

Acuerdos de emergencia. Covid-19 y mujeres en cárceles federales

*Emergency agreements. Covid-19 and women
in federal prisons*

John A. Carlin Sánchez¹ y Verónica Susana Trillo²
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 16 Invierno 2020 (21 junio a 20 septiembre), 557-580

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e434>

Recibido: 01/09/2020

Aprobado: 15/09/2020

I. Introducción y estructura de análisis

En el siguiente trabajo, nos proponemos analizar las Acordadas 2, 3, y 9 de la Cámara Federal de Casación Penal, con la impronta de hacer explícitas las razones dadas por parte de este tribunal respecto a las cuestiones referentes a la situación de las mujeres en cárceles en el contexto de la pandemia COVID-19. Esto es, detallar cuáles son las medidas de protección adoptadas y, además, cuáles deberían ser los procedimientos a seguir toda vez que se requiera hacer efectiva alguna protección de

¹ Estudiante avanzado de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante alumno de Derecho Constitucional y de Filosofía del Derecho. Miembro del Proyecto DeCyT de la Facultad de Derecho, UBA, 2018-2020 "Principios Jurídicos", y Proyecto UBANEX "Derecho y Cárceles: Taller de Sociología del derecho intramuros". En la búsqueda de un acceso efectivo al 'derecho a la educación' en la Unidad Penal N° 48 del Servicio Penitenciario Bonaerense" (UBA). Colaborador en el Centro Universitario San Martín (CUSAM). E-mail: carlinsanchezjohn@gmail.com (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2017-7802>)

² Estudiante avanzada de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Asesora Legislativa en el Honorable Concejo Deliberante del Partido de Moreno, Provincia de Buenos Aires. (ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3759-475X>).

derechos y garantías en el ámbito carcelario, respecto a mujeres privadas de su libertad, mujeres embarazadas o con hijos a cargo, haciendo una distinción respecto de aquellos niños/as que se encuentren o no alojados en prisión. Para este **último** supuesto, nos valdremos del análisis de los argumentos de dos fallos resueltos por la Cámara Federal de Casación Penal, en el período del aislamiento preventivo y obligatorio, tomando como muestra dos casos en los que se resolvió de manera divergente.

II. Acordada 2/20

Para empezar, la acordada 2/20 de la Cámara de Casación Penal del 9 de marzo de este año. Dicha acordada tiene la siguiente estructura de trabajo: a) De la situación advertida; b) De los principios que rigen; c) De los datos estadísticos; d) De las condiciones de detención; y, e) De los lineamientos sobre las medidas a adoptar. Los votos de esta resolución fueron de la siguiente forma: los jueces Ángela LEDESMA, Gustavo HORNOS, Alejandro W. SLOKAR, Guillermo YACOBUCCI, Mariano H. BORINSKY, Ana María FIGUEROA, Javier CARBAJO, Diego BARROETAVEÑA, Daniel Antonio PETRONE, Carlos A. MAHIQUES, por la mayoría, los jueces Liliana CATUCCI, y Eduardo R. RIGGI, a través de un voto concurrente. El resultado será que se tenga en cuenta las consideraciones de esta Cámara respecto de las mujeres embarazadas y/o privadas de la libertad con sus hija/os que se encuentran en contexto de encierro; con la particularidad de cada caso cumpliendo con los estándares internacionales.

A. De la situación advertida

Se hace explícita la actual situación de encierro de mujeres embarazadas y/o detenidas con hijos/as. Esta es una cuestión de carácter humanitario y prioritario que involucra dos colectivos vulnerables (mujeres, y niñas/os). Asimismo, se indica que, al margen de la pandemia actual (COVID-19), el sistema penitenciario se encuentra atravesado por una emergencia carcelaria (RESOL-2019-184-APN-MJ, 25/3/19). En relación con la situación

de encierro de mujeres embarazadas y/o detenidas con hijos/as, se indica que, por intermedio de la Ley 26.472 se incorpora la posibilidad de que las mujeres embarazadas y con hijos e hijas menores de cinco años puedan acceder al arresto domiciliario, no obstante la poca aplicabilidad de esta. Por último, se hace mención respecto a la necesidad del cumplimiento de los estándares exigidos por el derecho internacional de los derechos humanos (art. 75, inc. 22), que impidan la posible responsabilidad estatal.

B. De los principios que rigen

La vulnerabilidad también se verifica por la situación de detención de estos grupos –doblemente vulnerados–. Asimismo, la necesidad de una protección especial. Pues, “no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la necesidad de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre...” (FURLÁN vs. Argentina, 31/08/2012). Es necesario, tener en consideración lo normado en el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece la obligación de los Estados de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en resguardo del interés superior del niño. En la Opinión Consultiva 17/2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se indica que: “el niño debe permanecer en su núcleo familiar salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”. En las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) establece, por ejemplo, que los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres nunca serán tratados como reclusos (Regla 49), que el salud y desarrollo del niño deberá ser supervisado con especialistas, la crianza deberá ser el mismo que el de los niños que no viven en centros

penitenciarios (Regla 51), tener en cuenta el interés superior de niño toda vez que se intente separar a un hijo de su madre, retirar al menor de la prisión debe ser luego de agotadas medidas alternativas (Regla 52), preferir no imponer medidas privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, adoptar disposiciones apropiadas para el cuidado de los niños (Regla 64). Lo dispuesto por el art. 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de esta forma ha de ser el Estado el garante de la educación familiar incluyéndose una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres.

C. De los datos estadísticos

Respecto a esto se deja constancia de los datos aportados por el Sistema Nacional sobre Ejecución de la Pena (SNEEP). Así, en el año 2018 eran 1092 mujeres las privadas de la libertad, representando el 8,02% del total de la población penitenciaria. De las cuales, 36 mujeres con hijos. Actualmente (2020), son alrededor de las 996 mujeres alojadas, de las cuales 21 de ellas se encuentran encarceladas con hijos. Además, 4 de ellas están cursando un embarazo. No obstante el decrecimiento es necesario adoptar medidas que tiendan a evitar las consecuencias negativas del encierro carcelario. Los establecimientos que alojan a estas mujeres son la Unidad 31 de Ezeiza del Servicio Penitenciario Federal y en el Complejo Penitenciario Federal III d la Provincia de Salta. En la primera se alojan 12 mujeres detenidas en calidad de procesadas; 6 condenadas. 9 son argentinas, y 9 son extranjeras. Por último, el Complejo Penitenciario Federal III contiene a 3 mujeres alojadas en calidad de procesadas y 5 de ellas con condena firme. 3 son argentinas y 5 son extranjeras.

D. De las condiciones de detención

Se deja constancia de las dificultades para acceder a los derechos de salud e higiene, alimentación, educación y vínculos

personales, debido a la falta de suministros y a las deficiencias de infraestructura propias del sistema penitenciario, todo lo cual muestra que la cárcel no resulta un ambiente propicio para el desarrollo satisfactorio de un embarazo o la crianza de los niños. En relación con las condiciones de infraestructura se detalla que la Unidad 31 no cuenta con las dimensiones apropiadas para el alojamiento conjunto; respecto con el Complejo Penitenciario Federal III se hizo un relevamiento que permitió obtener como resultado la falta total de suministro de elementos básicos que garanticen el sostenimiento y el cuidado de sus hijos e hijas. En ambos lugares se registra una ausencia de mantenimiento de la estructura y la presencia de plagas. Y se enfatiza en la necesidad de brindar una solución alternativa a la prisión.

E. De los lineamientos sobre la medida a adoptar

Es de suma importancia entender como regla general el derecho a la libertad. Por tanto, toda privación de la libertad de ser la *ultima ratio*, por tratarse de la medida estatal más violenta. En dicha sintonía, las Naciones Unidas recomienda a los Estados revisar el uso que hacen de la prisión preventiva y garantizar que el interés superior del niño sea considerado al detener o encarcelar a su madre...y que los Estados deben considerar medidas alternativas diferentes a la detención preventiva para madres con bebés y niños que aún dependen de ellas... ampliar la aplicación de la política que habilita a los jueces a disponer el arresto domiciliario de mujeres”. Además, de las recomendaciones por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujeres de la CEDAW (CEDAW/C/ARG/CO/7, 7/11/16). Todo esto, considerando estas cuestiones en torno a las circunstancias actuales de emergencia carcelaria (Res. De Emergencia Carcelaria, 25/3/19).

F. De la necesidad de analizar cada caso en concreto

A través del estudio de cada caso requerirá –previo escuchar a las partes– la estricta aplicación de un enfoque consistente con

el interés superior del niño para el análisis de procedencia de medidas alternativas y morigeradas, del arresto domiciliario, de los institutos liberatorios de la ley 24.660 –reformada por la ley 27.375–, así como también de la Ley de Política Migratoria para el caso de las mujeres extranjeras.

Respecto a las medidas alternativas, se dirá que, se ha verificado obstáculos para cumplir con las reglas establecidas por los órganos judiciales –la permanencia en el domicilio– y, al mismo tiempo, obtener un trabajo remunerado, continuar con su formación educativa, acceder a programas sociales, entre otras. Las medidas judiciales orientadas a la promoción de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales, y Ambientales de las mujeres contribuye a intervenciones positivas que permiten una mejora en la organización social de la cotidianidad de las mujeres en sus hogares.

III. Acordada 3/20

La Acordada 3/20 de la Cámara de Casación Penal del 13 de marzo de este año se resolvió con los votos de los siguientes firmantes: los jueces Ángela LEDESMA, Gustavo HORNO, Alejandro W. SLOKAR, Guillermo YACOBUCCI, Mariano H. BORINSKY, Ana María FIGUEROA, Javier CARBAJO, Diego BARROETAVERNA, Daniel Antonio PETRONE, Carlos A. MAHIQUES, por la mayoría, los jueces Liliana CATUCCI, y Eduardo R. RIGGI, en disidencia. El resultado será: encomendar el preferente despacho para la urgente tramitación de cuestiones referidas a personas privadas de libertad que conformen el grupo de riesgo en razón de sus condiciones preexistentes (art. 36 RJN); además, solicitar a las autoridades competentes –de conformidad con las medidas de emergencia dispuestas mediante el Decreto PEN N° 260/2020–, la adopción con carácter urgente y en forma conjunta de un protocolo específico para la prevención y protección del Coronavirus COVID-19 en contexto de encierro, en resguardo del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, en especial aquellas consideradas dentro de algún otro grupo de riesgo, y de las personas a ellos vinculadas.

A. La Mayoría

La mayoría del tribunal hace notar la preocupación por parte del tribunal de la situación de las personas privadas de la libertad en distintos establecimientos, en razón de las particulares características de propagación y contagio y las actuales condiciones de detención en el contexto de emergencia penitenciaria formalmente declarada. Atento a ello, se debe resguardar el derecho a la salud que el Estado debe garantizar a las personas en condición de encierro, por tratarse de una específica situación de vulnerabilidad (arts. 18 y 75 inc. 22 CN, arts. 4.1,5,19 y 26 CADH, 12.1 y 2, ap. “d” PIDESC, arts. 3 y 25 DUDH, 1 y 11 DADDH, Reglas Mandela 24 a 35, Secc. 2da., ap. 10, acápites 22 y 23 de las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” y 58, 59, 60, 61, 143 de la ley N° 24.660).

B. La Disidencia

Por su parte, los jueces que componen la disidencia entienden que las recomendaciones para proteger la salud de los internos deben ser dadas por los señores jueces de ejecución penal cuando correspondiere en los casos sometidos a su jurisdicción, y podrán eventualmente ser controladas por esta Cámara Federal de Casación Penal en esos mismos supuestos. Es así que, el Decreto 260/2020 (Emergencia Sanitaria) debe ser implementado por la autoridad de aplicación (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) quien dictará las normas que resulten necesarias a fin de dar cumplimiento con la finalidad de mitigar el impacto de la epidemia y adaptar la normativa a la dinámica de la misma. Por tanto, no resulta pertinente expresarse al respecto.

IV. Acordada 9/20

Esta acordada de la Cámara de Casación Penal del 13 de marzo de este año. Los votos en esta resolución fueron de la

siguiente forma: los jueces Ángela Ledesma, Gustavo M. HORNOS, Alejandro W. SLOKAR, Guillermo YACOBUCCI, Mariano H. BORINSKY, Javier CARBAJO, Diego BARROETAVERÑA, Daniel Antonio PETRONE, Carlos A. MAHIQUES, por la mayoría, la jueza Ana María FIGUEROA, a través de un voto concurrente, y los jueces Liliana CATUCCI, y Eduardo R. RIGGI, en disidencia. A través de esta resolución: 1. Recomienda el estricto cumplimiento de las Acordadas 2 y 3 de esta Cámara; 2. Recomienda: a los tribunales de la jurisdicción que adopten medidas alternativas al encierro, tales como la prisión domiciliaria, con los mecanismos de control y monitoreo que estimen corresponder respecto de: a) Personas en prisión preventiva por delitos de escasa lesividad o no violentos, o que no representen un riesgo procesal significativo [...]; b) Personas condenadas por delitos no violentos que estén próximas a cumplir la pena impuesta; c) Personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión; d) 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; e) Mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijos e hijas; f) 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; 3. Meritar con extrema prudencia y carácter sumamente restrictivo la aplicabilidad de estas disposiciones en supuestos de delitos graves [...]; 4. Recomendar a las autoridades penitenciarias el estricto cumplimiento de los protocolos y normas vigentes en materia sanitaria ante la detección de síntomas compatibles con COVID19 [...]; 5. Hacer saber a la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo dispuesto, así como también al Ministerio de Justicia

y Derechos Humanos de la Nación y al Ministerio de Salud de la Nación, a fin de que –estos dos últimos- instrumenten y articulen las medidas necesarias para dar cabal cumplimiento a lo que en definitiva resuelvan los órganos jurisdiccionales pertinentes.

A. La Mayoría

1. De las medidas oficiales referentes a la pandemia

A partir de los Decretos 297, 325, 355 de 2020, se dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio. Estas decisiones son adoptadas en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y en atención de la situación epidemiológica con relación al CORONAVIRUS-COVID 19. Teniéndose en cuenta las Acordadas 6, 9, 10 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se considere, especialmente, aquellas en las que se encuentren en juego el derecho a la salud y protección de personas con discapacidad.

2. De los informes y recomendaciones de organismos nacionales e internacionales con incidencia en la materia

Se deja constancia del exhorto por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 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>). Lo dicho por la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Michelle BACHELET quien insistió a los Estados a 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; además, las declaraciones 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.

La CIDH también manifiesta su profunda preocupación por las alarmantes condiciones en las que se encuentra la población carcelaria en la región “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, como personas mayores, diabéticas, hipertensas [...]” (Comunicado de prensa 66/20 del 31 de marzo de 2020). Además, “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. Los Estados se encuentran en una especial condición de garante frente a las personas privadas de libertad, lo cual implica que deben respetar la vida e integridad personal de ellas, así como asegurar condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad. 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). Mismo, la CIDH indica que, “[...] esta coyuntura exige a los Estados un gran esfuerzo coordinado para descongestionar tanto unidades penitenciarias como comisarías 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 [...] para prevenir la propagación del virus en los centros de detención y para garantizar la atención médica adecuada a las personas privadas de libertad

[y] deberán respetar las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos en la materia.” Por último, en este comunicado, la Comisión recomienda: “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). Luego, a través de la Resolución 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, del 10 de abril del corriente, la Comisión indica otras directivas en la misma dirección. Por otro lado, la Organización Mundial de la Salud a través del documento “Preparación, prevención y control de COVID-19 en las cárceles y otros lugares de detención”, del 15 de marzo de 2020, indica 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 [...] [y] dar prioridad a las medidas no privativas de la libertad para detenidos con perfiles de bajo riesgo”. En el ámbito, la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), a través de la presentación del 8 de abril, 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”. Además, el Comité Nacional para la Prevención contra la Tortura plantea la necesidad de adoptar criterios generales de actuación, aplicar medidas alternativas al encierro, generar articulaciones, garantizar medidas de sanidad, entre otras.

3. De las decisiones de esta Cámara Federal de Casación Penal

Además, de lo anteriormente dicho en las anteriores Acordadas, se indica que el 2 de abril, la Presidencia de la Cámara, previa consulta con sus autoridades, dispuso que los órganos de la jurisdicción tomaran razón y adoptaran los recaudos pertinentes en orden a los puntos 1 y 2 de la Recomendación de la Comisión IDH (*ut supra*). También, se dispuso que se evaluara de manera prioritaria el otorgamiento de medidas alternativas como la libertad condicional, el arresto domiciliario o la libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo, tales como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo o para quienes estén prontos a cumplir condenas.

4. De la situación actual y del deber de garantía sobre las personas detenidas

Es una realidad la pandemia a causa del COVID-19, pero también es cierta la emergencia carcelaria formalmente declarada (Resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019-184-APN-MJ, del 25 de marzo de 2019). Además, la adopción de medidas concretas por parte de los poderes del Estado para el adecuado resguardo de uno de los sectores más vulnerables, sobre quienes, además, existe un deber de garantía, que exige –en estas especiales circunstancias– un abordaje humanitario. Además, se hace explícito el comunicado 66/20 de la Comisión IDH (31/03/20) y el llamado del Alto Comisionado por los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, instando a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como una

medida de contención de la pandemia -que fueran precedentemente citados-, resulta necesario dictar una Acordada relativa a esta temática, sin perjuicio de que cada caso concreto deberá ser resuelto jurisdiccionalmente. Por último, surgen diversas medidas a recomendar desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, para aliviar la situación de hacinamiento carcelario con el fin de disminuir los factores de riesgo y facilitar la atención sanitaria ante casos de COVID-19. Por el otro, para responder al entorno de aquellos internos que están dentro de alguno de los grupos de vulnerabilidad frente a la pandemia. Indica la Cámara que, en uno y otro supuesto las decisiones han de estar reguladas por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, han de distinguirse entre los estándares con los que se pondera la sobrepoblación penitenciaria y aquellos con los que se analiza la especial vulnerabilidad de algunas de las personas privadas de su libertad. Y corresponde aclarar que las medidas recomendadas se motivan exclusivamente en la pandemia COVID-19, motivo por el cual, una vez superada la emergencia sanitaria en la que nos encontramos, los casos deberán ser sometidos a un nuevo reexamen. Por último, en virtud de estas consideraciones, de manera excepcional mientras dure la emergencia sanitaria con fines humanitarios y con el objetivo de alcanzar el debido cumplimiento de las funciones jurisdiccionales, y posibilitar una mayor dinámica y operatividad a las normas en vigor -dentro del marco legal expresamente establecido-, acordamos el dictado de las reglas y recomendaciones dadas.

B. La Disidencia

Plantean que estas consideraciones debieron dirigirse a los poderes Legislativo y Ejecutivo. Para el primero, dirá que, las legítimas preocupaciones de los distintos organismos citados en la presente, tendientes a extremar los cuidados de la población carcelaria. Pero cierto es que las medidas que proponen que establezca y disponga esta Cámara, tales como que predetermine parámetros de actuación, protocolos específicos o cualquier

otra de carácter general, por su misma naturaleza, debieron haberse dirigido al Poder Legislativo, quien conforme a nuestro ordenamiento constitucional, tiene asignada esa incumbencia, facultad que por lo demás le está vedada a este Tribunal. Por último, en este orden de ideas, que los señores jueces, en el caso concreto sometido a su jurisdicción, deberán proceder sin desconsiderar los riesgos procesales, sin obviar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sin desatender el particular interés y atención de las víctimas, ni la protección general de la sociedad, y considerar y aplicar las referidas recomendaciones dirigidas a proteger la salud de los internos alojados en el Servicio Penitenciario Federal; decisorios que, eventualmente, podrán ser controlados jurisdiccionalmente por esta Cámara Federal de Casación Penal en esos mismos supuestos. Para el Poder Ejecutivo, la disidencia dirá que, advertimos también la existencia de facultades vinculadas a la instrumentación de medidas sanitarias e higiene, etc., propias del Poder Ejecutivo, que es quien debe adoptar las medidas primarias y urgentes para enfrentar la crisis real que pudiera desatarse a causa del riesgo de contagio y el eventual menoscabo al derecho a la vida, a la salud, y a la integridad de las personas detenidas y de quienes las tienen a su cargo, a lo cual se suma el riesgo potencial de la violencia que puede desplegarse ante la impotencia de evitar el contexto patógeno. Asimismo, el Poder Ejecutivo ya ha canalizado estas serias inquietudes recogiendo la buena voluntad y preocupación que inspiran las presentaciones que dieran lugar a la presente. Ello así, desde que advertimos que el Decreto 260/2020 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, establece la Emergencia Sanitaria, y en lo pertinente, dispone en los artículos 10 y 20, que el Jefe de Gabinete de Ministros coordinará con los distintos organismos del sector público nacional, la implementación de las acciones y políticas para el adecuado cumplimiento de las recomendaciones que disponga la autoridad sanitaria nacional en el marco de la emergencia y de la situación epidemiológica...” Como también que “La autoridad de aplicación (aquí está obviamente implícito el Ministerio

de Justicia y Derechos Humanos, de quien depende el Servicio Penitenciario Federal), dictará las normas que resulten necesarias a fin de dar cumplimiento al presente decreto y podrá modificar plazos y establecer las excepciones que estime convenientes, con la finalidad de mitigar el impacto de la epidemia y adaptar la normativa a la dinámica de la misma.

IV. JURISPRUDENCIA

A. Se otorga arresto domiciliario

En relación con este punto, se analizará el fallo “Miranda, Stella Maris s/ recurso de casación”, que a partir del rechazo por parte del Tribunal Oral Federal N° 4 de San Martín es resuelto por la sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal. Dicha sentencia gira en torno a la prisión preventiva de la imputada, quien es coautora del delito de tráfico de estupefacientes, en su modalidad de tenencia con fines de comercialización, agravado por la intervención de tres o más personas organizadas, en concurso real con el delito de tenencia ilegítima de arma de fuego. Además, posee un antecedente condenatorio por la comisión del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización que podría incidir en la eventual declaración de reincidencia. Al respecto, los argumentos por parte de la Defensora Oficial remiten a consideraciones planteadas en la instancia anterior, así, refiere a las condiciones de detención de su defendida, quien se encontraba detenida desde hace casi dos años, es madre de dos hijos y que es su hija mayor quien actualmente se ocupa de la crianza del niño. Por último, la defensa sostiene que, su defendida alegó padecer cáncer de mama desde el mes de enero de 2018, por lo cual habría sido tratada en el Hospital Zonal General de Agudos Boccalandro.

Respecto a los argumentos de la sentencia, se dividen en tres votos distintos por parte de los jueces Gustavo M. HORNOS como presidente y los doctores Alejandro W. SLOKAR y Diego BARROETAVENA como Vocales.

Así, el juez HORNOS, indicará que, si bien el tribunal *a quo* fundó su decisión en base a datos objetivos que permiten acreditar fehacientemente la existencia de riesgos procesales en autos, lo cierto es que las particulares circunstancias del caso y la situación en base a datos objetivos que permiten acreditar fehacientemente la existencia de riesgos procesales en autos, lo cierto es que las particulares circunstancias del caso y la situación extraordinaria imponen una solución distinta. Además, indica 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 Nº 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. Así, teniendo en cuenta las condiciones actuales de emergencia carcelaria (Resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019184-APN-MJ, del 25 de marzo de 2019). Respecto de los establecimientos para mujeres es importante destacar que la población carcelaria femenina ha crecido de manera exponencial en los últimos tiempos, y que conforme a las Reglas de Bangkok debe brindarse a las mujeres privadas de su libertad una salud orientada especialmente a la mujer, considerando su condición. De esta forma, se destaca que Miranda no integra el listado de personas en situación de riesgo confeccionado por el Servicio Penitenciario Federal y remitido a esta Cámara por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación el 26 de marzo del corriente. Asimismo, podemos encontrar en el fallo, consideraciones que apoyan la necesidad de una perspectiva de género en toda intervención judicial, el juez Hornos sostiene que, la problemática del presente caso requiere también de una mirada y una visión con perspectiva de género que permita analizar el impacto diferencial de las acciones del Estado sobre varones y mujeres privadas de su libertad y que contemple el Interés Superior del Niño. Además,

con este norte, el Sistema Interinstitucional de Control de Cárcel emitió la Recomendación VI/2016 referida especialmente a cuestiones de Género en contextos de encierro y a los Derechos de las mujeres privadas de la libertad. Allí, entre otras cuestiones de similar relevancia, se hace especial referencia al arresto domiciliario de las mujeres como una opción que morigerara el encierro carcelario, y que permite compatibilizar el interés social en persecución y sanción de los delitos y la vigencia de los Derechos Humanos de las Mujeres en conflicto con la ley penal. Por, último, el juez HORNO dirá que, en esa dirección, los Miembros del Sistema recomendaron a los integrantes del Poder Judicial que al momento de aportar medidas relativas a la prisión preventiva y/o a la condena, tengan presente lo dispuesto en las Reglas de Bangkok (N° 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64),³ y demás estándares en materia de Derechos Humanos de las mujeres, vinculado a la excepcionalidad del encierro y la necesidad de implementar medidas no privativas de la libertad (en igual sentido, ver Recomendación del 9 de marzo de 2020 de esta Cámara Federal de Casación Penal [Acordada 2/20, ver *ut supra*]). Pero, la interpretación restrictiva de la ley es un claro obstáculo a todo esto. Así, se continúa y se pregunta: ¿Qué debe hacerse? Pues, la concurrencia de los requisitos que habilitan el arresto domiciliario debe estar guiada por las reglas que indican considerar las responsabilidades de cuidado de las mujeres en conflicto con la ley penal, por el principio *pro persona* y por el Interés Superior del Niño. Es por ello 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

³ Las Reglas de Bangkok mencionadas establecen que, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena para las mujeres, teniendo en cuenta su historial de victimización y sus responsabilidades de cuidado de otras personas, preservando sus vínculos familiares. En cuanto a mujeres embarazadas o con hijos a cargo se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad, de no ser posible, deberá tenerse presente el interés superior del niño o los niños, asegurando que se adopten disposiciones apropiadas para su cuidado.

quienes están en condiciones de pobreza, pobreza extrema y marginalidad con familiares privados de libertad.⁴ Es así que, por todo lo expuesto, en la inteligencia de que en el contexto extraordinario actual de pandemia, esta es la solución que mejor se ajusta a la protección integral de los derechos en juego, a la salud, a una vida digna y libre de violencia, a la familiar, a la igualdad y a un trato humanitario a la vez que resguarda las garantías del debido proceso, en defensa en juicio y el principio *pro homine* y la primacía del Interés Superior del Niño; corresponde HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la Defensa, REVOCAR la resolución recurrida y en consecuencia, CONCEDER la detención domiciliaria a Stella Maris Miranda.

Por su parte, el juez SLOKAR hará énfasis en la cuestión de la evitación de trascendencia de la pena, la detención domiciliaria constituye la solución aceptable para los casos en que el encierro carcelario implica una afectación que trasciende a la persona privada de libertad, si desde siempre se reclama que las penas no se proyecten a la familia del justiciable. Así, pues, el principio de intrascendencia mínima hace que los hijos no deban bajo ninguna circunstancia purgar la responsabilidad de los padres.

El juez BARROETAVEÑA, respecto a consideraciones de la persona imputada dirá que, ante la emergencia sanitaria frente a la pandemia declarada por la aparición del Coronavirus (COVID-19) –conforme lo dispuesto mediante D.N.U. N° 260/2020 (B.O.: 14/03/2020) y las Acordadas N° 4/20 de la C.S.J.N. y 4/20 de esta Cámara Federal de Casación Penal-, es que entendemos que la situación personal de Miranda debe ser considerada de acuerdo al estado de salud alegado por la defensa, toda vez

⁴ Los datos que aportan en el voto del juez HORNOS. Así, se estima que en Argentina hay alrededor de 133.000 (ciento treinta y tres mil) niñas, niños y adolescentes con referentes adultos privados de libertad (cfr. Informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación con el apoyo de UNICEF: “Más allá de la prisión. Paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro”). Esta población vive con limitada capacidad para el ejercicio de sus derechos fundamentales, realidad que los convierte en vulnerables a situaciones de índole social, económica y cultural.

que esa circunstancia no pudo ser valorada por el tribunal *a quo* al momento de dictar la resolución atacada. Por último, y respecto a la situación de salud, el juez BARROETAVERÑA dirá que, se destaca que la solicitud en trato se encuentra inescindiblemente vinculada a la constatación de un extremo de hecho que refiere a la salud de la peticionante, lo que implica una situación “dinámica”. Este dinamismo al que se encuentra sujeta la salud de la persona, demanda que la valoración que determine en definitiva la solución a adoptar se realice sobre elementos de juicio actuales que permitan, frente a las circunstancias excepcionales apuntadas, corroborar fehacientemente el estado de salud de la imputada al tiempo de resolver.

B. Se rechaza arresto domiciliario

El análisis será en torno al fallo “Vidal Campos, Yesenia Estefany s/recurso de casación”, de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los doctores Javier CARBAJO y Gustavo M. HORNOS, convocados de manera remota de conformidad con lo establecido en las Acordadas 6/20, 8/20, 10/20, 13/20 y 14/20 de la C.S.J.N. y 6/20, 8/20, 10/20 y 11/20 de la Cámara Federal de Casación Penal. Algunas referencias de la persona imputada. Yesenia tiene 2 hijos menores de edad (6 y 8 años), solicita la prisión domiciliaria aludiendo a dos cuestiones: 1) si pertenece al grupo de riesgo por padecer una patología respiratoria crónica (asma); 2) si existe afectación del interés superior del niño debido a la restricción del régimen de visitas.

Sobre el fondo de la cuestión, en un primer orden, el juez CARBAJO indica que, el Departamento de Asistencia Médica del Complejo Penitenciario Federa IV de Mujeres de Ezeiza informó que “la paciente (...) no es una persona de riesgo a infección por COVID-19” y que, por tanto, “debe tomar las medidas de prevención generales como todo el resto de la población...”. Asimismo, se remitió al informe producido por el área médica de la unidad penitenciaria y a la historia clínica, y memoró que allí se consignó que la interna no es una persona de riesgo a infección por

COVID-19 o con “intercurrencias clínicas que determinen mayor riesgo ante exposición viral”. Además, que: “para la concesión de la prisión domiciliaria debe hacerse un análisis integral de las peculiaridades que rodean al pedido pues, como se advierte, el texto del art. 32 de la ley 24.660 establece que el juez “podrá” disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria (cfr. FCB 8439/2014/38/CFC4 “ACOSTA, Jorge Exequiel s/ recurso de casación”, reg. n° 313/19 de esta Sala, rta. el 13/3/2019)”. Esto a partir de la interpretación semántica pues, sostiene que, “tal conclusión se impone a partir de la existencia de ese verbo -“podrá”- empleado por el legislador y guarda coherencia con la conocida pauta de interpretación según la cual la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820 y 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149 y 327:769) y que este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937 y 312:1484)”. Apoya estos argumentos en diferentes debates parlamentarios, así, por ejemplo, dirá que, “en ese sentido, durante la discusión parlamentaria de la citada ley, se afirmó que “el seguimiento minucioso de quienes toman la medida y, particularmente, respecto de la ampliación de la facultad del juez, el proyecto de ley no utiliza el término deberá para obligar al magistrado, sino que establece que en cada caso concreto podrá cumplir con esta petición (...) El juez, dentro de sus facultades, podrá utilizar este beneficio o no, según cada caso, y determinará si cada una de las peticiones reúne los requisitos que se requieren para obtener esta libertad domiciliaria” (del informe del Senador Rubén Hugo MARÍN). Mismo, “en esa inteligencia, se agregó que “el concepto ‘podrá’ está dándole al juez la oportunidad de valorar los hechos cometidos y, además, una responsabilidad

para atender ese delicado equilibrio entre lo humano que significa que la madre pueda cuidar al chico, el interés colectivo y la gravedad del hecho que tendrá que mensurar frente a la sociedad en cuanto al otorgamiento de este beneficio” (del informe del Senador Miguel Ángel PICHETTO en el orden del día Nº 424 del 17 de diciembre de 2008 de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación). Por tanto, resulta claro que se trata de una facultad delegada por el legislador al juez, quien deberá evaluar, luego del análisis global de las constancias del expediente, si resulta razonable conceder el instituto peticionado. En ese orden, el juez de ejecución consideró fundadamente que la situación de Vidal CAMPOS no encuadraba dentro de lo previsto en los arts. 10 incs. a) y f) del Código Penal y 32 incs. a) y f) de la Ley 24.660 y para ello valoró, como cuestiones centrales, la opinión de la Asesora de Menores, los informes técnicos realizados por los equipos interdisciplinarios de la Defensoría General de la Nación y los informes del Departamento de Asistencia Médica del Complejo Penitenciario Federal IV”. De esta forma, se rechaza el pedido por esta circunstancia. Ahora bien, respecto a la segunda circunstancia se valdrá del informe médico confeccionado por el servicio médico de la Unidad Penitenciaria, así, sostiene que: “[l]a paciente debe de tomar las medidas de prevención generales como todo el resto de la población ya que no es una persona de riesgo a infección por covid-19”. Aunado a ello y según han hecho constar el representante del Ministerio Público Fiscal ante la anterior instancia al contestar vista, y el juez de ejecución al resolver, en la historia clínica remitida luce que se trata de una paciente sin interurrencias clínicas que determinen mayor riesgo ante exposición viral”. Por tanto, se rechaza la solicitud al no encontrarse una mayor vulnerabilidad.

Por su parte, el juez HORNOS indicará que comparte en lo sustancial con los argumentos desarrollados por el juez CARBAJO. Además, agrega que toda que cuando “se invoca “el interés superior del niño” en los términos del artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño., resulta primordial que el caso sea suficientemente sustanciado a los fines de dotar a los

jueces de la información pertinente y suficiente para decidir si la morigeración del régimen de cumplimiento de pena que se solicita en función de los intereses del niño, sería necesaria e idónea para asegurarlos en los términos de la normativa citada”. Además, y por último sostendrá que, “resulta ineludible la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, en el adecuado resguardo del derecho a ser oído del niño en tanto la cuestionada intervención estatal la ha separado de su madre y el pedido de prisión domiciliaria es efectuado principalmente en su nombre (artículo 12 de la C.D.N.), pues es aquél el órgano que se encuentra en condiciones de alegar, objetivamente y de un modo no condicionado, sobre el punto, en tanto debe intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores o incapaces y puede entablar en defensa de éstos las acciones y recursos pertinentes -art. 54 de la ley 24.946- (cfr.: in re “PAEZ”)”. De estar se explicita los dichos por “la Defensora Pública Oficial, doctora Virginia SANSONE, en calidad de Asesora de Menores, quien, en varias oportunidades, dictaminó de modo adverso a la concesión del beneficio, en tanto sostuvo que el ingreso de Vidal Campos a alguno de los domicilios propuestos tendría incidencia negativa sobre A.L.M. y A.N.R.; circunstancia que fue reafirmada en la audiencia celebrada en esta instancia en fecha 12 de mayo de 2020”. Así, “[e]n tal contexto, el caso no presenta aspectos que permitan sospechar la posible vulneración de “el interés superior del niño” -en los términos del artículo 3.1 del C.D.N.-, de los hijos menores de edad de la encausada, y no demuestran que las actuales condiciones de ejecución de la pena de Vidal CAMPOS importen atentar contra los derechos que les asisten”. Por tanto, se rechaza la solicitud de otorgamiento de la prisión domiciliaria.

V. Conclusión

Las Acordadas de la Cámara Federal de Casación Penal 2, 3 y 9 de 2020, dictadas en el contexto de Pandemia COVID-19, responden a la necesidad de establecer criterios más “flexibles”

en cuanto al otorgamiento del arresto domiciliario -entre otras cuestiones-, para así contrarrestar el hacinamiento de las cárceles argentinas. Sin embargo, esta flexibilidad, y la actual coyuntura, no conllevan necesariamente a un acatamiento indubitable por parte de los magistrados. Esto último se evidencia en los fallos que aquí han sido cuestión de análisis, en donde se observa que ante supuestos de similares características –mujeres que aducen que su salud está en riesgo (aunque no se encuentren contempladas en el listado presentado por el Servicio Penitenciario Federal), madres de hijos menores de edad (mayores de 5 años) con quienes no conviven–. Esta Cámara resolvió de manera diferente entre un caso y otro, analizando las particularidades de cada uno conforme al punto f de la Acordada 2/20.

Sabido es que, la privación de la libertad, lejos de habilitar un debilitamiento o cese de los derechos fundamentales de las personas detenidas o de las obligaciones del Estado, requiere del refuerzo de dispositivos de promoción y protección de los mismos, más aún frente a las circunstancias extraordinarias que atraviesa hoy el mundo entero. La pandemia puso en relevancia el déficit en materia de protección de derechos de las personas privadas de su libertad, en especial manera, el derecho a la salud y en cuanto a los niños, niñas y adolescentes cuyas madres se encuentren privadas de su libertad, se pone de manifiesto el estado de vulnerabilidad y afectación del interés superior del niño. En ese marco, las Acordadas vienen a intentar, de algún modo, subsanar esta situación, al poner en manos de los jueces los instrumentos que, eventualmente, les permitiría reparar hoy lo que nunca debió romperse.

VI. Bibliografía

Acordada 2 (2020) “Recomendación de la Cámara Federal de Casación Penal sobre la situación de encierro de mujeres embarazadas y con hijos” Cámara Federal de Casación Penal. En línea en: <http://www.saij.gob.ar/recomendacion-camara-federal-casacion-penal-sobre-situacion-encierro-muje>

res-embarazadas-hijos-nv22996-2020-03-09/123456789-0abc-699-22ti-lpsedadevon?

Acordada 3 (2020) Cámara Federal de Casación Penal. En línea en: <https://www.cij.gov.ar/nota-36990-Acordada-3-2020-de-la-C-mara-Nacional-de-Casaci-n-en-lo-Criminal-y-Correccional.html>

Acordada 9 (2020) Cámara Federal de Casación Penal. En línea en: <https://www.cij.gov.ar/nota-37089-Acordada-9-20-de-la-C-mara-Federal-de-Casaci-n-Penal.html>

“Miranda, Stella Maris s/ recurso de casación” (2020) sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal. En línea en: <http://www.saij.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-miranda-stella-maris-recurso--fa20260010-2020-03-27/123456789-010-0620-2ots-eupmocsollaf?.com>

“Vidal Campos, Yesenia Estefany s/recurso de casación” (2019) de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal. En línea en: <https://www.cij.gov.ar/m/d/sentencia-SGU-94aab611-f02d-4dfb-8760-46df48028dfe.pdf>