



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Resolución DGN

Número:

Referencia: Recomendaciones respecto de las personas privadas de libertad frente al COVID-19

VISTO Y CONSIDERANDO:

La declaración de emergencia pública en materia sanitaria declarada en el DNU 260/2020, como consecuencia de la pandemia por la propagación de casos de coronavirus COVID-19, faculta a la autoridad sanitaria a disponer las recomendaciones y medidas a adoptar respecto de la situación epidemiológica, que se han empezado a ejecutar en favor de la población, que incluye necesariamente a las personas privadas de libertad, que un número importante son asistidas por este Ministerio Público de la Defensa.

Por ello, sin perjuicio de todas las medidas que puedan disponer las autoridades competentes, es prudente hacer ciertas recomendaciones a las defensoras y defensores públicos penales y federales, que podrán ser ampliadas, corregidas o mejoradas en los casos concretos y ante el avance de la enfermedad.

I. El derecho a la salud de las personas privadas de libertad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) afirmó que estas personas *“se encuentran en una posición de subordinación frente al Estado, del que dependen jurídicamente y de hecho para la satisfacción de todas sus necesidades. Por eso, al privar de libertad a una persona, el Estado adquiere un nivel especial de responsabilidad y se constituye en garante de sus derechos fundamentales, en particular de sus derechos a la vida y a la integridad personal, de donde se deriva su deber de salvaguardar la salud de los reclusos brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida”*.

También, que *“la provisión de atención médica adecuada es un requisito material mínimo e indispensable que debe ser cumplido por el Estado para garantizar un trato humano a las personas bajo su custodia. La pérdida de libertad no debe representar jamás la pérdida del derecho a la salud. Del mismo modo, tampoco es tolerable que el encarcelamiento agregue enfermedad y padecimientos físicos y mentales adicionales a la privación de libertad”* (“Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, párr. 525 y 526.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) destacó que un *“principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas, proscribiendo toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija (Art. 18 de la Constitución Nacional)”*, revistiendo aquél el carácter de una cláusula operativa que *“impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral”* (Fallos: 318:2002; 326: 1269; 327:857, dictamen del señor Procurador General subrogante al que [se remitió la Corte])” (cita en *“Blackie, Paula Yanina y otros c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios”* expte. B. 798. XXXVI. ORI 08/08/2006).

Es necesario que, ante el problema de emergencia en salud antes descripto, la Defensa Pública asuma un rol proactivo para detectar a quienes necesitan de atención médica, para reclamar las medidas adecuadas y ágiles que la situación exija, ante los responsables administrativos del ámbito de detención y el Poder Judicial de la Nación como garante de derechos (Ver art. 143 de la ley N° 24.660 y arts. 1, 5, incs. a) y b), 6, 16, 17, 19, 25, 41 y 42, incs. b) y j) de la ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N° 27.149)

Es notorio que las defensorías públicas dedican habitualmente parte de su labor diaria a transmitir pedidos de asistencia médica ante las autoridades y a efectuar reclamos por su eventual ineficacia ante la judicatura, pero la grave situación lleva a pedir un esfuerzo especial de escucha y gestión.

La CSJN expresó que la *“ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad, concede al interno el derecho a la salud, y obliga a proporcionarle oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescritos, como así también, a comunicarse periódicamente en forma oral o escrita con su abogado, respetando la privacidad de esa comunicación sin otra restricción que la dispuesta por juez competente”* (Voto de los Dres. Augusto César Belluscio y Guillermo A. F. López). G 507 XXXIV Gallardo, Juan Carlos s/ hábeas corpus. 01/11/1999 Fallos: 322:2735).

En consecuencia, no deben existir obstáculos, ni de derecho ni de hecho, para que puedan exigirse las medidas adecuadas a la protección de la salud de los internos.

II. La necesidad de un protocolo específico.

En su Acordada N° 3/20 la Cámara Federal de Casación Penal -destacable por haber exteriorizado la preocupación de esa magistratura por las personas privadas de libertad, como antes lo había hecho en su acordada N° 2/20- resolvió 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, que los vuelven más vulnerables ante la enfermedad.

Además, y en lo que aquí interesa, resolvió en su punto 2 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.

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos debió fallar en contra de la República Argentina, en un caso relativo al contagio de tuberculosis y meningitis por una persona que estaba en prisión preventiva.

Allí dijo que *“el Tribunal recuerda que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal. Asimismo, como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos...”*.

“En particular, en relación con las Reglas sobre Tratamiento de Reclusos, los Estados deben proveer atención médica calificada, inclusive psiquiátrica, a las personas privadas de libertad, tanto en situaciones de emergencia como para efectos de atención regular, ya sea en el propio lugar de detención o centro penitenciario o, en caso de no contar con ello, en los hospitales o centros de atención en salud donde corresponda otorgar ese servicio. [...] Para hacer efectivos estos deberes, son necesarios protocolos de atención en salud y mecanismos ágiles y efectivos de traslado de prisioneros, particularmente en situaciones de emergencia o enfermedades graves” (el destacado ha sido agregado); Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Hernández vs. Argentina”, sentencia del 22 de noviembre de 2019 - Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas-, párr. 87 y 88).

El tribunal internacional destacó que existen ya protocolos para el tratamiento de determinadas enfermedades en el contexto de encierro, y es claro que las autoridades ejecutivas han tomado conciencia de la situación de riesgo y están tomando medidas para paliarla, en protección de la salud pública, pero la exhortación a adoptar un protocolo específico merece la adhesión de este Ministerio Público de la Defensa, ante la emergencia.

III. Sobre las personas privadas de libertad integrantes de grupos de riesgo.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recordó que *“el cúmulo de afectaciones derivadas del encierro previo a juicio impactan de forma mucho más intensa a personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, y que este impacto resulta aún más grave cuando estas personas pertenecen a grupos económicamente en particular situación de riesgo, pues además son víctimas de otras formas de exclusión social. En este sentido, considerando que la prisión preventiva afecta de manera diferenciada y desproporcionada a las personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo, los Estados deben adoptar medidas especiales que contemplen un enfoque diferenciado respecto a personas afrodescendientes; indígenas; LGTBI; personas mayores; personas con discapacidad, y niños, niñas y adolescentes. Un enfoque diferenciado implica considerar las condiciones de vulnerabilidad particulares y los factores que pueden incrementar el riesgo a actos de violencia y discriminación en contextos de prisión preventiva, como la raza, etnia, edad, orientación sexual, identidad y expresión de género, y discapacidad”*.

“Asimismo, resulta importante tomar en cuenta la frecuente interseccionalidad de los factores mencionados, lo que puede acentuar la situación de riesgo en que se encuentran las personas en prisión preventiva” (“Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”).

Según indicó la Comisión, las políticas en materia de prisión preventiva respecto a las personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo, deben estar orientadas a garantizar de forma plena su seguridad, y a reducir el sometimiento a prisión preventiva mediante la utilización prioritaria de la aplicación de medidas alternativas.

Con preocupación expresó la CIDH que tales, por lo general, se rigen por disposiciones comunes al resto de la población en prisión preventiva y carecen de un enfoque de tratamiento especial que impide atender las necesidades específicas de las personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo.

Al fallar en un caso contencioso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que *“si existe un peligro de daño a la vida o la integridad personal y el encierro no permite aquel ejercicio mínimo de derechos básicos, según las circunstancias del caso, los jueces deben revisar qué otras medidas alternativas o sustitutivas a la prisión regular existen, sin que eso implique la extinción de la pena impuesta ni dejar de cumplir con la obligación de asegurar su ejecución. Además, es necesario valorar si el mantener a la persona en prisión redundaría no sólo en la afectación de la salud de esa persona, sino también de la salud de todos los demás privados de libertad que indirectamente podrían ver reducidas sus posibilidades de atención médica por la necesidad de disponer más recursos para atender a aquella persona enferma”* (“Chinchilla Sandoval vs. Guatemala”, sentencia del 29 de febrero de 2016, párr. 244). En torno a esta cuestión, consideró además que *“lo relevante es que los jueces de ejecución actúen con la mayor vigilancia y debida diligencia en función de las particulares necesidades de protección de la persona privada de libertad y los derechos en cuestión, particularmente si la enfermedad puede complicarse o agravarse ya sea por las circunstancias propias de la persona, por falta de capacidad institucional de atender la situación o por negligencia de las autoridades penitenciarias encargadas. Lo anterior implica que, en ejercicio de un adecuado control judicial de las garantías de las personas privadas de libertad, los jueces de ejecución deben adoptar sus decisiones con base en la más amplia valoración de elementos probatorios, particularmente periciales y de carácter técnico, incluidas visitas o inspecciones al centro penitenciario para verificar la situación planteada. De este modo, sea cual sea la decisión finalmente tomada, la misma debe reflejarse en un adecuado razonamiento y debida motivación”* (párr. 247).

En este marco, y sin perjuicio de las acciones colectivas que actualmente lleva a cabo la Defensoría General de la Nación para impulsar cambios estructurales en el funcionamiento y recursos de que dispone el Servicio Penitenciario Federal (SPF), deviene razonable extremar los recaudos para evitar medidas judiciales de encarcelamiento preventivo y la denegatoria al acceso a regímenes de libertad anticipada, para quienes se encuentren entre los grupos de riesgo.

La preocupación por la situación de hacinamiento carcelario dio motivo al dictado de la RDGN-2019-928-E-MPD-DGN#MPD por la que se hizo una recomendación a los/as magistrados/as o funcionarios/as de todas las instancias a cargo de las Defensorías Públicas Oficiales Federales y en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que renueven o agilicen los pedidos de libertad o morigeración de la situación de encierro de las personas cuya defensa ejercen, para lo que debían invocar expresamente la emergencia carcelaria que se ha reconocido en el ámbito del SPF y dependencias de fuerzas de seguridad.

También que, en todo contexto en que adviertan hacinamiento u otras restricciones de derechos de las personas privadas de libertad que puedan implicar un agravamiento en las condiciones de detención,

iniciaran o continuaran el trámite de acciones de hábeas corpus ante los/as magistrados/as competentes.

Para ello se había argumentado que cuando el Art. 18 de la Constitución Nacional dice que las “...cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...”, establece un estándar básico para todos los poderes públicos y la comunidad, pero cuando establece que “...toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”, confiere un mandato expreso a la magistratura para ser garante de la vida e integridad física de las personas privadas de libertad.

Es claro, y así fue puesto de resalto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“ Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, Fallos: 328:1146) que no es propio de la jurisdicción definir la política criminal, en tanto corresponde al Congreso y al Poder Ejecutivo, ni asumir la dirección de los establecimientos penitenciarios, que corresponde a este último, pero ello no puede ser un impedimento para ejercer, en primer lugar, el control de constitucionalidad y, en segundo lugar y por derivación de aquel, el control de legalidad.

Se dijo que el reclamo debía ser guiado por exigir el cumplimiento de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) y las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok), así como los derechos enumerados en la Ley N° 24.660, cuya trascendencia fue destacada por la Corte Suprema en el referido caso “Verbitsky” (Fallos:328:1146).

La Comisión Interamericana dijo respecto de las mujeres privadas de su libertad, que los Estados debían adoptar medidas diligentes con una perspectiva de género que tome en consideración la discriminación histórica y los estereotipos de género que han afectado a las mujeres, niñas y adolescentes, y que han limitado de forma severa el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en contextos de privación de su libertad. Ello implica tomar en cuenta la situación especial de riesgo a la violencia en todas sus manifestaciones, incluyendo la física, psicológica, sexual, económica, obstétrica y espiritual, entre otras, así como el hecho de que la gran mayoría de estos incidentes terminan en la impunidad. Dicha perspectiva conlleva también considerar los riesgos específicos de personas que tienen orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género diversas o no normativas, o cuyos cuerpos varían del estándar corporal femenino y masculino.

El incremento en el número de mujeres privadas de libertad en la región, deriva principalmente del endurecimiento de políticas criminales en materia de drogas, y de la falta de perspectiva de género para abordar la problemática al no considerar factores como: a) bajo nivel de participación dentro de la cadena de la actividad comercial y de tráfico de estas sustancias; b) ausencia de violencia en la comisión de estas conductas; c) impacto diferencial de su encarcelamiento respecto de las personas que están a su cargo; d) ausencia de enfoque de reinserción social en las políticas penitenciarias; y e) situación de violencia y exclusión social y laboral a la que se enfrentan en la región de esta población.

Además, la CIDH destaca que una perspectiva de género también impone considerar el impacto y las cargas específicas que han llevado históricamente a las mujeres en razón de su sexo y roles sociales tradicionales. Muchas mujeres son aún las principales responsables de la crianza de sus hijas e hijos, actúan como cabezas de familia, y tienen personas bajo su cuidado. En este sentido, es más frecuente que las mujeres estén a cargo

de los hogares monoparentales y, en consecuencia, sean las únicas cuidadoras de sus hijas e hijos. Para las mujeres que enfrentan estas circunstancias su encarcelamiento ocasiona severas consecuencias para sus hijas e hijos, y para las personas que se encuentran bajo su cuidado, tales como personas con discapacidad y personas mayores. Por su parte, esta Comisión ha señalado que la privación de libertad de las mujeres tiene consecuencias graves para los niños y niñas, debido a que generalmente el cuidado de los mismos queda a cargo del pariente más cercano, separando a veces a los hermanos, y requiriéndose en la mayoría de las veces, la intervención de servicios sociales para apoyar en su bienestar, e incluso, de la institucionalización.

Tomando en cuenta lo anterior, el encarcelamiento de las mujeres que son madres o están embarazadas y de aquéllas que tienen bajo su cuidado a personas en situación especial de riesgo –tales como personas con discapacidad o personas mayores– debe ser considerado como una medida de último recurso, y deben priorizarse medidas no privativas de la libertad que les permitan hacerse cargo de las personas que dependan de ellas (“CIDH, Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”, párr. 195 y ss).

La Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (aprobada por ley N° 27.360 que, vale recordar por imperio del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, tiene jerarquía superior a las leyes), impone “*enfoques específicos en [las] políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros*” (Vale recordar que su Art. 2 define como “Persona mayor: Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor”).

Así, todo el cúmulo de derechos contenidos en la referida Convención, particularmente los relacionados al acceso a la salud y a la garantía contra la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, adquiere una dimensión especial ante el riesgo de una enfermedad infecto contagiosa de amplia difusión, que se da por sentado puede acabar con la vida de la persona.

También integran el grupo de riesgo para el supuesto de contraer el coronavirus, quienes por tener un cuadro de salud previo o concurrente, como el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, diabetes, problemas cardíacos, respiratorios, etc., son más proclives al contagio o a sufrir graves consecuencias, de modo tal que también deberían ser objeto de especial atención.

Por otro lado, son constantes los llamados de atención de los responsables de las defensorías públicas del interior del país y, como resultado, la preocupación de esta Defensoría General, por las personas que están alojadas en dependencias de las fuerzas de seguridad federales, no solo por la superpoblación sino también por la dificultad de acceso a los derechos más elementales, tornando al tratamiento penitenciario una ilusión.

La Comisión Interamericana instó a los Estados a erradicar “*la práctica de mantener a personas detenidas*

bajo prisión preventiva en comisarías, postas policiales o estaciones de policía, [por lo cual] deberán adoptar las medidas necesarias para poder alojar a los detenidos en condiciones compatibles con la dignidad de las personas. De lo contrario, de no ser capaces de garantizar condiciones compatibles con la dignidad humana de las personas procesadas, deberá disponerse la aplicación de otra medida cautelar distinta a la prisión preventiva o disponerse su libertad durante el juicio” (CIDH, “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, pág. 128).

La Corte Suprema mantiene constante que el principio de inocencia rige hasta el dictado de la sentencia definitiva por ese mismo tribunal (p. ej. y entre otros, en el considerando 17 del voto de la mayoría en “Canales”, Fallos: 342:697), con lo que el abanico de posibilidades de soltura del Art. 210 del Código Procesal Penal Federal deberían ser ampliamente utilizado para evitar esta situación.

La colisión con la finalidad esencial de reforma y readaptación social de los condenados del Art. 5, Inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe llevar a dar primacía a la garantía contenida en su Inc. 2 del artículo referido cuando, además de vedar que una persona pueda ser sometida a torturas, a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, establece con claridad que *“toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

Las alternativas a la ejecución de la pena deben ser operativas también para condenados, y corresponde a la Defensa Pública instarlas ante los jueces a cargo de la ejecución.

En virtud de lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18, último párrafo y 35, Incs. f) y m) de la Ley N° 27.149, en mi carácter de Defensora General de la Nación;

RESUELVO:

I. RECOMENDAR a los/as magistrados/as o funcionarios/as de todas las instancias a cargo de las Defensorías Públicas Oficiales Federales y en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que presten especial atención a la situación de salud de las personas privadas de libertad, frente a la pandemia que justificó la declaración de emergencia sanitaria por DNU N° 260/2020, y que verifiquen y reclamen cuando sea necesario que se asigne el tratamiento adecuado.

II. SOLICITAR a la señora Ministra de Justicia y Derechos Humanos de la Nación la adopción, con carácter urgente, 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.

III. RECOMENDAR a los/as magistrados/as o funcionarios/as de todas las instancias a cargo de las Defensorías Públicas Oficiales Federales y en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que renueven o agilicen los pedidos de libertad o morigeración de la situación de encierro de las personas cuyas defensas ejercen, cuando se puedan incluir en el grupo de personas en riesgo ante la pandemia de coronavirus COVID-19.

IV. RECOMENDAR nuevamente que, en todo contexto en que adviertan hacinamiento u otras restricciones de derechos de las personas privadas de libertad que puedan implicar un agravamiento en las condiciones de

detención, inicien o continúen el trámite de acciones de hábeas corpus ante los/as magistrados/as competentes.

V. PONER EN CONOCIMIENTO de la presente resolución a la "*Comisión de Cárcels*" y al "*Programa contra la Violencia Institucional*" de esta Defensoría General de la Nación y, por su intermedio, a la Comisión de Emergencia Carcelaria, al Sistema Interinstitucional de Control de Cárcels y al Comité Nacional para la Prevención de la Tortura.

Protocolícese, hágase saber y archívese.