

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POST-PANDEMIA COVID-19

TOMO II

*Colección de Estudios Críticos
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Córdoba*

COORDINADORES:
MAXIMILIANO RAIJMAN
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba
2020

LA EMERGENCIA SANITARIA EN CONTEXTOS DE ENCIERRO CARCELARIO

CARLOS JULIO LASCANO¹

1. Introducción

La privación de la libertad ambulatoria –ya sea como pena de las enumeradas en el art. 5 del Código Penal argentino o como medida cautelar de coerción personal en el proceso penal regulada en los distintos códigos procesales de la materia, tanto el nacional como los provinciales- sólo puede afectar la posibilidad que la persona sobre la que recae se traslade de un lugar a otro, pero de ninguna manera puede extenderse a otros derechos fundamentales del interno, entre los cuales uno de los más relevantes es la salud.

Con el objetivo de protección de la dignidad humana el Código Penal y la ley 24.660² de ejecución de las penas privativas de la libertad regulan la detención domiciliaria como una modalidad morigerada de cumplimiento de dicha clase de sanciones y también de la prisión preventiva, que permita evitar que el encierro en centros de detención pueda afectar la salud del interno o atentar contra su seguridad e integridad personales.

La emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Covid-19 que involucra a la humanidad entera ha puesto en el tapete la situación de las personas privadas judicialmente de su libertad, en especial de aquellos internos que se ubican en grupos de riesgo de contagio del virus y podrían ser más vulnerables por estar conviviendo en proximidad física con otras

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Cátedra de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

² B.O. 16/07/1996.

personas dentro de ámbitos de encierro que –en ciertos establecimientos– presentan su capacidad de alojamiento excedida en el número de detenidos.

Cuando tales peligros no pueden ser neutralizados mediante la implementación de las medidas sanitarias preventivas que cada establecimiento debe adoptar para evitar el contagio masivo entre los internos, desde distintos sectores se postula como solución alternativa al encierro carcelario la concesión del beneficio de la detención domiciliaria en determinados supuestos, como así también la anticipación del encierro mediante el otorgamiento anticipado de libertad condicional y libertad asistida, o la revisión de la prisión preventiva con la posibilidad de otorgar la excarcelación en ciertos casos de los que no podré ocuparme en esta oportunidad.

Los numerosos pedidos de los internos de todo el país direccionados a obtener el cese del encierro carcelario han abarrotado los distintos tribunales federales y provinciales que se encuentran trabajando durante la feria judicial extraordinaria dispuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales superiores de provincia, todo en el marco de una opinión pública sensibilizada y dividida en encendidas discusiones, en no pocos casos teñidas de intencionalidades políticas o ideológicas. Trataré de sustraerme de ese difícil clima para abordar estas cuestiones desde lo estrictamente jurídico, con un análisis acotado a las soluciones que se han ido dando en el ámbito de la Justicia Federal, y, más específicamente, del tribunal oral en lo criminal federal de esta ciudad que integro, en forma particular con respecto a los pedidos de sustituir la efectiva privación de libertad que se cumple en establecimientos carcelarios por la modalidad atenuada de la detención domiciliaria.

2. Regulación de la emergencia sanitaria por el Covid-19

El decreto PEN 260/2020 del 12/03/2020, relacionado con la resolución adoptada por la Organización Mundial de la Salud, declara la situación de pandemia por aparición del Coronavirus 2019-Ncov (Covid-19); asimismo la Cámara Federal de Casación Penal en la acordada 3/2020 del 17/03/2020 encomienda el *«preferente despacho para la urgente tramitación de cuestiones referidas a personas privadas de su libertad que conformen el grupo de riesgo, en razón de sus condiciones pre existentes (art. 36 R/JN)»*.

Los arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN; 4.1, 5, 19 y 26 de la CADH; 3 y 25 DUDH. 1 y 11 DADDH; reglas Nelson Mandela 24/35; Secc. 2ª, apartado

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 24660, establecen que el Estado debe resguardar el derecho a la salud de las personas en condición de encierro por su especial situación de vulnerabilidad. El Ministerio de Salud de la Nación determinó que las personas que padecen determinadas patologías constituyen un grupo de riesgo susceptible de padecer complicaciones serias frente al avance de la pandemia Covid-19.

En este mismo sentido se pronuncia el comunicado N° 66/20 de la C.I.D.H., de fecha 31 de marzo del corriente año, en el que el Organismo, considerando el contexto de la pandemia del virus Covid-19, en cuanto a la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, **recomienda** a los Estados adherentes:

«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, 3. Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19. Garantizar en particular que todas las unidades cuenten con atención médica y proveer especial atención a las poblaciones en particular situación de vulnerabilidad, incluidas las personas mayores y 4. Establecer protocolos para la garantía de la seguridad y el orden en las unidades de privación de la libertad, en particular para prevenir actos de violencia relacionados con la pandemia y respetando los estándares interamericanos en la materia».

La Comunicación de la Cámara Federal de Casación Penal del 02/04/2020, suscripta por la Sra. Presidenta, Dra. Ángela E. Ledesma, y los Dres. Gustavo M. Hornos –Vicepresidente 1°- y Alejandro W. Slokar –Vicepresidente 2°-, en atención a la comunicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomienda: *«que los órganos de la jurisdicción tomen razón y adopten los recaudos pertinentes en orden a los*

puntos 1 y 2 de la Recomendación de la CIDH...», la cual ha sido transcrita precedentemente (<http://www.cas.org./es/ /066.asp>). Aclaro que entre las medidas alternativas al encierro referidas en el punto 2 de la referida recomendación se menciona la “*libertad anticipada*”, pero en el Derecho Penitenciario argentino esa expresión debe interpretarse como abarcativa de los distintos institutos contemplados en la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad n° 24.660 que permiten al interno obtener el cese del encierro carcelario con anterioridad a la fecha del cómputo de cumplimiento total de la condena, tales como la libertad condicional (art. 28 y ss. ley 24.660) y la libertad asistida (art. 54 del mismo texto legal).

La resolución n° 1/20, intitulada “*Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*”, adoptada por la CIDH el 10 de abril de 2020, establece una serie de recomendaciones cuya descripción omitiré por razones de brevedad.

La Cámara Federal de Casación Penal en la acordada 9/2020 de fecha 13/04/2020, 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, o cuando la duración de la detención cautelar haya superado ostensiblemente los plazos previstos en la Ley 24.390, en relación a los hechos imputados y tomando en cuenta las características de cada proceso; 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, conforme normas constitucionales, con-

vencionales y de derecho interno, según la interpretación que el órgano jurisdiccional haga en cada caso»

La lectura de dicha acordada nos permite advertir que ella no contiene norma alguna que conmine a los tribunales de la Nación a disponer en forma obligatoria y automática la sustitución, de la ejecución en establecimientos penitenciarios de penas privativas de la libertad o de la prisión preventiva de todos los internos que se encuentren dentro de lo que se consideran “grupos de riesgo” vinculados al virus Covid-19, sino que sólo se trata de recomendaciones que apuntan a la evaluación prioritaria acerca del otorgamiento de medidas alternativas al encierro como la detención domiciliaria, la libertad condicional o la libertad asistida.

Sin embargo, un magistrado ha declarado inconstitucional la mencionada acordada. Se trata de Germán Castelli, juez del Tribunal Oral Federal nº 7 de la ciudad de Buenos Aires, a quien le tocó entender -como a tantos otros magistrados- en distintos planteos de libertad que llegaron en medio de la emergencia sanitaria por el coronavirus. Con fecha 23/04/2020 decidió declarar la inconstitucionalidad de la acordada 9/2020 de la Cámara Federal de Casación Penal.

Castelli se pronunció así en el pedido que formuló un condenado por delitos de lesa humanidad, actuando como magistrado del TOF 2 de La Plata. Al día siguiente (24/04/2020) repitió esa conclusión, en su condición de juez del TOF 7 de la ciudad de Buenos Aires, al negar la detención domiciliaria que había solicitado Ana Lucía Tavera Huaman condenada por tráfico de estupefacientes a cuatro años y medio de prisión, quien tenía antecedentes oncológicos y patologías diabéticas y de inmunosupresión. El juez afirmó que aunque la interna *«integra un grupo vulnerable por sus patologías de base, lo cierto es que no encaja dentro de aquellos parámetros establecidos pues no se trata de una persona que haya superado la franja etaria más expuesta, no se encuentra cursando un embarazo, ni tampoco tiene en la actualidad hijos lactantes»*. Añadió que no se encuentra *«en condiciones inminentes de acceder a alguno de los tipos de las libertades anticipadas (salidas transitorias, libertad condicional y libertad asistida)»*.

En el apartado III de su resolución el juez Castelli declaró *«la inconstitucionalidad de la acordada 9/20 dictada por la Cámara Federal de Casación Penal»*. El magistrado subrayó que dicha cámara se encuentra *«plenamente activa en la revisión jurisdiccional de las decisiones de los tribunales orales»* y podrá pronunciarse sobre ello cuando le lleguen los recursos, pero cuestionó las recomendaciones a los tribunales inferiores porque *«aún cuando el verbo ‘recomendar’ no importe una orden sino un*

consejo sobre lo que puede o debe hacer un juez sobre sus futuros casos, lo cierto es que ello es igualmente inadmisibile por el límite infranqueable que impone el principio de independencia de los jueces como uno de los pilares esenciales de la Constitución».

La Sala II de la Cámara de Casación Penal, por sentencia del 3 de junio de 2020 registrada bajo el n° 439/20 en la causa n° CFP 15405/2017/TO1/5/CFC1 “Tavara Huaman Ana Lucía s/ recurso de casación”, por mayoría (vocales Slokar y Yacobucci) concedió a la mencionada interna la modalidad de la detención domiciliaria en cuanto dispuso: «II. ...Hacer lugar al recurso interpuesto por la Defensa Pública en favor de Ana Lucía Tavara Huaman, casarla resolución recurrida en su punto I y devolverlas presentes actuaciones al *a quo* a fin de que, con la celeridad que el caso impone, se dicte un nuevo pronunciamiento con estricto apego a los términos establecidos en la presente y con especial consideración, entre los requisitos a imponer, lo relativo al referente y domicilio alternativos». En el punto siguiente por unanimidad resolvió: «III. Hacer lugar al recurso interpuesto por la Defensa Pública y casarla resolución recurrida en su punto III, en cuanto había declarado la inconstitucionalidad de la Acordada n° 9/20 dictada por esta Cámara Federal de Casación Penal. Sin costas (arts. 470, 530 y ccds. CPPN)». Se trata de la decisión del 24 de abril p.p.d. del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 7 de la ciudad de Buenos Aires, en conformación unipersonal por el juez Germán Castelli.

El vocal Alejandro Walter Slokar, quien condujo el acuerdo de la Sala II CFPC, luego de propiciar la concesión de la detención domiciliaria a la interna Tavara Huaman, en el apartado IV de su voto expresó: «Que, sin perjuicio de la solución postulada, este tribunal no puede dejar de memorar que, conforme la inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “...la declaración de inconstitucionalidad [...] es un acto de suma gravedad institucional, [...] y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable” (Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241), y de “incompatibilidad inconciliable” (Fallos: 322:842; y 322:919). Asimismo, se ha dicho que aquella declaración resulta procedente cuando no exista la posibilidad de otorgarle a las normas en juego una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 310:500, 310:1799, 315:1958, entre otros). Estas razones han llevado a considerarla como *última ratio* del orden jurídico (Fallos 312:122; 312:1437; 314:407; y 316:2624), “...cuando no existe otro modo de salvaguardar algún de-

recho o garantía amparado por la Constitución” (Fallos: 316:2624). Es que, en definitiva, “...la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su competencia, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, pues al ser llamada para sostener la Constitución un poder que avance en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía y el orden público” (Fallos: 329:1723). De acuerdo a tales criterios, la evocación de “impertinencia constitucional” de la Acordada n° 9/20 de este cuerpo, que contiene recomendaciones encaminadas a orientar y regular los criterios para la evaluación de las solicitudes relativas a la morigeración de las medidas que disponen el encierro carcelario, incumple los criterios básicos de sobriedad y prudencia –y antes bien de orden técnico- en el ejercicio de la delicada tarea de ejercer el control de constitucionalidad. En efecto, el *a quo* señaló sin ninguna incidencia para su decisión sobre la especie que el pleno de este tribunal invade la independencia interna de los tribunales, y evocó para ello la obra del maestro Julio B. J. Maier, quien –por cierto- desechó por incorrecta la interpretación que se realizó de su texto en la decisión en cuestión (*Vid.* Maier, Julio B. J., “Biología y prisión”, en *El Cohete a la luna*, 3 de mayo de 2020). Bien que se mire, desde una perspectiva consistentemente técnica e institucionalmente responsable, distante aparece la hipótesis de la invalidez constitucional que importa la obligatoriedad de los fallos plenarios, denostada como “dictadura de los jueces”. Antes de ello, y lejos de cualquier imposición por vía de una inteligencia compulsiva de normas, menester es señalar que los criterios de los tribunales superiores en la organización judicial deben ser seguidos por los jueces de grado sólo en razón de su fuerza argumental, de la altura moral que representen tales precedentes y de su rigor científico (jurídico), como también por motivos de economía procesal. Y el alcance de esta obligación moral se limita a la necesidad de que los jueces brinden mayores razones que justifiquen una interpretación distinta, de modo tal que se planteen nuevas reflexiones que puedan conmovir los fundamentos otorgados. Cuando, como ocurre en el *sub lite*, ello no tiene lugar ni necesidad, la sentencia resulta arbitraria también en ese aspecto –por falta de fundamentos- y traslada en ese aspecto un dispendio jurisdiccional (Fallos: 212:51; 212:160; 307:1094), toda vez que habilita a los justiciables a recurrirla y genera la sobrecarga y litigiosidad de la que el magistrado solapadamente se molesta. De tal suerte, acierta el judicante en destacar la importancia de preservar la independencia –cuanto menos, interna- de cualquier juez. Ciertamente, tal debe ser su mayor virtud. Empero, deviene preocupante la fragilidad que se asume de esa suprema cualidad de intérprete, si acaso puede verse perturbada –según lo indica

el magistrado- por las meras recomendaciones de este tribunal. Tanto más, cuando los lineamientos de la Acordada 9/20 están dirigidos a atender cada supuesto individual por parte de los jueces, y se limita a facilitar una hermenéutica básica de la morigeración por razones humanitarias, en el contexto de la señalada emergencia dentro de la emergencia, provocada por una pandemia de extensión y gravedad inusitadas dentro de encierros signados por el hacinamiento, y las dificultades estructurales para garantizar la prevención del contagio y la atención general de la salud en caso de mayor propagación del virus. En definitiva, la crítica coyuntura actual impone la necesidad de evitar innecesarias contiendas, desde una independencia interna constitucionalmente bien entendida -siendo que en el caso la función esencial de jurisdicción aparece absolutamente a resguardo- desde el deber de cumplir responsablemente con el mandato preambular de “afianzar la Justicia”, en el supremo interés del justiciable, como impone la especie. Por tal motivo, propicio también hacer lugar al recurso por cuanto impugnó el punto III de la resolución recurrida».

A su vez, el juez Carlos Alberto Mahiques al emitir su voto en segundo término -luego de disentir con el magistrado Slokar sobre la concesión del arresto domiciliario a la interna Tavera Huaman- sostuvo: «IV. En lo concerniente a lo resuelto en el punto III de la resolución impugnada, por la que declaró la inconstitucionalidad de la Acordada 9/20 dictada por esta Cámara Federal de Casación Penal, acuerdo con el primer ponente en su manifiesta improcedencia. Es que, en definitiva, la acordada de mención, no se trata sino de un conjunto de pautas hermenéuticas, en el marco, no de una exhortación de carácter jurisdiccional sino administrativa, orientada a explicar el cuadro de situación excepcional provocado por la pandemia en el ámbito judicial penal federal; y a sugerir a los jueces responsables de la decisión en cada caso -según sus respectivos criterios de razonabilidad y proporcionalidad-, algunos posibles cursos de acción en materia de medidas cautelares, compatibles con los derechos fundamentales comprometidos, y cuando se trate de personas vulnerables consideradas tales en las normativas y reglamentos sanitarios. Así entonces, y de conformidad con lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia el 26 de mayo del corriente, habrá de revocarse la inconstitucionalidad declarada por el inferior de grado».

Por último, el camarista Guillermo Jorge Yacobucci -quien concordó con su colega Slokar en conceder la modalidad de la detención domiciliaria a Tavera Huaman- afirmó: «conuerdo con lo sostenido en el apartado IV del voto que lidera el acuerdo en punto a las considera-

ciones formuladas respecto a la declaración de inconstitucionalidad de la Acordada 9/20 de esta Cámara y me remito, en razón de brevedad, a los fundamentos allí vertidos».

Por mi parte debo expresar que la mencionada acordada –que se enmarca en las facultades de superintendencia de la Cámara Federal de Casación Penal- más allá de las buenas intenciones de los señores magistrados que la suscriben frente a la situación de emergencia derivada de la pandemia, sólo contiene recomendaciones o sugerencias de la Cámara Federal de Casación Penal, razón por la cual no debe aplicarse de manera automática en asuntos reservados a la órbita de las funciones jurisdiccionales propias de los tribunales orales federales ni exige su cumplimiento obligatorio por parte de éstos. Una interpretación diferente correría el riesgo de admitir que el órgano jurisdiccional encargado de revisar las sentencias de los tribunales de juicio –antes de llegarle una causa por declararse admisible un recurso de casación- podría estar facultado para impartirles instrucciones genéricas acerca de cómo resolver los casos que se les presenten en el futuro, lo cual podría ser entendido como un adelanto de opinión por parte del órgano casador. Vale la pena recordar que VÉLEZ MARICONDE³ sostiene que un Tribunal superior –por elevada que sea su jerarquía- no puede dar instrucciones a un inferior. Los jueces son esclavos de la ley pero gozan de independencia funcional.

Pongo de resalto que la referida acordada de la Cámara Federal de Casación Penal no encuadra en lo preceptuado en los arts. 10 y 11 de la ley 24.050, que establece que una sentencia plenaria de dicho tribunal es de aplicación obligatoria para los tribunales dependientes de él. Un importante sector de la doctrina argentina ha considerado que la obligatoriedad de los fallos plenarios en materia penal es lesiva del principio de legalidad (arts. 18 y 19 C.N.) porque implica la creación de una norma general que establece la interpretación vinculante de un tipo delictivo o de la pena conminada por la ley penal, en relación a conductas no comprendidas en el caso concreto sometido a juzgamiento, para los tribunales que en el futuro deban resolver situaciones fácticas similares. Al analizar la naturaleza del acuerdo plenario, RICARDO C. NUÑEZ⁴ entiende con toda razón que no se salvan las objeciones anteriores diciendo que no se trata de una ley, sino

³ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. II, Lerner, Córdoba, 1986, pp. 73 y 74.

⁴ NUÑEZ, Ricardo C., *La ley, única fuente del derecho penal argentino*, “Opúsculos de Derecho Penal y Criminología”, N° 50, Lerner, Córdoba, 1993, pp. 73 y 74.

de un *acto del régimen interno de las cámaras*, porque se le reconoce los efectos de la ley misma al afirmarse que *obliga a todos los jueces superiores e inferiores y extiende su autoridad sobre todas las personas y hechos jurídicos*. Agrega el maestro cordobés que el sistema de la división de los poderes del gobierno y la imposibilidad de delegación recíproca entre los mismos de las facultades conferidas por la propia Constitución Nacional impiden la asimilación de la decisión del tribunal en pleno a una ley. «*Si no puede equipararse a la ley, es obvio que el pronunciamiento plenario no puede ser fuente penal. Lo que quiere decir, a pesar de los textos legales contrarios, que los jueces en los casos posteriores al que ocasionó el acuerdo, deben buscar el tipo penal y la pena en la ley misma y no en la resolución del tribunal en pleno*» (Nuñez, Ricardo C., ob. cit., p. 75).

A su vez, MAIER considera inadmisibles que una ley reduzca el ámbito de interpretación de las leyes para el juez que fija y enmarca nuestra Constitución, sujetándolo a la opinión de otro tribunal que, excediendo la solución del caso particular que le toca decidir, lo trasciende y pretende su aplicación a otros casos a fallar en el futuro; es la Constitución la que define el poder jurisdiccional como poder que ejercen los jueces, su alcance y limitaciones, y, al respecto, no ha habido, ni puede haber dudas en nuestro sistema jurídico acerca de que las sentencias de los jueces no trascienden el caso particular, ni el juez puede estar limitado en su poder por otro instrumento que no sea la ley, cuya interpretación en los casos particulares que llegan a su conocimiento se le confía, por aquello de que “los jueces están sólo subordinados a la ley”, como forma de preservación del Estado de Derecho (se entiende a la ley que no lesiona la Constitución erigiendo límites de la función jurisdiccional que ella no contiene o acordando a ciertos actos jurisdiccionales alcances que ella no regula)⁵.

Siguiendo la valiosa opinión de ENRIQUE GARCÍA VITOR⁶, sostengo que la observancia obligatoria por los tribunales inferiores de la doctrina de los fallos plenarios en materia penal es inconstitucional; contraria a disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; propia de sistemas totalitarios, no democráticos, de gobierno; entorpece el desarrollo

⁵ Confr. MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, t. I, vol. a, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 169).

⁶ GARCÍA VITOR, Enrique U., *La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria*, en “Planteos penales”, Colección Jurídica y Social, N° 14, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1994, p. 138.

de la interpretación de la ley, impidiendo su enriquecimiento. La doctrina sólo se impone por su valor científico y su fuerza moral. Así lo he declarado en numerosas oportunidades respecto del acuerdo plenario n° 5 del 17/8/99, dictado por la entonces Cámara Nacional de Casación Penal, en el caso “Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación”⁷, que por mayoría se pronunció a favor de la denominada tesis restrictiva que entendía que el beneficio de la suspensión del juicio a prueba sólo podía acordarse para aquellos delitos que no superen, en su pena máxima conminada en abstracto, los tres años de reclusión o prisión.

Atento que la acordada 9/20 del 13/04/2020 no reviste la naturaleza jurídica de un fallo o sentencia plenaria de la Cámara Federal de Casación Penal, no advierto la necesidad de la declaración de su inconstitucionalidad, por tratarse ésta de un remedio excepcional al que sólo puede acudir como *ultima ratio*.

Más allá que nos encontramos ante una situación mundial compleja, no resulta posible aplicar una recomendación genérica para todo el universo de casos, ya que el juzgador debe resolver en cada causa particular y, en caso de apartarse de las soluciones legales, el magistrado deberá responder no solamente conforme con las sanciones previstas en el Código Penal sino también ante el Consejo de la Magistratura de la Nación. Sin embargo, en el Estado de Derecho resulta inadmisibles el empleo del juicio político como medio intimidatorio hacia los magistrados que resuelvan de un modo contrario a la expectativa de quien lo promueve, pues para lograr la revisión de decisiones judiciales que puedan estimarse equivocadas existen numerosos recursos procesales que la ley confiere en plano de igualdad tanto a los imputados o condenados como a las víctimas del delito.

Por todo ello entiendo que debe primar la independencia de los jueces, la cual no puede estar limitada ni acotada por recomendaciones que emanen de un tribunal superior y si bien lo dispuesto por la citada acordada de la CFCP tiene la sana intención de evitar la propagación de una pandemia que lleva al contagio masivo y eventual muerte de las poblaciones en riesgo, teniendo en cuenta la superpoblación que existe actualmente en muchas de las cárceles del país, dicha exhortación no puede operar de manera automática, sino que debe tenerse en cuenta al analizar el caso particular de cada uno de internos que estén en condiciones de acceder a las medidas alternativas al encierro, siempre y cuando se encuentren corroborados fehacientemente todos los requisitos para

⁷ Publicado en La Ley, ejemplar del 17/9/99.

hacer efectivo el cumplimiento de lo recomendado; en definitiva, el magistrado debe estudiar el caso particular respecto a las condiciones del interno, la condena y el delito por el cual ha sido llevado a proceso, todo ello con fundamento en lo que disponen las leyes vigentes y resolver conforme a Derecho, en base a la sana crítica racional.

Finalizo el tratamiento de esta cuestión refiriendo que con fecha 02/05/2020 Jorge de Santo, juez en lo criminal y correccional n° 37 de la ciudad de Buenos Aires, ante una acción de amparo presentada por la asociación civil “Usina de Justicia” que dirige Diana Cohen Agrest, declaró la inconstitucionalidad de la acordada 5/2020 emanada de la Cámara Nacional de Casación Penal con fecha 23/04/2020, que recomienda a los magistrados extremar los recaudos para ayudar a la pronta disminución de la sobrepoblación carcelaria, atendiendo prioritariamente, en la medida que el caso así lo permita, la situación de los internos que conformen los grupos de riesgo de contagio del Covid-19.

El argumento central del magistrado de Santo -como en el pronunciamiento del juez Castelli que hemos analizado precedentemente- giró en torno a la afectación de la garantía de independencia de los jueces, pero además sostuvo que dicha acordada «*lesiona el derecho de cada una de las víctimas de los delitos cometidos por los detenidos bajo jurisdicción de este Fuero, de ser escuchadas con anterioridad a decidir, incluso en forma genérica, la concesión de libertades y prisiones domiciliarias*», basándose en la ley 27.372 sobre “Derechos y garantías de las personas víctimas de delitos”⁸, en especial su art. 12. Debo acotar que esta omisión no fue reprochada por el juez Castelli, dado que en los fundamentos de la acordada 9/2020 de la CFCP se hace expresa mención que los jueces deberán asegurar en cada caso concreto el debido proceso legal y garantizar los derechos de las partes y, en especial, dar estricto cumplimiento a la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (ley 27372).

3. La detención domiciliaria en la normativa supranacional y en el Derecho argentino

Sostiene con acierto LUIGI FERRAJOLI⁹:

⁸ B.O. 13/07/2017.

⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, segunda edición, Trotta, Madrid, 1997, pp. 385 y 386.

«La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia irracional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno».

Esa es la razón por la cual la Constitución Nacional contiene garantías directamente relacionadas con la cuestión de la pena y por la que la reforma constitucional de 1994 las amplió a partir de la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados internacionales mencionados por el art. 75 inc. 22 C.N.

Entre las garantías referidas a la sanción penal hay tres que guardan estrecha relación con el tema que nos ocupa: a) el **principio de la dignidad humana** (art. 5º, apartados 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); b) el **principio de humanidad o de prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes** (arts. 18 C.N.; 5º, apartado 2 del Pacto de San José de Costa Rica; 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aplicable en función del art. 75 inc. 22 C.N.; y c) el **principio de trascendencia mínima de la pena** emergente de la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (*Reglas de Tokio*), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110 del 14/12/1990; como asimismo de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas, aprobados por la CIDH (3 al 14 de marzo de 2008)¹⁰.

Resulta oportuno tener presente que en 2015 la Organización de Estados Americanos suscribió la llamada Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (60 años o más, art. 2), con el fin de abordar la temática del envejecimiento desde la perspectiva de los derechos humanos. Es así como los estados miembros, respecto de las personas mayores que hayan sido privadas legalmente de su libertad, tienen la obligación de promover medidas alternativas de acuerdo

¹⁰ DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aída, *Derecho Penal. Parte General*, tomo 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 618.

con sus propios ordenamientos legales internos (arts. 4 inc. a) y 13). Puntualmente el compromiso importa

«...adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas... que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor [...] garantizar que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que sea privada de su libertad en razón de un proceso tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención [...] promover medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos [...] fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz...»¹¹.

La ley argentina adopta el principio de la no discriminación, lo cual supone que no hay ninguna categoría delictiva exenta de la necesidad del trato humanitario que merecen todos los detenidos, más allá de la gravedad de sus crímenes. Dicho principio se encuentra plasmado en la interpretación que formuló la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando sostuvo: *«Los derechos y garantías constitucionales y legales han sido establecidos para todos, aún para aquellos imputados o condenados por delitos aberrantes. La humanidad contra la cual fueron cometidos estos crímenes exige del Estado de Derecho la necesaria imparcialidad en la aplicación de las leyes»¹²*. Al respecto, la Corte ha dicho que: *«el derecho a un trato digno y humano reconocido a las personas privadas de su libertad no sólo encuentran soporte en nuestra Constitución Nacional desde 1853, sino que ha sido reconocido desde los orígenes mismos de la legislación penitenciaria del país...»¹³*. La Corte ha sostenido claramente que *«los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directamente e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana... Así, esta Corte ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas*

¹¹ Cfr., arts. 4, 5, 10, 13, 31 y 32 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, OEA, AG/RES. 2875, del 15/06/15, ratificada en Argentina por ley 27.360, B.O. 31/05/2017.

¹² C.S.J.N., “Alespeiti, Felipe Jorge s/ Incidente de recurso extraordinario”, 18/04/2017.

¹³ CSJN, Fallos 328:1146, “Recurso de Hecho Verbitsky, Horacio s/ Hábeas Corpus”, 03/05/2005.

bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera y que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, lo cual debe ser asegurado por el Estado en razón de que éste se encuentra en posición especial de garante con respecto a dichas personas»¹⁴.

La detención domiciliaria es una modalidad atenuada de ejecución de las penas privativas de libertad y tiene como objetivo limitar la libertad ambulatoria de manera menos intensa que aquella clase de penas tradicionales. Este instituto implica el encierro –no la libertad- y el cumplimiento –pues no la pospone- de la pena privativa de libertad, aún cuando no se haga efectivo en un establecimiento penitenciario.

En los arts. 10 del C.P y 32 de la ley 24.660 se encuentran enumerados los supuestos en los cuales se puede disponer la detención domiciliaria; destacándose los incisos a), b) y c) que refieren a los internos con problemas de salud, hipótesis que se vinculan con el *principio de humanidad* pues apuntan a evitar que la ejecución de la pena privativa de libertad «tenga un contenido afflictivo particularmente intenso derivado de la especialísima situación en la que se encuentra el interno que pueda beneficiarse con esta alternativa»¹⁵. Otra hipótesis del principio de humanidad se manifiesta en el inciso d) que admite la detención domiciliaria para los internos de avanzada edad (mayor a setenta años).

Cabe recordar que las hipótesis de detención domiciliaria originariamente se encontraban reducidas sólo a dos supuestos -que el imputado fuese mayor de setenta años o que padeciera una enfermedad incurable en estado terminal- los cuales se ampliaron en virtud de la reforma introducida por ley 26.472¹⁶. Con ello, los actuales arts. 10 C.P. y 32 de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad 24.660 prevén que la detención domiciliaria puede ser dispuesta en los siguientes casos:

«a) al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) al interno que padezca una enfermedad incurable en periodo

¹⁴ C.S.J.N, “Alespeiti”, cit.

¹⁵ AROCENA, Gustavo A. - CESANO, José Daniel, *La prisión domiciliaria*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 30.

¹⁶ B.O. 20/01/2009.

terminal; c) al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) al interno mayor de setenta años; e) a la mujer embarazada y f) a la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo».

No obstante la ampliación de los casos de vulnerabilidad amparados legislativamente, se ha mantenido incólume el criterio que concede al magistrado interviniente la potestad de decidir si va a disponer el otorgamiento del beneficio, al señalarse que el juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria. En este sentido, la letra de la ley es suficientemente clara, por cuanto la decisión jurisdiccional de conceder el beneficio es una facultad delegada por el legislador al juzgador en tanto exterioriza esa competencia legal con el tiempo del verbo facultativo “podrá” y no el verbo imperativo “deberá”. Si el modo verbal hubiera sido “deberá”, ninguna ponderación correspondería hacer, reduciendo la cuestión a un simple trámite automático. Sin embargo, ninguna facultad está otorgada por la ley para ser ejercida discrecionalmente pues la decisión judicial ha de apoyarse en razones objetivas que permitan tener por acreditado que el caso se ubica o no entre aquellos para los que la norma está destinada. En su virtud, corresponde al juez competente efectuar una valoración respecto las condiciones personales del interno, ya que para conceder la detención domiciliaria, incluso a una persona con más de 70 años, se deberán brindar argumentos que demuestren que el encarcelamiento, a raíz de las condiciones personales excepcionales del sujeto, provocaría alguna de las dos consecuencias que la ley está encaminada a evitar: el trato cruel, inhumano o degradante del detenido, o la restricción de derechos fundamentales que la prisión no debe afectar.

La modalidad de detención domiciliaria es aplicable para el interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario (arts. 10 inc. a) del C.P. y 32 inc. a) de la ley 24.660); y en los casos en los que por la avanzada edad de los penados, en razón de un natural deterioro físico, se encuentren más proclives a resentir los efectos de la prisión, por lo que constituye una alternativa racional devolverlos a su medio familiar para que el restablecimiento de los vínculos afectivos torne más llevadera la limitación a su libertad ambulatoria.

Pese a que la edad de 70 años no es un indicador automático que justifique la prisión domiciliaria, sí es un indicador general que obliga al juez

a examinar si las condiciones personales del interno justifican una modificación en el modo en que se cumple una prisión preventiva o una condena.

La ley no distingue con relación a la naturaleza de los delitos perseguidos ya que la gravedad de la imputación no impide otorgar el beneficio que se reclama. En este entendimiento y partiendo de la premisa que el requisito etario no implica que opere de manera automática el beneficio de la detención domiciliaria, la edad avanzada, conjuntamente con otros factores, justifican la modificación del lugar de cumplimiento de la pena cuando concurren en cada caso concreto razones de humanidad –cercanía con la familia, enfermedad, necesidad de contar con centro de salud cercano por posibles urgencias- que no pueden dejar de contemplarse.

Se entiende que el tribunal en cada caso debe realizar un ejercicio de ponderación entre el deber del Estado de perseguir y juzgar los delitos por los cuales una persona se encuentra sometida a proceso o condenada, y por otro lado, las razones de humanidad invocadas por su defensa, de tal modo que se evite que el encierro se convierta en un ejercicio abusivo y restrictivo de derechos fundamentales por parte del poder punitivo del Estado.

4. La detención domiciliaria y el Covid-19. Distintos planteos resueltos por el Tribunal Oral Federal en lo Criminal n° 2 de esta ciudad

Durante la feria judicial extraordinaria dispuesta con motivo de la pandemia nuestro tribunal ha venido funcionando conforme las directivas emanadas de la Corte Suprema de Justicia, principalmente por medio de la tecnología informática que posibilita el trabajo remoto. Los tres vocales nos hemos dividido las causas que deben ser resueltas con habilitación de feria, de modo que todos podamos actuar como jueces de ejecución penal en forma unipersonal. La gran mayoría de los pedidos que hemos recibido corresponden a personas privadas de su libertad ambulatoria –con prisión preventiva o cumpliendo condena por sentencia firme- que reclaman dejar el encierro carcelario y pasar a cumplir detención domiciliaria. En cada caso particular se solicita informe al Servicio Médico del establecimiento donde se encuentra alojado el peticionante y luego se le corre vista al Fiscal General; si correspondiere, también se escucha la opinión de la víctima; con todos esos elementos el magistrado resuelve, por lo general rechazando el planteo y, ante la interposición del recurso de casación, se lo declara admisible y se remiten las actuaciones a la CFCP, la cual en casi todos los casos confirma la resolución del tribunal oral.

En razón del tiempo disponible para esta exposición he escogido dos de los muchos casos resueltos en el TOF 2 de Córdoba; por razones de decoro personal se trata de resoluciones adoptadas por un vocal distinto del suscripto, las cuales me parecen adecuadas para ilustrar los criterios de valoración utilizados y han sido confirmadas por la instancia recursiva.

4.1. Caso Carlos Jorge Franke: este detenido –en el momento de la explosión de la fábrica militar de Río Tercero pertenecía a la cúpula de Fabricaciones Militares- se encuentra cumpliendo condena por sentencia firme en el establecimiento penitenciario federal de Campo de Mayo. Su defensor técnico peticionó se le conceda detención preventiva expresando que –conforme el informe elaborado por el Servicio Penitenciario Federal- su defendido pertenece a lo que se denomina “grupo vulnerable” en base a los lineamientos aportados por el Ministerio de Salud, esto es, por la edad (74 años) y por su estado de salud, acompañando copias de estudios médicos.

Evacuados los respectivos informes y la vista al Fiscal General cuyo dictamen fue negativo, el juez de cámara José Fabián Asís el 30/03/2020 resolvió no hacer lugar a la prisión domiciliaria solicitada. Se fundó en los siguientes argumentos: el informe del Servicio Penitenciario Federal respecto de la aplicación de medidas tendientes a prevenir el contagio del Covid 19 dentro del Instituto Penal Federal de Campo de Mayo, resulta eficiente y respetuoso del protocolo en relación a la condición de riesgo que presenta Franke junto a otros internos con el mismo nivel de vulnerabilidad, no existiendo al día de la resolución un estudio que indique que en prisión domiciliaria los riesgos de contagio del virus sean menores que en el encierro carcelario que actualmente rige. Todas las medidas de prevención y control en general, a los que se suman los controles sanitarios individuales y específicos intensificados para el grupo denominado de riesgo, son los que deben ser tenidos en cuenta a los fines de evaluar la existencia de un grave y actual riesgo para la salud del condenado para obtener una medida de ejecución de la pena privativa de la libertad morigerada. Además debe considerarse especialmente que a esa fecha no se han registrado casos detectados ni sospechosos dentro del Instituto Federal donde se aloja el interno. En este sentido, los informes médicos penitenciarios receptados indican que la situación de salud de Franke se encuentra controlada en forma periódica por los médicos del penal, por lo que en la actualidad no se dan las circunstancias necesarias para presumir la existencia de un riesgo cierto, inminente o grave para la salud del interno que justifique la adop-

ción de la medida peticionada. Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta que se trata de una pandemia cuya evolución es dinámica y cambiante, cada caso será sometido a revisión en caso de ser necesario, previo informe de la autoridad penitenciaria.

Con fecha 20/04/2020 la Sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los jueces Ana María Figueroa, Carlos Alberto Mahiques y Diego G. Barroetaveña, por unanimidad resolvió declarar inadmisibles el recurso de casación deducido por la defensa de Carlos Jorge Franke y encomendar al tribunal *a quo* que disponga oficiar a la unidad carcelaria donde el nombrado se encuentra detenido para que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la acordada 3/20 de esa C.F.C.P. y la “Guía de actuación para la prevención y control del Covid 19 en el S.P.F.” (DI-2020-58- APN-SPF#MJ, del 26/03/2020). En el voto que lideró el acuerdo (Mahiques) se dijo que la circunstancia que el recurrente esté incluido dentro de los grupos de riesgo conforme el listado realizado por la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal denominado “Población penal alojada. Informe en relación a Covid-19”, sólo da cuenta que se encuentra en un peligro presunto o hipotético frente a un eventual contagio de ese virus, pero no logra comprobar un riesgo efectivo y concreto a su salud que conlleve la necesidad de disponer su detención en el ámbito de su domicilio. De modo que es a la parte recurrente a quien incumbe demostrar cuál sería el peligro concreto y actual que sufre el detenido y explicitar los puntos que considere arbitrarios de la resolución recurrida o los agravios que no hayan sido debidamente atendidos por el *a quo*, circunstancias ausentes en el *sub examine*, y que no pueden ser suplidas por esa jurisdicción. Por otra parte, el impugnante no exhibe en su planteo un cuadro de riesgo sanitario que no pueda ser, por el momento, adecuadamente atendido y controlado dentro de la unidad en la que Franke se encuentra detenido.

4.2. Caso Marcelino Ramón Álvarez: el 30 de marzo de 2020 el juez de cámara José Fabián Asís resolvió no hacer lugar a la prisión domiciliaria solicitada por la defensa técnica del mencionado interno –detenido con prisión preventiva en el establecimiento penitenciario n° 7 de la ciudad de San Francisco de esta provincia, acusado como partícipe necesario del delito de organización para el transporte y la comercialización de estupefacientes-; la peticionada atenuación de la privación de libertad de Álvarez se basó en que éste es hipertenso y tiene antecedentes de obesidad de alto

grado (II-III), agregando que ello se encuentra acreditado en el listado de personas en riesgo de contraer Covid 19 proporcionado por el Servicio Penitenciario Federal.

A los efectos de mantener la detención preventiva de Marcelino Ramón Álvarez, el juez unipersonal tomó en consideración que del informe médico remitido por el establecimiento penitenciario en el que se encuentra alojado surge que *«(e)l interno Álvarez fue valorado médicamente con fecha 25.03.20, donde en el examen físico realizado en reposo no arrojó signos ni síntomas de enfermedad física en evolución aguda. Que hasta la fecha en el penal no se han detectado casos de H – COVID 19, no habiendo ningún caso positivo. Que sí se están aplicando los protocolos de actuación en la Unidad Penitenciaria, dispuestos recientemente por el gobierno de la provincia de Córdoba, la que se encuentra en revisión permanente en función de la evolución y de las nuevas informaciones emergentes, (...) que en forma permanente se está pensando cómo estar acorde a las circunstancias, poder estar a la altura y enfrentar esa situación de pandemia, siendo*

esto de un dinamismo que se marca día a día [...]». El tribunal compartió el criterio postulado por el representante del Ministerio Público Fiscal y señaló que *«(s)i bien Marcelino Ramón Álvarez tiene antecedentes de obesidad de alto grado (II-III), encontrándose dentro del grupo de riesgo frente al coronavirus. No obstante, surge que el mismo ha sido controlado médicamente sin arrojar signos o síntoma alguno....Es decir, que si bien padece de obesidad de alto grado, la existencia de contagio del COVID-19 no se encuentra acreditada, ya que según lo informado no existe ningún*

caso en el Complejo Carcelario donde está alojado el interno. [...] Podemos concluir que la contención médica se encuentra garantizada [así como] su derecho al acceso a la salud, de modo que actualmente, se ha[n] tomado todas las contingencias sanitarias necesarias, que no podrán ser de ninguna manera garantizadas fehaciente[mente] en el entorno libre, sumado a que las consultas a hospitales están restringidas a casos de urgencia y gravedad».

Con fecha 21/04/2020 la Sala I de la CFCP integrada por los vocales Ana María Figueroa, Daniel Antonio Petrone y Diego G. Barroetaveña, decidió por mayoría que las discrepancias valorativas expuestas por la parte impugnante sólo reflejan que no se comparten los fundamentos brindados por el tribunal de la instancia precedente, mas esa circunstancia no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328 y 322:1605) o en alguna cuestión

federal (Fallos: 328:1108); por lo que no corresponde de la intervención de la jurisdicción de ese Tribunal y debe declararse inadmisibile la vía intentada.

5. La posibilidad del Poder Ejecutivo de indultar o conmutar penas ante la emergencia sanitaria

En un interesante artículo publicado el 04/05/2020 en la edición del diario “La Voz del Interior” de la ciudad de Córdoba, bajo el título “*Solo el Presidente de la Nación puede liberar a los presos*”, JUAN CARLOS VEGA (ex presidente de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados) sostiene que el Presidente incurre en doble error, jurídico y político, al expresar que la decisión de liberar a los presos no está en sus manos. En lo jurídico el articulista invoca el art. 99 de la Constitución Nacional que faculta al Presidente de la Nación a dictar indultos y conmutar penas y el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que «*lo faculta a tomar estas medidas en situaciones de emergencia como las que vive el mundo hoy. La misma facultad tienen los gobernadores de provincia por leyes especiales*». Agrega a continuación: «*Pero también es un error político, porque el Presidente sabe, como experto en derecho, que los argentinos en un 82% desconfiamos de nuestros jueces. El informe de la Comisión de Expertos del Colegio de Abogados de Córdoba de 2017 es categórico y fundado en hechos*». Aunque lamentablemente pueda concordar con el autor del artículo respecto de la desconfianza de la ciudadanía en los magistrados judiciales –en muchos casos justificada- no me consta el porcentaje que menciona.; pero –como expresé en la introducción de esta exposición- me limitaré únicamente al supuesto error jurídico que atribuye al Presidente de la Nación y a las soluciones que postula.

Afirma VEGA que la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 31 de marzo de 2020, dirigida a los 34 estados americanos, no es un simple consejo moral sino que «*exige a los gobiernos a adoptar medidas eficaces para evitar explosiones sanitarias y sociales en las cárceles*». Más adelante expresa: «*El presidente de la Nación es el único facultado para disponer libertades masivas de presos en las cárceles federales; no los jueces. Éste no sería el inmoral indulto de Menem, sino un indulto o conmutación exigido por la pandemia. Y si no lo hace, habrá responsabilidad internacional del Estado argentino ante la Comisión Interamericana*».

Por ello, con fundamento en el art. 27 de la Convención Americana y en el art. 99 C.N., VEGA propone que el Presidente «*debería firmar un de-*

creto de necesidad y urgencia (DNU) por el cual disponga la liberación y prisión domiciliaria de dos grupos de detenidos. En primer lugar, mayores de 70 años, que son el principal grupo de riesgo por edad. En segundo lugar, quienes tienen prisiones preventivas sin condena firme y por delitos menores.... Deben quedar excluidos del beneficio de este indulto que otorga libertades y prisiones domiciliarias los detenidos por delitos de lesa humanidad y aquellos detenidos por delitos a la integridad sexual, femicidios, delitos de corrupción, narcotráfico y lavado de activos, en los términos de la Convención de Palermo. ...Los jueces argentinos no tienen las facultades constitucionales para liberar de manera masiva a los presos».

Aunque puedo aceptar –en general- que por la situación de emergencia derivada de la pandemia no deberían ser excarcelados ni ser derivados a arresto domiciliario los detenidos por los delitos cuya exclusión se propone y que los jueces no están facultados para disponer tales medidas en forma masiva (pues sólo pueden hacerlo en forma individual para cada caso sometido a su decisión), debo disentir respetuosamente con la metodología propuesta para dar solución a la cuestión.

Sostengo por mi parte que no sería válido que el Presidente de la Nación otorgue indultos o conmutaciones de penas mediante decretos de necesidad y urgencia, porque el art. 99 inciso 3, tercer párrafo C.N., expresamente excluye de la atribución presidencial de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia «*cuando se trate de normas que regulen materia penal*». Como el indulto y la conmutación de penas tienen por efecto extinguir la pena impuesta por sentencia condenatoria firme, constituyen normas de naturaleza penal cuya regulación a través de DNU está prohibida constitucionalmente porque afectarían el principio de legalidad (arts. 18 y 19 C.N.).

En cambio, no habría objeción alguna para que –ante la grave situación de la pandemia y los mayores riesgos que corran de manera cierta y concreta algunos internos en lugares de detención con hacinamiento- el titular del Poder Ejecutivo Nacional, de acuerdo a la facultad que le otorga el art. 99 inciso 5 C.N., pudiera por simple decreto (no DNU) conceder indultos o conmutaciones de penas, en forma individualizada, a los que se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad por sentencia firme. Esta limitación obedece a que el indulto consiste en el perdón de la pena impuesta, dejando subsistente la infracción cometida. Por ello el poder administrador no debería válidamente otorgar indultos masivos en favor de procesados, sin que a su respecto exista sentencia condenatoria firme, pues ello importaría una inconstitucional invasión de la esfera de atribuciones

reservada al Congreso de la Nación, de *conceder amnistías generales* (art. 75, inciso 20, *in fine* C.N.).

Sólo para el hipotético supuesto -para nada deseado- que la situación de los establecimientos carcelarios del país entrara en colapso por el ingreso y contagio del Covid 19 en el interior de esos ámbitos cerrados con hacinamiento de internos y no fuera posible la construcción de centros de aislamiento en módulos de instalación rápida en los terrenos ubicados dentro del perímetro de la respectiva institución penitenciaria para poder aislar enfermos leves con Covid 19 que no requieran internación hospitalaria extramuros, podríamos admitir –por una emergencia que podría llegar a ser catastrófica y equiparable a un estado de necesidad- que se reuniera con premura el Congreso de la Nación –observando los protocolos sanitarios de prevención indispensables- y analizara la conveniencia de sancionar una ley de amnistía general que extinga las acciones penales y las penas derivadas de delitos de menor lesividad y no violentos –que deberán estar claramente enumerados y descriptos de manera completa en la norma- con expresa exclusión de crímenes de lesa humanidad, delitos de corrupción funcional, aquellos que impliquen violencia de género o grave afectación contra la integridad sexual, criminalidad organizada para el contrabando y tráfico de estupefacientes, para la trata de personas como así también otros delitos que el Estado argentino se ha obligado a perseguir y castigar mediante pactos internacionales.

Concluyo mi contribución señalando a título ilustrativo que del otro lado de la cordillera de los Andes, con una regulación constitucional diferente de la nuestra, se ha dictado la ley n° 21.228, publicada el 17/04/2020, que concede indulto general conmutativo a causa de la enfermedad Covid-19 en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

- AROCENA, GUSTAVO A. - CESANO, JOSÉ DANIEL, *La prisión domiciliaria*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- DE LA RÚA, JORGE – TARDITI, AIDA, *Derecho Penal. Parte General*, tomo 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, segunda edición, Trotta, Madrid, 1997.
- GARCÍA VITOR, ENRIQUE U., *La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria*, en “Planteos penales”, Colección Jurídica y Social, N° 14, Secreta-

ría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1994.

MAIER, JULIO B.J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, t. I, vol. a, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

NUÑEZ, RICARDO C., *La ley, única fuente del derecho penal argentino*, “Opúsculos de Derecho Penal y Criminología”, N° 50, Lerner, Córdoba, 1993.

VEGA, JUAN CARLOS, *Solo el Presidente de la Nación puede liberar a los presos*, en la edición del diario “La Voz del Interior”, Córdoba, 4 de mayo de 2020.

VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho Procesal Penal*, t. II, Lerner, Córdoba, 1986.