesta por defensores generales en favor de las personas privadas de la libertad en el Servicio Penitenciario, Alcaldías y Comisarías de la Provincia de Buenos Aires. En la resolución adoptada establece que: *"La conjunción de los tres aspectos antes mencionados (la pandemia decretada y la necesidad de resguardar los bienes jurídicos vida y seguridad), aunado al hecho de que el público y notorio hacinamiento existente en las Unidades Penitenciarias y Comisarías de la Provincia (lo que impide que las personas alojadas mantengan entre sí las distancias aconsejadas para evitar el contagio), me llevan a considerar prudente hacer uso de los distintos listados aportados por los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad, ambos de la Provincia de Buenos Aires, a los efectos de acatar las Recomendaciones de los Organismos Internacionales, y con el objetivo de descongestionar los centros de detención. (...) Con esta premisa de base, considero en primer lugar a las personas que, conforme dichos listados o y las actualizaciones que se vayan agregando, **se encuentran en situación de riesgo por edad o por patologías preexistentes**, como así también a las **mujeres embarazadas o madres alojadas con sus hijos en las Unidades Penitenciarias**, y que se encuentran condenadas o imputadas en orden a delitos leves. En este caso, entiendo que la solución más equitativa consiste en la concesión del arresto domiciliario a las personas contenidas en dichos listados o respecto de las que se verifiquen las situaciones apuntadas, arresto que deberá aplicarse e implementarse desde los Juzgados y Tribunales que tienen a su cargo a los prevenidos."* (el subrayado y el resaltado nos pertenece)

Por otro lado, el 13 de abril y haciéndose eco de lo dispuesto por los organismos internacionales, la Cámara Federal de Casación Penal dictó la acordada 9/20 valorando las recomendaciones de los órganos internacionales. En dicha acordada se dispuso: *"Recomendar a los tribunales de la jurisdicción que adopten medidas alternativas al encierro, tales como la prisión domiciliaria, con los mecanismos de control y monitoreo que estimen corresponder, respecto de: 1) Personas en prisión preventiva por delitos de escasa lesividad o no violentos, o que no representen un riesgo procesal significativo, o cuando la duración de la detención cautelar haya superado ostensiblemente los plazos previstos en la Ley 24390, en relación a los hechos imputados y tomando en cuenta las características de cada proceso; 2) Personas condenadas por delitos no violentos que estén próximas a cumplir la pena impuesta; 3) Personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión; 4) Personas en condiciones legales*

de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplan con los demás requisitos; 5) Mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijos e hijas; 6) Personas con mayor riesgo para la salud, como adultos mayores, personas con discapacidades que puedan exponerlas a un mayor riesgo de complicaciones graves a causa del COVID-19, y personas inmunodeprimidas o con condiciones crónicas como enfermedades coronarias, diabetes, enfermedad pulmonar y VIH. Las evaluaciones en cada caso deberían determinar si es posible proteger su salud si permanecen detenidas y considerar factores como el tiempo de pena cumplido y la gravedad del delito o la existencia de riesgos procesales y el plazo de la detención, para los procesados.” (el subrayado y resaltado nos pertenece)

Entendemos que esta acordada se ha dictado en ejercicio del Control de Convencionalidad cumpliendo con el deber de dictar disposiciones de derecho interno para tutelar los derechos a la salud de las personas privadas de la libertad. Esta enumeración no es taxativa, sin embargo, utilizamos las categorías de sujetos que podrían razonablemente ver morigerada su situación procesal a través de un arresto domiciliario, como el caso que aquí nos convoca que son las mujeres privadas de su libertad que se encuentran en situación de riesgo alojadas en la Unidad Carcelaria N° 4. El deber estatal es, entre otros, reducir el hacinamiento a los fines de evitar también la propagación del virus Covid-19 en entornos como el de las cárceles.

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

El 23 de abril, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (CNCCC) de Capital Federal dictó la Acordada 5/2020 donde encomendó a los jueces nacionales que “*extremen los recaudos para coadyuvar a la más pronta disminución de la sobrepoblación carcelaria, atendiendo prioritariamente, en la medida que el caso lo permita, la situación de los internos que conformen los grupos de riesgo descriptos por la autoridad sanitaria*”, como medida para contener el contagio de la COVID-19.

Recomendaciones y legislación respecto a las mujeres embarazadas y/o con hijos

Como indica Indiana Guereño en su artículo “Regulación de la prisión domiciliaria de mujeres madres”, creemos que decidir respecto a las mujeres que forman parte de la población carcelaria implica un necesario abordaje con perspectiva de género. En ese sentido nos parece pertinente citar los siguiente argumentos contenidos en el artículo mencionado: *“A nivel internacional la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) y las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok) que toman en consideración “las particularidades de las mujeres que han entrado en contacto con el sistema de justicia penal y la necesidad consiguiente de dar prioridad a la aplicación de medidas no privativas de la libertad a esas mujeres”. Por su parte las Reglas sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Reglas de Brasilia) reconocen que las mujeres privadas de la libertad encuentran serias dificultades para ejercitar sus derechos con plenitud ante el sistema de justicia. Ellas son beneficiarias de la protección que las reglas otorgan por pertenecer al menos a cuatro de los supuestos contemplados: género, exclusión social, privación de la libertad y haber sido víctima. Asimismo las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela) hacen especial hincapié en la necesidad de mantener y mejorar las relaciones de la persona privada de su libertad y su familia. En el ámbito local el Sistema Nacional de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias mediante Recomendación VI/2016 sobre derechos de las mujeres privadas de la libertad —género en contextos de encierro— destacó la necesidad de juzgar los casos que se presentan con perspectiva de género y exhortó al “Poder judicial a adoptar medidas relativas a la prisión preventiva, con base en lo dispuesto en las Reglas de Bangkok (arts. 57, 58, 60, 61, 62, 63 y 64) y demás estándares en materia de DD.HH. de las mujeres, vinculado a la excepcionalidad del encierro y en la necesidad de implementar medidas no privativas de la libertad. Con esa finalidad, será procedente indagar y valorar las responsabilidades de cuidado y los antecedentes de victimización por violencia de género que tienen las mujeres en conflicto con la ley penal”.*²⁰

Por otro lado, la **Comisión Interamericana** expresó en el comunicado antes mencionado (Comunicado 66/20) que recomendaba a los estados *“Evaluar de manera*

²⁰ Guereño, Indiana., 2019. “Regulación de la prisión domiciliaria de mujeres madres”. Derecho Penal y Criminología. AÑO IX • No 11

prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como (...) mujeres embarazadas o con niños a su cargo” (el subrayado y resaltado nos pertenece). El fundamento de la morigeración de la prisión es la vulnerabilidad en que se encuentran los menores ante la pandemia y en el interés superior del niño.

Numerosos fallos han tenido en cuenta la especial gravitación de la pandemia con respecto a los niños, así se ha dicho que “No debe escaparse del análisis que requiere el caso la circunstancia relativa a la situación excepcional derivada de la pandemia declarada por la aparición del virus COVID-19 – Acordada N° 3/20 de esta Cámara- y las consecuencias que podría traer aparejada a la actual detención que viene cumpliendo Miranda ya que se trata de una persona que se encontraría dentro de la población que posee un alto riesgo de contagio y la necesidad de dar primacía, en este contexto, al Interés Superior de su hijo menor de 9 años de edad. En efecto, entiendo que el estudio relativo al pedido de excarcelación solicitado por Miranda debe ser valorado teniendo especial consideración la específica situación de público conocimiento que nos afecta, esto es la propagación a escala mundial del virus COVID-19 que ha sido catalogada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el pasado 11 de marzo, debido a los "niveles alarmantes de propagación y gravedad" (**TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE SAN MARTIN 1 FSM 41231/2018/TO1/6/1 REGISTRO No 7/20 “MIRANDA, Stella Maris s/recurso de casación”**)

Las reglas de Brasilia reconocen que los niños son sujetos de derecho vulnerables. Esta condición implica que por lo general se dificulta su acceso al efectivo reconocimiento de sus derechos. Un ejemplo sería el caso de una madre detenida por un delito no violento que tiene cinco hijos. El Estado, al encarcelar a su cuidadora, está mermando o anulando la protección de los derechos de estos menores. Las Reglas mentadas expresan en su tercera regla que “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad (...)” Luego especifica que “Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable”. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. Los niños requieren cuidados especiales y las personas idóneas a los fines de proporcionarlos son los padres y no terceros aún siendo los mismos familiares por ello no es óbice al otorgamiento del arresto domiciliario el hecho de que otros familiares se encuentren al cuidado del menor.

La separación del niño de su padre/madre debe ser excepcional. Este supuesto que se extrae de la literalidad del art. 9 de la **Convención sobre los Derechos del Niño**. Cuando el Estado ordena el encierro en un establecimiento penal efectivamente separa a hijos de padres. El asunto del alojamiento de los menores en un establecimiento entendemos que vulnera los derechos del menor, implica que el mismo cumpla una pena de encierro, lo cual vulnera el principio de inocencia, el derecho del menor a un desarrollo adecuado, y la intrascendencia de la pena. La prisión preventiva en modalidad de encierro es una medida excepcional, ello quiere decir que no puede ser la regla. La normativa tiene un fundamento sociológico muy sólido. Los niños son sujetos altamente vulnerables. La persona que mejor posición tiene para proteger su integridad y su desarrollo son sus padres. Si estos faltan, ya sea uno o dos de los padres hay un evidente riesgo para la integridad psicofísica.

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

Finalmente, cabe poner de resalto que las situaciones excepcionales requieren un resoluciones acordes a dicha situación. Resulta absurdo sostener pronunciamientos basados en consideraciones que soslayan la gravedad de lo que ocurre en los centros de detención en nuestro país, y particularmente en nuestra provincia. Decidir respecto a la población carcelaria importa un necesario análisis y comprensión no solo de la legislación y normativa nacional y supranacional, sino también, de los problemas estructurales que se verifican en la realidad de la Provincia de Salta pero que responden, en algunos aspectos, a problemáticas y realidades que se representan en los sistemas penitenciarios del resto del país y de la región. De ahí, la importancia y la pertinencia de las recomendaciones citadas.

VIII.PETITUM


I) Por las razones antes expuestas, solicitamos a la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Salta que reconozca el interés público y general de este caso.

II) Que, en función de ello, tenga por presentada a la Asociación Pensamiento Penal y al Programa Ética y Teoría Política de la UNC, en calidad de Amicus Curiae, por reunir las exigencias previstas por la Acordada 7/13 de la CSJN.

III) Que, al momento de resolver, tenga en consideración lo manifestado, haciendo lugar al habeas corpus colectivo y correctivo esgrimido por el Defensor General de la Provincia.



Dr. DIAZ CUETO JOSUF
ABOGADO
M.P. 5832



Hugo Omar Seleme
Director del Prog. Ética y Teoría Política



Mario Alberto Juliano
Director Ejecutivo
Asociación Pensamiento Penal



MARTÍN PLAZA SCHAEFER
ABOGADO
M.P. 6051