

Eficacia normativa del arresto domiciliario como remedio frente a la pandemia de COVID-19

Por Lautaro Fichter, *Prosecretario de la Fiscalía General N° 3 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de C.A.B.A*

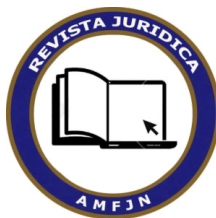
VOCES: DERECHO PENAL – ARRESTO DOMICILIARIO – PANDEMIA – COVID-19 - RIESGO DE CONTAGIO – ART 210 INC J CPPF - EMERGENCIA – SANITARIA – CARCELARIA .

Sumario: El artículo tiene por finalidad establecer la eficacia del instituto previsto en el art. 210, inc. “j”, del CPPF como herramienta jurídica para hacer frente al riesgo de contagio en los establecimientos penitenciarios. A tal efecto, se examina su naturaleza jurídica, a partir de su regulación legal y supralegal; se analiza su inserción en la realidad actual, signada por la emergencia sanitaria y carcelaria; y finalmente se intenta determinar si resulta formal y materialmente procedente –y en qué casos– su utilización en el contexto antedicho

I- Objeto

El presente artículo tiene por finalidad establecer la eficacia normativa del arresto domiciliario previsto en el art. 210, inc. “j”, del CPPF como remedio frente a la pandemia de coronavirus (COVID-19), en tanto se trata de una medida alternativa a la prisión preventiva en el establecimiento penitenciario y, consecuentemente, implica una disminución del riesgo de propagación de la pandemia en dicho ámbito, tanto desde el punto de vista del propio interno –que egresa–, como desde la óptica del sistema carcelario –que se descongestiona–.

A tal efecto, se procederá a examinar la naturaleza jurídica del instituto, a partir de su regulación legal y supralegal; posteriormente se analizará su inserción en la realidad actual, signada por la emergencia sanitaria y carcelaria; y finalmente se determinará si



resulta formal y materialmente procedente –y en qué casos– su utilización en el contexto antedicho.

II- El arresto domiciliario como morigeración de la prisión preventiva

El artículo 210 del Código Procesal Penal Federal (ley 27.063)¹ contiene un catálogo de medidas de coerción que se pueden adoptar sobre el imputado con el objeto de asegurar los fines del proceso, esto es, la aplicación de la ley penal y el normal desarrollo de la investigación.

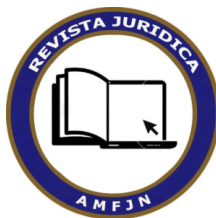
El legislador organizó dichas medidas en grado de progresividad y jerarquía, según los niveles de lesividad que aquellas representan para las personas imputadas. La prisión preventiva en un establecimiento penitenciario sólo puede ser impuesta cuando ninguna de las otras opciones, consideradas individual o conjuntamente, resulta suficiente para asegurar los fines procesales.

Tal regulación se sujeta a los mandatos contenidos en la normativa supralegal, según la cual la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, por lo que el Estado no puede restringir la libertad de una persona sometida a proceso más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar los fines del proceso².

Ello se deriva del axioma que vertebra al sistema de enjuiciamiento penal, cual es que “la ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos

¹ Dicho artículo se encuentra actualmente vigente por Resolución N° 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del nuevo ordenamiento procesal a partir de las facultades otorgadas por los arts. 3 y 7 de la Ley N° 27.063 y el art. 2 de la Ley N° 27.150. Sin perjuicio de ello, debe indicarse que existe una postura según la cual las facultades de dicha Comisión se limitarían a establecer en qué ámbito territorial y desde cuándo aquél entra en vigencia, pero no a fraccionar qué normas de dicho código pueden aplicarse y cuáles no. Ambas posiciones pueden ser relevadas en: T.O.C.F. N° 6 (C.A.B.A.), CFP 5406/2013/TO5/10, *Incidente de prisión domiciliaria de Ricardo Jaime*, resolución del 07-04-2020.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrafo 77.



para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena”³.

En ese sentido, “los únicos fines legítimos en un Estado de Derecho para privar a una persona de su libertad antes de ser dictada una sentencia condenatoria, son los que procuran los fines del proceso”⁴. Sin embargo, “el riesgo que corre el proceso no es el único presupuesto para legitimar el encarcelamiento preventivo. Existen principios que lo rigen, que impiden su aplicación, incluso, en el caso en el que el proceso se encuentra en peligro”⁵.

En efecto, tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual... debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”⁶.

El contenido de dichos principios ha sido desarrollado por la propia Corte, al establecer que “las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido [...] deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto [y] deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida”⁷.

Se advierte, en consecuencia, que el artículo 210 del C.P.P.F. reglamenta principios de carácter constitucional.

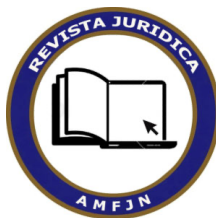
³ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, Tomo I, Ed. del Puerto, 2º ed., Buenos Aires, 1996, p. 490.

⁴ SERGI, Natalia, *Límites temporales a la prisión preventiva*, en Nueva doctrina penal 2001/A, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 114.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C No. 129, párrafo 74.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279, párrafo 312.



El arresto domiciliario previsto por dicha normativa constituye, entonces, una medida cautelar que restringe la libertad del imputado con sustento en la concurrencia de riesgos procesales, y cuya adopción procede en tanto resulte eficaz para la neutralización de aquellos y no exista otro medio menos lesivo para tal fin.

Como derivación de lo expuesto, existen dos escenarios alternativos en los que el arresto domiciliario puede ser impuesto. Por un lado, como consecuencia del requerimiento efectuado en tal sentido por el Ministerio Público Fiscal o de la querrela, en tanto se cumplan los requisitos antedichos (art. 210 del C.P.P.F.). Por otro lado, el magistrado, ya sea de oficio o a pedido de parte, podrá disponer la morigeración de la prisión preventiva que ya se cumple en un establecimiento penitenciario, aplicando este instituto.

El objeto del presente artículo remite al segundo de los escenarios señalados.

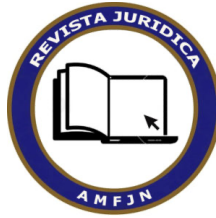
III- La emergencia sanitaria y la reacción jurisdiccional

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró el brote de COVID-19 como una pandemia, lo que, conjuntamente con la constatación de que el virus ya se estaba propagando en territorio nacional, motivó el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/20.

Esta norma amplió la emergencia sanitaria –que ya había sido declarada a través de la ley 27.541 a finales del año 2019– y condujo a la adopción de diversas medidas por parte de las autoridades nacionales, con incidencia –en cuanto aquí importa– en el sistema penitenciario.

En efecto, a raíz de la situación imperante, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación dictó las resoluciones 103/20 y 105/20, en las que, entre otras medidas, se establecieron recomendaciones a implementar en los establecimientos dependientes del Servicio Penitenciario Federal.

Con motivo de ello, la Dirección Nacional del S.P.F. aprobó el “Protocolo de detección, diagnóstico precoz, aislamiento preventivo y aislamiento sanitario por



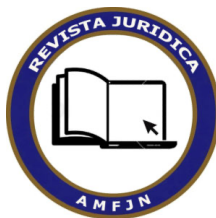
coronavirus COVID-19” (DI-202018215967-APN-DSG#SPF), así como la “Guía de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el Servicio Penitenciario Federal” (DI-2020-58-APN-SPF#MJ), para su implementación en todos los establecimientos penitenciarios federales. También dispuso la conformación de un Comité de Crisis (DI-2020-47-APN-SPF), con el propósito de coordinar las medidas de prevención, detección y asistencia, en virtud del brote epidemiológico y con el objeto de evitar la propagación del nuevo virus en los establecimientos penitenciarios.

Así, entre las diversas medidas adoptadas en el ámbito penitenciario, cabe resaltar las siguientes: se dispuso que los equipos de salud de los establecimientos penitenciarios federales fortalezcan las medidas de vigilancia y detección temprana, notificando de forma inmediata todos los casos sospechosos, probables y/o confirmados a la Dirección de Sanidad del SPF; se ordenó que los titulares de los complejos penitenciarios intensifiquen la adopción de medidas de vigilancia y detección temprana para neutralizar la propagación del COVID-19; se suspendieron las clases y/o actividades educativas en todas las unidades; se adoptaron medidas de prevención en áreas de visita; y se ordenó, asimismo, intensificar la adopción de medidas de prevención y control según criterios epidemiológicos, tendientes a reducir el riesgo de propagación del contagio en la población penal.

A lo expuesto hasta aquí debe sumarse que, ya el 25 de marzo de 2019, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación había dictado la emergencia carcelaria, por un plazo de tres años y con la finalidad de resolver el déficit habitacional en el Servicio Penitenciario Federal, mejorar las condiciones de detención y promover medidas alternativas a la privación de la libertad, especialmente para grupos vulnerables (RESOL-2019-184-APN-MJ).

Ahora bien, la profundización de la crisis sanitaria condujo a que, a nivel nacional, se dictara el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/20 –y sus respectivas prórrogas–, que impuso el aislamiento social preventivo y obligatorio para toda la población con excepciones taxativas.

Por su parte, a escala regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió la Comunicación 66/2020, por medio de la cual, teniendo en consideración el Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ - Ejemplar N°6- ISSN2683-8788



contexto de la pandemia del virus COVID-19, recomendó a los Estados parte la adopción de diversas medidas en el ámbito de sus competencias, con la finalidad de neutralizar o, eventualmente, minimizar el riesgo de contagio en las cárceles. Resaltó, en tal sentido, la implementación del arresto domiciliario como medida alternativa a la prisión preventiva.⁸

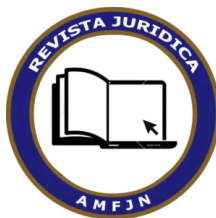
En idéntico camino, en su Declaración nro. 1/20, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “dado el alto impacto que el COVID-19 puede tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad”.

Fue en este marco, entonces, que los magistrados del Poder Judicial de la Nación comenzaron a dictar resoluciones respecto de las personas detenidas a su disposición, quienes solicitaban el otorgamiento del arresto domiciliario en el entendimiento de que, sin perjuicio de los riesgos procesales verificados en cada supuesto, la pandemia de coronavirus –y el peligro de contagio que conllevaba el encierro en un establecimiento penitenciario– obligaba a adoptar aquella medida de coerción atenuada.

De esta manera, las decisiones tomadas sucesivamente por los tribunales motivaron la oportuna intervención de la Cámara Federal de Casación Penal y de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, ambas con asiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la unificación de los criterios con relación a los casos que se suscitaban en los fueros federal y nacional.

En tal sentido, la C.F.C.P. resolvió, en general, que para que los planteos resultaran procedentes debía acreditarse que el mantenimiento del encierro implicaba un peligro concreto para la salud o la integridad del interno. En este sentido, se consideró que no resultaba suficiente la sola pertenencia de la persona a los grupos de riesgo frente

⁸ Cabe recordar que, conforme lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 321:3555, si bien las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no resultan vinculantes para el Poder Judicial, el Estado argentino debe realizar los mayores esfuerzos para dar respuesta favorable a ellas, en función del principio de buena fe que rige su actuación en el cumplimiento de los compromisos internacionales.



al coronavirus para que automáticamente se modificara su modalidad de detención, pues dicha circunstancia solo resultaba indicativa de un peligro conjetural o hipotético⁹.

Por su parte, la C.N.C.C.C. transitó un camino similar, en el sentido de que la referencia genérica a la pandemia de COVID-19 no habilitaba, por sí sola, la sustitución de la prisión preventiva por otra medida de coerción. Sin embargo, entendió que correspondía su otorgamiento si a este extremo se le sumaba la pertenencia del imputado a un grupo de riesgo y las circunstancias del caso, globalmente consideradas, lo ameritaban¹⁰.

En ese marco, la C.F.C.P. y la C.N.C.C.C. emitieron las Acordadas N° 9/20 y 5/20 respectivamente, mediante las cuales recomendaron a los tribunales inferiores, aunque en diversos términos, que meritaran la adopción de medidas alternativas al encierro, atendiendo prioritariamente a la situación de los internos que conforman los grupos de riesgo frente al virus.

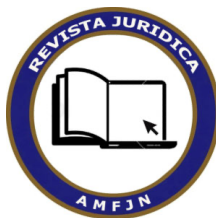
III- El arresto domiciliario como remedio contra el coronavirus

Planteado el escenario de la pandemia, corresponde indagar en las razones por las cuales el arresto domiciliario previsto en el art. 210, inc. “j”, del C.P.P.F. es el instituto que mejor parece adecuarse a las circunstancias del momento.

Por un lado, adviértase que, en los casos bajo análisis, ya se encuentra dictada la prisión preventiva, lo que significa que el órgano jurisdiccional competente ha entendido que concurrían riesgos procesales de suficiente entidad y que no había ninguna otra medida de menor lesividad capaz de conjurarlos eficazmente.

⁹ Al respecto, puede consultarse el *Informe de jurisprudencia de la Sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación relacionada con la pandemia de COVID-19*, confeccionado por el Ministerio Público Fiscal de la Nación.

¹⁰ Al respecto, puede consultarse el *Boletín de jurisprudencia en el contexto de la situación de emergencia derivada de la pandemia por COVID-19*, confeccionado por la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de C.A.B.A.



El hecho novedoso, entonces, se circunscribe a la irrupción del coronavirus en el territorio nacional y las nocivas consecuencias que trae aparejada su eventual propagación en el ámbito penitenciario.

Habría, en principio, tres remedios jurídicos para hacer frente a dicha circunstancia: la excarcelación, el arresto domiciliario previsto por el art. 32 de la ley 24.660 y el arresto domiciliario previsto por el art. 210, inc. “j”, del C.P.P.F. Sin embargo, por las razones que se expondrán a continuación, sólo este último tiene eficacia normativa.

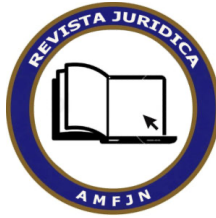
La excarcelación, desde ya, no resultaría procedente, en razón de la subsistencia de los riesgos procesales que motivaron el dictado de la prisión preventiva¹¹. Ello conduciría, en un ulterior nivel de análisis, a determinar si alguna medida de coerción menos lesiva garantiza suficientemente el éxito del proceso.

Por su parte, el arresto domiciliario del art. 32 de la ley 24.660 constituye un régimen de excepción, sujeto a la concurrencia de las razones reguladas en dicho dispositivo legal. Su fundamento es que, en determinados casos de índole extraordinaria, la subsistencia del encierro devendría absolutamente incompatible con el resguardo de los derechos en juego, por lo que la pretensión punitiva del Estado debería ceder. Si bien se encuentra dirigido a la etapa de ejecución de la pena, sus previsiones resultan aplicables a los procesados en prisión preventiva en función de lo establecido por el art. 11 de la misma ley.

Sin embargo, lo taxativo de la disposición impide que el beneficio constituya una herramienta eficaz para conjurar los peligros que suscita el coronavirus. Es que, por más que sea posible realizar una interpretación extensiva de los requisitos de procedencia¹², lo cierto es que la actividad interpretativa encuentra un límite conceptual en el espíritu de la ley, que no puede ser trastocado. Es decir, un supuesto legal puede ser aplicado

¹¹ En todo caso, si el peligro procesal hubiera desaparecido, correspondería el dictado de la excarcelación por esa razón, pero no por el hecho de la pandemia, que es a lo que apunta el objeto de este trabajo.

¹² Así, por ejemplo, pese a que la norma prevé la concesión del beneficio a “la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo”, ya no hay discusión acerca de que no cabe distinguir según el género del progenitor y tampoco resulta un límite infranqueable la edad del niño, pues a lo que se atiende es a su interés superior y al resguardo de sus derechos, dado que se trata de un sujeto especialmente vulnerable.



análogicamente a otro supuesto en tanto resulta similar; pero no puede crearse una categoría no prevista por el legislador.

La ley 24.660 habilita la prisión domiciliaria por razones de salud, a favor del “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” y del “interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal”.

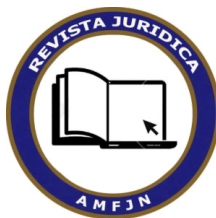
En los casos mencionados, el instituto responde al principio de humanidad, con arreglo al cual se intenta evitar que la privación de la libertad tenga un contenido aflictivo particularmente intenso que pueda constituir un trato cruel, inhumano o degradante del detenido o la restricción de derechos fundamentales que la prisión no debe afectar.

Se observa, entonces, que el hecho de la pandemia y el peligro que implica en la persona detenida no pueden ser adecuadamente canalizados a través de ese beneficio. En efecto, la enfermedad subyacente que pueda tener el interno lo coloca, en todo caso, en una situación desventajosa frente a un eventual e hipotético contagio de COVID-19, pero no implica *per se* que la situación de detención le impida recuperarse, ni tampoco que el Servicio Penitenciario carezca de los recursos médicos para proceder al tratamiento de aquella afección primigenia.

El único instituto con eficacia normativa en este contexto es el arresto domiciliario previsto por el art. 210, inc. “j”, del C.P.P.F., pues, con suficiente fundamento jurídico, autoriza el egreso del imputado del establecimiento penitenciario; implica una fuerte sujeción al proceso, aunque en mucho menor medida que la prisión preventiva; y permite reducir los peligros inherentes a la emergencia sanitaria y carcelaria.

En efecto, resulta indiscutible que la población penitenciaria es uno de los sectores de la sociedad que más riesgos enfrenta frente a la expansión de la pandemia, atento a las condiciones de detención actuales. En efecto, cabe destacar que la sobrepoblación carcelaria favorecería la propagación del virus en ese ámbito. Por ello, las recomendaciones de organismos nacionales e internacionales apuntan a lograr una reducción del número de internos, lo que no sólo reduciría la posibilidad de contagio, sino que repercutiría directamente en la capacidad de las autoridades penitenciarias de proveer

Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ - Ejemplar N°6- ISSN2683-8788



los medios necesarios para proteger la salud de quienes permanezcan detenidos, de la que el Estado justamente es garante.

También es cierto que los individuos detenidos conservan todos sus derechos de los que no los priva su condición, siendo el Estado garante de su bienestar. De este modo, al igual que el resto de la población, las personas privadas de su libertad conservan en toda su extensión el derecho a la salud, el cual se encuentra específicamente garantizado por normas de rango nacional e internacional.

La ley 24.660, en su art. 143, así lo establece. Igual conclusión se deriva del art. 18 de la CN. En el plano internacional, cabe citar el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los arts. 1 y 2 de los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; así como el art. 24 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos¹³.

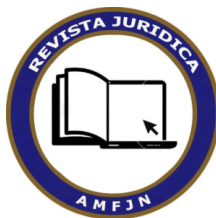
Así entendido, el arresto domiciliario constituye una medida preventiva para hacer frente a la pandemia, cuya adopción importa un doble beneficio: se disminuye el riesgo de contagio del interno que egresa y, correlativamente, se atenúa la exposición del resto de la población carcelaria al decrecer su número.

Sin embargo, desde el punto de vista de la persona que solicita el arresto domiciliario, la petición debe tener un fundamento para que resulte jurídicamente viable.

Por más positiva que luzca *a priori* la morigeración como remedio frente a la pandemia, no puede caerse en el automatismo de concederla a granel, pues se estaría vulnerando el delicado equilibrio existente entre las garantías del individuo sometido a proceso y el derecho del Estado a perseguir el delito; máxime cuando, estando dictada la prisión preventiva, una decisión judicial ha considerado que existían riesgos procesales asociados a la atenuación del encierro.

La solución para determinar si el instituto procede o no en el caso concreto se encuentra en uno de los criterios rectores de la prisión preventiva.

¹³ Respecto de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "...si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque constitucional federal, se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad" (CSJN, Fallos: 328:1146 y 1186).



En efecto, el principio de proporcionalidad impone que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida¹⁴.

Conforme con aquel, hay un umbral por encima del cual no se admite el sacrificio de los derechos individuales y el Estado debe aceptar el perjuicio eventual sobre la realización regular y efectiva de la persecución penal. Se trata de una ponderación de valores, según la cual, en un determinado momento, triunfa el interés individual sobre el interés estatal implicado en la realización del poder penal¹⁵.

En otras palabras, la subsistencia de la prisión preventiva puede tornarse desproporcionada si se verifica un perjuicio sobre la persona que no guarda ninguna correlación con el beneficio instrumental de la medida.

Tal aserción encuentra sustento en que el Estado de Derecho importa una aspiración de eticidad, por lo que no debe legitimar formas de coacción que lesionen la ética de modo directo e incuestionable¹⁶.

Dicho estándar resulta aplicable a la situación que se vive en la actualidad, pero exige una labor judicial prudente y casuística, que en modo alguno puede suplirse por una medida pareja para todas las situaciones. En efecto, lo que es proporcional en un supuesto, puede no serlo en otro.

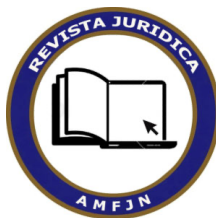
En definitiva, el análisis de proporcionalidad debe incorporar la emergencia sanitaria y carcelaria como dato relevante en el sentido de que potencialmente se incrementa el carácter gravoso de la prisión preventiva en relación a su beneficio instrumental.

Entonces, la evaluación de cada caso supone una ponderación de riesgos: el de frustración de los fines del proceso, por un lado, y el de contagio, por otro. Así, la solución

¹⁴ CSJN, “Loyo Fraire”, rta. 06-03-2014. En igual sentido, BRUZZONE, Gustavo *La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal*, “La justicia penal hoy”, Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires, 1999, p. 189.

¹⁵ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, Tomo I, 2° ed., Editores del Puerto, Bs. As., 2012, p. 528.

¹⁶ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, 2° ed., Bs. As., 2002, p. 138.



adecuada a cada caso concreto surgirá de valoración integral de las directrices que se formulan a continuación.

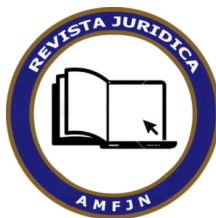
Así, la primera regla que es posible extraer del principio de proporcionalidad es que, si la eventual exposición al virus no implica *a priori* un peligro particularmente grave para la persona detenida, no corresponde la morigeración. Prima aquí un criterio empírico y científico, según el cual el COVID-19 afecta con especial virulencia a determinados sujetos, que pertenecen a los denominados grupos de riesgo.

Por el contrario, la abrumadora mayoría de la población –en tanto no tenga enfermedades subyacentes, no supere cierta edad, o no se encuentre cursando un embarazo, por ejemplo– sorteará la afección con síntomas leves o directamente sin desarrollarlos. Las pautas según las cuales una persona constituye o no factor de riesgo, son brindadas por la autoridad sanitaria.

La segunda regla es que, si no se constata un riesgo concreto de contagio, tampoco es procedente la atenuación del encierro. Esta clase de riesgo podría esgrimirse en dos escenarios.

El primero se daría en la hipótesis de que el Servicio Penitenciario Federal no estuviera en condiciones de detectar casos de coronavirus entre los internos o no contara con las herramientas necesarias para afrontarlos; toda vez que, de esta manera, el imputado estaría en situación de indefensión ante una eventual propagación. Sin embargo, de acuerdo a lo ya reseñado, las autoridades penitenciarias han dictado e implementado protocolos y directivas con el objetivo de asegurar el acatamiento a los estándares fijados por las disposiciones internacionales y nacionales para la prevención de la pandemia. Por lo tanto, corresponde descartar este escenario.

El segundo se daría si efectivamente hubiera casos de contagio dentro del establecimiento. Pero incluso en tal hipótesis, el Servicio Penitenciario podría asegurar las condiciones de detención y salubridad en el ámbito carcelario en particular, a través del aislamiento y reubicación de los internos. Deberá relevarse, entonces, la posibilidad de proceder a su alojamiento en celdas individuales y limitar el contacto en los lugares comunes, lo que, en definitiva, obligará a constatar si el sector registra problemas de



hacinamiento o sobrepoblación y cuán ocupado se encuentra en relación a su capacidad operativa utilizable¹⁷.

De cualquier otra manera, el riesgo alegado se mantendría en un plano abstracto y meramente conjetural.

La tercera regla remite al objeto de la causa que se le sigue a la persona detenida preventivamente, puesto que el riesgo de frustración del proceso es mensurable y, desde ya, varía según lo que se investiga. En definitiva, el principio de proporcionalidad indica que no es lo mismo que se frustré un proceso por robo, que uno por homicidio; tampoco es lo mismo un delito común que uno de lesa humanidad.

Debe recordarse, pues, que “la detención domiciliaria implica una disminución significativa del control estatal sobre el cautelado y, desde esa perspectiva, un incremento del riesgo de que eluda la acción de la justicia”¹⁸.

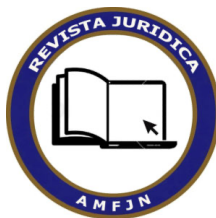
Entonces, la gravedad del delito imputado constituye una pauta válida en el marco de dicha ponderación y habilita una mayor rigurosidad por parte del Estado en aras de mantener el beneficio instrumental de la prisión preventiva, adoptando las medidas necesarias para proteger la salud del sujeto intramuros.

En ese orden de ideas, debe valorarse especialmente si se trata de ilícitos respecto de los cuales el Estado nacional ha asumido el compromiso internacional de reprimir.

En este sentido, cabe resaltar que la República Argentina ha adherido a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre otras. Idéntica consideración cabe efectuar si en el proceso se ventilan delitos de lesa humanidad.

¹⁷ Tal ha sido el criterio dado por la C.F.C.P., Sala III, en la causa n° CFP 1188/2013/TO1/92/1/CFC24, caratulada “Jaime, Ricardo Raúl s/ recurso de casación”, resuelta el 21-04-2020.

¹⁸ Dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa O. 296, L. XLVIII, “Olivera Róvere”, emitido el 28 de febrero de 2013.



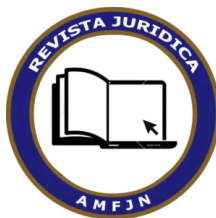
De corroborarse alguno de los supuestos antedichos, el deber de perseguir el delito se encontraría reforzado por la existencia de una obligación internacional cuyo incumplimiento podría conllevar la consecuente responsabilidad. Este extremo también sustentaría una evaluación más estricta del peligro de frustración del proceso que involucra el arresto domiciliario.

En idéntico sentido, debe evaluarse si el ilícito implicó despliegue de violencia y avasallamiento de bienes jurídicos especialmente valorados –la vida, la libertad, la integridad sexual–, pues ello robustece el interés del Estado y de la víctima relativo a que estos procesos se desarrollen normalmente.

Contrariamente, en supuestos que involucran delitos cuya pena en abstracto no es particularmente severa, o que en concreto no trasuntan una especial afectación al bien jurídico tutelado por la norma, podría admitirse una atenuación del encarcelamiento preventivo, en la inteligencia de que el beneficio de la cautela dispuesta –atento al contenido del proceso cuyo éxito se ha intentado asegurar por esta vía– no guardaría proporción con el perjuicio irrogado a la persona detenida, por el peligro de contagio que supone. A ello debe sumarse que, de permitirse su egreso, se incrementaría la capacidad estatal de proveer a la protección de la salud de los internos que continúen privados de su libertad, por lo que, también desde esta óptica, resulta instrumentalmente conveniente la adopción de la solución antedicha.

La cuarta regla refiere a la duración de la medida cautelar, dado que su prolongada extensión indica la existencia de una menor legitimidad para su mantenimiento en el marco de la pandemia, atento a que el Estado estaría más cerca de agotar sus posibilidades de garantizar los fines del proceso por ese medio¹⁹. Por esa razón, no luce razonable pretender que, en el marco extraordinario que se analiza, subsista una prisión preventiva que ya ha durado mucho tiempo.

¹⁹ SERGI, Natalia, *Límites temporales a la prisión preventiva*, en Nueva doctrina penal 2001/A, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 114.



En definitiva, la solución adecuada para cada caso en concreto debe ser encontrada en el análisis integral de las circunstancias que lo rodean, guiado por las directrices reseñadas precedentemente.

IV- Conclusión

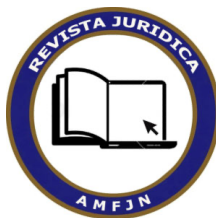
Las Acordadas N° 9/20 y 5/20 de la C.F.C.P. y C.N.C.C.C. dan cuenta de la rigurosidad con la que los tribunales están tratando las solicitudes de morigeración formuladas por los imputados. En tal sentido, las recomendaciones dadas en dichas Acordadas lucen acertadas desde el punto de vista del presente artículo²⁰.

Sin embargo, es importante remarcar nuevamente que aquí nos ocupamos de analizar casos en los que ya se encontraba dictada la prisión preventiva, de lo que se extrae que un magistrado consideró que concurrían riesgos procesales imposibles de conjurar con medios menos lesivos.

En ese marco, cabe recordar que el arresto domiciliario, como medida alternativa prevista en el art. 210, inc. “j”, del C.P.P.F., no es de aplicación automática, sino que procede únicamente en tanto resulte suficiente para garantizar eficazmente que se cumplan los fines del proceso en el caso concreto.

La irrupción de la pandemia de coronavirus y el peligro de su propagación en un sistema penitenciario cuya emergencia se encuentra formalmente declarada constituyen datos de la realidad que indudablemente deben ser valorados al momento de analizar la posibilidad de atenuar el encierro del imputado. Ello, en virtud de que la posibilidad cierta de contagio puede tornar desproporcionada la medida cautelar.

²⁰ No es objeto del presente artículo la discusión acerca de la constitucionalidad de dichas Acordadas, aunque, desde ya, no podrían formularse objeciones en ese sentido, atento a que se trata de recomendaciones en general y no de directivas en particular, no susceptibles de afectar la independencia del juez o jueza para decidir en un caso concreto. Una postura distinta puede ser encontrada en T.O.C.F. N° 7 (C.A.B.A.), CFP 15405/2017/TO1/5, *Incidente de arresto domiciliario de Ana Lucía Távora Huaman*, resolución del 24-04-2020 y en Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 37 (C.A.B.A.), CCC 21053/2020, *acción de amparo promovida por la Asociación Civil Usina de Justicia*, resolución del 02-05-2020.



En otras palabras, el perjuicio eventual que acarrea al imputado la continuidad de su encierro en un establecimiento penitenciario, debe estar en relación con el beneficio instrumental de la subsistencia de la prisión preventiva en su caso concreto.

El fundamento del otorgamiento del remedio, entonces, remite al principio de proporcionalidad, que exige una ponderación de riesgos: el de frustración de los fines del proceso, por un lado, y el de contagio, por otro.

En una situación excepcional como la que impera en la actualidad, el Estado puede sacrificar su interés en asegurar por medio de la prisión preventiva la persecución de determinados delitos cuando, por la levedad de las conductas endilgadas, la escasa afectación al bien jurídico involucrado y las condiciones personales de la persona acusada, no resulta razonable someter a esta última a que padezca un peligro cierto de contagio.

De esta manera, además, se descongestionaría el sistema penitenciario y se podría continuar con el tratamiento de los casos que sí ameritan el mantenimiento del encarcelamiento cautelar.

En definitiva, de lo que se trata es de oponer una presunción (de fuga y/o de entorpecimiento de la investigación) a otra presunción (de propagación del virus en la cárcel) y determinar cuál debe prevalecer, a través de un juicio de proporcionalidad. En esa tarea, serán de utilidad las directrices propuestas en este artículo.

Ello, desde ya, no obsta a la posición de garante que detenta el Estado en orden a la salud de todas las personas privadas de su libertad. De hecho, conforme se ha desarrollado en este artículo, es innegable que las autoridades nacionales han adoptado protocolos y medidas para prevenir y, eventualmente, mitigar la expansión del virus en el ámbito penitenciario.

Por lo tanto, en supuestos extremos –en los que, simultáneamente, se verifica que el delito endilgado es muy grave y que el imputado pertenece a un grupo de riesgo–, el Servicio Penitenciario Federal debería extremar los recaudos de seguridad, higiene y provisión de suministros intramuros, pudiendo proceder al realojamiento del interno en un sector aislado del resto de la población o un establecimiento que cuente con capacidad



operativa disponible a tal fin, de tal modo de garantizar su salud e integridad física frente a los potenciales efectos de la pandemia de COVID-19.

Los lineamientos de los organismos nacionales e internacionales, en definitiva, remiten a que los magistrados evalúen la posibilidad de implementar medios alternativos a la prisión preventiva con la finalidad de descongestionar el sistema penitenciario, de manera tal de asegurar una respuesta más eficaz frente a la propagación del virus; ello no significa que deban autorizar el egreso masivo y automático de todos los detenidos sin ninguna distinción, máxime cuando tal decisión inevitablemente consolida los riesgos procesales ya corroborados con antelación.