

SE PRESENTA Y MANIFIESTA COMO “AMIGO DEL TRIBUNAL”

Excmo. Tribunal:

Alberto Javier Volpi (T° 83, F° 931, C.P.A.C.F.), en mi carácter de letrado apoderado de la Procuración Penitenciaria de la Nación, constituyendo domicilio en Av. Callao 25, piso 4° oficina “G” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, **en la causa seguida en relación a** , **en el marco de la Causa N° 1267 del registro de esa Excmo. Sala N° IV**, a V.V.E.E. se presentan y respetuosamente digo que:

I

OBJETO

Conforme el poder general judicial y administrativo cuya copia se acompaña, he sido designado como mandatario de la Procuración Penitenciaria de la Nación, mediante la escritura otorgada por el titular de dicho organismo, Dr. Francisco Miguel Mugnolo, pasada al folio 42 del Registro N° 490 por la escribana Dolores Garcia Berro el 14/01/2008, el que se encuentra vigente a la fecha.

En ese carácter, vengo por medio de la presente a manifestar mi opinión acerca de cuestiones de hecho y de derecho de esta causa, en el carácter de amigo del tribunal. Ello, en virtud del justificado interés de la Procuración Penitenciaria de la Nación en la resolución de aquellas cuestiones en que se encuentra comprometido el pleno ejercicio de las garantías individuales y protección de los derechos humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario Federal, de conformidad con el mandato impuesto por el art. 1° de la Ley 25.875.

Dicha norma dispone que “El objetivo fundamental de esta institución es proteger los derechos humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario Federal, de todas las personas privadas de su libertad por cualquier motivo en jurisdicción federal, comprendidos comisarías, alcaldías y cualquier tipo de locales en donde se encuentren personas privadas de libertad y de los procesados y condenados por la justicia nacional que se encuentren internados en establecimientos provinciales”.

Por su parte, el art. 18 inciso “e” de la misma ley faculta expresamente a la Procuración Penitenciaria de la Nación a manifestar su opinión respecto de cuestiones de hecho o de derecho ante los magistrados en carácter de “Amigo del Tribunal”.

En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sancionó la Acordada 7/2013, la que autorizó la intervención de Amigos del Tribunal en los procesos judiciales que se tramiten, y destacó su importancia como instrumento

de participación ciudadana en la administración de justicia.

Asimismo, cabe aclarar que la figura del *amicus curiae* ha sido ampliamente aceptada en el ámbito judicial. Así corresponde citar aquí el caso planteado por este organismo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Estevez, José Luis s/solicitud de excarcelación” (Nº 33.769, Expte. Nº 381, Letra “E”; Libro XXXII, año 1996), en el cual el Alto Tribunal utilizó al resolver los argumentos fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que fundamentaba el escrito de la Procuración Penitenciaria. Del mismo modo, vale agregar las presentaciones de este Organismo ante la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Nº 1831 “Alonso y otros s/recurso de casación” y ante la Sala III en la causa Nº 2181 “Murga, Oscar Guillermo s/recurso de casación”, donde los escritos pasaron a formar parte de los expedientes y fueron tenidos en cuenta por los Magistrados. De todo lo expresado se desprende a las claras la vialidad de la figura “*amicus curie*” en el derecho argentino.

Que en el mencionado carácter de “Amigo del Tribunal” vengo a expresar mi punto de vista en el caso del Sr. _____, quien tiene una secuela permanente de hemiparesia derecha por lesión medular, alojado/a en el Complejo Penitenciario Nº I del Servicio Penitenciario Federal de Ezeiza.

II

CUESTIONES DE HECHO

Profesionales de diversas áreas de esta Procuración han evaluado el estado de salud de _____ y las condiciones en las que se encuentra cumpliendo la detención en el Complejo Penitenciario Federal Nº 1 de Ezeiza. Al respecto, queremos señalar algunas consideraciones de hecho que dan cuenta de la falta de adecuación del entorno en el que _____ esta cumpliendo su detención y como agrava su salud tal situación.

En primer lugar, tal como consta en el informe elaborado por el Dr. Eduardo Rizzuti, médico de este organismo de control - que se acompaña en copia a la presente- el Sr. _____ presenta una secuela permanente de hemiparesia derecha por lesión medular e incontinencia fecal por partesia de músculos de retención; todo lo cual le genera “*graves dificultades para valerse por si mismo con seguridad.*”

La información referida en el párrafo que antecede condice con el informe del Cuerpo Médico Forense labrado en fecha 31 de mayo de 2013 en el que se consigna que “*la afección que padece lo limita parcialmente en las actividades de la vida cotidiana, requiriendo de asistencia para actividades como vestirse, desvestirse, de ambulación, higiene, utilización de cubiertos con la mano*

derecha (cortar comida)” (el resaltado es propio)

En una entrevista mantenida por con personal del área de salud mental de esta Procuración, el mismo refirió que debido a la paresia que tiene en el lado derecho de su cuerpo necesita que alguien le corte la comida, a lo que agregó *“muchas veces, si los muchachos no volvieron de trabajar o estudiar, tengo que esperar con la comida fría para que me corten”*, a raíz de lo que añade que en muchas ocasiones **pasa varias horas sin comer.**

En segundo lugar, la información asentada por el médico de este organismo de control evidencia que entre 25 de junio de 2013 y el 29 de julio de 2013 el Sr. padeció una involución en su estado de salud atribuible a la falta de ejercicio; este deterioro también surge corroborado de la comparación de los informe médicos del Cuerpo Médico Forense de fecha 7 de noviembre de 2012 (fs. 16/19) y a 7 meses del primero, de fecha 31 de mayo de 2013. Según asentó el Dr. Rizzuti en el informe médico que se acompaña, el Sr. fue *“visitado por mí el 25-6-13 presentaba igual patología que la presente salvo un empeoramiento por falta de ejercicio.”* (El resaltado es propio)

En tercer lugar, en relación a las condiciones en las que cumple el encierro el detenido, la experiencia de este organismo de control indica que los establecimientos carcelarios federales no reúnen las condiciones mínimas de infraestructura y recursos necesarios para dar acogida a internos con una discapacidad motriz como la que del Sr. . En el caso particular del detenido, tal consideración se encuentra corroborada por la información indicada en el informe médico suscrito por el médico de esta Procuración Penitenciaria, Dr. Rizzuti, en el que se indica que *“visitado su lugar de detención, lo juzgo como inadecuado para la seguridad física y psíquica del interno. También visite la única celda para discapacitados en su pabellón, se diferencia de las comunes por presentar un pasamanos.”* (El resaltado es propio)

En la misma dirección, según se hace contar en el informe suscrito por la Dra. Victoria Grinberg, a cargo del equipo de asesores de Ezeiza del Área de Coordinación Zona Metropolitana de esta Procuración Penitenciaria de la Nación, y del material fotográfico que se adjunta al mismo, que *“...en ningún sector del pabellón, ni el interior de las celdas de (ver foto 6), se encuentran instaladas barras que le faciliten la movilidad.”* (El resaltado es propio)

Debe subrayarse, que según relevó esta Procuración *“tampoco las duchas cuentan con las medidas de seguridad necesarias para que una persona con la modalidad reducida pueda hacer uso de ellas. Por otro lado, corresponde indicar que las distancias que debe recorrer desde su celda hasta el sector de la cocina o de las duchas son demasiadas extensas teniendo*

en cuenta su situación médica. Téngase presente que la foto 1 fue tomada desde la celda de ” (El resaltado es propio)

Por último, en la entrevista mantenida con personal del área de salud mental de esta Procuración, el Sr. refirió que “*los pasillos y la habitación en particular le representan un peligro ya que **no se encuentran adaptadas para moverse con seguridad***”; asimismo refirió que cuando camina varios metros, necesita de horas en reposo para “recuperarse.” Por su parte, añade que vive como un peligro los pisos y columnas del establecimiento ya que no se encuentran adaptados a su discapacidad motriz y señaló que tiene una esposa y cuatro hijos, que su mujer fue quien lo ayudo en su rehabilitación y que en la casa en la que residía con su familia tienen una caminadora, una bicicleta, barras y un aparato que vibra” para ejercitarse, y que desde que ingresó al penal hace un año, nota la disminución de la agilidad que había logrado a nivel corporal.

III

CUESTIONES DE DERECHO

En virtud de las consideraciones efectuadas por profesionales de distintas áreas de esta Procuración Penitenciaria de la Nación, corresponde evaluar si la actual condición en las que el Sr. cumple la detención se adecua a los estándares que permiten a un Estado arrogarse el derecho de mantener el encierro carcelario de una persona.

En este sentido, se hará referencia a las normas de derecho internacional y a la interpretación que de ellos hacen los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, y a que a la luz de los hechos referidos en el apartado anterior inducen a considerar que la situación en la que se encuentra Darío en prisión constituye un mal trato en los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención contra la Tortura, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, a la vez que viola los imperativos de esta última que obligan al estado Argentino a promover la autonomía e independencia de la persona con discapacidad, la accesibilidad a su entorno y atender a su necesidades de habilitación, rehabilitación y de salud.

En primer lugar, en relación a las obligaciones que surgen del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – en adelante PICyP- el Comité de de Derechos Humanos ha realizado algunas indicaciones claras sobre las implicaciones de los derechos allí consagrados cuando se trata de su disfrute por parte de las personas con discapacidad. Al respecto, se ha señalado que “*...la discapacidad puede tener importantes implicaciones, entre otros, sobre el a derechos a verse libre de tortura y otros atos y penas crueles, **inhumanos y degradantes**, (...) a ser tratado con humanidad y con el respeto por la dignidad en caso de privación a la libertad.*”

En particular, el PIDCP prevé en su artículo 7 la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes y en su artículo 10 consagra el derecho a ser tratado humanamente y con el debido respeto de la dignidad. Sobre la aplicación del PIDC en relación a las personas que se encuentran privadas de la libertad y que tienen alguna discapacidad, se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos en Observaciones Generales y en peticiones particulares sometidas a su consideración.

La Observación General N° 21 refiere en forma explícita que el artículo 10 se aplica “*a toda persona privada de libertad en virtud de las leyes y autoridades del estado e internadas en prisiones, hospitales, en particular hospitales psiquiátricos*¹” y en la Observación General N°20 el Comité pone énfasis en la prohibición de la tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes y en su aplicabilidad a las personas sujetas a institucionalización u hospitalización,² toda vez que estos señalamientos son especialmente relevantes para las personas con discapacidad en situación de encierro.

Así, en aplicación de los artículos referidos, el Comité de Derechos Humanos ha resuelto favorablemente dos peticiones estatales específicas relativas a personas con discapacidad, que encuentran similitud con los hechos ventilados en el presente caso.

En *Hamilton v. Jamaica*, el Comité tuvo oportunidad de examinar si el hecho de que las autoridades penitenciarias no hubieran tenido en cuenta la situación de una persona con discapacidad motora privada de libertad que no podía salir de la celda sino en brazos de otros internos y no podía vaciar el contenido de su cubo sanitario, viéndose obligado a pagar a otros internos para hacerlos, infringía los artículos 7 y 10 del PIDCP.³ En opinión del Comité, el demandante no había sido tratado humanamente ni con respeto a la dignidad inherente al ser humano, en contravención de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 10 del PIDCP al no haber tenido en la autoridad penitenciaria su condición de persona con discapacidad y haber omitido “*toda medida para acomodar el lugar de alojamiento a sus necesidades físicas*” señalando que el Estado parte estaba obligado a proporcionar el peticionario condiciones de detención que tuvieran plenamente en cuenta su discapacidad (El resaltado es propio).

En el caso *C. v. Australia*, un solicitante de refugio iraní fue sometido a detención durante la consideración de su solicitud de refugio por parte de las

¹Comité de Derechos Humanos-en adelante Comité de DDHH-, Observación General Núm. 21, Párr. 2.

² Comité de DDHH, Observación General Núm. 20.

³Dictamen del Comité de DDHH sobre la comunicación No. 616/1995, aprobado el 28 de julio de 1999 (CCPR/C/66/D/616/1995, párr. 3.1 y 8.2).

autoridades australianas. Durante la privación de la libertad, su salud mental sufrió un deterioro considerable y mediaba un dictamen profesional que recomendaba su inmediata puesta en libertad y la prescripción de la medicación psiquiátrica. El Comité de Derechos Humanos considero que **el mantenimiento de la detención del peticionario cuando el Estado sabia de la condición de su condición de salud mental y omitió adoptar las medidas necesarias para evitar su deterioro constituyó una violación del Art. 7 del PIDCP, en tanto las circunstancias en las que se cumplía la detención constituía un trato crueles, inhumano y degradante.**

Por su parte, la Convención contra la Tortura desarrolla de modo mas detallado la prohibición de Tortura y de otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes que ya estaba consagradas en los PIDC. Este mayor grado de especificación también tiene proyecciones sobre la situación de las personas con discapacidad; en particular en los relativo a *“la ausencia de establecimientos, personal o tratamientos adecuados para satisfacer las necesidades de atención de las personas con discapacidad, etcétera.”*⁴ (El resaltado es propio)

Ahora bien, en el marco del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos al que venimos haciendo referencia, la protección de los derechos de las personas con discapacidad se vio reforzada a partir de 2006 con la elaboración de un instrumento específico para ese colectivo como es la adopción de la **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, en adelante CDPD o la Convención. Su adopción, representó un cambio de paradigma en el modo de atender a la problemática de las personas con discapacidad, abordándolo como una cuestión de derechos humanos y buscando lograr la igualdad en la titularidad y ejercicio de los derechos y libertades de todas las personas con discapacidad, de igualdad de oportunidades, así como promover el respeto de su dignidad inherente.⁵

En Argentina., la Convención y su Protocolo Facultativo fue aprobado por Ley N° 26.378, gozando jerarquía superior a las leyes conforme lo establece la Constitución Nacional⁶; su vigencia ha puesto en mora a los Estados Partes y

⁴Christian Courtis, **Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**, en Tratado sobre discapacidad, coord. por Rafael de Lorenzo García, Luis Cayo Pérez Bueno, 2007, ISBN 978-84-8355-138-7, págs.435-466

⁵En el sistema universal de protección de los derechos humanos, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el 13 de diciembre de 2006 la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en vigor desde mayo de 2008, cuyo objeto, según el Art. 1, es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.”

⁶ La Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 61° periodo de sesiones. La Argentina fue uno de los primeros países que firmó este tratado. El 21 de mayo de 2008, el Poder Legislativo nacional aprobó la Convención y su Protocolo Facultativo y el 2 de septiembre de 2008 el tratado entró en vigencia en el país, luego de que el gobierno efectivizara la ratificación a través del deposito del instrumento correspondiente en naciones Unidas. A la fecha esta pendiente la sanción del

los compromete a la implementación de medidas legislativas, judiciales, administrativo o de otra índole, que hagan efectivo el ejercicio y disfrute de los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que los demás.

La CDPD pone nuevos énfasis en cuestiones poco o oblicuamente consideradas en aquellos instrumentos.⁷ En lo que nos interesa, la *Convención* destaca dos principios fundamentales como lo son la autonomía y la independencia, que conforman el eje vertebral de la igualdad de oportunidades a la que refiere al articular de forma más explícita que en otros instrumentos internacionales los principios de igualdad de trato, de igualdad de oportunidades y de prohibición de discriminación (5.2 y 8). Asimismo, la CDPD contiene una nueva categoría de derechos, como es el referido a la accesibilidad (art. 9), el derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19); a la vez que refuerza derechos internacionalmente consagrados, adecuando su contenido a la situación de las personas con discapacidad; a saber, establece la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 15); las necesidades de habilitación, rehabilitación y de salud de las personas con discapacidad (artículos 26 y 25, inc. b); el derecho al goce a la libertad y a la seguridad (artículo 14.2); el derecho a la alimentación, vestimenta y nivel de vida adecuadas, y a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones que los demás, (artículos 15,16, 17 y 28)

Igualdad y no discriminación. La CDPD en sus artículos 5.2 y 8 no solo reafirma el derecho de toda persona con discapacidad a igual protección ante la ley y a no ser discriminada por motivos de discapacidad, sino que obliga al Estado a que adopte medidas en contra de las prácticas nocivas respecto de ellas a fin de erradicar la práctica de la discriminación en las esferas públicas y privadas. Puede afirmarse que la Convención profundiza en un modelo antidiscriminatorio complejo, en el que se superponen distintas concepciones acerca de la igualdad y de la discriminación. En lo que aquí importa, una de estas concepciones se vincula a la igualdad de oportunidades, y esto importa al menos dos cuestiones diferentes.

En primer lugar, supone el reconocimiento de la diversidad **y de las necesidades especiales de las personas con discapacidad como condición para el goce de igualdad de oportunidades de modo que, en este sentido, la falta de consideración de estas diferencia y la homogenización excluyente a partir de parámetros mayoritarios o hegemónicos- constituiría una denegación de la igualdad de oportunidades y por ende, un caso de discriminación.** Esta

proyecto de presentado el 19 de junio que declara la jerarquía constitucional de la CDPD-

⁷ Christian Courtis, *Op. Cit.*

aparece explícitamente mencionado en la definición de “*discriminación por motivos de discapacidad*” incluida en el Art. 2 de la Convención⁸; en segundo lugar, la igualdad de oportunidades a la que refiere la Convención se vincula con el aseguramiento de la igualdad de trato en aquellos casos en los que la discapacidad constituye un factor de diferenciación en detrimento de las personas con discapacidad – es decir, con el efecto de limitar, restringir o menoscabar derechos reconocidos universalmente -. Esto importa considerar que el *estatus quo* ha sido configurado de modo excluyente hacia las personas con discapacidad y que la igualdad de oportunidades solo puede obtenerse asegurando la erradicación de barreras físicas, comunicacionales y actitudinales que tienen el efecto de impedir a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de derechos reconocidos universalmente. Es decir, de acuerdo a esta noción, el mantenimiento del *statu quo* o – visto de modo complementario – el incumplimiento de obligaciones de tornar accesibles entornos previamente inaccesibles, y de comenzar a producir entornos accesibles hacia el futuro, constituiría una forma de discriminación. Incluso, y en forma expresa, la CDPD establece en su artículo 5. Inc. 3, que la falta de previsión de ajustes razonables es una causa de discriminación por motivos de discapacidad. Por ajustes razonables, la CDPD entiende “*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.*”

Autonomía e Independencia. La Convención destaca como principios fundamentales la autonomía y la independencia. Por autonomía ha de entenderse como la capacidad de controlar, afrontar y tomar decisiones personales acerca de cómo vivir, de acuerdo con normas y preferencias propias, **así como de desarrollar actividades básicas de la vida diaria.**

Por su parte, el derecho a la vida independiente busca proteger a quienes se encuentran en situación de dependencia, generando **la obligación de proporcionar servicios y asistencia para el desarrollo de las actividades fundamentales de la vida diaria y para el correcto ejercicio de sus derechos.** Este derecho se halla íntimamente vinculado con el derecho a la inclusión en la comunidad, tal como consagra el art. 19, que resalta el valor de la autonomía y vida independiente de las personas con discapacidad por primera vez en un instrumento internacional, e impulsa como meta asegurar que las personas con discapacidad **gocen de movilidad personal con la mayor independencia**

⁸ Christian Courtis, *Op. Cit.*

posible⁹.

Asimismo, la Convención subraya el objetivo de acceso de las personas con discapacidad a diversas esferas sociales, **lo que incluye la eliminación de barreras existentes, como imposición de obligaciones de accesibilidad y diseño universal y obligaciones de ajustes o acomodamiento hacia el futuro.**

Así, se ha sostenido que la discapacidad, al reforzar la exclusión social, debe ser compensada con el establecimiento de recursos o mecanismos para el fortalecimiento de la autonomía personal y la vida independiente, que permitan una toma de control sobre cuestiones que afectan a la propia vida¹⁰. Asiste razón a quienes afirman que el reconocimiento y la promoción de la autonomía personal nace como una nueva rama de la acción pública, configurando la cobertura no como la respuesta a un problema, sino como un derecho subjetivo a la autonomía que asiste a las personas con discapacidad.¹¹

Las dificultades para trasladarse, higienizarse y los obstáculos insalvables para alimentarse evidencian la inobservancia de los criterios de accesibilidad a los que refiere la CDPD en relación a y un incumplimiento a los mandatos de transformación del entorno, instalaciones, bienes y servicios accesibles y de diseño universal, que se traducen jurídicamente en la obligación estatal de adoptar medidas de modificación del entorno físico existente y, en su caso, la imposición de obligaciones de ajustes razonables adecuada a las necesidades individuales de las personas con discapacidad.

Derecho a la libertad y la seguridad y la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. En su Art. 14.2, la CDPD establece que “*Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean **privadas de su libertad** en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y **a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida***

⁹CDPD, Art. 19: “***Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad:*** Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que: a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, ***incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad*** y para evitar su aislamiento o separación de ésta; c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.”

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 5.

¹¹ NINO, Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Astrea, p.418.

la realización de ajustes razonables.”(El resaltado es propio)

Asimismo, en su Art. 15 la Convención reitera la prohibición que rige en el derecho internacional de los Derechos Humanos, en relación a las personas con discapacidad de ser sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, para lo cual impone a los Estados, en el párrafo 2 del mismo artículo 15, la obligación de **tomar todas las medidas de carácter legislativo, judicial, administrativo o de otra índole**, para proteger a las personas con discapacidad contra la tortura o los malos tratos, en igualdad de condiciones con las demás.¹²

En relación al referido artículo 15, autorizada doctrina sostiene que “la importancia de este derecho no solo radica en el reconocimiento de una prohibición que, en virtud del derecho internacional es considerada como un crimen internacional, sino además, **en el reconocimiento de situaciones en la cuales, la falta de previsión en las necesidades específicas de las personas con discapacidad, pueden situarlas ante un trato inhumano o degradante.** Pensemos por ejemplo en las situaciones de detención, en la cuales no se le permite a la personas con discapacidad de disponer de una silla de ruedas, o de un dispositivo necesario para su comunicación.¹³”

Por su parte, en el informe provisional presentado por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos de Naciones Unidas, se observa que, en virtud del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, *los Estados tienen la obligación de asegurar que las personas que se vean privadas de su libertad tengan derecho a la “realización de ajustes razonables¹⁴”, lo cual conlleva la obligación de hacer las modificaciones convenientes en los procedimientos y las instalaciones físicas de los centros de detención, incluidos los centros de atención y los hospitales, para que las personas con discapacidad gocen de los mismos derechos y libertades fundamentales que los demás, siempre que esos ajustes no supongan un carga desproporcionada o excesiva. La denegación o la falta de ajustes razonables*

¹²“Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento” y en el punto 2, que “**Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.**”

¹³Agustina Palacios. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁴Entiéndase por ajustes razonables, según el art. 2 de la Convención “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.”

para las personas con discapacidad pueden crear condiciones de detención y de vida que constituyan malos tratos y tortura.¹⁵ (El resaltado es nuestro)

En el referido informe, el Relator Especial observa, en relación con las personas con discapacidad, que la CDPD complementa otros instrumentos de derechos humanos respecto de la prohibición de la tortura y los malos tratos – como por Ejemplo los malos tratos descritos en el artículo 16 de la Convención contra la Tortura- “*redefiniendo la violencia y los abusos cometidos contra las personas con discapacidad como tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.*”¹⁶

En particular se refirió a la posibilidad que **las condiciones de detención precarias para personas con discapacidad puedan constituir malos tratos descritos en el artículo 16 de la Convención contra la Tortura** y señaló que “*Las condiciones precarias de las instituciones se deben a menudo a que los Estados no cumplen su obligación de proporcionar a las personas bajo su custodia alimentos, agua, atención médica y vestimenta adecuados, y pueden constituir tortura y malos tratos*”¹⁷.

Por su parte, en el marco del sistema regional de protección de los Derechos Humanos, resulta interesante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Price c. el Reino Unido* que determinó que las condiciones de detención de una mujer con discapacidad física, en particular el hecho de que los baños y la cama no estuvieran adaptados a sus necesidades, constituían un trato degradante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹⁸

A la luz de la jurisprudencia referida, la falta de adecuación del entorno físico del Sr. [redacted] y la falta de adopción de medidas que permitan mayor independencia y autonomía en la ejecución de tareas cotidianas y básicas - como es alimentarse, higienizarse o vestirse- implica una vulneración al derecho a ser tratado humanamente y de respeto a la dignidad inherente a todo ser humanos –

¹⁵ ONU A/63/175. Distr. General, 28 de julio de 2008, Considerando nro. 48.

¹⁶ La aplicación del artículo 15 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, relativo a la prohibición de la tortura y los malos tratos, puede basarse en la definición de la tortura que figura en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura. Para que un acto cometido contra personas con discapacidad, o una omisión respecto de éstas, constituya tortura, deben estar presentes los cuatro elementos de la definición de la Convención contra la Tortura, a saber dolores o sufrimientos graves, intención, propósito y participación del Estado. En virtud del artículo 16 de la Convención contra la Tortura, los actos que no queden abarcados en esta definición podrán constituir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Para evaluar el nivel de sufrimiento o dolor, cuya naturaleza es relativa, es preciso tener en cuenta las circunstancias del caso, en particular la existencia de una discapacidad¹⁶, y determinar si la adquisición o el deterioro de una deficiencia se deben al trato o las condiciones de detención de la víctima¹⁶.

¹⁷Véase la sentencia de 4 de julio de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ximenes Lopes c. el Brasil*, párr. 132 y 150.

¹⁸ Véase la sentencia de 10 de julio de 2001 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Price c. el Reino Unido*, No. 3394/96, párr. 30.

artículo 10 PIDCP- y un mal trato en los términos del Art. 7 PIDCP, por falta de acomodamiento o ajuste a las necesidades específicas que tiene Darío a raíz de su hemiplejía, constituyéndose así una situación incompatible a sus derechos humanos.

Ello supone un incumplimiento de las directivas que impone la CDPD y se traduce en una violación de los derechos humanos que incluso, a raíz del mismo instrumento internacional, puede constituirse como un mal trato en los términos del Art. 15 de la CDPD.

Asimismo, en relación a la falta de asistencia adecuada según las necesidades particulares que presenta una persona con discapacidad - que en este caso es suplida por la buena voluntad de sus compañeros de pabellón que lo ayudan a comer, cocinar, vestirse o higienizarse- el Juez de Ejecución Penal N° 2, Dr. Peluzzi, al resolver un pedido de arresto domiciliario, entendió que “... *Mas allá de que la conclusión del forense ha sido definitiva y que, en tal sentido, no necesita ser explicada, entiendo que su fundamento esta constituido por la observación empírica respecto de las condiciones de vida debe afrontar la población carcelaria general. No necesito, en este orden de ideas, atender a las explicaciones brindadas por el causante ni a los informes suministrados por la Procuración Penitenciaria de la Nación y de la Defensa Oficial para saber que no esta en los planes operativos de la administración carcelaria destinar a una persona en especial para que, a modo de enfermero permanente, esté atento a las necesidades de Sarmiento.*” En la misma resolución el sentencian te refiere que “...*Se ha constatado en la presente caso que la administración penitenciaria no se encuentra preparada para atender permanentemente las especiales necesidades que requiere una persona que padece de una inmovilidad motriz y que, a partir de ello, se genera indudablemente un estado de indignidad que no es aceptado por los tratados internacionales que, sobre la materia, se encuentran incorporados al texto constitucional.*” (Los subrayados me pertenecen)

Por su parte, no debe dejar de señalarse que de fecha anterior a la Convención ya existían en el marco del Sistema Universal de protección de derechos humanos instrumentos de *soft law* que se ocupaban en forma específica de la discapacidad y que se constituyen como estándares interpretativos. De particular implicancias para la situación objeto de análisis resulta “Las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad” - en adelante “Normas Uniformes”.-

En cuanto a su aplicación, si bien se tratan de reglas no vinculantes, hay órganos de supervisión y aplicación de pactos internacionales que defienden el empleo privilegiado de estos instrumentos de *soft law* cuando se trata de una

interpretar las normas de tratados de derechos humanos que si tiene carácter vinculante en la situación o para el grupo concreto considerados por aquellos instrumentos.

Así, el Comité DESC ha manifestado en su Observación General N° 5 que instrumentos de soft law tales como “las Normas Uniformes” poseen una *“una importancia fundamental para y constituyen una guía particularmente valiosa para identificar más precisamente las obligaciones relevantes de los estados” cuando se trata de su aplicación a las personas con discapacidad.*” En igual dirección, reconocida doctrina a sostenido que “Dicho de otro modo, los instrumentos del *soft law* constituyen una guía hermenéutica necesaria para interpretar las normas generales de pactos internacionales de derechos humanos cuando estas normas se aplican al grupo o situación desarrollada por el instrumento de *soft law* pertinentes.

A los que ya hicimos referencia.

En cuanto a su contenido, y aplicación concreta a la situación de que fue descrita en el apartado anterior las “Normas Uniformes” atienden a la necesidad de provisión de atención médica eficaz a las personas con discapacidad (artículo 2), la prestación de servicio de rehabilitación (artículo 3) y el establecimiento y prestación de servicios de apoyo – incluyendo el acceso a equipo y recursos auxiliares, asistencia personal y servicio de interprete – para ayudar a las personas con discapacidad a “aumentar su nivel de autonomía en la vida cotidiana y a ejercer sus derechos” (artículo 4). Por recursos auxiliares se entiende ayudas técnicas, como pueden ser objetos - sillas de ruedas, prótesis, barras que faciliten movilidad y sujeción, etc.- o personas.

Más, entre “las esferas previstas para la Igualdad e Participación a las que refiere las “Normas Uniformes”, se encuentran la accesibilidad al medio físico (artículo 5) referidas a la remoción de barreras físicas que afectan a las posibilidades de movilidad de las personas con discapacidades motoras, y a la remoción de barreras que afectan a personas a las personas con discapacidad ; y el acceso sin discriminación a actividades culturales (artículo 10) recreativas y deportivas (artículo 11).

Por su parte, las “Normas uniformes” también señalan medidas de ejecuciones diversas para los Estados, entre las que se encuentran la provisión de recursos presupuestarios para financiamiento de los planes, programas y servicios para personas con discapacidad (artículo 18); la capacitación del personal dedicado a la presentación de servicios y programas relacionados con las personas con discapacidad.

*Habilitación, rehabilitación*¹⁹*de las personas con discapacidad, la Convención y derecho a la salud.* Al respecto autorizada doctrina sostiene que la CDPD en este punto demanda de los Estados Partes la adopción de medidas efectivas y pertinentes para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, organizando, intensificando y ampliando servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales.²⁰ Por otro lado, las obligaciones de los Estados Partes sobre habilitación y rehabilitación deberán comprender también el desarrollo de la formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en dichos servicios, y la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad.²¹

Por su parte la CDPD establece que los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad, adoptando a dichos fines, las medidas pertinentes para asegurar el acceso de estas personas a servicios de salud, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.²²

¹⁹ Artículo 26. Habilitación y rehabilitación. 1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas: a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona; b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales. 2. Los Estados Partes promoverán el desarrollo de formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en los servicios de habilitación y rehabilitación. 3. Los Estados Partes promoverán la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitación y rehabilitación.

²⁰ Dichos programas deberán ser diseñados de modo que: “a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona; b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales.” Art. 26, párr. 1 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

²¹ 6, párr. 2 y 3, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²² Para ello los Estados Partes deberán: “a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población; b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas

Por su parte, resultan de aplicación las prescripciones de las propias Leyes 26.472 y 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad y en particular, el art. 32 inc. c) de la ley 24.660 (conf. ley 26.472), en el que se considera sujeto eventual de la Prisión Domiciliaria “... *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...*”

La legislación del Estado Argentino reconoce a través del instituto de prisión domiciliaria la probable colisión entre la condición de encierro y el proceso de rehabilitación exitosa de una persona con algún tipo de discapacidad, por lo que prevé la posibilidad de cumplimiento de la pena en su domicilio y acorde a las necesidades de tratamiento.²³

Ante pedido de arresto domiciliarios por encontrarse verificadas situaciones de agravamiento del estado de salud de una persona en situación de encierro, la Cámara Federal de Casación Penal ha sostenido que en contextos de enfermedades crónicas y progresivas, el medio físico y social en el que se halla el doliente, no solo no ayuda a su estabilidad médica sino que, además, empeora el riesgo de su empeoramiento, “ *En consecuencia, la medida de morigeración solicitada por la defensa, tiene a contrarrestar dicha circunstancia y favorecer los cuidados afectos que resultan de vital importancia para su mejoramiento. Ello, toda vez que ámbito familiar del recurrente aportaría mayores posibilidades de controlar los padecimientos físicos que lo asolan.*” Así, se resolvió “*Corresponde conceder el beneficio solicitado en los términos del inc. a) del art. 32 ley 24.660 según ley 26.472, si de las pericias efectuadas resulta que, más allá de que las enfermedades que padece el encausado no se pueden calificar de terminales, sino crónicas y progresivas, la necesidad de un tratamiento prolongado y controlado implica que su permanencia en la unidad penitenciaria no sólo no ayuda a su estabilidad médica sino que, además aumenta el riesgo de su empeoramiento. El voto concurrente recordó el deber de los jueces en el Estado de Derecho de evitar o recomponer condiciones de*

mayores; c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales; d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado”. Art. 25 inc. a) a d) Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²³Tal como refiere el Estado en su informe, el artículo 1, incisos “a” y “c” de la ley n° 26.472, modifican la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, n° 24.660 incorporando la posibilidad de disponer el cumplimiento de la pena en prisión domiciliaria cuando la privación de la libertad impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere internación y cuando la privación de la libertad en un establecimiento carcelario sea inadecuada por su condición, implicando un trato indigno, inhumano o cruel.

detención que puedan constituir un agravamiento de su situación sanitaria.”²⁴

Surge de la Historia Clínica n° 95.368 labradas en el “Instituto de Investigaciones Neurológicas Raúl Carrea y de Rehabilitación y Educación Terapéutica FLENI”, acompañada al Expte. por la defensa del Sr. , que se recomendaba a este último la incorporación a su rutina de las sugerencias de diferentes áreas (rutinas de ejercicio físico, relajación, hábitos alimentarios adecuados, pausas y cambios frecuentes de posición) y en particular, a sugerencia del área de kinesiología, la realización de tratamiento de rehabilitación que involucre *“rehabilitación de la marcha, terapia de ejercicios de movilización y elongación de la columna cervical, actividad aeróbica (bicicleta fija), ejercicios de flexibilización de MMII y MMSS, ejercicios de estabilización cervical y lumbar y posiciones de reposo.”*

En síntesis, la falta de provisión a de servicios y programas generales suficientes y adecuados de habilitación y rehabilitación en el ámbito de la salud, surge constatado en el informe médico confeccionado por el Dr. Rizzuti, galeno de este Organismo asesor y ha tenido como consecuencia el empeoramiento en su cuadro clínico. Así, se verificó que entre el 25 de junio y el 29 de julio de 2013, el Sr. padeció una involución en su estado de salud atribuible a la falta de ejercicio. El deterioro en el estado de salud de Darío también surge corroborado de la comparación de los informe médicos del Cuerpo Médico Forense de fecha 7 de noviembre de 2012 (fs. 16/19) y a 7 meses del primero, el de fecha 31 de mayo de 2013.

IV

CONCLUSION

Así las cosas, la opinión de esta Procuración Penitenciaria es que las razones de hecho y derecho *“ut supra”* apuntadas reflejan que la situación en la que. se encuentra privada de la libertad es contraria a derecho por constituir un mal trato en los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, a la vez que viola las obligaciones que a raíz de esta última impone al estado promover la autonomía e independencia de la persona con discapacidad, la accesibilidad a su entorno y atender a las necesidades de habilitación, rehabilitación y de salud.

Ello, torna procedente la prisión domiciliaria de , de conformidad con la previsión de los arts. 32 inc. c) de la Ley 24.660 modificado por la Ley 26.472, cuya exégesis debe integrarse con los superiores mandatos de previsión constitucional y de derecho internacional que se han citado; permitiendo que éste

²⁴ Cámara Nacional de Casación Penal..Sala IV. *Rodríguez Menéndez, José Emilio s/recurso de*

cumpla el resto de su condena en su domicilio, recibiendo la atención que su enfermedad demanda, donde podrá ser asistido por la familia, de manera claramente menos mortificante para él.

Debe tenerse en cuenta, a su vez, que la morigeración que aquí se postula no supone que el Sr. no cumpla la pena que se le ha impuesto, sino que implica “*una modalidad de ejecución del encierro (pues es detención) y no de una suspensión de la ejecución*” (conf. De la Rúa, “Código Penal Argentino”, p. 143).

Es decir, que de adoptarse estos puntos de vista, igualmente se mantendrá la coerción sobre la libertad personal del encartado en su residencia, pero seguramente importará consecuencias claramente positivas para la calidad de vida del Sr. , respetando la dignidad inherente a su condición de persona, y los estándares que surgen de la CDPD, a la vez que también permitirá que obtenga una adecuada contención afectiva, mejorando su bienestar social, espiritual y moral, de manera tal de tornar más humano el tránsito de su enfermedad.

Por último, solicito a V.S. que oportunamente tenga a bien remitir copia de la resolución que se tome respecto de esta presentación.

V

ACOMPAÑA INFORMES

Se acompaña a la presente copia fiel del informe médico confeccionado por el área médica de esta Procuración Penitenciaria de la Nación en fechas 25 de junio y 23 de julio de 2013; del informe confeccionado por el área de salud mental de fecha 29 de julio de 2013 y, por último, del informe confeccionado por el equipo de asesores de Ezeiza del Área Coordinación de Zona Metropolitana de esta Procuración Penitenciaria de la Nación, acompañados de registros fotográficos de los sectores de uso común, patio, cocina, piletas, duchas y celdas del detenido.

VI

AUTORIZA

Por medio de la presente solicito se autorice al Dr Esteban Pablo Fainberg (D.N.I. 18.403.989), Dra. Gabriela Pages (D.N.I. 31.303.009), Dra. Carolina Villanueva (D.N.I. 31.381.961), María Julieta Reyes (D.N.I. 33.522.990), Lorena Noemí Cruz (D.N.I. 29.475.665), Santiago Pedro Duhour (D.N.I. 31.928.768), Jonathan Matías Gueler (DNI 34.705.269), Teresita Rossetto (DNI 33.665.332), Beatriz Margarita Pugliese (DNI 13.103.631) y Daniela Esmet (DNI 27.008.514)

a tomar vistas del expediente y a extraer las copias que sean necesarias.

Proveer de conformidad,

SERA JUSTICIA