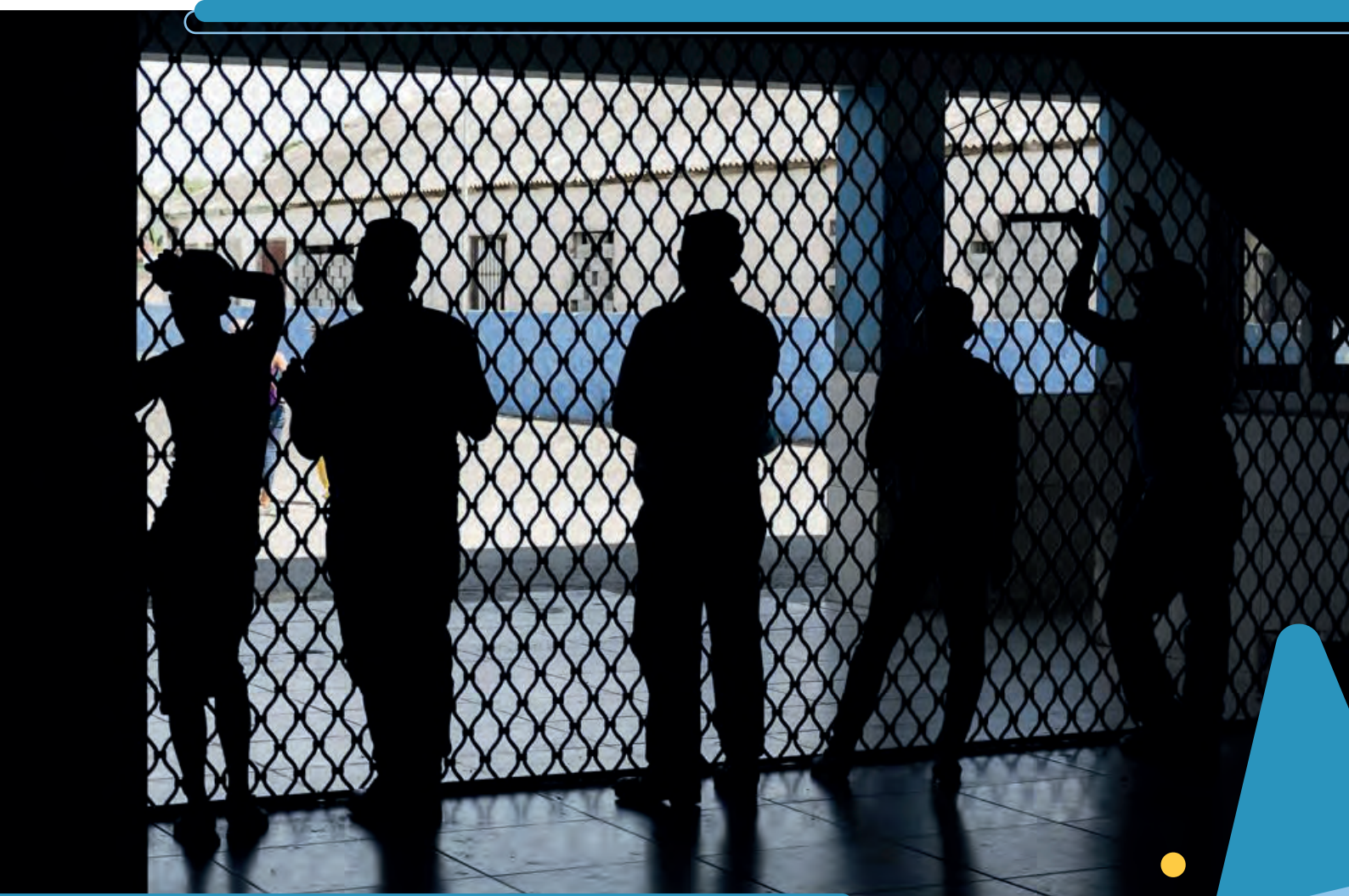




Ministerio Público
de la Defensa
República Argentina



Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación

.....
La defensa de las personas
privadas de libertad

ÍNDICE

SECCIÓN I. LA DEFENSA DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

- 9 El trabajo de la Comisión de Cárcels de la Defensoría General de la Nación**
Guillermo Todarello
Leandro Destéfano

SECCIÓN II. EXPERIENCIAS NACIONALES

- 17 Compensación por daños sufridos en el ámbito carcelario y por deficientes condiciones materiales de detención**
Guillermo Todarello
Leandro Destéfano
- 45 Reflexiones críticas sobre la prisión real y materialmente perpetua en Argentina**
Rubén A. Alderete Lobo
- 67 Caminos alternativos en materia penitenciaria: revisitando el principio de justicia social**
Natalia Ojeda
Andrea Lombraña
Carolina Di Próspero
María Belén Pepe
- 77 Hacinamiento carcelario, COVID-19 y resoluciones judiciales: análisis del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires del 11 de mayo de 2020***
Leonardo Pitlevnik
- 97 Prisión en domicilio: desafíos y estrategias para la defensa pública en contextos de emergencia**
Lisi Trejo
- 111 Medidas de prevención y acciones para responder a situaciones de violencia en contextos de encierro. El Sistema Interinstitucional de Control de Cárcels**
Lucía Gallagher
- 125 La experiencia de la Dirección de Control y Asistencia de la Ejecución Penal: un aporte para pensar la seguridad pública y la prevención de la reiteración delictiva, por fuera de los muros de la cárcel**
María Virginia Barreyro

- 137 **Los padecimientos mentales al interior de la prisión. Abriendo un campo de experiencias**

Mercedes Rojas Machado

- 151 **Emergencia carcelaria, sobrepoblación y emergencia sanitaria**

Marta Monclus Masó

SECCIÓN III. EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

- 167 **Estándar interamericano sobre obligaciones en situaciones graves de hacinamiento y sobrepoblación**

Carlos E. Gaio

- 181 **El principio de resocialización según la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso López vs. Argentina**

Martina Gómez Romero

- 195 **La medida cualitativa de prisión en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comentario a “Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”**

Pablo Andrés Vacani

- 211 **Emergencia carcelaria y sanitaria en los sistemas penitenciarios de América Latina. Algunas notas para el caso argentino**

Alejandro Forero Cuéllar

SECCIÓN IV. ENTREVISTA

- 225 **“No vamos a permitir que los jueces pongan sus manitas en las prisiones”**

Profesor Miguel Sarre

Por Rubén A. Alderete Lobo

*Revista del Ministerio Público de la
Defensa de la Nación
Nº15. Noviembre 2020*

*Editora:
Stella Maris Martínez*

*Director:
Gabriel Ignacio Anitua*

*Escriben:
Guillermo Todarello
Leandro Destéfano
Rubén Alderete Lobo
Carolina Di Prospero
Natalia Ojeda
Andrea Lombraña
María Belén Pepe
Leonardo Pitlevnik
Lisi Trejo
Lucía Gallagher
Virginia Barreiro
Mercedes Rojas Machado
Marta Monclus
Carlos Gaio
Martina Gómez Romero
Pablo Vacani
Alejandro Forero*

*Coordinación:
Julieta Di Corleto
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia*

*Diseño y diagramación:
Subdirección de Comunicación Institucional*

*Foto de tapa:
“La Espera” de Alejandro Sebastián Comes.
2º premio - Concurso Fotográfico de la Campaña Reglas Mandela, organizada
por el Ministerio Público de la Defensa y la Procuración Penitenciaria de la Na-
ción. Año 2016*

*El contenido y opiniones vertidas en los artículos de esta revista son de exclusiva
responsabilidad de sus autores.*

Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina
Defensoría General de la Nación

www.mpd.gov.ar

ISSN 2618-4265

Vale comenzar por una brevísima cronología. En noviembre de 2019, nuestra institución resolvió que el número 15 de esta publicación estaría dedicado a la cuestión carcelaria. Históricamente, la atención de las personas privadas de la libertad había sido un tema sensible dentro del Ministerio Público de la Defensa; sin embargo, hacia fines del pasado año la Defensa Pública enfrentaba nuevos desafíos, vinculados con la declaración de la emergencia penitenciaria decretada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

En enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) advirtió sobre la propagación, a nivel planetario, de un nuevo virus, el Covid-19, y alertó sobre los riesgos de su expansión. Solo dos meses más tarde, ante la pandemia que afrontaba el mundo entero, la Argentina declaró la emergencia sanitaria nacional. Desde entonces, las cárceles se convirtieron en un foco de especial preocupación. A las habituales condiciones de hacinamiento e insalubridad se sumó la necesidad de paliar la propagación del virus Covid-19 al interior de dichas instituciones de encierro.

En ese contexto, signado por la emergencia, se gestó y desarrolló este número de la Revista, en el que muchos autores y autoras escribieron sus contribuciones, de cara a un escenario de grandes retos en materia carcelaria. Ya en la primera sección, dos integrantes de la Comisión de Cárceres del Ministerio Público de la Defensa, presentan el trabajo sostenido realizado incesantemente desde la institución para la protección de las personas privadas de la libertad. Los mecanismos de intervención son múltiples y se implementan para fortalecer y apuntalar la actuación de los/las defensores/as en la gestión de los casos. Y el trabajo coordinado, tanto al interior de la Defensa Pública, como con la colaboración de otros organismos estatales y no gubernamentales, es uno de los valores primordiales de dicho mecanismo institucional, creado hace más de dos décadas.

Manteniendo la estructura de las ediciones anteriores, la segunda sección, “Experiencias nacionales”, está orientada a mapear las múltiples intersecciones que presenta la realidad carcelaria, si se la piensa en términos de vulnerabilidades sociales. Muchas de las personas privadas de la libertad provienen de los sectores más desaventajados de la sociedad o pertenecen a grupos que -en sí mismos- requieren especial atención, como las personas con discapacidad, las mujeres o el colectivo LGBTT. Los artículos reunidos permiten pensar la prisión desde diferentes perspectivas, desde la historia, la sociología y, por supuesto, también desde el ámbito del derecho. Todos esos aportes llevan a reflexionar sobre la necesidad de permanecer construyendo miradas críticas sobre las instituciones de encierro.

En la sección “Experiencias comparadas”, gestada a partir de lo trabajado en otras latitudes, los textos reflejan la preocupación global por el aumento de la población carcelaria. La superpoblación constituye una limitación estructural que afecta las condiciones de detención hasta convertir a las penas, con irritante frecuencia, en tratos crueles, inhumanos y degradantes. A partir del reconocimiento de dicha realidad, los textos de esta sección recogen los esfuerzos realizados por organismos internacionales de derechos humanos para orientar políticas penitenciarias que reconozcan y tiendan a reparar efectivamente esa situación. Estos

trabajos buscan renovar, paralelamente, las discusiones locales, tomando en consideración los lineamientos de los tribunales internacionales.

Por último, en la sección “Entrevista”, este número cuenta con el valioso aporte del Profesor Miguel Sarre, quien nos acerca su experiencia en la reforma de la Ley Nacional de Ejecución Penal de México, una normativa que abandona el modelo del régimen progresivo de la pena como un instrumento para el control de la población carcelaria. En diálogo con los temas incluidos en esta publicación, la entrevista se detiene a identificar los retos más importantes que enfrentan los sistemas carcelarios en los próximos años.

Las cárceles constituyen un desafío urgente en materia de derechos humanos y la Defensa Pública debe velar por la protección de los seres humanos que en ellas se encuentran. Por esos motivos, y sin claudicaciones, esta Revista está consagrada a reflexionar, analizar y evaluar las acciones destinadas a concretar los ideales que, orientan, sin desmayo, el trabajo de los/as defensores/as públicos oficiales.

Stella Maris Martínez

SECCIÓN I

LA DEFENSA DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE
LA LIBERTAD

El trabajo de la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación

Guillermo Todarello

Defensor Público Oficial, coordinador de la Comisión de Cárceles

Leandro Destéfano

Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación, co-titular de la Comisión de Cárceles

I. Introducción

La Comisión de Cárceles fue creada mediante la Resolución N° 158/98 de la Defensoría General de la Nación. Entre los objetivos señalados para su creación, se determinó la necesidad de verificación de las condiciones de alojamiento, alimentación y atención médica de las personas privadas de libertad asistidas por el Ministerio Público de la Defensa.

El alcance del propósito fijado de manera inicial fue ampliado con el tiempo. En la actualidad las funciones de la Comisión se extienden al control de las condiciones estructurales y materiales de los establecimientos penitenciarios. Además, con una mirada de carácter colectivo, la Comisión efectúa relevamientos constantes sobre las cuestiones de salud, trabajo, educación, esparcimiento, comunicaciones y traslados de las personas privadas de su libertad. La Comisión lleva a cabo estas tareas a través de visitas de monitoreo, oficios dirigidos a la administración penitenciaria y la interposición de acciones de *habeas corpus*, para lo cual cuenta con legitimación activa autónoma.

Por otra parte, la Comisión desarrolla una constante labor a nivel institucional en interrelación con otros organismos, como los ministerios del Poder Ejecutivo Nacional, la Procuración Penitenciaria de la Nación

(PPN), la Procuradoría contra la Violencia Institucional (PROCUVIN), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS), la Agencia Nacional de Discapacidad (ANADIS), el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), y el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias¹.

En lo que respecta a las cuestiones individuales de las personas privadas de su libertad, es posible diferenciar dos tipos de actuación por parte de la Comisión: a) una relativa a los pedidos de colaboración de las defensorías respecto de sus asistidos en aquellos casos que no encuentran solución directa ante el Servicio Penitenciario o el Poder Judicial; y b) la comunicación directa por parte de las personas detenidas o de sus familiares, en cuyo caso se procura intermediar para asegurar el vínculo entre ellas y sus defensas, sin perjuicio de la colaboración y de las gestiones que se realizan en casos que no admiten demora. Estas acciones, no suplen la función propia de las defensorías oficiales ni afectan los caracteres generales e institucionales propios de nuestra función, y sólo se justifican en la necesidad urgente de las personas privadas de libertad.

Por medio de estas dos acciones, la Comisión actúa en favor de todas las personas privadas de libertad. Dentro de ese amplio espectro de destinatarios, desde la Comisión se

brinda especial atención a las personas adultas mayores, quienes conforman un colectivo particularmente vulnerable por sumarse en su caso la cuestión etaria a las condiciones propias de la situación de prisión. Del mismo modo, la Comisión tiene una mirada de género ya que el encierro tiene, tanto para mujeres como para el colectivo LGBTT, un impacto diferencial. La cárcel fue históricamente ideada y estructurada para alojar varones y, en consecuencia, aspectos vinculados con el espacio, con el esparcimiento, con la atención médica, con las visitas, recibe una consideración especial. A eso se suma que las cuestiones vinculadas con la violencia adquieren características propias que merecen abordajes diferenciados en lo que hace a requisas o incluso casos de violencia sexual. Por último, las mujeres madres que viven en prisión con sus hijas o hijos de corta edad o las mujeres que transitan su embarazo en prisión también reciben una atención especial.

II. Descripción y análisis de las principales actividades

1. Visitas de monitoreo

Las visitas de monitoreo constituyen el principal insumo para el cumplimiento de las funciones de la Comisión de Cárceles y se llevan a cabo en establecimientos donde son alojadas personas privadas de libertad a disposición de la justicia nacional y federal. Se realizan de forma espontánea o al tomar conocimiento (generalmente por el llamado de internos o por avisos de las defensorías) de situaciones problemáticas colectivas que requieren la presencia en el lugar para su constatación y producción de informes que servirán como prueba para eventuales trámites judiciales.

En el marco de las visitas se busca evaluar las condiciones de alojamiento, tanto de infraestructura como las relacionadas con

¹ El Sistema está integrado por jueces federales y nacionales de distintas instancias; la Procuración General de la Nación representada por la Procuraduría de Violencia Institucional (Procuvin); la Defensoría General de la Nación; la Procuración Penitenciaria de la Nación; y, en carácter de miembros consultivos, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Asociación Pensamiento Penal y la Comisión por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires.

el tratamiento individualizado que llevan a cabo las personas privadas de libertad en el régimen de progresividad de la pena (trabajo, educación, salud, vínculos familiares, etc.). A esos fines, se mantienen entrevistas con las personas detenidas a efectos de recabar información de relevancia.

Por otra parte, la Comisión efectúa otra modalidad de visita vinculada con las acciones de *habeas corpus* colectivos que se encuentran en trámite, ya sea con el objeto de realizar inspecciones judiciales o para reunir información actualizada sobre las condiciones de detención cuyo agravamiento haya sido denunciado. Asimismo, en algunas oportunidades son llevadas a cabo a fin de colaborar con otras dependencias del Ministerio (defensorías, programas y/o comisiones) cuando así lo requieren y se brinda asistencia en las visitas carcelarias decididas por éstas.

Finalmente, la Comisión también realiza visitas de monitoreo junto con las juezas y jueces que integran el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias.

2. Atención diaria

En promedio, la Comisión de Cárceles recibe en sus seis líneas telefónicas rotativas alrededor de sesenta llamados telefónicos diarios. Las comunicaciones incluyen cuestiones colectivas, individuales o la búsqueda del contacto con las defensorías. Recibidos los llamados, se asumen las funciones que le son propias a la Comisión o, en su caso, se realiza la derivación y eventual asistencia en los casos que así lo exigen.

3. Presentaciones judiciales

La Comisión de Cárceles se encuentra legitimada para deducir acciones judiciales entre las que cabe contar, principalmente, la

interposición de *habeas corpus* colectivos. Luego se continúa con su trámite y seguimiento, cuyas tareas implican la asistencia periódica a audiencias judiciales, mesas de trabajo o inspecciones en las cárceles a las que la Comisión es convocada por su calidad de parte. Esto ocurre con una periodicidad semanal o quincenal.

En este punto, debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos los *habeas corpus* colectivos involucran materias complejas (cupos carcelarios, cuestiones edilicias, provisión de alimentos para un establecimiento, situación de la flota de los móviles de traslado, educación universitaria, etc.) que generan que los procesos se prolonguen por meses o años, lo que determina una actividad procesal recurrente y prolongada.

4. Gestiones extrajudiciales, participación en reuniones, en mesas de diálogo y elaboración de protocolos

La interposición de *habeas corpus* colectivos es sólo uno de los mecanismos que utiliza la Comisión para intentar dar solución a las problemáticas que se dan en los establecimientos penitenciarios. Además, numerosas gestiones extrajudiciales son llevadas a cabo con las autoridades penitenciarias de los distintos complejos y con la autoridad penitenciaria nacional, a fin de buscar soluciones sin necesidad de recurrir a la justicia toda vez que resulte posible.

En ese marco, las reuniones institucionales, las mesas de diálogo y la creación de protocolos específicos de distintas temáticas resultan modalidades de solución de las problemáticas. Entre esos instrumentos y actividades merecen destacarse los siguientes:

- "Protocolo para la implementación del Resguardo de Personas en Situación de Especial Vulnerabilidad".

- Junta de Evaluación Permanente, prevista en la Resolución 310/91 del Ministerio de

Justicia y Derechos Humanos de la Nación, impulsada en un habeas corpus que se encuentra en trámite sobre Educación y Traslados de internos al CUD desde otros Complejos Penitenciarios.

- Asignación Universal por Hijo para personas privadas de libertad.
- Mesa de trabajo sobre Gestión Penitenciaria en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Protocolo de trabajo y arreglos para el Complejo Penitenciario Federal de Jóvenes Adultos.
- Protocolo sobre alimentación en el Complejo Penitenciario Federal II, Marcos Paz.
- Guía de procedimiento de Visu Médico y de Control y Registro de personas trans en el ámbito del Servicio Central de Alcaldías.
- Reuniones periódicas del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias.
- Reuniones del Núcleo de Trabajo por la Inclusión Social, Seguridad y Justicia, en el Episcopado de Buenos Aires.
- Desayunos interinstitucionales de trabajo convocados por INADI.
- Reuniones con áreas de la Defensoría General de la Nación a los fines de tratar cuestiones que abarcan distintos programas y comisiones.
- Comisión conjunta sobre cuestiones de Salud del CPF CABA.
- Comisión de Emergencia en Materia Penitenciaria en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

5. Interrelación con otros programas y comisiones, y con las defensorías

En su vínculo con otros programas y comisiones del Ministerio Público de la Defensa, cada año la Comisión de Cárceles es convocada por la Secretaría General de Ca-

pacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación para dictar diferentes cursos de capacitación ("Las reglas Mandela. Derechos, dignidad y reinserción de las personas privadas de la libertad"; "Tópicos sobre acceso a la justicia", entre otros).

Es de destacar que, como consecuencia de las visitas de monitoreo o de las comunicaciones de los detenidos y sus familiares, en supuestos de denuncias por violencia institucional carcelaria se realizan derivaciones al Programa contra la Violencia Institucional para el análisis de los casos y su eventual ingreso en la Unidad de Registro de Tortura. Del mismo modo, nuestro organismo se vincula con la Comisión sobre Temáticas de Género y con la Comisión del Migrante cuando se trata, respectivamente, de la salvaguarda de los derechos de las mujeres y del colectivo LGTBI, o de las personas migrantes en situación de prisión.

La Comisión además realiza el seguimiento de los fallecimientos en prisión y, en estas particulares circunstancias, la evolución de los casos de Covid-19, a cuyo respecto ha brindado información y asistencia acerca de grupos de riesgo a los tribunales de justicia y a las defensorías oficiales, de modo de favorecer la disposición de medidas alternativas a la prisión intramuros.

6. Difusión

El carácter colectivo en la mayoría de las funciones de la Comisión de Cárceles implica la necesidad de acompañar su actuación con la difusión de sus actividades, a fin de que las defensorías oficiales apliquen a las situaciones de sus asistidos los estándares reconocidos a partir de nuestra actuación. En ese sentido, se remiten fallos de relevancia en temática carcelaria a la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia para que evalúe su difusión. Asimismo, se han compartido noticias, resoluciones y herramientas de relevancia a través del área de Comunicación Institucional del organismo.

III. Desafíos

La situación carcelaria se encuentra atravesada históricamente por una crisis que genera numerosos obstáculos para la concreción del principio de reinserción social. Ese escenario se ve favorecido en la actualidad por el constante crecimiento de la población carcelaria², que se da en un contexto de emergencia penitenciaria declarada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación³ y, actualmente, de emergencia sanitaria⁴. Este marco conlleva condiciones materiales del encierro que producen un cambio cualitativo de la pena que provoca severas restricciones a los derechos de las personas privadas de libertad y, en ocasiones, su entidad implica un trato cruel, inhumano o degradante⁵.

2 El crecimiento de la población carcelaria deriva, entre otros motivos, del incremento de personas condenadas mediante la aplicación del procedimiento de flagrancia, del traslado de personas privadas de libertad a disposición de la justicia de la provincia de Buenos Aires a establecimientos del Servicio Penitenciario Federal – por virtud del convenio de cooperación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Ministerio de Justicia de la Provincia- y del impacto de la reforma de la ley 24.660 -a través de la ley 27.375-, que generó tanto el encarcelamiento de personas con penas inferiores a seis meses como la imposibilidad de acceder en muchos casos a las libertades anticipadas.

3 Resolución 184/2019, del 25/3/2019.

4 Ley 27.541.

5 En una estructura debilitada de antaño, para ganar lugar a causa del aumento de la población carcelaria se produjo la incorporación de camas dobles en celdas unicelulares, la reconfiguración en pabellones de talleres laborales, de salones de recreación o de gimnasios, lo que genera graves deficiencias tanto a nivel estructural (tendido eléctrico, cloacas, ventilación, etc), como en lo relativo al tratamiento de las personas (carencias en cuanto a acceso a la salud, a trabajo, educación, visitas, etc.), que repercute directamente en la imposibilidad de avance en la progresividad del régimen. También debe mencionarse la gran cantidad de detenidos federales alojados por fuera de la órbita del Servicio

En ese contexto, el mecanismo de las gestiones administrativas ante la autoridad penitenciaria, que otrora permitía obtener resultados favorables -al menos en determinadas situaciones -, en la actualidad ha devenido en una vía de solución reducida debido a la gravedad de la situación imperante. Por su parte, la instancia judicial en busca de mejoras generales, ya sea por intereses individuales homogéneos o por intereses colectivos, ha permitido en los últimos años lograr resoluciones a favor de suma importancia sobre, por ejemplo, temas de cupo, educación, traslados, alimentación y trabajo. No obstante, la etapa de ejecución de esas decisiones resulta de muy dificultosa concreción.

Esa realidad lleva a la Comisión a la búsqueda constante de nuevos mecanismos a fin de atemperar cada vez más el rigor de la prisión y propender a que se aseguren los estándares fijados por la normativa constitucional e internacional relativa a los derechos de las personas privadas de libertad, que es el norte que guía nuestra actuación institucional.

Penitenciario Federal, en Escuadrones de Gendarmería Nacional Argentina, Prefectura Naval, Servicios Penitenciarios Provinciales y/o Comisarias tanto locales como dependientes de la Policía Federal Argentina, que no gozan prácticamente de ningún derecho ni reciben tratamiento. Tampoco debe dejarse de lado la gran cantidad de detenidos federales alojados por fuera de la órbita del Servicio Penitenciario Federal, en Escuadrones de Gendarmería Nacional Argentina, Prefectura Naval, Servicios Penitenciarios Provinciales y comisarias locales o dependientes de la Policía Federal Argentina, que no reciben ningún tratamiento. Todo esto, obviamente, ocurre tanto respecto de hombres como de mujeres o del colectivo LGTBI, pero en el caso de éstas –la mayoría de las cuales se encuentran detenidas por delitos no violentos- se suman además vulneraciones de sus derechos desde una perspectiva de género, producidas por un sistema carcelario riguroso que, como se dijo, está diseñado y estructurado para hombres.

SECCIÓN II

EXPERIENCIAS NACIONALES

Compensación por daños sufridos en el ámbito carcelario y por deficientes condiciones materiales de detención

Guillermo Todarello

Defensor Público Oficial, coordinador de la Comisión de Cárceles

Leandro Destéfano

Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación, co-titular de la Comisión de Cárceles

I. Introducción. Concepto de compensación

La idea de compensación de la que trataremos se explica ya en el diccionario cuando indica, en términos generales, que el vocablo *compensar* significa “dar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado”¹.

Sabemos que la ejecución de la pena privativa de libertad implica la restricción de ciertos derechos, entre los cuales se destaca por antonomasia la pérdida de la libertad ambulatoria. Luego se limitan o restringen también ciertos derechos específicos –y no otros– pues, como es sabido, “los prisioneros son ‘personas’ titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso”².

En tal sentido, los tratados internacionales sobre derechos humanos, que son derecho positivo en nuestro ámbito (art. 75 inc. 22 CN), consagran que toda persona privada de libertad será tratada con el debido respeto a

¹ Véase RAE, DLE: https://dle.rae.es/compensar?m=form_segunda_acepcion.

² Fallos: 318:1894; 327:388; 334:1216

la dignidad inherente al ser humano, y vedan la imposición de tratos crueles, inhumanos o degradantes³, cristalizando así el llamado principio de humanidad o de proscripción de la crueldad, implícito en el art. 18 de nuestra Carta Magna, cuando prohíbe para siempre las penas que asumen el carácter de tormento y la pena de azotes.

Esas directivas, además, emanan de la normativa internacional que regula la situación de los reclusos, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela)⁴, y también los Principios y Buenas Prácticas sobre Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, de la Organización de Estados Americanos⁵.

No obstante, una visión realista de la situación carcelaria nos muestra que los derechos de las personas privadas de libertad son sistemáticamente vulnerados. Esto ocurre en diversas modalidades, mediante el desconocimiento de los derechos, lo que puede tener lugar por desidia, por incapacidad o por falta de recursos. Se inscriben aquí, mayormente, los derechos vinculados al tratamiento penitenciario (como el trabajo, la educación, o las relaciones sociales), u otros derechos que

las personas no pierden al estar privadas de la libertad. También, en ocasiones, esta categoría de derechos se afectan deliberadamente, como cuando no se otorga trabajo con la intención de perjudicar al preso, o cuando se afectan sus visitas con el mismo objeto.

Asimismo, se cuenta en este marco de afectación dolosa la que asume una forma casi sorda, mediante mortificaciones de poca lesividad, pero constantes, que en cualquier otro ámbito configurarían supuestos de acoso o maltrato tan relevantes que habilitan a exigir su cese, pero que, en la cárcel, se pierden por la cantidad y la gravedad de otras afectaciones, y porque, en definitiva, la prisión es un ámbito de vínculos “naturalmente” conflictivos y hostiles que el preso “tiene que soportar”. Si bien es evidente que la prisión no autoriza a infligir estos males, lo cierto es que el sistema los ha terminado aceptando y, salvo excepcionalmente, no hace nada con ellos.

Y luego hay en otros supuestos que entrañan mayor lesividad, porque la afectación avanza sobre los derechos humanos de los reclusos, en particular, sobre su integridad psicofísica o sobre su vida. Esta vulneración, a diferencia de las anteriores, además de revestir mayor gravedad por la naturaleza de los derechos afectados, en ciertos casos resulta irreversible.

Ya introducidos en el tema de este trabajo, podemos afirmar que la persona privada de libertad, en el marco de la relación jurídica que establece con el Estado cuando ejecuta su detención, puede sufrir daños en su integridad psicofísica, provocados dolosamente por los agentes estatales (lesiones, tratos crueles, inhumanos o degradantes, discriminación, etcétera).

Más allá de la eventual determinación de la responsabilidad penal y civil del autor directo, y de la responsabilidad civil del Estado, se plantea lo que constituye la materia de este trabajo: la pertinencia de otorgar una *compensación* a la víctima del hecho, estimable en un tiempo que se deducirá de la pena que está purgando.

³ Art. 5 DUDH, 5.2 CADH; y art. 7 PIDCP.

4 Regla 1: “Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes”.

5 Principio 1, que establece: “Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos [...]”.

Esa reducción temporal de la sanción se empieza a vislumbrar como justa a poco que se considera que la pena, como mal legítimo que se inflige al sujeto, no puede comprender más que la privación de la libertad ambulatoria, y que si provoca otros males de gravedad, que en el derecho positivo son relevantes para fijar una consecuencia en favor de la víctima, resulta equitativo que ello sea compensado de algún modo, porque esos males son ilegales.

Al ser así, no solo un principio básico de justicia exige que existan determinadas consecuencias jurídicas por ese sufrimiento ilegal, sino que lo impone el derecho positivo por la violación del derecho fundamental de todo encarcelado a recibir un trato digno en prisión, del que deriva la prohibición de infligir tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La manera propuesta de compensar ese daño ilegal durante la purga de la pena es mediante la reducción de un lapso de esta que se considere proporcional al perjuicio sufrido, es decir, que se compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento no autorizado por el Estado.

Quien ha desarrollado más profundamente esta solución es Vacani, que sostiene:

[...] si la medida de castigo es la representación más cabal del trato punitivo aplicado sobre una persona, la regulación de su duración y las condiciones impuestas previas a la condena también son parte de los límites normativos derivados del principio de legalidad, proporcionalidad y mínima irracionalidad, que impiden confundir la equiparación formal que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de cuantificar el tiempo de prisión, con la equiparación de su naturaleza, al ser una ilícita y otra legal. En razón de ello, si la primera ha sido objeto de tratos arbitrarios, su naturaleza no coincide con el contenido de

privación de libertad ambulatoria sobre cuya medida se valora el castigo arbitrario (Vacani 2015, 491).

Más allá de que la solución a primera vista se presenta como justa tiene, de todos modos, diversas aristas que deben ser analizadas.

Una de ellas es la de precisar cuál es la fuente que exige que el Estado deba descontar un período de la pena, más allá del principio de justicia que involucra la cuestión, y si ello resulta exigible o es solo potestativo.

Vinculada a lo anterior, está la cuestión relativa a los alcances o extensión de la compensación. A este respecto, para tener un abordaje integral que no desatienda a la víctima en numerosos casos, correspondería analizar también la posibilidad de aplicar el instituto en aquellos supuestos en los que la lesión a los derechos de la víctima proviene de otros presos y no de agentes del Estado, precisando la fuente de la responsabilidad estatal también en ese caso.

Otra materia de análisis se vincula con la medida de esa reducción desde el punto de vista de la proporcionalidad, esto es, cuánto es el descuento de pena que corresponde en función de la gravedad del mal sufrido.

También es pertinente analizar la procedencia de la compensación, no ya por ilícitos sufridos personalmente por la persona privada de libertad, sino en razón de condiciones materiales del encierro que produzcan un cambio cualitativo de la pena que, por su magnitud, implique un trato cruel, inhumano o degradante, que supone la privación de otros derechos no contemplados en la ley ni en la sentencia, y que genera un plus de sufrimiento antijurídico que no debe ser soportado por el hecho de estar privado de la libertad⁶.

⁶ No analizaremos aquí, por exceder la materia de este trabajo, otro tipo de compensaciones, como la que preveía la ley 24.390 mediante la modificación que in-

Además entran en juego aspectos procesales a la hora de hacer operativa la compensación, algunos de los que serán brevemente analizados, sin agotar todos los que el instituto puede plantear.

Finalmente, se citarán algunos casos de nuestra incipiente jurisprudencia sobre la materia.

Todas estas son cuestiones que distan de ser evidentes, porque la compensación de la que tratamos es un instituto todavía en ciernes en nuestra práctica judicial.

II. La fijación de la pena

Como ya se dijo, la pena es imposición de un mal *legal* que se vincula con la privación de la libertad ambulatoria, y que no solo no puede acarrear otros males distintos a ese, sino que, además, pretende tener un contenido esencialmente cualitativo, en el sentido de que, legalmente, se justifica solo para reinsertar socialmente al individuo como único objetivo válido de la privación de la libertad en nuestro derecho⁷.

Ello implica que el sujeto debería transitar su estancia en prisión abocado a realizar un tratamiento individualizado y progresivo que lo preparará para la futura vida en sociedad, tal como lo determina la ley 24.660, reglamentaria de ese principio.

Sobre la base de esas premisas, entonces, se valida la imposición de la pena.

trodujo al art. 24 del Código Penal, al establecer que a partir de los dos años de prisión preventiva esta se computa a razón de dos días de pena por cada día de prisión preventiva. Uno de los objetivos de ese cómputo privilegiado era, precisamente, compensar a quienes permanecieran en detención por un plazo prolongado sin recibir sentencia. La ley 25.430 derogó ese cómputo, comúnmente llamado del "2 por 1".

7 Cfr. art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art.10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pero la realidad carcelaria muestra, a cada paso, que la prisión es un lugar inepto para preparar al individuo para la vida en sociedad, y aunque ello tiene una evidencia indiscutible, de todos modos, la pena se impone como si tal cosa no ocurriera, es decir, se pide por los fiscales y se decreta por los jueces bajo la forma de una operación exclusivamente matemática que, soslayando toda circunstancia real vinculada al trato punitivo, se establece como si estuviera destinada *efectivamente* a tornar operativo el principio de reinserción social.

Ese rasgo absurdo que tiene la pena de desentenderse absolutamente de la realidad en la que se ejecuta, y que se funda en un idealismo acomodadizo de los teóricos y en el desinterés de los operadores jurídicos en la práctica, se traduce en una respuesta meramente cuantitativa –tiempo de encarcelamiento– por parte del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, que se olvida de los fines de la pena y, aún peor, de la dignidad del preso.

Y esa ceguera no solo ignora el tratamiento penitenciario como base de la reinserción, sino que muchas veces consiente, sin que nadie ya se espante, el ejercicio directo de una violencia sobre el preso que lesiona sus derechos humanos más básicos, y que deberían gozar de la misma protección constitucional que los de cualquiera de los demás habitantes de la Nación.

Ese esquema, que se sustenta en el error de identificar la prisión solo con la pérdida de la libertad, y que además conlleva la declamada pretensión de brindar alguna utilidad a quien la sufre, debe encontrar un límite al menos cuando la persona es seriamente afectada en sus derechos fundamentales, como ocurre con su integridad psicofísica, o cuando las condiciones de detención asumen un tratamiento degradante e inhumano.

Y esa es la función que viene a cumplir la compensación, proponiendo generar un quiebre en el *quantum* de la pena, que refute

la identidad automática entre prisión y privación de la libertad ambulatoria, consideradas sin atender a sus circunstancias concretas.

Es cierto que la admisión de la necesidad de hacer operativo este instituto presupone un compromiso de los agentes jurídicos con el conocimiento de lo que es el ambiente carcelario en general y de lo que significa para la persona, de modo de ir abandonando esa concepción arraigada según la que el preso, por ser preso, tiene que soportar ciertas cosas, aun graves.

Pero ese compromiso, a pesar de no ser optativo, pocas veces se asume. Si se lo cumpliera, sería más fácil comprender el tiempo de prisión en forma no meramente cronológica, cuantitativa o lineal, sino como una instancia en esencia cualitativa, existencial y que, por serlo, no admite determinados perjuicios para la persona. Al contrario, si se consienten estos perjuicios, la pena pasa a expresar un castigo que nada tiene que ver con la sola restricción temporal de la libertad ambulatoria ni con sus fines, y si esto se acepta, se están avalando como legales penas que se volvieron ilícitas.

Frente a ello, se ha advertido con razón que el juez:

[...] no puede sostener que lo prohibido no existe ni confundir lo que debió ser con lo que realmente fue. Si [las] penas prohibidas [...] pese a la prohibición, se impusieron y sufrieron, no por prohibidas dejan de ser penas. Se trata de un efectivo poder punitivo que debe descontarse del que se autoriza jurisdiccionalmente, so pena de incurrir en doble punición y consiguiente crueldad (Zaffaroni et ál. 2014, 133).

III. Características del hecho que justifica la compensación. Exigibilidad y alcances

Si la idea de compensación que venimos desarrollando tiene pretensiones de ser apli-

cable, nos lleva a considerar que esta podrá ser factible frente a perjuicios sufridos por la persona privada de libertad de suficiente entidad como para, mínimamente, configurar delitos penales.

Como hemos dicho, la compensación emerge ante la violación de la garantía constitucional del trato digno y humanitario que se debe al preso, que tiene como consecuencia la prohibición de causar tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si bien estos constituyen una variedad de sucesos que exceden a los delitos penales, entendemos que en el caso de ilícitos contra las personas privadas de libertad, la compensación, en general, se aplicará cuando asuman ese carácter, por su mayor gravedad respecto de otros tratos arbitrarios que puedan sufrir. Por cierto, tales tratamientos podrían eventualmente configurar torturas⁸, pero de ningún modo es necesaria esa calificación de los hechos para considerar aplicable el instituto.

La exigencia de que mínimamente estemos frente a ilícitos penales no vuelve ilegítimo ambicionar que la compensación, en una etapa ulterior de su desarrollo en la práctica judicial, pueda dar respuesta a otros tratos arbitrarios que no constituyen delitos, pero ello no parece posible aún, cuando ni siquiera tiene mayor arraigo para hechos delictivos, y cuando, además, la situación carcelaria está plagada de situaciones que hacen de la arbitrariedad la regla general en las prisiones.

Por lo demás, esa exigencia tampoco impide la aplicación de la compensación por otros motivos que no configuran delitos concretos contra las personas, y que se vinculan con de-

8 En el caso de la Corte IDH *Bueno Alves vs. Argentina* (sentencia del 11/05/2007), en el que la víctima recibió golpes en los oídos (perforación del tímpano) y en la zona abdominal, así como insultos e intimidación con un arma de fuego por parte del personal policial en una sede de esa fuerza, tales actos fueron considerados torturas (párrs. 69, 74 y 75 del fallo).

ficiencias materiales de los establecimientos, como hemos adelantado y veremos luego, pero en ese caso estaremos frente a otra categoría de sucesos que la hacen aplicable (y no sucesos que constituyen acciones ilícitas concretas sobre la persona del preso, como a los que hacemos referencia aquí).

La prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes tiene como reflejo el deber de garantía que tiene el Estado respecto de la vida y de la integridad de los presos; desde esa perspectiva, la violación de ese deber puede ser considerada la fuente de la obligación de compensar a la persona detenida que es víctima de un delito.

En este sentido, tanto la normativa supranacional como la nacional imponen al Estado un deber de custodia y seguridad respecto de las personas privadas de libertad. Sobre ese deber, tenemos ya que el primer principio de los Principios y Buenas Prácticas sobre Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establece que a toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de los Estados “en particular, y tomando en cuenta la posición de *garante* de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal”.

A su turno, la primera de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) señala que “todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos” y que “se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos”.

De manera coincidente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

En los términos del artículo 5.2 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] toda persona privada de libertad

tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. *En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos (el destacado es nuestro)*⁹.

En el mismo sentido, reafirmó esa misma Corte:

[...] la posición de garante que tiene el Estado respecto a personas privadas de libertad¹⁰, en razón de que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas, [...] que obliga al Estado a brindar a los internos, con el objetivo de proteger y garantizar sus derechos a la vida y a la integridad personal, las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención. Por ello, [...] Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar los derechos de las personas en circunstancias de privación de libertad¹¹. Asimismo, [...] la Corte recuerda que, de conformidad con la normativa internacional, el Estado debe asegurarse de

9 Corte IDH, caso *Neira Alegría y otros*, sentencia del 19 de enero de 1995, párr. 60, entre muchos otros.

10 Cfr. caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 221; caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 95, y caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 78.

11 Cfr. “Asunto Natera Balboa. Medidas provisionales respecto de Venezuela”. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de diciembre de 2009, considerando decimocuarto, y “Asunto Guerrero Larez. Medidas Provisionales respecto de Venezuela”. Resolución de la Corte de 17 de noviembre de 2009, considerando decimotercero.

que las medidas de seguridad adoptadas en los centros penales incluyan el entrenamiento adecuado del personal penitenciario que presta la seguridad en el penal y la efectividad de dichos mecanismos para prevenir la violencia intracarcelaria, tales como la posibilidad de reaccionar ante hechos de violencia o de emergencia al interior de los pabellones. El Estado debe asegurarse que las requisas sean correcta y periódicamente realizadas, destinadas a la prevención de la violencia y la eliminación del riesgo, en función de un adecuado y efectivo control al interior de los pabellones por parte de la guardia penitenciaria, y que los resultados de estas requisas sean debida y oportunamente comunicados a las autoridades competentes¹².

A su turno, nuestra Constitución Nacional establece una directiva explícita acerca de cómo deben ser los lugares de detención para ser compatible con sus principios: “las cárceles de la Nación, serán sanas y limpias, *para seguridad* y no para castigo de los reos detenidos en ellas” (art. 18 CN).

Con relación a esa previsión del art. 18, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que: “como tal, impone al Estado la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una codena o una detención preventiva la *adecuada custodia* que se manifiesta en el respeto de la *vida de los internos, de su salud y de su integridad física y moral*” (Fallos 318:2002; 328:1146; el destacado es nuestro).

Por su parte, a nivel infraconstitucional, la ley 24.660 –de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad– establece la exigencia de un tratamiento digno a los detenidos, cuando se-

ñala que la finalidad del encarcelamiento es la “adecuada reinserción social” (art. 1), y que “estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art. 9).

Una vez establecido ese deber estatal de modo claro y preciso por la normativa citada, con relación concreta a la responsabilidad del Estado frente a su desatención agregamos que la ley 26.944 –de Responsabilidad Estatal–, establece que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa (art. 1), porque el deber de garantía del Estado acerca de la vida y de la integridad de los presos genera un factor objetivo de atribución de responsabilidad.

En tal sentido, el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado, como factor de atribución del hecho, implica que, para afirmarla, se prescinde de la indagación acerca de la culpa o dolo del agente, con lo que el eje del problema desplaza la culpabilidad del autor a la causalidad, es decir, a la determinación de cuál fue el hecho que, materialmente, causó el daño. Como consecuencia, más allá de quién sea el autor del daño, el deber de reparar a la víctima pesa igualmente sobre el titular de la actividad, que en el caso es el Estado (Alterini et ál. 1993, 197 y ss.). Esta responsabilidad objetiva no exime la del autor del hecho que surge de su culpa o su dolo, que puede y debe averiguarse en forma concomitante, pero la responsabilidad del Estado, al ser objetiva, no depende de esa elucidación y ya queda afirmada con el hecho que estaba obligado a evitar en tanto *garante* de la vida y de la integridad de los presos.

Esto muestra también por qué la ley establece que, además de ser objetiva la responsabilidad del Estado, también es *directa*, pues la responsabilidad tiene ese carácter cuando ella recae por un hecho o acto propio (incumplimiento del deber de garantía, en el caso), mientras que la responsabilidad indirecta o refleja es la que corresponde por el hecho de

12 Corte IDH, “Medidas provisionales respecto de la República de Argentina-Asunto de las Penitenciarias de Mendoza”, párr. 52.

otro (como sería la del agente que ejecuta el hecho particular).

En este sentido, se ha dicho que “la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo *principal y directo* por sus consecuencias dañosas” (el destacado es nuestro)¹³.

Atento a este tipo de responsabilidad, es evidente, su configuración no depende de una eventual condena en sede penal a los responsables, ni la comprobación de un factor de atribución subjetivo con respecto a un agente en particular.

En primer lugar, porque la fuente de responsabilidad del Estado es el incumplimiento de deberes que le son propios, cuya determinación no depende de la culpabilidad penal de tal o cual persona, en tanto transita por carriles absolutamente distintos.

Y, en segundo lugar, porque la responsabilidad por falta de servicio prescinde de la necesidad de individualizar a un culpable (aunque la falta de servicio presuponga un obrar indebido), ya que se asienta en el deficiente funcionamiento de la entidad, es decir, que la responsabilidad del Estado se determina por la falta de servicio al no cumplir, en cuanto tal, las obligaciones primarias que tiene en el marco de sus tareas específicas, como son, en el caso, la guarda, seguridad y preservación física de las personas detenidas¹⁴.

13 Fallos 306:2030, considerando 6.

14 Se clarifica aún más la cuestión cuando la ley 26.944 establece los requisitos de la responsabilidad estatal objetiva y directa, por actividad *ilegítima* del Estado (que de eso se trata aquí, precisamente, de un obrar ilegítimo frente al deber de garantía y seguridad que pesa sobre él). En tal sentido, establece (art. 3) que esos requisitos son: a. causación de un daño cierto debidamente acreditado (inciso a), que es el que se provoca a la integridad del preso; b. la imputabilidad material por la

La responsabilidad civil del Estado ante la presencia de los presupuestos aludidos ha sido afirmada en reiteradas ocasiones por la CSJN en varios precedentes, como veremos ahora.

En efecto, sobre la responsabilidad del Estado por su función de garante de la seguridad de los presos, la CSJN afirmó, en “Badín”, que en estos casos hay que considerar que un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos, proscribiendo toda medida “que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija” (art. 18 de la Constitución Nacional)¹⁵.

La Corte destacó, asimismo, en ese precedente, que la cláusula citada tiene contenido operativo, y que como tal “*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*” (el destacado es nuestro). Y agregó que la segu-

inactividad o actividad a un órgano estatal (inc. 2), que en el caso es el Servicio Penitenciario; c. la relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño (inc. 3), la que concurrirá cuando por ese incumplimiento estatal de garantizar la vida y la seguridad de los detenidos (un deber primario del Estado, como hemos visto, y también del órgano encargado de la custodia y seguridad de los presos, como verificaremos enseguida a partir de la ley orgánica del Servicio Penitenciario Federal N° 20.416, y de los precedentes de la Corte Suprema que se citarán) se producen las lesiones del preso; d. y la falta de servicio, consistente en una actuación u omisión irregulares por parte del Estado, la segunda mediante la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado (inc. 4); ello también se da en el órgano que cumple la función de custodia carcelaria, pues existe a su respecto una obligación específica y primaria, que es la de garantizar la guarda e integridad de los detenidos (arts. 1 y 5 de la ley orgánica citada, sobre la que volveremos).

15 Fallos 320:1645, consid.3.

ridad, como deber primario del Estado, exige también, como se desprende del citado art. 18, resguardar los derechos de los propios penados, cuya readaptación se constituye en un objetivo superior del sistema.

Y agregó que si no se cumple con ese deber y se causa daño a los internos, ello compromete la responsabilidad del Estado, pues implica *la omisión de sus deberes primarios y constituye una prestación irregular del servicio a cargo de la autoridad penitenciaria*.

Y dijo finalmente de modo rotundo que si:

[...] el Estado no puede garantizar la vida de los internos... de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa (consid. 9)¹⁶.

En el fallo “Perea de Romero, Gladys Toribia c. Provincia de Córdoba”¹⁷, la Corte Suprema, con remisión al dictamen de la procuradora fiscal de la Nación, ratificó los conceptos anteriores, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en cuanto esta señaló que *“quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal”* (el destacado es nuestro), pues es el Estado quien se encuentra en una situación especial de garante de ellas, ya que son las autoridades las que ejercen un fuerte control y dominio sobre las personas sujetas a su custodia.

16 Fallos 318:2002.

17 Fallos 328:1146.

En particular, dijo la Corte, el derecho a la integridad personal de los internos no solo implica que el Estado debe respetarlo (*obligación negativa*), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (*obligación positiva*), en cumplimiento de su deber general establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana.

La Corte afirmó, asimismo, más genéricamente, que quien contrae la obligación de prestar un servicio –en el caso, de policía de seguridad– lo debe hacer en condiciones adecuadas para alcanzar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o ejecución irregular¹⁸.

Un caso paradigmático de la CSJN en la materia que nos ocupa es “Gatica, Susana Mercedes c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”¹⁹. Allí, la Corte reiteró los conceptos anteriores en cuanto a que el art. 18 le impone al Estado, a través de los servicios penitenciarios, la obligación de dar una custodia adecuada a los privados de libertad, en respeto de su vida y de su integridad, ya que si los servicios penitenciarios han contraído la obligación de prestar un servicio, lo deben hacer en forma adecuada para alcanzar el fin para el que ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o su ejecución irregular. Agregó que la Corte IDH ha dejado sentado que los detenidos tienen derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y que el Estado debe garantizarles el derecho a la vida y a la integridad personal, dada la posición especial de garante en que se encuentra. Y, con cita al fallo Verbitsky, añadió que “el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (*obligación negativa*), sino que,

18 Fallos 306:2030; 307:821; 315:1892.

19 Fallos 332:2842.

además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de un deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana²⁰.

En ese marco, la Corte agregó en “Gatica”, que el demandado tiene a su cargo, entre otros, el deber de garantizar la seguridad de los internos. En tal sentido, citó, en ese precedente, la ley orgánica del servicio penitenciario bonaerense (demandado en aquel caso), que establece prácticamente las mismas directivas que las que rigen en nuestro ámbito federal al respecto.

En efecto, la ley 20.416 (Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal), en lo que nos interesa, expresamente establece, ya en su artículo 1º, que el Servicio Penitenciario Federal es una fuerza de seguridad de la Nación destinada a la custodia y guarda de los procesados.

Y reafirma lo anterior en el art. 5, cuando indica las “Funciones” de esa fuerza y consigna como la primera de ellas la de “velar por la seguridad y custodia de las personas sometidas a proceso procurando que el régimen carcelario contribuya a preservar o mejorar sus condiciones morales, su educación y su salud física y mental” (inciso 1º, el destacado es nuestro)²¹.

De acuerdo a lo dicho hasta aquí, entonces, si agentes de un servicio penitenciario causan un daño a los presos en su integridad, emergerá la responsabilidad del Estado por la violación de su obligación de garantía respecto de su salud y de sus vidas, que será tal con independencia de si, al mismo

tiempo, se prueba o no la culpa o el dolo de tal o cual agente.

Pero, además, desde este punto de vista, la compensación podrá ampliar su ámbito de aplicación, pues no solo será factible por hechos de los penitenciarios, sino que podrá ser operativa también respecto de actos ilícitos de otros internos, pues en estos casos el Estado incurrirá igualmente en responsabilidad por la omisión de observar un deber normativo de actuación expreso y determinado que la ley le impone, que es su función de custodia carcelaria, en ejercicio de su obligación primaria de garantizar la guarda e integridad de los presos²².

Es decir, si el Estado no es mínimamente diligente o demuestra desinterés en su tarea de cuidar la integridad de los presos, y a raíz de ello uno sufre un daño en su integridad a manos de otro, surgirá la relación de causalidad entre el mal desempeño configurado a partir de la falta de servicio por omisión y el resultado (daño sufrido por la víctima), lo que hace operativa la compensación por los daños sufridos por la víctima.

De esa manera, se asegura que la compensación opere no solo cuando el deber de garantía y seguridad respecto de los presos se quiebra por la acción directa y dolosa de los agentes sobre ellos, sino que abarcará también los casos en que ello ocurra por la omisión de cuidado de las personas privadas de libertad.

El voto de la mayoría de la Corte en el precedente “Gatica” afirmó que uno de los presupuestos ineludibles de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita es la eje-

20 Fallos 328:1146.

21 Como dijimos, esta obligación de garantía y seguridad asumida por el SPF respecto de los presos en su ley orgánica se replica en sus pares de los servicios penitenciarios provinciales, lo que es lógico porque derivan todas del deber de seguridad del art. 18 CN, que es la base de la misión principal que tienen esos organismos: preservar la integridad de los presos.

22 La lesión provocada por otro preso podrá no configurar un supuesto de *violencia institucional*, porque para ello es necesario un obrar doloso de los agentes del Estado (por acción o aquiescencia), pero de ningún modo impide la afirmación de la responsabilidad objetiva del Estado por violación de su deber de garantía, la que se afirma con prescindencia de la actuación personal de los agentes.

cución irregular del servicio y, con relación a ella, dijo que quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe realizar en condiciones adecuadas para alcanzar el fin para el que ha sido establecido, y afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular (consid.10).

Entonces, siempre que una persona privada de libertad sufra un daño ilícito en prisión configurativo de delito, sea por el obrar directo de los penitenciarios, sea a manos de otro preso, la víctima podrá ser acreedora a una compensación en su pena, pues, en esos casos, se halla comprometida la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento del expreso deber que tiene uno de sus órganos (el Servicio Penitenciario Federal) de brindar seguridad y custodia a las personas privadas de libertad.

También podemos decir que en estos casos no concurrirán las eximentes de responsabilidad que suelen provocar la ruptura del nexo causal en otros supuestos de responsabilidad objetiva, como resultan ser, además de la culpa de un tercero (otro preso, por caso, que hemos descartado), la culpa de la misma víctima²³ (como sería el caso, por ejemplo, de que sufra lesiones como consecuencia de una conducta de agresión iniciada o provocada por ella), porque ni aun así cede el deber del Estado de seguridad y custodia.

La cuestión ha sido ya aclarada por la Corte de modo terminante, cuando dijo en “Gatica” que: *“aun admitida la participación de la víctima en el hecho, se trataba de una eventualidad previsible en el régimen penal, que pudo evitarse si la autoridad penitenciaria hubiera*

23 Se agrega como eximente de responsabilidad el caso fortuito o la fuerza mayor, que según los casos podría operar como elemento que pudiera provocar la ruptura del nexo causal. Pero los sucesos que pueden constituirlo no tienen nada que ver con la materia que tratamos, que es la lesión a los derechos del preso (vida, integridad) por acciones dolosas.

*cumplido adecuadamente sus funciones”*²⁴ (el destacado nos pertenece).

Otra ventaja que se observa al entender que la compensación surge del incumplimiento del deber de custodia y seguridad del Estado respecto de los presos es que su aplicación podrá ser vista progresivamente, cada vez más, como un deber y no como una potestad del Estado, pues es una consecuencia directa (sin perjuicio de otras) del incumplimiento de esa obligación estatal.

Finalmente, consideramos, tiene la ventaja de una menor dificultad probatoria, porque, como hemos dicho, para afirmar la responsabilidad estatal basta demostrar la relación de causalidad entre un hecho lesivo padecido intramuros y el daño (esto no implica adelantar opinión sobre el carácter inconmovible de esa prueba, a lo que nos referiremos más abajo cuando analicemos la necesidad o no de una sentencia firme para hacer operativa la compensación).

En este punto, cabe pensar que, desde el punto de vista probatorio, si se demuestra que el hecho ocurrió dentro de un penal (lo que no ofrece dificultad alguna, ciertamente), el crédito de la víctima a la compensación ya podría considerarse pertinente, sin necesidad de indagar sobre la responsabilidad penal del agente.

IV. El monto de compensación por el hecho ilícito que la persona privada de libertad sufrió

Puesto que hemos visto que el encarcelamiento con tratos arbitrarios no es asimilable a la duración de la privación libertad ambulatoria, la prisión puede ser compensada si durante su transcurso temporal la persona ha sido pasible de uno o varios tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Ahora bien, una vez que se constata que ello

24 Considerando 12, y en igual sentido, “Badín”, Fallos 318:2002, citado (considerando 4).

ha ocurrido, la siguiente cuestión que plantea el instituto es la determinación del tiempo que correspondería compensar o descontar de la pena impuesta a raíz del daño sufrido.

En este sentido, se ha dicho con razón que las eventuales dificultades para calcular el descuento que debe hacerse a la pena legal por la pena ilícita sufrida no pueden ser un obstáculo para rechazar el planteo e ignorarla, pues ello supondría un uso perverso de la seguridad jurídica (Zaffaroni et ál. 2014, 998).

Entonces, el mecanismo que se ha propuesto consiste en individualizar los derechos afectados por el trato arbitrario, los que tienen correlación con bienes jurídicos penalmente tutelados, que se traducen, como sabemos, en tipos penales particulares. Así, la individualización del monto compensatorio puede tener como punto de partida la escala penal de la tipicidad penal vinculada al bien jurídico afectado por la lesión sufrida por el beneficiario, y si son varios los bienes jurídicos afectados, el de mayor relevancia penal, aplicando el principio de absorción²⁵.

De ese modo, por caso, la compensación tomará como parámetro la magnitud de la lesión provocada: por ejemplo, en el caso de una lesión grave –art. 90 CP–, el parámetro estará fijado en una escala de 1 a 6 años, que es la escala penal del delito en cuestión.

Siguiendo este camino, y una vez determinada la entidad de las lesiones sufridas por una coerción ilícita, se compensará la pena legal mediante su reducción temporal, determinada en función de la sanción que podría corresponder por delito sufrido, de acuerdo con la escala penal del tipo respectivo, que sirve como indicador.

Más allá de que esa parece una forma de resolver la cuestión con cierta precisión, lo que es un dato a favor, también se ha procedido a

la reducción siguiendo, en términos generales, los parámetros de los artículos 40 y 41 del Código Penal, sin mayor especificidad²⁶. Asimismo, en la jurisprudencia, la compensación ha consistido en otorgar algún derecho que implica una morigeración de la privación de la libertad propiamente dicha, como la libertad asistida o el arresto domiciliario²⁷.

En el caso del arresto domiciliario, si bien la solución no está mal, porque implica el cese de la prisión intramuros –con lo que ello significa–, consideramos que no debe excluir la posibilidad de disminuir el monto de la pena que se viene sufriendo –que, entendemos, debe tomarse como la regla general en materia de compensación–, sobre todo si la prisión domiciliaria halla su sustento también en una afectación de la integridad psicofísica permanente a causa del perjuicio sufrido.

V. La compensación frente a tratos arbitrarios que no constituyen delitos contra las personas

Hasta aquí, hemos desarrollado la procedencia de la compensación frente a delitos que sufrió la víctima directamente en su persona.

Pero puede ser posible extender el instituto a otros supuestos de tratos inhumanos o degradantes de suficiente entidad para hacerla operativa, más allá de que no configuren delitos que recaigan sobre la persona. Estas situaciones pueden, eventualmente, configurar otros delitos –como incumplimiento de los deberes de funcionario público, desobediencia, etc.–, o acaso no ser delictivos, en el sentido de que los funcionarios a cargo de las prisiones no tienen la culpa de que ocurran, sino que obedecen a deficiencias o carencias materiales del Estado, pero aun así compro-

²⁵ Es decir, se aplica la pena mayor dado que dicha pena absorbe a las menores.

²⁶ Caso “Núñez” –que se citará más abajo–, aplicándose la compensación al fijar la pena única.

²⁷ Caso “Britos”, que también se citará abajo.

meten la responsabilidad estatal y pueden tornar viable la aplicación del instituto.

En tal sentido, la Corte IDH ha dicho que cuando las condiciones de privación de libertad se agravan de modo tan extremo que viola el artículo 5.2 de la Convención Americana o de sus equivalentes constitucionales nacionales, dado que la pena impone un dolor o aflicción que excede en mucho el que es inherente a toda pena o privación de libertad, la compensación deviene pertinente²⁸.

Ahora bien, sin pretender agotar los casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes que registra la jurisprudencia internacional, algunos ejemplos dan cuenta de que esos tratamientos mortificantes muchas veces resultan de una entidad tal que podrían hacer operativa la compensación.

Así, por citar supuestos que, en nuestra opinión, habilitarían la compensación por considerarlos un tratamiento cruel, inhumano y degradante, observamos que para la Corte IDH constituyen tales tratos los siguientes: en su conjunto, la privación a la persona detenida de toda comunicación con el mundo exterior durante un mes, viviendo en condiciones insalubres sin poder siquiera cambiarse de ropa, y el uso de salida al patio durante 30 minutos por día durante el año de aislamiento, con un régimen de visitas en extremo restringido²⁹; también la constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior, particularmente, con su familia; sumado al hecho de ser mantenida en una celda húmeda y subterránea de exiguas dimensiones sin condiciones necesarias de higiene con otros 16 reclusos, donde tiene que dormir sobre

hojas de periódico³⁰; el hecho de ser mantenida durante un año bajo aislamiento riguroso, hacinada con otros presos en una celda pequeña, sin ventilación ni luz natural, y con visitas sumamente restringidas³¹; finalmente, y con criterio general, ha dicho también que:

[...] las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del artículo 5 de la Convención Americana, dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y conllevan sentimientos de humillación e inferioridad³².

Según los ejemplos anteriores, no es difícil advertir que las víctimas de estos tratos arbitrarios padecieron un sufrimiento en prisión que excede con mucho el que legalmente debían tolerar. Frente a ello, no habría menos razones jurídicas que las que se sostendrían si fueran víctimas de delito para admitir que les correspondería un recorte de su pena por el período durante el que sufrieron el maltrato manifiestamente ilegal.

Esta solución ha sido expresamente receptada por la Corte IDH en el “Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”³³, en el que

30 CorteIDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia del 12/11/1997 (Fondo), párr. 91

31 CorteIDH, *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia del 18/8/2000 (Fondo) párr. 85.

32 CorteIDH, *Montero Aranguren y otros (Retén de Catria) vs. Venezuela*, sentencia del 5/6/ 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 97.

33 CorteIDH, *Medidas Provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Resolución del 22/11/2018.

28 CorteIDH, *Medidas Provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Resolución del 22/11/2018, párr. 93.

29 CorteIDH, *De la Cruz Flores vs. Perú*, sentencia del 18/11/2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 130.

conviene que nos detengamos en forma breve.

En ese instituto de detención de Río de Janeiro, se habían constatado diversas irregularidades de toda índole: sobrepoblación con densidad aproximada del 200%, cuando los criterios internacionales –como el del Consejo de Europa– señalan que sobrepasar el 120% implica sobrepoblación crítica; la existencia de solo nueve personas encargadas de la seguridad del establecimiento, que alojaba más de 3800 personas; numerosas muertes de internos sin que, en muchos casos, quedaran establecidas sus causas; falta de separación entre personas adultas mayores y LGBTI; ausencia de colchones, de ropa, calzado, ropa de cama y toallas para todos los detenidos; insuficiente incidencia del sol y ventilación cruzada en las celdas, y carencia de agua caliente disponible en la unidad carcelaria; inestable red eléctrica y el riesgo de incendio por el cableado expuesto; ausencia de un plan de prevención y combate de incendios; carencia de espacios dignos para el descanso nocturno, con hacinamiento en dormitorios; atención médica ínfima (una médica a cargo de más de tres mil presos, cuando la OMS/OPS considera que, como mínimo, debe haber 2,5 médicos por cada 1.000 habitantes para prestar los servicios más elementales en materia de salud a la población libre); inseguridad personal y física resultante de la desproporción de personal en relación con el número de presos (ya que había grupos de fuerza que ejercían el poder dentro del penal).

En este contexto, la Corte IDH afirmó que esta situación de detención implicaba la violación del artículo 5.2 de la Convención Americana, y también del artículo 5.6 de la misma convención, pues las penas así ejecutadas nunca podrán cumplir con la reforma y readaptación social del condenado, tal como lo prescribe el citado dispositivo convencional.

Además, en lo que nos importa, sostuvo:

Cuando las condiciones del establecimiento se deterioran hasta dar lugar a una pena degradante como consecuencia de la sobrepoblación y de sus efectos antes señalados, *el contenido aflictivo de la pena o de la privación de libertad preventiva se incrementa en una medida que deviene ilícita o antijurídica* (párr. 92, el destacado es nuestro).

Y agregó que cuando el agravamiento de las condiciones de privación de libertad sea tan extremo que resulte violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana o de sus equivalentes constitucionales nacionales, porque esa pena impone un dolor o aflicción que excede en mucho el que es inherente a toda pena o privación de libertad, la solución que se han propuesto han sido, básicamente, disponer la directa libertad de los presos –porque es intolerable que el Estado ejecute penas como mínimo degradantes–, o bien “que de algún modo se provoque una disminución de la población penal por lo general *mediante un cálculo de tiempo de pena o de privación de libertad que abrevie el tiempo real, atendiendo al mayor contenido aflictivo, producto de la sobrepoblación penal*” (párr. 93, el destacado es nuestro).

En sus conclusiones sobre el caso, estableció que persistía una situación de riesgo de daño irreparable a los derechos a la integridad personal y a la vida de los presos del establecimiento en cuestión, lo que exigía que la Corte Interamericana disponga medidas concretas para preservar sus derechos fundamentales (párr. 116), y el único medio para hacer cesar la situación ilícita frente a la Convención Americana consistía en procurar la reducción de la población del instituto (párr. 117).

Así, señaló:

En principio, y dado que es innegable que las personas privadas de libertad en el IPPSC *pueden estar sufriendo una pena*

que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenderse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución. Las penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional [...], (párr. 120, el destacado es nuestro).

Igualmente, una referencia importante fue la responsabilidad que les atribuyó a los jueces que disponían privaciones de libertad en ese contexto. Expresó sobre ello (en el párrafo 123, con resaltado del original):

Cabe presuponer en forma absoluta que las privaciones de libertad dispuestas por los jueces del Estado, a título penal o cautelar, lo han sido en el previo entendimiento de su licitud por parte de los magistrados que las dispusieron, porque los jueces no suelen disponer prisiones ilícitas. Sin embargo, se están ejecutando ilícitamente y, por ende, dada la situación que se continúa y que *nunca debió existir pero existe*, ante la emergencia y la situación real, lo más prudente es reducirlas en forma que se les compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento no dispuesto ni autorizado por los jueces del Estado.

En cuanto al cálculo de la reducción propiamente dicho, es decir, al *quantum* de la compensación, manifestó:

Dado que está fuera de toda duda que la degradación en curso obedece a la super-

población del IPPSC, cuya densidad es del 200%, o sea, que duplica su capacidad, de ello se deduciría que duplica también la inflicción antijurídica sobrante de dolor de la pena que se está ejecutando, lo que impondría que el tiempo de pena o de medida preventiva ilícita realmente sufrida se les computase a razón de dos días de pena lícita por cada día de efectiva privación de libertad en condiciones degradantes (párr. 121, el destacado es nuestro).

También sostuvo que la reducción del tiempo de prisión compensatoria de la ejecución antijurídica, conforme al cómputo antes señalado, debía quedar supeditada –en el caso de imputados o condenados por delitos contra la vida, la integridad física o sexuales– a un peritaje técnico criminológico que indicara, según el pronóstico de conducta resultante y sobre la base de indicadores de agresividad de la persona, si correspondía la reducción del tiempo real de privación de libertad en la forma señalada del 50%, si esta no era aconsejable en absoluto en razón de un pronóstico de conducta totalmente negativo, o si debía abreviarse en menos del 50% (párr. 129).

Con ese propósito, indicó que el Estado debía arbitrar los medios para llevar a cabo estos peritajes criminológicos, organizando un equipo de profesionales compuesto por psicólogos y asistentes sociales idóneos, que debían actuar mínimamente en grupos de tres expertos (párr. 130).

Respecto de la aplicación de ese cómputo que exigía “tomar en cuenta como pena el sobrante antijurídico de dolor o sufrimiento padecido”, aclaró que la vía institucional para cumplirlo debía escogerla el Estado según su derecho interno, pero que no podría alegar incumplimiento por obstáculos de derecho interno (párr. 124).

Este precedente tiene una importancia fundamental para hacer operativo el instituto

de la compensación en casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes derivados de la sobrepoblación y de la insalubridad y deficiencia material de los lugares de detención.

Por cierto, tiene la ventaja respecto de los casos en que la compensación proviene de delitos contra las personas de que aquí su reconocimiento no depende de sentencias judiciales que declaren la existencia del hecho ilícito como presupuesto para hacerla efectiva (como se exige en algún caso que luego veremos), aunque también ofrece la dificultad de que, en el estado actual de nuestras prisiones, la situación carcelaria que implica una situación de prisión antijurídica es generalizada, lo que exigiría la aplicación de la compensación con una extensión que nuestros jueces difícilmente estarán dispuestos a otorgar (lo que no debe mermar nuestra voluntad de reclamarla, de todos modos).

Con todo, constituye un avance que el supremo tribunal interamericano haya receptado el instituto, mediante la consideración de que es ilícita o antijurídica la privación de libertad que se ejecuta muy por debajo de los estándares mínimos admisibles para considerar la estancia en prisión conforme a las imposiciones del derecho internacional de los derechos humanos.

Para cerrar este apartado, recordemos que en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa se ha dictado la Resolución DGN N° 928/2019, que recomienda a los defensores públicos a renovar o agilizar los pedidos de libertad o de morigeración del encierro de los asistidos a partir de la constatación de condiciones carcelarias deficientes, partiendo de la base de que el Estado las reconoció mediante la Declaración de Emergencia en Materia Penitenciaria, dispuesta por Resolución N° 184/2019 del Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Esa postura institucional del Ministerio Público de la Defensa frente a la crisis peni-

tenciaria imperante –que, por supuesto, existe con independencia de que sea formalmente declarada, aunque esa declaración puede dar mayor fuerza a los pedidos de la defensa ya que hay un reconocimiento expreso del Estado sobre su existencia– podría ser la base para los defensores para avanzar un paso más: cuando se constaten deficiencias tales que impliquen que la pena causa un agravio a la persona detenida que excede del sufrimiento que debe soportar por su situación de prisión, requieran la aplicación de la compensación con relación al período antijurídico de privación de la libertad. En este sentido, y penosamente, en muchos aspectos nuestras cárceles reproducen las graves deficiencias anotadas por la Corte IDH en el fallo citado, y justificarían invocar el instituto.

Por lo demás, la fuente de la obligación estatal en este caso es la misma que ya hemos analizado, que se vincula con el incumplimiento del Estado de su función de garante respecto de la persona privada de libertad, que le impone un trato digno hacia ella y la exigencia de brindarle seguridad y custodia adecuadas.

VI. La cuestión procesal y la compensación

Una cuestión procesal de importancia en esta temática consiste en precisar cuándo la compensación es aplicable, sea que provenga de un delito sobre la persona del beneficiario, sea que derive de circunstancias materiales del alojamiento que implican un trato inhumano o degradante (infraestructura, alimentación, atención médica, etcétera).

En el segundo caso, la cuestión parece más simple. Si se verifica un tratamiento carcelario ilegal mediante una herramienta o en el marco de un procedimiento fehaciente (una inspección por un organismo estatal o supranacional, una denuncia de *habeas corpus*,

etc.), podría hacerse aplicable el instituto, como lo ha resuelto la Corte Interamericana en el fallo revisado³⁴.

En el primer caso, la cuestión es más complicada, cuando la compensación deriva de un delito contra la persona privada de libertad. Desde esa perspectiva, surge el interrogante acerca de cuál sería el momento en que emerge el deber de reparar el daño causado, es decir, a partir de cuándo se vuelve una exigencia para el Estado aplicar la compensación.

Si decimos que esta estará determinada por la existencia de un delito, a primera vista, lo jurídicamente adecuado sería que la obligación de reparar surgiera con la sentencia firme que declara su ocurrencia.

El problema que plantea esta solución es que, en muchos casos, esa sentencia firme llegaría tarde, cuando ya no haya nada que compensar porque la pena que la víctima estaba cumpliendo se agotó. Sabemos, al respecto, que uno de los muchos déficits de nuestro sistema de enjuiciamiento es la prolongada duración de los procesos, la que tornaría a la compensación en un instituto de imposible aplicación en muchos casos. Otro problema es la inquietud que genera que el instituto dependa de circunstancias puramente aleatorias, como la marcha de una causa y la voluntad o la decisión de tal o cual actor jurídico. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la solución se muestra un poco endeble, porque la compensación no debería sujetarse a los accidentes de la práctica forense.

En algunos casos que veremos luego, sin profundizar demasiado en la cuestión, se ha sostenido que si en el proceso donde se investiga la responsabilidad penal de los autores se halla probada la materialidad del hecho (por ejemplo, si se constatan las lesiones sufridas y su causa mediante una prueba científica estricta,

como sería un informe médico forense, evidencia que, a su vez, puede reforzarse por otros medios de prueba de igual o parecido rigor – ingreso a un hospital extramuros de la víctima donde se la trata por su lesión, etc.–), puede tenerse por demostrado el presupuesto de ilicitud que genera la responsabilidad estatal y que autoriza aplicar la compensación, aunque no se hayan precisado todavía, mediante una condena firme, los autores del hecho.

De todos modos, resulta bastante difícil –cuando no, contradictorio– admitir que no pueda sostenerse la culpabilidad del autor porque no existe sentencia firme de condena, pero al mismo tiempo sí aceptar que pueda afirmarse, ya de modo indubitable, la existencia del hecho que se le atribuye.

Puede salvarse la cuestión si se piensa que la responsabilidad del Estado que viabiliza la compensación surge con independencia de la indagación acerca de la culpabilidad del autor, con lo que podrá afirmarse aunque no se identifique al agente.

Así, para probar la responsabilidad del Estado, como ya hemos dicho, bastará con demostrar la lesión sufrida por la víctima y su causación intramuros –que ya genera la responsabilidad estatal por la afectación del deber de garantía respecto de los presos–, sin necesidad de avanzar sobre la responsabilidad penal de los autores particulares.

De todos modos, no se nos escapa que la mayor facilidad en la obtención de una prueba no hace a la certeza sobre la existencia del hecho que se busca probar, y que este, en rigor, recién podrá afirmarse cuando una sentencia firme diga que existió.

No obstante, si insistimos en analizar la cuestión desde la perspectiva de las fuentes de las obligaciones, podría admitirse la operatividad de la compensación sobre la base de prueba, incorporada al proceso, que constate la lesión a la integridad de la persona y de su causa, esto es, que demuestre de que fue víc-

34 Vgr. “Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”.

tima de un delito en prisión, aunque no haya condena firme contra el autor o aunque ni siquiera esté individualizado, e incluso aunque no haya condena civil contra el Estado.

En esa línea, frente a la eventual objeción por la falta una condena penal pasada en autoridad de cosa juzgada, diremos que la compensación no depende de ello, sino que deriva del incumplimiento del deber de garantía por parte del Estado respecto de la custodia y seguridad de los presos, y que, entonces, no es necesaria más prueba que la del hecho lesivo sufrido intramuros, sin que importe el perpetrador. Desde este modo, la operatividad de la compensación no queda sujeta a la previa determinación de la culpabilidad de los autores, ya que esta no es la fuente del deber de compensar.

Por su parte, ante la falta de una sentencia de condena civil (la responsabilidad del Estado es de esa naturaleza), diríamos que, en el caso de lesiones intramuros, en tanto no es admisible la ruptura del nexo causal mediante la demostración de la culpa de la víctima, el Estado no podrá en modo alguno exonerarse de responsabilidad si se prueba la lesión y su ocurrencia dentro del establecimiento, de manera que deviene de un excesivo rigor formal (causal de arbitrariedad de las decisiones judiciales³⁵) la exigencia de que exista una declaración formal de responsabilidad estatal mediante una sentencia firme para hacer valer la compensación en un proceso penal y a los fines exclusivamente de la pena (distinto sería si se tratara de una pretensión de resarcimiento de contenido patrimonial, que sí exigirá que sea reconocido por una sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada en el fuero respectivo).

Además, la prueba de la lesión y su acaecimiento en una cárcel puede provenir tanto de un proceso civil como de uno penal, aunque es más probable que surja del segundo, por

la mayor factibilidad de que este se active por denuncia, frente al proceso civil regido por el principio dispositivo, que supone una iniciativa dependiente del afectado, siempre más difícil.

Resta una breve mención al supuesto en el que la víctima está ejecutando una condena ya firme que, por principio, no podría ser modificada mediante la compensación. A este respecto, hay que descartar que pueda plantearse un recurso de revisión (art. 479 y ss. CPPN), porque los supuestos que lo integran son taxativos y se refieren a cuestiones del todo ajenas a la materia que tratamos aquí³⁶.

Sin embargo, aquí cabe señalar que tanto la compensación como la revisión tienen como objetivo reparar una injusticia material, y no corregir errores judiciales previos. En el caso de la compensación, esa injusticia sobreviene a la condena firme, y por causas ajenas a los hechos que la motivaron. Recordemos la idea originaria de compensación, que significa dar algo o beneficiar a alguien en resarcimiento del daño que se le produjo. Ese principio de justicia elemental que tiene el instituto es el que autorizaría a remover la inmutabilidad de la cosa juzgada material, por resultar írrita o injusta en forma sobreviniente, al causar un agravio constitucional por afectar el principio de humanidad de la pena o proscripción de la crueldad del art. 18 CN, consagrado expresamente mediante la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes que, como ya hemos visto, la compensación involucra y que vuelven inválida o antijurídica a la pena a la luz de la Carta Magna.

Respecto del procedimiento, por lo demás, no es una materia que debería revestir mayor importancia, pues frente a un planteo que se sustenta en la invalidez de una pena de

35 Fallos 342:2125; 342:1412, entre muchos otros.

36 La alteración de circunstancias de hecho o de prueba, de circunstancias de derecho (inciso 5; entrada en vigencia de una ley más benigna), o a la condena producto de un delito del juez (inciso d).

prisión que se volvió ilícita por inconstitucional –y el requerimiento consecuente de que sea revisada mediante la compensación–, la cuestión federal planteada debe ser atendida superando cualquier obstáculo formal o aun en ausencia de un procedimiento expreso, y porque, en definitiva –y de eso se trata la cuestión– para la persona privada de libertad “el derecho a ser tratado como ser humano no puede alterarse mediante las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28 CN)” (Zaffaroni et ál. 2014, 134).

VII. La compensación en la jurisprudencia local

Aunque no son numerosos todavía, existen varios fallos en nuestra jurisprudencia que aplican la compensación ante la constatación de un determinado daño en la persona sometida a privación de libertad. Entre ellos, nos interesa destacar los que siguen.

VII.1. “Núñez, Brian”

Brian Núñez se encontraba alojado en el Complejo Federal de Jóvenes Adultos de Marcos Paz, cumpliendo la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de San Isidro, provincia de Buenos Aires. Allí, el 16 de julio de 2011, a raíz de un reclamo que formuló para que le permitieran ver por televisión un partido de fútbol, fue llevado por el personal de la Sección Requisa a una oficina donde se le propinó una golpiza mientras estaba esposado de pies y manos y, a su vez, tenía enganchadas entre sí las esposas de los miembros superiores con las de los inferiores por medio de una tercera. En ese estado de absoluta indefensión, le dieron golpes de puño, patadas –golpes en los tobillos, pisadas en el rostro con los borceguíes–, y bastonazos. También fue quemado con encendedores en los pies y en las piernas, y luego fue arrastrado

hasta el sector de aislamiento –“buzones”–, donde fue bañado al menos en tres oportunidades con agua fría; además, fue rozado con un bastón sobre su ropa, en la zona anal.

Posteriormente, todavía esposado del modo que hemos indicado, fue llevado a una habitación de paredes acolchonadas, donde fue dejado en el piso durante media hora, desnudo. Después fue revisado por un médico y por un enfermero y, debido a sus lesiones, fue trasladado a un hospital. Allí se constataron múltiples lesiones, entre ellas, fracturas en los pies, tres quemaduras y hematomas en el rostro y las piernas.

La denuncia del hecho dio origen a la causa N° 2838 del Tribunal Oral Federal N° 1 de San Martín, donde fueron condenados los agentes penitenciarios responsables del hecho. Esa sentencia, cuando se dictó el fallo que aplicó la compensación, no estaba firme.

El fallo que comentamos aquí pertenece a la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional³⁷, que entiende en el recurso deducido por la defensa contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 27 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que condenó a Brian Núñez a la pena de cuatro años y seis meses de prisión por el delito de homicidio en grado de tentativa, y a la pena única de once años de prisión, comprensiva de la anterior y de la de siete años y seis meses impuesta por el Tribunal en lo Criminal N° 3 de San Isidro.

La defensa oficial se agravió, entre otros motivos, de la pena única impuesta, y expuso, como uno de los argumentos que demostraban su arbitrariedad, que no se había tenido en cuenta, respecto de las condiciones personales de su defendido, la situación de tortu-

37 Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 3, causa 56449/2013/TO1/CNC2 (reg. 451/2015), 11 de setiembre de 2015 (jueces Niño, Jantus y Magariños).

ra que había vivido Núñez mientras cumplía pena de la primera de las causas que integraban la pena única. La defensa entendió que la crueldad aplicada a su asistido por las autoridades del SPF debió traducirse, en el proceso de unificación de penas, en una sanción única que restara en su composición toda o una gran parte de la pena de siete años y seis meses impuesta por el TOC N° 3 de San Isidro (el tribunal que unificó la pena solo restó un año de la suma aritmética entre ambas).

Al momento de resolver la incidencia, en lo que es materia de análisis en este trabajo, el juez Niño sostuvo que en el caso era jurídicamente indiscutible la existencia de actos de tortura en el ámbito penitenciario en perjuicio de Núñez mientras se encontraba cumpliendo la condena no firme, y que “deviene francamente intolerable [que] las condiciones del encierro potenci[e]n el padecimiento del individuo privado de su libertad ambulatoria –y de todas las que de ella dependen– hasta hacer trizas la más modesta idea de proporcionalidad entre delito y pena”. Agregó que la demostración acerca de la imposición de torturas a Núñez debía traducirse en una reducción de la pena que le restaba cumplir del primer proceso, como medida paliativa de la enorme lesión al Estado de derecho que dicha realidad puso al descubierto, pues la pena impuesta a Núñez, a partir de los sucesos relatados, se había vuelto una *pena cruel*, que no podía ser obviada por la justicia para decidir el conflicto:

[...] porque no puede sostener que lo prohibido no existe ni confundir lo que debió ser con lo que realmente fue [...] no por prohibidas dejan de ser penas. Se trata de un efectivo dolo punitivo que debe descontarse del que se autoriza jurisdiccionalmente, so pena de incurrir en doble punición y consiguiente crueldad³⁸.

38 Con cita de Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000, 126).

En cuanto a que no se encontraba firme la sentencia de condena a los responsables del hecho de tortura, Niño sostuvo que ello no impedía la solución propuesta porque:

[...] no se ha discutido la materialidad del ilícito; por lo demás, la especial relación de sujeción en que se hallaba Núñez al resultar victimizado conduce a equiparar las diferentes alternativas de su producción, toda vez que, por acción o por omisión, la custodia de sus bienes jurídicos más elementales por parte de los agentes estatales resultó groseramente vulnerada.

Se propuso, en consecuencia, imponer a Núñez la pena única de siete años y seis meses de prisión.

A su turno, el juez Jantus (que adoptaría la misma solución) refirió que, efectivamente, los padecimientos que el Estado le provocó a Núñez mientras se encontraba cumpliendo su pena debían tener un significado trascendente sobre la legitimidad de su condena. En tal sentido, refirió que si bien el hecho de tortura sufrido por Núñez no era desconocido por tribunal de San Isidro, a cuya disposición se encontraba cuando ocurrió (en tanto le otorgó un arresto domiciliario como consecuencia de esos eventos), cuando lo condenó no hizo ninguna consideración al respecto, mientras que normas superiores y la jurisprudencia internacional³⁹ obligan a los jueces a considerar las consecuencias de tales actos. Al respecto, sostuvo que a raíz de las torturas sufridas por Núñez mientras cumplía una condena en un establecimiento carcelario, cometidas por funcionarios estatales:

[...] los fines que gobiernan la pena de prisión han quedado desvirtuados en la ejecu-

39 Corte IDH, *Medidas provisionales respecto de la República de Argentina-Asunto de las Penitenciarias de Mendoza*, párr. 52.

ción de esa sanción penal, porque todo el régimen de progresividad previsto constitucional y legalmente que tiene en mira la resocialización, se destruye por la irracional violencia aplicada por el Estado a través de sus agentes en el marco de ese proceso de ejecución de la pena [...] y puesto que Núñez fue sometido a una feroz golpiza que le provocó graves lesiones, la regularidad de la condena que cumplía ha quedado cancelada y ello debe ser tenido en cuenta a la hora de graduar la nueva pena única a imponer [...].

En punto a que la sentencia de condena contra los penitenciarios no se encontraba firme, refirió, al igual que su antecesor en el fallo, que era incuestionable a esa altura la materialidad del suceso:

[...] porque se constataron oficialmente las graves lesiones sufridas por el imputado, como así también que ellas fueron producidas mientras se encontraba detenido en una unidad carcelaria. También, que las lesiones fueron provocadas después de que el encartado fuera sacado de su celda por personal de requisa del servicio penitenciario.

Finalmente, el tercer voto fue del juez Magariños, que no acompañó a sus colegas porque entendió que la sentencia contra los agentes penitenciarios no estaba firme.

En definitiva, y virtud del voto de la mayoría, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal resolvió, en lo que interesa, imponer a Núñez la pena única de siete años y seis meses de prisión.

VII.2. “Reyna, Damián Ezequiel”

El fallo fue dictado por la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Bue-

nos Aires⁴⁰. Reyna se encontraba cumpliendo una pena de seis años y ocho meses de prisión por el delito de robo agravado (pena que vencería el 29 de febrero de 2018). En el marco del cumplimiento de esa condena, fue sometido a tortura y abuso sexual, y la defensa del nombrado solicitó la libertad asistida anticipada a la libertad condicional, petición que fue denegada por el juez de ejecución penal y confirmada por la Cámara de Apelaciones del Departamento Judicial de San Nicolás.

La defensa oficial de Reyna interpuso recurso de casación, agraviándose por la omisión de considerar los daños sufridos por Reyna en su lugar de detención como una pena ilícita que tornaba desproporcionada a la pena legalmente impuesta, en violación del principio de prohibición de doble punición y de prohibición de torturas, y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La sala interviniente pasó revista al art. 18 CN (en cuanto establece que las cárceles son para seguridad y no para castigo), a la normativa internacional que establece el tratamiento digno para los reclusos y la prohibición de que sean sometidos a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y a la jurisprudencia internacional⁴¹ y nacional⁴² que establece la posición de garante del Estado respecto de las personas privadas de libertad. Consideró que, en el marco del *habeas corpus* que se había tramitado en favor de Reyna, se había probado que el 2 de febrero de 2015, ante su negativa a ir a ducharse, el encargado del pabellón lo sacó de su celda y lo agredió a golpes de puño, y que luego llamó a la guar-

40 Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, Causa 75.213, caratulada “Reyna, s. Recurso de Casación”, registro 445/16, rta. el 2/6/16.

41 CorteIDH, *Mendoza y otros vs. Argentina* (sent. 13/05/2013, párr. 188).

42 “Badín” (Fallos 318:2002; consid. 3), entre otros precedentes.

dia, que entró al pabellón dando disparos de goma que impactaron en los tobillos de Reyna. Luego lo agredieron todos, y le pusieron esposas y lo llevaron a la sala de abogados, arrastrándolo, mientras le seguían pegando. Una vez en la sala de abogados continuaron pegándole, y tocándole el ano con el dedo por arriba de la ropa y apoyándole el pene en la cara, mientras lo insultaban, y uno de los jefes –que identificó– le pegó una patada en la cara mientras Reyna se encontraba en el piso. Se probó también que luego de la golpiza lo mandaron a “buzones” (aislamiento), que estuvo cinco días sin recibir atención médica, y que recién lo vio un enfermero cuando se presentó el *habeas corpus*. Se verificó también que, en el marco de esa acción, se ordenó su examen médico por parte de un perito oficial, que constató hipoacusia del oído izquierdo, perforación del tímpano, sangre seca en perforación y conducto auditivo externo, edema de miembro inferior izquierdo y pie derecho, y heridas en el tobillo izquierdo.

Frente a dicha situación, el juez del *habeas corpus* manifestó que “si bien no existen por el momento los elementos de prueba que permitan corroborar la veracidad de la golpiza que refiere haber recibido Reyna en su declaración, las lesiones que presenta, la correspondencia de la data de las mismas con el momento en que refiere haber sido golpeado”, lo llevaban a acoger la acción, por agravamiento en las condiciones de detención.

En el fallo comentado, se agregó que aun cuando al momento de su decisión (precisamente, la de ese fallo) que se estaba adoptando no se había citado a ningún penitenciario a prestar declaración indagatoria en el marco de la investigación sobre esos hechos, no había obstáculo para concluir que las lesiones sufridas por Reyna –fehacientemente verificadas por el correspondiente dictamen médico legal– se produjeron en el interior de un establecimiento carcelario. Agregó que nadie

había puesto en duda los sucesos y que así los estableció el juez de ejecución en su decisión en el marco del *habeas corpus*.

En vista de lo anterior, y considerando que el Estado es garante de la integridad de las personas encarceladas, se afirmó que este resultaba responsable junto a los funcionarios encargados de la seguridad de los establecimientos carcelarios, y que los hechos sufridos por Reyna debían calificarse como tortura en el contexto de la ejecución de su pena. De todos modos, se indicó, esto no se reflejó de ningún modo en el tratamiento penitenciario que venía desarrollando Reyna, pero que debió tenerse en cuenta. Y agregó:

Aun cuando no resulte habitual en nuestra Judicatura, cabe deslindar en lo relativo al tiempo de prisión padecido por una persona: un tiempo cronológico o dimensión cuantitativa, ligado a las reglas temporales del art. 77 del C.P. y con él, , del art. 6 del C.C.yC., y manifestado a través del establecimiento de una sanción penal precisada en años, meses o días en una sentencia como conclusión firme de un proceso; de uno vivencial o dimensión cualitativa, que no repara en el aspecto calendario, sino en las vivencias del sujeto sometido a encierro.

Es este último aspecto el que solicita la Defensa Oficial sea apreciado [...]. De modo que [...] la restricción de derechos propios de la sanción punitiva puede estimarse tanto en su extensión o medida, como en su intensidad, grado o vigor para determinar si resulta inconciliable con la Carta Magna nacional, admitiendo ésta última calidad, los aspectos cualitativos, vivenciales o existenciales antes mencionados. La ejecución de la sanción penal no puede quedar al margen de la legalidad en su cumplimiento, de modo que reine en su desarrollo la plena arbitrariedad de los funcionarios a cargo, con acciones ilegales y contrarias

a los Derechos Humanos de los penados [...].Mal podría pretenderse que el régimen penal fortalezca la “dignidad humana” del condenado (art. 5 ley 12.256) mediante tratos crueles, inhumanos o degradantes de parte de quienes funcionalmente lo tienen a su cargo, sea por acción u omisión.

Asimismo, manifestó que cuando el detenido ha sufrido actos de torturas o maltratos durante su encarcelamiento, ello no puede omitirse en la cuantificación de la pena o en cuestiones vinculadas a su ejecución, pues tales actos delictivos sobre la persona detenida trastocan todo el sentido de “progresividad” en la ejecución de la pena, desvirtuando el programa de reinserción social.

Y si bien refirió que no correspondía adentrarse en la discusión acerca de si en estos casos corresponde hablar de “compensación”, lo cierto es que resultaba imprescindible su reparación, pues así lo establece el art. 14, inc. 10, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes cuando indica que todo Estado Parte debe velar por que su legislación garantice a la víctima la reparación y el derecho a una indemnización.

Finalmente, sostuvo que la pena, que no puede ser expresada más que de modo lineal, cronológico, implica también su cumplimiento regular, rechazando toda posibilidad de actos que la tornen cruel, inhumana o degradante, y que, si eso sucede, es ineludible atender a esta faceta existencial recomponiendo la situación violatoria de derechos del penado o deteniendo o reparando sus efectos, del modo más aproximado a una plena restitución. En consecuencia, y dado que Reyna había satisfecho el requisito temporal exigido, resolvió otorgarle la libertad asistida como una forma de reparación por los hechos de torturas sufridos en el establecimiento carcelario.

VII.3. “Bellot, Gustavo Adolfo”⁴³

El fallo que anotaremos admite la compensación por deficientes condiciones de detención en lo que atañe al servicio de salud brindado a la persona privada de libertad.

La Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Nicolás, con fecha 19 de mayo de 2016, había rechazado el recurso de apelación deducido por la defensa oficial de Bellot, y confirmado la resolución de origen por la que se le había denegado la libertad asistida (en su lugar, se le otorgaron las salidas transitorias).

La defensa dedujo recurso de casación, en el que planteó que para resolver la incidencia debió considerarse el estado de salud de Bellot, que no había logrado una atención médica eficaz en el lugar de detención (sin perjuicio de otras consideraciones atinentes a su buena conducta y el adecuado cumplimiento de las pautas impuestas en sus salidas transitorias).

El tribunal consideró que uno de los motivos en que se basó el Departamento Técnico Criminológico del Servicio Penitenciario para desaconsejar el otorgamiento de la libertad asistida anticipada fue que Bellot llevaba una vida pasiva, ya que no trabajaba ni estudiaba.

La casación respondió que la pasividad no puede dar motivo a que se sugiera no conceder la libertad asistida, pues ella se debe a su lamentable estado de salud (tumoraciones en la región sub-maxilar derecha, con halo erimatoso y doloroso al tacto, así como una lesión no rehabilitada en la rodilla izquierda, que afectan su vida diaria), y que antes del inicio de sus graves dolencias Bellot trabajaba y estudiaba.

Sobre el punto, agregó que no se le brindó atención médica adecuada, falencia que era

43 Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, Causa 7881. “Bellot, Gustavo Adolfo s. Recurso de Casación (Solicita trámite de Habeas Corpus)”, rta. el 13/10/16, registro N° 835/2016.

de larga data, según las pruebas incorporadas a la causa. Todo ello, según la casación, implicó una flagrante violación al derecho a la salud de Bellot, y correspondía al Poder Judicial el deber de verificar la existencia de vulneración de derechos de las personas internadas en dependencias estatales para su subsanación y, en su caso, compensación.

En tal sentido, refirió que Bellot padecía patologías que no habían recibido el

tratamiento médico sanitario correcto, de manera que la forma en que transcurría su tratamiento penitenciario era, a todas luces, cruel e inhumana.

En definitiva, expresó que los padecimientos de Bellot, no atendidos idóneamente en lo que debió ser un tratamiento legal y digno tendiente a su reinserción social, trasuntaban una crueldad o deshumanización que resultaba imprescindible reparar, por lo que resolvió, a modo de reparación, el otorgamiento de la libertad asistida anticipada.

VII.4. “Britos”

Finalmente, cabe destacar la sentencia dictada por el Juzgado de Ejecución Penal N° 3 en el marco de la causa “Britos”⁴⁴. Britos cumplía una pena única de trece años de prisión. Durante el transcurso de esa condena, y en el marco de otra causa, el juez a cargo del Juzgado Federal N° 7 decretó el procesamiento de dos agentes penitenciarios por torturas agravadas en perjuicio de Britos, a la par que remitió copias de la resolución al juez de ejecución para que analizara la posibilidad de instrumentar medidas de reparación respecto de la víctima. El fundamento de esa decisión radicó en lo prescripto por el Protocolo de Estambul, en cuanto establece la necesidad de “asegurar que toda víctima de tortura obtenga

reparación e indemnización adecuadas [...]”. A raíz de ello, la defensa oficial solicitó que Britos fuera incorporado al régimen de libertad asistida.

Una vez que se corrió vista a la representante del Ministerio Público Fiscal, se opuso a la medida, aunque reconoció que la permanencia en detención de Britos lo exponía a “situaciones de una gravedad inusitada”, haciendo que su integridad personal y su vida corrieran peligro. En ese contexto, sostuvo que se veían agravadas las condiciones de detención en las que se encontraba el indicado, entonces sostuvo la necesidad de una alternativa a la prisión para que su encierro no se convirtiera en un trato indigno o cruel, y propuso la prisión domiciliaria.

El juez de ejecución señaló que la posible incorporación de Britos al régimen de prisión domiciliaria, sobre la base de que su actual detención podría constituir un trato indigno o cruel, hacía encuadrar el caso en el art. 32, inc. c, de la ley 24.6600, y que esa solución permitía resolver los dos aspectos debatidos en la incidencia: por un lado, disponer la compensación que el magistrado federal sugirió, ya que la detención domiciliaria es mucho más benigna que la carcelaria; y, por el otro, cumplir con la necesidad de garantizar de modo real la integridad física y psicológica del condenado al sacarlo de una institución que podría conllevar su revictimización. De esa manera, Britos fue incorporado al régimen de la prisión domiciliaria.

VIII. Palabras finales

En nuestro país, las condiciones carcelarias no logran alcanzar un estándar mínimo que sea respetuoso de los derechos básicos de las personas privadas de libertad.

Aún no se han podido resolver cuestiones esenciales vinculadas con la alimentación y la atención sanitaria. Ello, sin considerar temá-

⁴⁴ Juzgado de Ejecución Penal N° 3, “Britos”, legajo N° 130.321, 8 de marzo de 2018.

ticas relacionadas al trabajo, educación, visitas, traslados, violencia institucional e intracarcelaria, entre muchas otras. Desde luego, ante esa realidad, la reinserción social es un concepto que jamás se concreta en la práctica.

Frente a esa situación, y aun cuando haya que continuar insistiendo para que esos derechos se cumplan, es imprescindible, a nuestro criterio, profundizar la aplicación del instituto de la compensación, tanto por daños sufridos en el ámbito carcelario, como por condiciones materiales de detención que resulten degradantes. En definitiva, si los daños no pueden evitarse, deben ser resarcidos o compensados.

En este trabajo hemos intentado avanzar en ese sentido, de allí que pretendimos ingresar con mayor detalle en las condiciones concretas de aplicación del instituto, y esperamos haber logrado algún aporte al analizar la cuestión desde la perspectiva de la fuente de las obligaciones, y su vinculación con el deber de garantía del Estado respecto de las personas privadas de libertad.

Bibliografía

Aterini, Atilio; Oscar Ameal y Roberto López Cabana. 1993. *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 4ª edición.

Real Academia Española. (s.f.). “Compensar”. En: *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/compensar?m=form>.

Vacani, Pablo. 2015. *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa*. Buenos Aires: AdHoc.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2014. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2ª edición.

-----, 2000. *Derecho*

penal. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1ª edición.

Jurisprudencia nacional

CSJN, “Alpacor Asociados SRL c/ AFIP s/ amparo ley 16.986”, FCB 013010004/2013/CS0010, rta. 3/12/2019. Fallos: 342:2125.

CSJN, “Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”; B 142 XXIII, rta. 07/08/1997. Fallos: 320:1645.

CSJN, “Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”; B. 142. XXIII, rta. 19/10/1995. Fallos: 318:2002.

CSJN, “Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus”; D 346 XXIV, rta. 19/10/1995. Fallos: 318:1894.

CSJN, “García, Ricardo Mario y otra c/ Buenos Aires Pcia. de s/ Indemnización de daños y perjuicios”; G. 93. XXII, rta. 08/09/1992. Fallos: 315:1892.

CSJN, “Gatica, Susana Mercedes c / Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y Perjuicios”; G. 383. XL. ORI22/12/2009. Fallos: 332:2842.

CSJN, “Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires”; 1985. Fallos: 307:821.

CSJN, “Marichal, Yamila Gisela c/ Mancini, Ramiro Exequiel s/ laboral por cobro de pesos - recurso de inaplicabilidad de ley”, CSJ 001800/2016/RH001, rta. 29/08/2019, Fallos: 342:1412.

CSJN, “Méndez, Daniel Roberto s/ Rec. de casación”; M. 821. XLIII. REX, rta. 01/11/2011. Fallos: 334:1216.

CSJN, “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal”; R. 230. XXXIV, rta. 09/03/2004 Fallos: 327:388.

CSJN, “Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires”, 1984, Fallos: 306:2030.

CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”; V. 856. XXXVIII, rta. 03/05/2005. Fallos: 328:1146.

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 3, “Núñez, Brian”, causa 56449/2013/TO1/CNC2 (reg. 451/2015), rta. 11/9/2015.

Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, “Bellot, Gustavo Adolfo s. Recurso de Casación (Solicita trámite de Habeas Corpus)”, causa 7881, registro Nro. 835/2016, rta. 13/10/2016.

Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, “Reyna, s. Recurso de Casación”, causa 75.213, registro 445/16, rta. 2/6/2016.

Juzgado de Ejecución Penal N° 3, “Britos”, legajo N° 130.321, rta. 8/3/2018.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH, caso *Bueno Alves vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007.

Corte IDH, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000.

Corte IDH, caso *De La Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004.

Corte IDH, caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

Corte IDH, caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.

Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

Corte IDH, caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006.

Corte IDH, caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995.

Corte IDH, caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

Corte IDH, caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Fondo.

Corte IDH, *Asunto Guerrero Larez. Medidas provisionales respecto de Venezuela*. Resolución de la Corte de 17 de noviembre de 2009.

Corte IDH, *Asunto Natera Balboa. Medidas provisionales respecto de Venezuela*. Resolución de la presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de diciembre de 2009.

Corte IDH, *Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*. Resolución de la Corte de 22 de noviembre de 2018.

Corte IDH, *Medidas provisionales respecto de la República de Argentina-Asunto de las Penitenciarías de Mendoza*, Resolución de la Corte de 1° de julio de 2011.

Documentos y normas de organismos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Principios y Buenas Prácticas sobre Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, de la Organización de Estados Americanos. Adoptados por la Comisión Interamericana de DDHH durante el 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela). Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977.

Reflexiones críticas sobre la prisión real y materialmente perpetua en Argentina

Rubén A. Alderete Lobo

Abogado (UBA), máster en Derecho Penal (UP), profesor adjunto (int.) de Derecho de Ejecución Penal (UBA) y de Posgrado (UP). Director del Instituto de Estudios Jurídicos de Ejecución Penal (INEJEP). Secretario letrado de la Defensoría General de la Nación.

I. Introducción

Me propongo, en este breve ensayo, describir y analizar el estado de situación en Argentina respecto de las penas indeterminadas en general, y de la llamada prisión perpetua, en particular. Esta respuesta penal y las penas de naturaleza indeterminada han tenido un importante derrotero desde los propios albores del sistema penal federal, que tuvo un capítulo trascendente en 2019, con la aparición del fallo “Álvarez”¹ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

Haremos aquí un breve repaso de las decisiones de política criminal que se han adoptado sobre la cuestión, la posición de la CSJN, y una mirada comparada en el marco del sistema internacional de derechos humanos. Finalmente, realizaremos algunas propuestas que pueden contribuir a pensar formas de adecuación constitucional mínima de esta respuesta penal extrema que hoy, en Argentina, constituye, sin dudas, una pena cruel, inhumana y degradante que anula toda perspectiva de reinserción social.

1 CSJN, “Álvarez, Guillermo” 70150/2006/T01/1/2/RH1, rta. 22/8/2019.

II. Las penas perpetuas e indeterminadas en el Código Penal argentino

Más allá de su denominación, el código de 1921 no contenía, técnicamente, penas perpetuas. En realidad, las penas privativas de la libertad incluidas en el Código Penal (CP) o bien son temporales o bien, indeterminadas, según tengan o no un vencimiento fijo. La pena perpetua se incluye en este último grupo, junto con la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del CP.

Si se analizan con detalle ambas respuestas penales, se advierte que tienen vencimientos en los dos casos, solo que estos están atados a condiciones temporales mínimas acompañadas de exigencias que obedecen a valoraciones subjetivas que las tornan indeterminadas. Entonces, se trata de penas que, *de iure*, poseen vencimiento, pero este depende de circunstancias eventuales que, incluso *de facto*, pueden no ocurrir. Estas características son las que las transforman en penas de naturaleza indeterminada que pueden, según el caso, resultar o no perpetuas.

La redacción original del Código Penal establecía que, cuando se imponía una pena perpetua, las personas condenadas podían solicitar su libertad condicional a partir de cumplir veinte años de encierro. En caso de obtener la libertad, debían permanecer durante cinco años más sometidas a ese régimen de libertad vigilada y, luego de ese período, si observaban las reglas de la libertad condicional, la pena quedaba extinguida.

La accesoria de reclusión por tiempo indeterminado tuvo un derrotero más complejo, pero desde 1944 tiene también un vencimiento potencial vinculado a un mecanismo de liberación anticipada. El análisis de esta pena indeterminada muestra que el Código Penal, en su redacción original de 1921, no contempló la posibilidad de que la reclusión accesoria

del art. 52 CP tenga una fecha de conclusión. No obstante, su autor, Rodolfo Moreno (h), al parecer no estaba del todo de acuerdo con ello, pues, inmediatamente después de que el código entrara en vigencia, presentó un proyecto sobre sistema carcelario en el que proponía un término para la reclusión accesoria.

El proyecto no llegó a transformarse en ley, pero, en su regulación, la persona relegada debía estar sometida al régimen de la reclusión durante los diez primeros años de encierro, término a partir del que las autoridades del establecimiento, con aviso a la autoridad judicial, podrían permitirle trabajar con particulares dentro del distrito en que se encontraba, siempre que hubiera dado pruebas de corrección. Durante el primer período de ensayo de trabajo libre, la persona condenada debería retornar al establecimiento en las horas no destinadas al trabajo, obligación de la que podría ser liberada luego de dos años. Finalmente, según el proyecto, luego de quince años sería posible lograr la “cesación” de la relegación por resolución judicial, previo informe de las autoridades penitenciarias (Moreno 1922, 113-114).

Sin embargo, la necesidad de que la accesoria tenga una fecha de agotamiento no se reflejó en la jurisprudencia de la época anterior a la reforma de 1944. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal rechazó, en repetidas oportunidades, la aplicación del art. 13 del CP en los casos de reclusión por tiempo indeterminado sobre la base de que este:

[...] sólo se refiere a las penas de reclusión y prisión temporaria y perpetua, únicas privativas de la libertad cuyo régimen se reglamenta en el título II del Libro I, que no alude en forma alguna ni a las medidas de seguridad del art. 52 ni a ninguna otra sanción de análoga naturaleza ².

2 C.C.C. causa “Buceta, Celso”, rta. 13/5/1941, J.A., t. 74,

De este modo, la jurisprudencia defendía la naturaleza eliminatoria de la sanción a través de su perpetuidad material e irrevocable.

Por el contrario, en forma paralela y constante, se sucedieron varios proyectos legislativos que proponían dejar a un lado el carácter eliminatorio de esta sanción. En 1924, la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados reprodujo, casi sin alteración, el antiguo proyecto de Moreno, que fue tratado en 1925. Un año después, el diputado Edgardo Míguez propuso una regulación en la que la autoridad judicial debía determinar en sus fallos el término mínimo en que las personas reincidentes debían quedar sometidas al régimen de reclusión.

Posteriormente hubo dos proyectos sobre “estado peligroso” que también pretendieron poner límite a la reclusión por tiempo indeterminado. El de 1926, elaborado por la comisión integrada por Carlos de Arenaza, Eusebio Gómez, Rodolfo Moreno, Juan P. Ramos y Nerio Rojas, limitaba la duración a un plazo no menor de diez años que se elevaba hasta veinte en ciertos supuestos, y a partir del cual la persona penada podía ser “liberada condicionalmente”. En la exposición de motivos de este proyecto, los autores claramente distinguían esta soltura de la libertad condicional al explicar: “esta forma de libertad condicional que hemos adoptado [...] es una especie de período de prueba al que atribuimos gran importancia. Dejamos subsistente la libertad condicional del art. 13, sólo para los delincuentes primarios o los reincidentes y reiterantes leves”. En 1932, el Poder Ejecutivo envió al Congreso el otro proyecto sobre estado peligroso, que contenía disposiciones similares al anterior, pero solo obtuvo la aprobación del Senado.

Posteriormente, los proyectos positivistas de Código Penal de Jorge Coll y Eusebio

Gómez (1937), por un lado, y de José Peco (1941), por el otro, también contenían normas tendientes a evitar el encarcelamiento materialmente perpetuo. El primero de ellos fijaba un plazo mínimo de diez años, a partir del cual la persona condenada podía ser liberada condicionalmente por resolución judicial. El segundo, restauraba el régimen de la “relegación” o “deportación” con un límite de quince años³.

En este marco, finalmente en 1944 se produjo la reclamada inclusión de una forma de extinción de la accesoria a partir de un período de liberación previamente acordado, cuya regulación fue modificada por la ley 23.057 que prevé el supuesto en el art. 53 del CP en vigencia hoy. Se crea allí un mecanismo de soltura que remite a las reglas compromisorias de la libertad condicional, pero que se diferencia en los requisitos que se deben alcanzar para obtenerla y en la forma en que se logra su extinción. De modo general, puede decirse que las condiciones de procedencia de esta liberación son: a) cumplimiento de un tiempo mínimo de la reclusión accesoria –cinco años–; b) observancia de buena conducta; c) demostración de aptitud y hábito para el trabajo; y d) ausencia de peligro para la sociedad.

Las exigencias y valoraciones resultan muy diferentes a las del art. 13 del CP, fundamentalmente, la exigencia de corroborar la ausencia de “peligro para la sociedad”. Sin embargo, también existe una diferencia central en cuanto a la forma de agotamiento. Según el art. 53 del CP, la persona condenada puede solicitar su libertad definitiva luego de cinco años de obtenida su soltura condicional. A su vez, se designa a la autoridad judicial para resolver sobre esta solicitud, la que debe decidir según sea el resultado obtenido en el período de prueba

p. 693. Similar criterio se sostuvo en la causa “Céliz, Alberto Miguel” J.A., t. 71, p. 79.

³ Todos estos antecedentes son reseñados por Fliess (1943, 483 y ss.).

y previo informe del organismo de supervisión. La forma de extinción de la reclusión por tiempo indeterminado constituye una diferencia sustancial respecto del régimen de libertad condicional del art. 13, en el que el agotamiento de la pena se produce *ipso jure* ni bien opera el plazo de prueba sin que la libertad condicional haya sido revocada. Al contrario, para que la pena accesoria se extinga, se requiere una declaración judicial que así lo determine.

En conclusión, tanto la pena perpetua incluida en el Código Penal de 1921 como la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, al menos desde 1944, no constituían penas “realmente de por vida”, sino penas de naturaleza indeterminada que tenían un vencimiento, solo que este carecía de fecha cierta y dependía de circunstancias y exigencias que debían acreditarse a partir del transcurso de tiempos mínimos de cumplimiento de la sanción.

III. ¿Son legítimas las penas indeterminadas?

Son varios los cuestionamientos y objeciones que se dirigen a las penas indeterminadas. Sintéticamente, se las objeta por ser crueles e inhumanas, y ocasionar padecimientos psíquicos de gran intensidad y un deterioro irreparable de la personalidad a quienes las soportan. Al mismo tiempo, se las cuestiona por ser contrarias al mandato de certeza derivado del principio de legalidad, y porque la indeterminación (aunque se establezcan condiciones de revisión) mantiene la posibilidad de que sean real y materialmente perpetuas. Se argumenta que las condiciones que se suelen exigir para su revisión son también indeterminadas y, por ello, no pueden generar una expectativa razonable sobre la puesta en libertad, que no dependerá ya de la autonomía de la persona en privación de libertad. Finalmente, se destaca su contrariedad con los principios

de culpabilidad y proporcionalidad y con el mandato de resocialización⁴.

Si repasamos las objeciones descriptas, advertimos que les caben tanto a las penas indeterminadas como a las de vencimiento fijo de inusitada duración⁵. En Argentina, en particular, las penas de hasta cincuenta años que autoriza a imponer el Código Penal en caso de concurso de delitos merecen las mismas críticas. No hay diferencia entre la indeterminación y la certeza de un vencimiento lejano e inalcanzable para la persona condenada. De este modo, la certeza que otorgan las penas temporales no parece ser una solución si se mantiene el criterio de contemplar penas de duración inadmisibles e irracionales como las de cincuenta años que autoriza nuestro Código Penal. La certeza de un vencimiento con penas de esta magnitud no arregla el hecho de que, con toda probabilidad, la persona pase el resto de su vida en prisión.

La clave, entonces, no parece ser atacar la certeza o indeterminación *per se*, sino la necesidad de establecer tiempos razonables de privación de libertad proporcionales a los hechos cometidos, y pautas claras y precisas para determinar las posibilidades de libertad en el caso concreto⁶.

Hay que decir que la existencia de penas indeterminadas ha sido admitida de modo extendido en el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cuenta con abundante jurisprudencia sobre el tema, en la que no se cuestionó *per se* la naturaleza de este tipo de respuestas penales, sino que siempre la discusión giró en torno a la existen-

4 Para una excelente sistematización de estas posturas en cruce con un análisis comparado y jurisprudencial, ver Juliano y Ávila (2012).

5 Así lo considera Francés Lecumberri (2020, 397).

6 En contra de que esto resuelva el problema, se posiciona Vacani (2020, 204).

cia de mecanismos y los tiempos mínimos que la ley prevé para evaluar la cesación del encarcelamiento. El TEDH ha rechazado reiteradamente la alegación de que una pena perpetua o indeterminada constituya en sí misma una violación de la prohibición de penas inhumanas y degradantes, a la que se refiere el art. 3º de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Por el contrario, como veremos en seguida, ha elaborado, a lo largo de numerosos pronunciamientos, un estándar para la determinación en cada caso de su compatibilidad con la cláusula convencional, sobre todo, basado en la proporcionalidad y las posibilidades de una perspectiva real de liberación.

Por su parte, el Estatuto de Roma también prevé penas indeterminadas. En su artículo 77, se admite la posibilidad de la imposición de penas a perpetuidad, pero con la posibilidad de liberación por vía de reducción de la pena, pasados veinticinco años de cumplimiento de esta (art. 110).

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) solo se ha pronunciado en un caso al respecto, pero lo hizo analizando, en particular, si era válido imponer penas perpetuas a personas condenadas por delitos cometidos cuando aún no habían cumplido la mayoría de edad. Allí, reconoció su existencia, rechazó en forma terminante su compatibilidad con el principio de reinserción social cuando se aplica a niñas, niños o adolescentes, pero no emitió consideraciones precisas y contundentes respecto de la invalidez de su imposición a personas adultas.

Las referencias que la Corte planteó al respecto, en ese caso, son demasiado genéricas y no alcanzan para invalidarlas *per se*, sino que se exigiría un análisis de proporcionalidad en el caso concreto. Según la Corte IDH:

Los castigos corporales, la pena de muerte y la prisión perpetua son las principales sanciones que son motivo de preocupación

desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. Por lo tanto, este ámbito no sólo atiende a los modos de penar, sino también a la proporcionalidad de las penas [...]. Por ello, las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes⁷.

Es difícil extraer conclusiones definitivas de estas generalidades, pero es posible conjeturar que la Corte IDH seguiría al TEDH si tuviese que pronunciarse sobre la aplicación de penas perpetuas a personas adultas. Ello parece desprenderse de la distinción de la Corte entre penas “radicalmente desproporcionadas” y “atroces en sí mismas”. En la medida en que los castigos corporales y la pena de muerte entran en la clasificación de las últimas, queda margen solo para que las penas perpetuas sean analizadas en cada caso para evaluar si resultan “desproporcionadas”, puesto que no es posible pensar que la Corte IDH admitiría emitir juicios de proporcionalidad en casos de castigos corporales o penas de muerte. De la enumeración de penas que hace la Corte, ese análisis solo puede caberle a las penas perpetuas que, entonces, no serían “atroces” en sí mismas, sino que “podrían serlo” en el caso concreto.

En nuestro medio, la doctrina más calificada también se inclinó por no considerar ilegítimo el encierro indeterminado, en la medida en que se prevea una forma que permita en algún momento desvincular a la persona de la respuesta penal. Así, Zaffaroni, Alagia y Slokar han afirmado que:

⁷ Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, sentencia del 14 de mayo de 2013, párr. 174.

[...] la prisión perpetua del código vigente no es inconstitucional en sí, dado que no es perpetua en sentido estricto, sino relativamente indeterminada, pero determinable, pues tiene un tiempo límite si el condenado cumple con los recaudos de la libertad condicional. Tampoco es inconstitucional como pena fija, siempre que en el caso concreto no viole la regla de irracionalidad mínima, pues guarda cierta relación de proporcionalidad con la magnitud del injusto y de la culpabilidad (Zaffaroni et ál. 2002, 946).

La CSJN tampoco objetó ni cuestionó la naturaleza indeterminada de las penas cuando pudo hacerlo, y fue específicamente llamada a ello. En el fallo “Gramajo”, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la reclusión accesoria para multirreincidentes del art. 52 del Código Penal por considerarla, en el caso, una respuesta desproporcionada y una clara manifestación de derecho penal de autor. Sin embargo, la Corte aclaró de modo expreso que la pena prevista en el art. 80 del Código Penal no estaba en discusión en esa causa, sino que lo que se cuestionaba era la pena para multirreincidencia por delitos menores (en el caso, se trataba de un robo tentado)⁸.

Además, hizo una mención directa a las penas indeterminadas en el considerando 30, al afirmar que: “La reclusión (como cualquiera de las otras penas del art. 5° del Código Penal) no cambia su naturaleza de pena por ser impuesta por tiempo indeterminado”. Es decir, para la Corte, la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado no es una pena inconstitucional por su naturaleza indeterminada, sino por fundarse en la peligrosidad y por resultar desproporcionada en el caso de delitos menores.

El hecho de que, incluso, en un fallo tan

trascendente, la Corte haya dejado en pie la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado cuando esta se impone por autorización del artículo 80 del Código Penal (homicidios calificados) es una señal, también, de que, para la Corte, la indeterminación en sí misma de una respuesta penal no encierra, de modo general, un problema constitucional en caso de delitos graves.

Posteriormente, en “Maldonado”, también la mayoría de la CSJN hizo referencia a la validez de las penas perpetuas. Allí, se revocó la constitucionalidad de la imposición de penas perpetuas impuestas a personas condenadas por delitos cometidos antes de la mayoría de edad, pero respecto de la pena perpetua prevista para los homicidios agravados cometidos por personas mayores, expresó que:

[...] la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua.

Luego agregó:

[...] las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza. Esto significa, que el legislador declara, *de iure*, que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna. En los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible⁹.

8 CSJN, Fallos: 329:3680, rta. 5/9/2006, considerando 29.

9 Fallos: 328:4343, considerandos 13 y 14 del voto conjunto.

Debemos, ineludiblemente, concluir, de acuerdo con este repaso que, desde la perspectiva comparada y de los precedentes de la CSJN, existe una evidente coincidencia en reconocer la existencia de penas indeterminadas y en no considerarlas, en sí mismas, ilegítimas. La indeterminación en la fecha de liberación y/o vencimiento de la sanción no parece ser *per se* una causal que invalida este tipo de sanciones desde una mirada comparada y constitucional. Por el contrario, indica que el análisis de validez debiera sujetarse al estudio en el caso concreto de su proporcionalidad (al momento de su imposición) y de las perspectivas reales de liberación que contemple la legislación y que se verifiquen en cada caso concreto.

IV. Las penas materialmente perpetuas en Argentina

El texto del Código Penal, sancionado el 29 de octubre de 1921, originalmente reprimía con reclusión o prisión perpetua solo a los homicidios agravados del artículo 80, a los delitos de traición a la patria contemplados en los artículos 214 y 215, respectivamente, y en el artículo 227.

Habíamos dicho más arriba que, en la medida en que la pena perpetua del Código Penal posibilitaba la libertad condicional y luego su agotamiento, se sostuvo siempre que el sistema general del código argentino no admitía la existencia de penas realmente “de por vida”. El hecho de que nuestro Código Penal no haya previsto en su origen penas efectivamente perpetuas, sino respuestas penales indeterminadas, se ha puesto en duda, sin embargo, a partir de la inclusión de la cláusula del artículo 14 del Código Penal. Esta disposición prohíbe la obtención de la libertad condicional a quienes fueron declarados reincidentes. Esto significa que las personas condenadas a penas perpetuas que, además, tengan la condición

de reincidentes, nunca podrían acceder a su libertad, pues, como se indicó, la única forma que la ley prevé para ello es acceder previamente a la libertad condicional.

Estos casos de personas reincidentes condenadas a penas perpetuas constituían, en Argentina, lo que comúnmente se denomina prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional, es decir, una pena que solo se agota con la muerte de la persona sentenciada.

Sin embargo, el relativamente acotado conjunto de delitos reprimidos con penas perpetuas en el código original se incrementó en forma sustancial a lo largo de los años. En 1984, se sancionó la ley 23.097, que sumó al delito de tortura seguida de muerte (art. 144 ter) dentro del catálogo de conductas reprimidas con pena de reclusión o prisión perpetua.

Lo mismo ocurrió en el año 2002, en el que la sanción de la ley 25.601 incorporó el inciso 8 del artículo 80 agravando los homicidios “cuando la víctima sea un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición”.

Luego, en el año 2003, la ley 25.816 incorporó otro inciso al artículo 80 y contempló la prisión perpetua cuando el homicidio fuese perpetrado por miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario, abusando de su función o cargo (inciso 9). En ese mismo año, a través de la ley 25.742, se agregaron a este listado los delitos tipificados en los artículos 142 bis (secuestro coactivo) y 170 (secuestro extorsivo) cuando, en ambos casos, se cause intencionalmente la muerte de la persona.

En 2004, se sancionó la ley 25.893, por la que se reprimen con reclusión o prisión perpetua los casos de abuso sexual de los artículos 119 y 120 cuando resultaran seguidos de muerte (artículo 124).

En el año 2008, la ley 26.394 incorporó el inciso 10 del artículo 80 y creó un supuesto de homicidio agravado cuando este “se cometie-

re contra un superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas”.

En 2011, la ley 26.679 incorporó el artículo 142 ter, que sanciona con reclusión o prisión perpetua a la desaparición forzada de personas, si resultara la muerte de la persona o si se tratara de una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 años o con discapacidad, o cuando hubiera nacido durante la desaparición forzada de su madre.

Finalmente, en 2012, la ley 26.791 introdujo figuras específicas de homicidios agravados, sustituyendo los incisos 1 y 4, incorporando los incisos 11 y 12, y sustituyendo el artículo 80 *in fine*.

Pero a esta importante ampliación de figuras delictivas reprimidas con penas perpetuas, se agregan dos leyes que resultan determinantes para la descripción del estado de situación actual en Argentina. En 2004, a través de la ley 25.892, se efectuaron dos modificaciones de relevancia al régimen de libertad condicional. Por un lado, se aumentó a treinta y cinco años el plazo para solicitarla en los casos de penas perpetuas y a diez el tiempo de libertad a observar para que se produzca el agotamiento de la sanción (art. 13 CP). Por otro lado, se modificó el artículo 14 del CP, agregando como supuestos excluidos de la posibilidad de acceder a la libertad condicional a las personas condenadas “en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7º, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo”.

A excepción del homicidio en ocasión de robo (artículo 165 CP), todas las restantes figuras delictivas incluidas están reprimidas con prisión perpetua. La ley 27.375 de 2017 completó el cuadro, agregando como delitos excluidos de la libertad condicional a todos los homicidios calificados previstos en el artículo 80 del CP.

Lo dicho puede resumirse en el siguiente escenario: están reprimidos con prisión perpetua, en Argentina, todos los homicidios califi-

cados (artículo 80 CP); toda la pluralidad de delitos contra la integridad sexual descriptos en los artículos 119 y 120 del CP, cuando sean seguidos de muerte (art. 124 CP); la privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (142 bis, CP); la desaparición forzada de personas, si resultara en la muerte de la persona o si se tratara de una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 años o con discapacidad, o cuando hubiera nacido durante la desaparición forzada de su madre (art. 142 ter CP, 2do párrafo); la tortura seguida de muerte (art. 144 ter); el secuestro extorsivo seguido de muerte (170, anteúltimo párrafo, CP); los delitos que atenten contra la seguridad de la nación (arts. 214 y 215 CP); los “traidores a la patria” (en los términos del art. 227 del CP).

De todos ellos, solo se ha mantenido la posibilidad de acceder a la libertad condicional a las personas condenadas en función de los delitos previstos en los artículos 142 ter, 214, 215 y 227. De modo que, con excepción de estos casos (que podrían solicitar su inclusión en el régimen de libertad condicional a partir de los 35 años), cuando el Código Penal argentino hace referencia a la pena de prisión perpetua se está refiriendo a una pena real y efectivamente perpetua, esto es, a una condena que solo se agota con la muerte de la persona en prisión.

Nótese la magnitud de esta decisión. Los únicos casos de delitos cuya pena no será materialmente perpetua, en Argentina, son realmente excepcionales. No hay condenas vigentes en la actualidad por delitos de traición a la patria. El análisis dogmático-doctrinario que puede hallarse de estos tipos penales es, en su mayoría, histórico. Los delitos de traición recogen o amplían tipos penales constitucionales que requieren situaciones y escenarios de gravedad poco frecuentes, como el estado de guerra internacional¹⁰ o el otorgamiento de

10 La doctrina penal es unánime sobre este presump-

facultades extraordinarias que represente un quiebre institucional a través de la suma del poder público¹¹.

En cuanto al delito de desaparición forzada de personas, previsto en el artículo 142 ter, segundo párrafo, la falta de exclusión de la posibilidad de acceder a la libertad condicional, en estos casos, parece encontrar explicación en un evidente “olvido” o inconsistencia (una de las tantas) del legislador cuando, en 2017, amplió el catálogo de delitos excluidos de la libertad condicional. Cuando se modificó el artículo 14 del CP, en 2004, el actual artículo 142 ter no existía aún, por lo que es probable que los autores de la desafortunada reforma operada por la ley 27.375 hayan pasado por alto este nuevo tipo penal autónomo, reprimido también con prisión perpetua.

En cualquier caso, la decisión no representa impactos cuantitativos relevantes. La única condena por un hecho de desaparición forzada de personas acaecido desde el retorno del orden democrático fue la impuesta en el caso en el que fue víctima Iván Torres Millacura¹², que no incluye, además, penas perpetuas a sus autores por no tratarse del supuesto del segundo párrafo del artículo 142 ter¹³.

to: ver Moreno (1922, 38); Soler (1963, 26); Núñez (1960, 216); Gómez (1939, 260); Creus y Bompudre (2007, 150). No hay registro alguno de condenas por traición en las dos guerras en las que intervino Argentina en el siglo pasado –Segunda Guerra Mundial y guerra de Malvinas–. Para encontrar algún caso que sirva de ejemplo, con objetivos fundamentalmente históricos, es necesario remontarse al escenario de la guerra contra el Paraguay (cfr. Molinario 1999, 217).

11 Sobre los antecedentes históricos de este delito, ver Decoud (1956, 805).

12 Tribunal Oral en lo Criminal de Comodoro Rivadavia “Tillería, Fabián Alcides y otros”, rta. 6/7/2016.

13 Al momento de la realización del presente trabajo, se encuentra en una etapa avanzada con requerimiento de elevación a juicio la causa por la desaparición forzada y torturas seguida de muerte de Franco Casco. La

Este análisis demuestra que los delitos reprimidos con penas perpetuas a los que el legislador, por olvido o decisión, habilitó la posibilidad de una perspectiva de libertad son excepcionales. En 2018, en Argentina, había un total de 2008 personas condenadas a penas perpetuas. Esto representaba el 4% de la población privada de libertad condenada¹⁴. Un gran porcentaje de estas personas –las condenadas por hechos posteriores al 2004– y la totalidad de las que fueron y sean condenadas en el futuro por hechos posteriores a 2017, recibirán una pena real y materialmente perpetua.

Puede afirmarse, entonces, que estas reformas representaron una derogación virtual del artículo 13 del Código Penal, en la medida en que la libertad condicional que allí se autoriza para casos de penas perpetuas quedó limitada a casos absolutamente excepcionales, carentes de toda representación cuantitativa relevante en la población penitenciaria actual, frente a la pluralidad de conductas reprimidas con prisión perpetua en nuestro Código Penal.

Hasta la sanción de estas leyes, se discutía, en Argentina, si la perpetuidad real generada por la combinación de prisión perpetua y reincidencia era una decisión deliberada del poder legislativo o simplemente habían “olvidado” regular una forma de libertad para estos casos. Este debate está cerrado. Las últimas reformas demuestran que el hecho de que estos casos merezcan una pena realmente perpetua, que solo se agota

sala A de la Cámara Federal de Rosario confirmó los procesamientos dictados en los autos “Gysel, Guillermo Hernán y otros s/ desaparición forzada de persona (art. 142 ter)”, rta. 2/5/2018. Si se dictase sentencia condenatoria, el caso puede constituirse en el primero en el que se impongan condenas perpetuas por aplicación del artículo 142 ter del CP.

14 Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, “Informe anual. República Argentina 2018”, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/afianzar/sneep-2018>.

con la muerte de la persona en prisión, fue una decisión política.

Esto constituye, sin duda, un problema distinto desde el análisis constitucional. No se trata ya de penas indeterminadas, sino de penas real y materialmente perpetuas.

A diferencia de una indisimulable anuencia a consagrar la validez de las penas indeterminadas, la Corte ha dicho bastante sobre la ilegitimidad de las penas realmente perpetuas. En el caso “Giménez Ibáñez”, la Corte Suprema mencionó como “acertada” la alegación de que:

[...] la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional¹⁵.

En el mismo fallo “Gramajo” ya citado más arriba, el juez Petracchi expresó en su voto:

[...] el nuestro es un modelo constitucional en el que subyace la concepción de que la prisión sólo se justifica si se la ejecuta de tal modo que se asegure que el individuo, en algún momento, habrá de poder convivir en sociedad pacíficamente e impone al legislador y a los jueces el deber de asumir los posibles riesgos de la libertad del condenado, pues no hay readaptación social sin perspectiva real de libertad [...].

[...] La finalidad de readaptación social de la pena de prisión no puede ser desvinculada de la prohibición de la pena de muerte. A partir de la correlación de ambas reglas del

Pacto de San José se desprende el principio general de que el Estado no puede eliminar a ninguna persona en forma definitiva de la sociedad, sea que lo haga a título de pena o de medida¹⁶.

Por último, en “Álvarez Ordoñez”, el juez Zaffaroni manifestó en su voto:

La pena privativa de libertad debe tener por objeto la reincorporación social del condenado. Una pena de prisión que irremisiblemente solo se agote con la muerte del condenado, no cumple ni nunca puede cumplir con este objetivo, pues la naturaleza de las cosas impide sostener que la muerte importe una reincorporación a la sociedad, por mucho que se quiera especular en otro sentido. Una pena de esa naturaleza es violatoria de las mencionadas disposiciones constitucionales y, como resultado de la simultánea violación del derecho internacional, es susceptible de llevar la República ante los estrados internacionales¹⁷.

Estas consideraciones ubican a las penas materialmente perpetuas en conflicto con, al menos, la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes y con el principio de reinserción social consagrado en los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP).

Todo parece indicar que mientras hay razones para sostener que las penas de naturaleza indeterminada no encierran un problema constitucional en sí mismas, las penas real y

15 CSJN, Fallos 329:2440, rta. el 4/6/2006, voto de la mayoría integrada por los jueces Petracchi, Fayt, Zaffaroni y Lorenzetti, considerando 4.

16 CSJN, Fallos: 329:3680, rta. 5/9/2006, voto del juez Petracchi, considerando 30 y 43.

17 CSJN, Fallos 336:19, rta. el 5/2/2013, disidencia del juez Zaffaroni, considerando 24.

materialmente perpetuas sí lo hacen. Dado que las legisladoras y legisladores han insistido –primero por omisión y luego deliberadamente– en que un importantísimo número de delitos sean reprimidos con penas de por vida, es imprescindible intentar encontrar la solución legal y/o jurídica a este problema.

V. La prisión perpetua desde la perspectiva comparada

Habíamos mencionado que, de modo general, las penas sin vencimiento o de duración indeterminada no son tachadas de ilegítimas *per se* en el derecho internacional de los derechos humanos, sino que el estudio de su validez depende de las condiciones bajo las cuales se prevé la posibilidad de su revisión o agotamiento.

El TEDH tiene una considerable y muy interesante sucesión de pronunciamientos al respecto. En particular, a través de ellos ha elaborado un estándar para determinar si una pena de prisión perpetua guarda compatibilidad con la prohibición de penas inhumanas y degradantes a la que se refiere el art. 3º de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). El primer caso en la evolución actual de esta cuestión puede situarse en la sentencia del caso *Vinter y otros vs. Reino Unido*¹⁸.

Tradicionalmente, la jurisprudencia del TEDH no se ha involucrado con la elección de un sistema de revisión de las penas y/o acuerdos de liberación para el caso de penas “de por vida”. Según el tribunal, esta decisión es discrecional de los Estados contratantes y está, en principio, fuera del alcance de su supervisión. No obstante, el TEDH señaló que la imposición de una sentencia de por vida puede implicar una afectación del art. 3º de la

CEDH si la sentencia no es reducible *de iure* y *de facto*. Hay que decir que el TEDH admitió la posibilidad de la continuidad de la pena si la liberación es rechazada sobre la base de que la persona peticionante continúe constituyendo “un peligro para la sociedad”.

Sin embargo, según los estándares fijados en *Vinter*: “debe constatarse si puede decirse que un prisionero de por vida tiene alguna perspectiva de liberación”. En tal sentido, el TEDH afirmó que: “si la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de una condena de por vida en vistas a su conmutación, remisión, extinción o liberación condicional del prisionero, esto será suficiente para satisfacer el art. 3 de la CEDH” (§ 109). En este sentido, el TEDH procedió a tener en cuenta el art. 110.3 del Estatuto de Roma, que provee una revisión de una condena a pena de privativa de libertad perpetua después de veinticinco años, seguida de “revisiones periódicas” a partir de allí (§ 118).

La Gran Cámara concluyó, entonces, que no es tarea del TEDH prescribir la forma (ejecutiva o judicial) que debería tomar la revisión (§ 120). Por la misma razón, el TEDH afirmó que no puede determinar cuándo debería tener lugar esa revisión, pero, desde la perspectiva comparada e internacional, observó un claro apoyo para una revisión no más tarde de los veinticinco años desde la imposición de una prisión perpetua, con ulteriores revisiones periódicas a partir de allí (§ 120). Finalmente, concluyó también que allí donde la ley doméstica no provee la posibilidad de tal revisión, una pena “por toda la vida” no se adecua a los estándares del art. 3º de la CEDH (§ 121).

Posteriormente, en *Bodein vs. Francia*¹⁹, el TEDH reiteró, en particular, que la condena a prisión perpetua era compatible con el artícu-

18 TEDH, Gran Cámara, peticiones nros. 66.069/09, 130/10 y 3896/10, *Vinter y otros vs. Reino Unido*, sentencia del 9/7/13.

19 TEDH, *Bodein vs. Francia*, petición N° 40014/10, 13/11/2014.

lo 3 de la Convención si era reducible y que, además, la forma de tal examen, así como la cuestión de cuánto de la pena tenía que cumplirse antes de que se pudiera realizar una revisión, eran asuntos dentro del propio margen de apreciación de los Estados. Sin embargo, también volvió a sostener que, en el derecho comparado y en el derecho internacional, se manifiesta una clara tendencia en favor de un mecanismo que garantice la revisión de las penas perpetuas, a más tardar, veinticinco años después de su imposición.

El tribunal observó, en el caso, que el derecho francés preveía la revisión judicial de la situación del condenado y el posible ajuste de la sentencia después de treinta años de encarcelamiento, lo que, aunado a que ese examen tenía por objeto evaluar la peligrosidad de la persona y examinar cómo había cambiado su conducta mientras cumplía su condena, no dejaba lugar a dudas sobre la existencia de una “perspectiva de liberación”. En el caso del demandante, después de deducir el período de prisión preventiva, sería elegible para una revisión de su condena en 2034, es decir, veintiséis años después de que se lo condenara a pena perpetua.

Más tarde, el TEDH se pronunció sobre el particular en *T. P. y A. T. vs. Hungría*²⁰. Este caso se refería a la nueva legislación introducida en Hungría, en 2015, para revisar penas de por vida. Los demandantes alegaron que, a pesar de la nueva legislación, que introdujo una revisión automática –mediante un procedimiento de perdón obligatorio–después de cuarenta años, sus penas seguían siendo inhumanas y degradantes, ya que no tenían ninguna esperanza de liberación.

El TEDH declaró que se había violado el artículo 3 de la Convención. Consideró, en particular, que el hecho de hacer esperar a un

condenado cuarenta años antes de que pudiera pretender que, por primera vez, se evaluara un perdón era un tiempo “demasiado largo” y que, en cualquier caso, no había salvaguardias suficientes en el resto del procedimiento previsto por la nueva legislación. Por consiguiente, el Tribunal no estaba convencido de que, en el momento de dictar sentencia, se considerase que las condenas perpetuas de los demandantes podían ofrecerles la posibilidad de liberación o la posibilidad de reconsideración, por lo que la legislación no era compatible con el artículo 3 de la Convención.

En otro pronunciamiento que involucró al Reino Unido, *Hutchinson vs. Reino Unido*²¹, el TEDH volvió a considerar el estándar fijado en “Vinter”. Puede decirse que allí se “flexibiliza” el criterio, aunque se sostiene el plazo originalmente fijado. En el caso, se discutió si las “precisiones” que el sistema inglés de revisión de las penas perpetuas había introducido eran compatibles con las exigencias de “Vinter”. El reclamo consistía, entre otras cuestiones, que el mecanismo no fijaba un plazo específico para la revisión. El TEDH reiteró la perspectiva comparada de los veinticinco años y entendió que la falta de precisión sobre ello no era *per se* violatoria del art. 3 ya que, incluso, podía ser admitida a favor, para efectuar el requerimiento antes de ese plazo. Y que, aun cuando el propio tribunal había dicho antes que esa posibilidad de revisión no debía extenderse más allá de veinticinco años, el hecho de que la revisión pueda ser hecha en cualquier momento no era un problema en sí mismo.

El TEDH también rechazó, recientemente, que los mecanismos de indulto o clemencia presidencial sean suficientes para satisfacer los estándares en caso de penas de por vida. En el caso *Petukhov vs. Ucrania*²², la queja de

20 TEDH, *T.P. y A.T. vs. Hungría*, peticiones N° 37871/14 y 73986/14, 04/10/2016.

21 TEDH, *Hutchinson vs. Reino Unido*, petición N° 57592/08, 17/01/2017.

22 TEDH, *Petukhov vs. Ucrania*, petición N° 41216/13,

la persona condenada consistía en que la ley ucraniana no preveía una libertad condicional para las penas perpetuas y que la clemencia presidencial era el único procedimiento posible para evitar las condenas de por vida. El TEDH resolvió que ese procedimiento era discrecional, no estaba claramente formulado, ni tenía las garantías procesales adecuadas. Indicó que Ucrania debía reformar su sistema de revisión sentencias de pena perpetua, examinando en cada caso si la continuación de la detención era justificada y permitiendo a las personas condenadas prever lo que tenían que hacer para ser consideradas para su liberación y bajo qué condiciones.

El último pronunciamiento del TEDH sobre el tema fue en el caso *Marcello Viola vs. Italia*²³. El solicitante había sido condenado a pena perpetua por distintos delitos relacionados con la mafia, actividades criminales, homicidio, secuestro seguidos de muerte y posesión ilegal de armas de fuego. Según la ley italiana, las posibilidades de liberación, para estos casos, se encuentran supeditadas a una cooperación de la persona condenada con las autoridades judiciales para desarticular las organizaciones y la ruptura permanente de sus vínculos con los círculos de la mafia.

Para determinar si la pena perpetua ofrecía una perspectiva real de liberación, el TEDH centró su atención en esta cláusula limitativa que condicionaba la posibilidad de libertad a cooperar con el sistema judicial. El tribunal reconoció que las normas internas ofrecían la posibilidad de elegir cooperar o no, pero tuvo dudas sobre la naturaleza libre de esa elección y la conveniencia de equiparar la falta de cooperación con la peligrosidad de la persona condenada. De esta manera, dedujo que la falta de cooperación no siempre

era el resultado de una elección deliberada, ni tampoco reflejaba necesariamente la continua adhesión a los valores criminales de la organización de tipo mafioso.

En opinión del TEDH, la falta de cooperación con las autoridades judiciales dio lugar a una presunción irrefutable de peligrosidad que había privado al Sr. Viola de toda perspectiva realista liberación. Al seguir equiparando la falta de cooperación con una presunción irrefutable de peligrosidad para la sociedad, las normas en vigencia evaluaron efectivamente la peligrosidad de la persona por referencia al momento en que se cometió el delito, en lugar de tener en cuenta el proceso de reintegración y cualquier progreso que la persona había hecho desde que fuera condenada. El TEDH reconoció que los delitos por los que el demandante había sido condenado se referían a un fenómeno particularmente peligroso para la sociedad. Sin embargo, consideró que los esfuerzos por hacer frente a ese flagelo no justifican la derogación de las disposiciones del artículo 3 de la Convención. Así, el TEDH entendió que la condena perpetua impuesta en el caso restringió sus perspectivas de liberación y la posibilidad de la revisión de su sentencia en un grado excesivo y no podía ser considerada como reducible.

Más allá de algunos vaivenes, puede concluirse que el criterio del TEDH es receptar la tendencia del derecho internacional en favor de un mecanismo que garantice la revisión de las penas perpetuas, a más tardar, veinticinco años después de su imposición.

Un repaso del estado de situación respecto de la prisión perpetua, permanente o revisable en Europa nos muestra, por ejemplo, que España la adoptó, en 2015 –no sin acertados cuestionamientos²⁴–, previendo, en general,

12/3/2019.

23 TEDH, *Marcello Viola vs. Italia*, petición N° 77633/16, 13/6/2019.

24 Para una crítica a la pena perpetua revisable en España, ver Arroyo Zapatero et ál. (2016).

un mecanismo de revisión a partir del cumplimiento de veinticinco años de condena (artículo 92 del Código Penal, modificado por la ley orgánica 1/2015). Para casos de terrorismo y organizaciones terroristas, o comisión de varios hechos reprimidos con pena permanente, el lapso se amplía entre los veintiocho y treinta y cinco años.

En Francia, el máximo legal de pena es de treinta años (artículo 132-5 del Código penal). Se establece un “período de seguridad” en virtud del cual se deberán cumplir entre dieciocho y veintidós años de pena de manera efectiva para acceder a su revisión (artículo 132-23 del Código Penal).

Alemania establece la revisión de las penas perpetuas a los quince años de cumplimiento, con revisiones periódicas cada dos años en caso de ser rechazada (§ 57a. y § 57a. [4] del Código Penal). Italia establece un tiempo de cumplimiento de pena de veintiséis años para revisión (artículo 176 del Código penal). En Bélgica, la “Ley relativa a la condición jurídica externa de las personas condenadas a penas privativas de libertad” expresa que se concederá la libertad condicional, en caso de condena a cadena perpetua, cumplidos los quince años de pena (artículo 25, § 2., inciso c.). Para supuestos de reincidencia, se exige un cumplimiento de pena de entre diecinueve y veintitrés años (artículo 25, § 2., inciso d. y e.). El período de prueba al que estará sujeta la persona bajo régimen de libertad condicional es de diez años (artículo 71).

En Latinoamérica, son muy pocos los países que contienen la pena perpetua, y menos aún los que la regulan sin ninguna posibilidad de liberación. Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, Venezuela no contemplan penas perpetuas en su sistema punitivo, y muchos de ellos directamente la tienen prohibida en sus constituciones.

De los países que sí la prevén, prácticamen-

te ninguno tiene regulaciones más severas que la Argentina. Cuba tiene una pena perpetua revisable a partir de los treinta años, al igual que Honduras. Un caso regresivo es el de Colombia que, el 22 de julio de 2020, ha modificado el artículo 34 de su Constitución Política, que prohibía la pena perpetua. Sin embargo, su regulación es, en principio, acorde a los estándares en la materia, al agregar que: “Toda pena de prisión perpetua tendrá control automático ante el superior jerárquico. En todo caso la pena deberá ser revisada en un plazo no inferior a veinticinco (25) años, para evaluar la resocialización del condenado”²⁵.

Uno de los casos más severos es el de Perú, que carecía de mecanismos de revisión de la pena perpetua hasta que el tribunal constitucional decretó, el 3 de enero de 2003, la inconstitucionalidad de ese régimen²⁶. Tan solo 14 días después de esa sentencia, se emitió el decreto legislativo 921²⁷, que consagra un sistema de revisión de la pena perpetua a los treinta y cinco años de cumplimiento. Chile, por su parte, prevé revisiones a los cuarenta años de encierro.

No cabe duda alguna que, si ambos países estuviesen bajo la jurisdicción del TEDH, la gran cámara concluiría que su sistema de pena perpetua viola el art. 3 de la Convención Europea. Así y todo, ambos están en mejor posición que Argentina, que establece la prisión de por vida sin revisión prácticamente para todos los delitos reprimidos con penas perpetuas y, en los escasos y poco frecuentes

25 Artículo 34 de la Constitución Política colombiana.

26 Tribunal Constitucional del Perú “Marcelino Tineo Silva y más de 5.000 Ciudadanos”, Sentencia del Tribunal Constitucional del 3/1/2003, disponible en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.pdf>.

27 Decreto legislativo 921 “que establece el régimen jurídico de la cadena perpetua en la legislación nacional”, del 17/1/2003, disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/research/Peru-Dec%20Leg%20921.pdf>.

delitos en que admite la revisión, lo hace a partir de los *treinta y cinco años*.

La gravedad de la situación de Argentina es solamente equiparable –incluso superada– por México, que contempla la prisión vitalicia de manera expresa en cuatro estados (Chihuahua, Puebla, Quintana Roo y Veracruz) y, al menos en otros once, incluye penas temporales mayores a sesenta años. El resto de los estados también establecen sanciones temporales importantes, entre treinta y cincuenta años de encierro (Espinosa Torres 2012, 4). En síntesis, Argentina y México son los dos países de la región con regímenes de prisión perpetua real más amplios y en proceso de expansión.

VI. El caso “Álvarez” de la CSJN

El reciente fallo “Álvarez” de la CSJN confirmó el criterio ya sentado en “Gramajo” en cuanto a que, para la Corte, las penas indeterminadas no son inconstitucionales, como mínimo, cuando se imponen por homicidios calificados.

El caso tiene innumerables bemoles y su análisis en particular excede los objetivos de este trabajo, pero, en lo que aquí nos importa, a Álvarez se le había impuesto una pena perpetua más la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado. Su defensa planteó ante el juzgado de ejecución que se “fijara” un vencimiento a la pena perpetua, a lo que la autoridad judicial hizo lugar, estableciendo como límite de pena el de treinta y siete años y seis meses de prisión.

La defensa recurrió en soledad el decisorio, que fue consentido por el Ministerio Público Fiscal. En concreto, la defensa pretendía que el límite fuera de veinticinco, y no de treinta y siete años y seis meses, como lo había resuelto el juez de ejecución en primera instancia. El 17 de diciembre de 2015, la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar al recurso y consideró, tal como lo postulaba la

defensa, que el límite de la pena debía ser de veinticinco años de prisión. De esta manera, la pena perpetua impuesta a Álvarez se transformó en una pena de veinticinco años de prisión, se declaró la inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado y se dio por cumplida con el tiempo de detención sufrido.

El caso llega a la Corte por recurso del fiscal de cámara que interpuso queja frente a la denegación de su recurso extraordinario. En su recurso, el fiscal cuestionó la conversión de la pena perpetua en una temporal. Insistió con que no debió individualizarse la pena, que era perpetua, sino solo la fijación del término en que podría otorgársele la libertad condicional al condenado, siempre que reuniera los demás requisitos subjetivos exigidos por la ley.

Sin embargo, pese a su discrepancia con ese proceder, consideró que esa transformación de la pena perpetua en temporal había quedado firme para el Ministerio Público, porque la única recurrente del fallo de primera instancia había sido la defensa. De esta manera, se limitó a tachar de arbitrario el monto de veinticinco años establecido por la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal y reclamó que fuese fijado en treinta años de prisión, conforme el tope que infringió de la ley 26.200 que aprobó el Estatuto de Roma. Consintió, expresamente, la declaración de inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado.

La Corte se apartó, de forma severamente cuestionable, de los límites trazados por el fiscal en su recurso y censuró que la solución al dilema que presenta la ejecución de penas materialmente perpetuas pueda hallarse en la conversión de estas en penas temporales. En concreto, sostuvo que:

[...] resultan decisivos los argumentos vertidos por el señor Procurador Fiscal ante esta instancia, de conformidad con los

cuales se advierte una manifiesta prescindencia del régimen previsto por las disposiciones legales sobre libertad condicional aplicadas al caso –régimen anterior a la ley 25.892–, y de conformidad con las cuales la extinción de la pena de prisión perpetua presuponía el sometimiento al régimen de libertad condicional bajo el cumplimiento de los requisitos de los arts. 13, 15, 16, 17 y 53 del Código Penal [...].

En efecto, con arreglo a la solución adoptada, al haber transformado la pena de reclusión perpetua en una pena que inexorablemente habría de agotarse a los veinticinco años, los jueces concedieron a Álvarez, *contra legem*, el derecho a que transcurrido el tiempo indicado, se dé por extinguida la pena cualquiera sea el comportamiento intramuros o el pronóstico de reinserción social, y cercenando la facultad de los jueces de revocar el beneficio en caso de comisión de un nuevo delito durante el período de la condicionalidad²⁸.

Hay que señalar que la Corte podría haber sido más clara, incluso si pasamos por alto el notorio apartamiento del *thema decidendum* planteado en el recurso fiscal. El pronunciamiento está plagado de puntos ciegos, algo inadmisibles dado que no se estaba discutiendo un tema menor. Era exigible que la Corte efectúe cierta compatibilidad con lo que venía diciendo en materia de pena perpetua y sobre las formas de determinación de su validez y/o mecanismos para revisarla o hacerla extinguir²⁹.

Pese a la imprecisión y excesiva falta de rigor en el abordaje del problema, se pueden extraer del fallo al menos dos conclusiones. La primera es la confirmación de que, para la

Corte, la recepción legal de penas perpetuas (indeterminadas) está dentro de las atribuciones de política criminal del Congreso Nacional y que no parece haber disposición constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos que expresamente conduzca a negar de plano esa facultad. Esto se desprende de manera indubitable de la revocación de la transformación de la pena perpetua en una pena temporal de veinticinco años de prisión que había decidido el tribunal de casación.

Nótese que la nulidad que decreta la Corte se produce, incluso, con notorio apartamiento del objeto del recurso fiscal que, si bien no coincidía con la transformación dispuesta, la había considerado firme y con su recurso extraordinario solo pretendía que la pena convertida se aumente a treinta años en lugar de los veinticinco que había dispuesto el tribunal de casación. Esto, más allá del análisis particular y las críticas que merezca, no puede sino leerse como una directa señal de la Corte acerca de la vigencia y validez constitucional de las penas perpetuas. La nulidad decretada vislumbra, sin matices, que, para la Corte, una decisión que se proponga eliminar del ordenamiento una pena perpetua para transformarla en temporal constituye una injerencia indebida del Poder Judicial en las facultades del Congreso. El haber dejado sin efecto, además, la declaración de inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado y mantener su vigencia en los casos de homicidios calificados del artículo 80 CP es otra clarísima señal de la Corte hacia la validez de las penas indeterminadas.

La segunda conclusión es que la Corte da un fuerte mensaje que confirma además la ilegitimidad de autorizar que las penas perpetuas se agoten solo con la muerte de las personas sentenciadas, sin que existan mecanismos que permitan la liberación y eventual posterior extinción de este tipo de penas indeterminadas. Cuando la Corte afirma que “resul-

28 Cfr. CSJN, “Álvarez, Guillermo”, 70150/2006/T01/1/2/RH1. rta. 22/8/2019, considerando 9.

29 Para un abordaje crítico de todos los aspectos del fallo, ver Delgado (2020, 150) y Vacani (2020, 192).

tan decisivos los argumentos vertidos por el señor Procurador Fiscal ante esta instancia”, también se está refiriendo expresamente al siguiente pasaje del dictamen:

Pero incluso si se aceptara la tesis esbozada por el *a quo* acerca de que en la etapa de ejecución es posible volver a someter a revisión la constitucionalidad de las normas que rigen la pena pese a la existencia de cosa juzgada material, y que una pena realmente perpetua era inconstitucional, deberían haber declarado la invalidez de la regla del artículo 14 para, una vez liberados de ese obstáculo, haber aplicado las disposiciones de los artículos 13, 15, 16, 17 y 53 del CP³⁰.

Quiere decir que, si bien se sostuvo la vigencia de penas indeterminadas, ni la Corte, ni el Procurador General admitieron la validez de las penas materialmente perpetuas, sino todo lo contrario: Se sentó, en el fallo, que el camino para solucionar el problema no está en la conversión de la pena perpetua en una pena temporal con vencimiento fijo, sino en obtener un mecanismo de soltura anticipada creado por el legislador como vía de agotamiento de las penas indeterminadas (perpetuas y de reclusión accesoria por tiempo indeterminado). Para ello, la jurisdicción debe, en cada caso, eventualmente remover, por la vía de control de constitucionalidad, los obstáculos legales que impiden de manera general el acceso a esos institutos y evaluar su procedencia en cada caso concreto.

Esta primera conclusión, nos obliga a repensar desde dónde puede abordarse el problema de las penas legal o potencialmente perpetuas o de por vida en nuestro contexto particular. En Argentina, cuestionar su ilegitimidad simplemente sobre la base de su in-

determinación no parece un camino que lleve buen puerto, dados los pronunciamientos de la Corte y el análisis comparado. Hasta tanto exista una decisión de política criminal para eliminar este tipo de respuestas penales del ordenamiento, la clave indudablemente parece estar en pensar formas que permitan la revisión de la pena en plazos acordes con los estándares internacionales.

VII. Las soluciones posibles. Conclusión

Más allá de los cuestionamientos que merece el uso de respuestas penales con encierro extremo e inusitadamente prolongado como el que proponen las llamadas penas perpetuas, lo cierto es que es un dato imposible de obviar que Argentina, tradicionalmente, ha receptado en su normativa penas de naturaleza indeterminada. Estas han sido convalidadas una y otra vez por la Corte Suprema de Justicia. También la doctrina más calificada de nuestro medio las ha admitido, siempre que resulten proporcionales a la magnitud del hecho, y existe una pronunciada tendencia legislativa, desde la vuelta de la democracia, en ampliar cada vez más esta respuesta penal.

La perspectiva de eliminar las penas perpetuas o indeterminadas no se visualiza como posible en lo inmediato, si consideramos que han sido admitidas en el sistema internacional de los derechos humanos, bajo estrictos análisis de proporcionalidad y en la medida en que contemplen posibilidades precisas y reales de liberación. El ideal de su abolición y sustitución por penas temporales no parece un escenario posible en el corto plazo, las penas perpetuas muestran, más bien, una tendencia a la ampliación en países que no la regulaban y que comenzaron a adoptarla en los últimos cinco años (los casos de España y Colombia son un ejemplo de ello).

A partir del repaso efectuado, queda en evi-

30 Dictamen PGN del 20 de abril de 2017, p. 9.

dencia que, excepto la privación ilegítima de la libertad por funcionario público (art. 142 ter CP), los delitos que atenten contra la seguridad de la nación (arts. 214 y 215 CP) y los “traidores a la patria” (en los términos del art. 227 del CP), todos los delitos reprimidos con pena perpetua en Argentina representan una pena “de por vida”, sin posibilidad de egreso de ningún tipo, ni agotamiento siquiera potencial. Una pena real y materialmente perpetua.

En un país en el que el poder legislativo escuche lo que su Corte Suprema expresa y esté atento a los estándares provenientes del sistema internacional de los derechos humanos, hace tiempo debería haberse receptado legalmente lo que varios países han incluido en sus legislaciones a partir de las decisiones de sus tribunales constitucionales y el TEDH: un régimen de prisión perpetua revisable.

Quisiera que se me entienda bien, no estoy proponiendo aquí la instauración de un régimen de prisión perpetua donde no la hay, ni promoviendo ni legitimando este tipo de respuestas penales; las penas indeterminadas ya existen en Argentina y, lejos de tener perspectiva de desaparecer, se han ampliado a niveles alarmantes, hasta constituir verdaderas penas de por vida. La creación de un sistema de pena perpetua revisable es la única forma de adecuación constitucional para sostener un criterio de política criminal que, casi por un siglo, tuvo siempre nuestro Código Penal al incluir penas indeterminadas. Así es, pues hay coincidencia absoluta en que estas solo pueden resultar válidas en la medida en que la ley regule con precisión las características o mecanismos bajo los que se garantizará, a las personas condenadas, la posibilidad de una revisión de su situación de encierro y el eventual reintegro social con algún mecanismo de supervisión condicional o permanente.

Lo que en el sistema europeo de derechos humanos se ha denominado “derecho a la esperanza” no es ni más ni menos que la exi-

gencia de que toda pena indeterminada tenga prevista la forma y el momento a partir del cual la persona podrá solicitar ser seleccionada para ser liberada, con independencia de que esto finalmente ocurra o no. Se podrá decir que este estándar es demasiado laxo, ya que no garantiza una liberación obligatoria en un momento determinado y, en consecuencia, admite indirectamente como posible que una pena se ejecute de por vida.

Se puede responder a esto con, al menos, dos cosas. La primera es que, con todas sus limitaciones, esta solución es sustancialmente más humana que la que, sin ningún pudor, la ley argentina tiene hace casi 100 años para las personas reincidentes condenadas a penas perpetuas y, desde 2004, para diecisiete de los veintinueve tipos penales y agravados reprimidos con esa pena: la muerte en prisión. Es importante tener en claro el escenario en el que nos encontramos. Argentina, hoy, no sortearía con éxito el control de convencionalidad del sistema europeo de derechos humanos en materia de regulación de la pena perpetua, si estuviese bajo su jurisdicción.

La segunda es que la naturaleza propia de las penas indeterminadas genera esta incertidumbre frente al momento de su finalización. Una fecha cierta de liberación transformaría a las penas en temporales. Esto solo sería posible si la propuesta es eliminar del ordenamiento las penas indeterminadas, pero ello representa una decisión de política criminal que representa un cambio bastante más grande, que implica hacer desaparecer la llamada “pena perpetua” y transformarla en una pena temporal.

Esto exigiría una modificación estructural de todo el sistema de penas del Código Penal para hacerlo coherente en cuanto a sus escalas y/o respuestas penales. Ese cambio no solo no ha ocurrido en casi 100 años, sino que todas las modificaciones fueron incrementando el número de delitos alcanzados con penas indeterminadas, hasta generar que la mayoría esté

reprimida con penas materialmente perpetuas. Una reforma integral del Código Penal que re-categorice y adecue el catálogo de penas podría ser la solución. Mientras que ello no ocurra, incluir un sistema de pena perpetua revisable en la ley de ejecución parece ser la opción más realizable y urgente, que se acerca a los estándares de derechos humanos actuales a nivel internacional sobre la materia.

En tanto la decisión de política criminal sea sostener las penas indeterminadas, la ley de ejecución debe incluir una regulación precisa del mecanismo para su revisión. Según creo, este mecanismo debe, como mínimo, contemplar:

a) El tiempo a partir del cual la persona podrá solicitar ser evaluada para ingresar al programa de supervisión en libertad. Este plazo no puede superar los veinticinco años. La reducción de la pena prevista en el art. 110 del Estatuto de Roma procede a los veinticinco años de cumplimiento de la perpetua. Teniendo en cuenta que está prevista para casos como un genocidio de extrema gravedad, esta medida señala un parámetro universal máximo que en ningún caso puede ser superado para ofensas criminales de menor entidad.

b) La integración del órgano que emitirá los informes con detalle de la representación de las áreas integrantes del consejo técnico del establecimiento en el que se cumple la pena. La inclusión de la participación, en el cuerpo pericial, de la o las personas a cargo del organismo de control y asistencia de ejecución penal designado para la supervisión de personas liberadas en la jurisdicción; un perito externo y peritos propuestos por las partes, incluida la víctima.

c) Una detallada enunciación de los criterios a considerar para la revisión del cumplimiento en encierro de la pena perpetua.

d) La duración del período de supervisión y el catálogo de medidas de vigilancia, reglas de conducta y asistencia que se implementarán, así como los órganos que deberán llevar a cabo la supervisión.

e) El plazo en el que se podrá examinar nuevamente la cuestión, si se rechazara la revisión de la pena perpetua.

f) Las condiciones de seguimiento y control, eventual revocatoria, y evaluación de los resultados y cumplimiento de las condiciones impuestas para determinar la posibilidad de proponer la extinción de la pena.

Mientras tanto, la eliminación, mediante el control de constitucionalidad, de los obstáculos, establecidos en el artículo 14 del CP, para acceder a la libertad condicional en caso de penas perpetuas es una medida que parcialmente deja una expectativa de libertad para algunos casos. Sin embargo, el tiempo mínimo de treinta y cinco años no respeta los estándares internacionales en la materia y puede ocasionar *de facto* una prisión materialmente perpetua en casos en los que la edad de la persona no pueda alcanzar ese lapso.

La jurisprudencia nacional ha admitido que, en estos casos, podría resultar procedente evaluar la posible soltura en un lapso menor, o bien directamente recurrir a los veinticinco años, reconocidos por la ley 26.200, que implementó el Estatuto de Roma en nuestro ordenamiento jurídico interno.

No cabe duda alguna que si Argentina estuviese bajo la jurisdicción del TEDH, recibiría una condena por considerar que el sistema de pena perpetua argentino viola el art. 3 de la Convención Europea. Es altamente probable que, como mínimo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos siga esos estándares, o incluso los haga más exigentes.

Argentina posee uno de los sistemas de penas perpetuas más severos del mundo, previendo en prácticamente todos los supuestos penas de por vida sin posibilidad alguna de liberación. La condena internacional al Estado argentino está a la vuelta de la esquina.

Si no se planea abandonar la inclusión legislativa de penas de carácter indeterminado, es imperativo, entonces, que se tomen acciones

rápidas para crear un mecanismo de revisión de las penas perpetuas, como máximo, por primera vez a los veinticinco años, con previsiones precisas de sus condiciones de procedencia. Solo así se podrá cumplir con el mandato de reinserción social y adecuar el sistema de prisión perpetua a las exigencias y estándares del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional.

Bibliografía

Arroyo Zapatero, Luis, Juan Antonio Lascurain Sánchez y Mercedes Pérez Manzano. 2016. *Contra la cadena perpetua*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Creus, Carlos y Jorge Eduardo Bompua-dre. 2007. *Derecho penal. Parte especial*, II, 7^o ed. Buenos Aires: Astrea.

Decoud, Julio Argentino. 1956. “Concesión de facultades extraordinarias y poderes omnímodos”, *La Ley*, t. 81.

Delgado, Sergio. 2020. “Pena perpetua. Justicia vana”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año X, 8: p. 150.

Espinosa Torres, María del Pilar. 2012. “La cadena perpetua. Una pena sin sentido. La prisión vitalicia en Veracruz”. *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, 26: p. 4.

Fliess, Jorge. 1943. “Aplicación de la libertad condicional a los delincuentes habituales que cumplen la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado en un paraje del sud”. *Revista Penal y Penitenciaria*, t. VIII: p. 483.

Francés Lecumberri, Paz. 2020. “Sobre una pena infame: La prisión permanente revisable y su extensión a aquellas de larga duración”. Pedro Oliver Olmo y M^a Carmen Cubero Izquierdo (coords.). *De los controles disciplinarios a los controles securitarios*: 397-412. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Gómez, Eusebio. 1939. *Tratado de derecho penal*, t. 5. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.

Juliano, Mario Alberto y Fernando Ávila. 2012. *Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Molinario, Alfredo J. 1999. *Los delitos*, t. III. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Moreno, Rodolfo. 1922. *El código penal y sus antecedentes*, t. III. Buenos Aires: H.A. Tommasi Editor.

Núñez, Ricardo C. 1960. *Derecho penal argentino. Parte general*, t. VI. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

Soler, Sebastián. 1963. *Derecho Penal Argentino*, t. V. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Vacani, Pablo Andrés. 2020. “El caso ‘Álvarez’ de la CSJN y otros retrocesos: reclusión perpetua, ‘reformatio in pejus’ y vigencia constitucional de la accesoria”. Leonardo G. Pitlevnik y Damián R. Muñoz (dirs.). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 28: 192. Buenos Aires: Hammurabi.

Zaffaroni, Eugenio R., Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2002. *Derecho penal. Parte general*, 2^o ed. Buenos Aires: Ediar.

Jurisprudencia nacional

CSJN, “Álvarez, Guillermo Antonio y otro s/ robo con armas”; 70150/2006/T01/1/2/RH1, rta. 22/8/2019.

CSJN, “Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154”; A. 577. XLV, rta. 5/2/2013. Fallos 336:19.

CSJN, “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/ libertad condicional”; rta. 4/6/2006. Fallos 329:2440.

CSJN, “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”; G. 560. XL, rta. 5/9/2006. Fallos: 329:3680.

CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en curso real con homicidio calificado”; M. 1022. XXXIX, rta. 7/12/2005. Fallos: 328:4343.

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 1, “Cosman, Daniel Héctor s/ legajo de ejecución penal”, rta. 6/5/2019.

CNCCC, Sala 1, “Guerra, Sebastián Alejandro y otros s/ recurso de casación”, rta. 29/11/2018.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal causa “Buceta, Celso”, rta. 13/5/1941, J.A., t. 74.

C.C.C., causa “Céliz, Alberto Miguel” J.A., t. 71.

Cámara Federal de Rosario, Sala A, “Gysel, Guillermo Hernán y otros s/ desaparición forzada de persona (art. 142 ter)”, rta. 2/5/2018.

Tribunal Oral en lo Criminal de Comodoro Rivadavia, “Tillería, Fabián Alcides y otros”, rta. 6/7/2016.

Documentos de organismos nacionales

Procuración General de la Nación, Dictamen en “Álvarez, Guillermo Antonio y otro s/ robo con armas”, CCC 70150/2006/T01/1/2/RH1, del 20 de abril de 2017.

Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, “Informe anual. República Argentina 2018”, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/afianzar/sneep-2018>.

Jurisprudencia extranjera

Tribunal Constitucional del Perú, “Marcelino Tineo Silva y más de 5.000 Ciudadanos”, Sentencia del 3/1/2003, disponible en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.pdf>.

Documentos de organismos extranjeros

Congreso de la República del Perú, Decreto legislativo 921: “Que establece el régimen jurídico de la cadena perpetua en la legislación nacional”, del 17/1/2003, disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/research/Peru-Dec%20Leg%20921.pdf>.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Bodein vs. Francia*, petición N° 40014/10, sentencia de 13/11/2014.

RUBÉN ALDERETE LOBO

TEDH, *Hutchinson vs. Reino Unido*, petición N° 57592/08, sentencia de 17/01/2017.

TEDH, *Marcello Viola vs. Italia*, petición N° 77633/16, sentencia de 13/6/2019.

TEDH, *Petukhov vs. Ucrania*, petición N° 41216/13, sentencia de 12/3/2019.

TEDH, *T.P. and A.T. vs. Hungría*, peticiones N° 37871/14 y 73986/14, sentencia de 04/10/2016.

TEDH, Gran Cámara, *Vinter y otros vs. Reino Unido*, peticiones N° 66.069/09, 130/10 y 3896/10, sentencia de 9/7/13.

Documentos y normas de organismos internacionales

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Roma, 4.XI.1950, entrada en vigor el 1° de noviembre 1998.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, entrada en vigor el 1° de julio de 2002.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Caminos alternativos en materia penitenciaria: revisitando el principio de justicia social

Natalia Ojeda

Doctora en Antropología Social por el Instituto de Altos Estudios Sociales de la Universidad Nacional de San Martín, donde también coordina el Núcleo de Estudios Socioculturales sobre el Derecho y sus Instituciones (NESDI). Investigadora adjunta del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET)

Andrea Lombraña

Doctora por la Universidad de Buenos Aires en el área Antropología Social. Profesora de Nivel Medio y Superior en Ciencias Antropológicas de la Universidad de Buenos Aires. Es investigadora asistente del CONICET en el Instituto de Altos Estudios Sociales, donde también coordina el Núcleo de Estudios Socioculturales sobre el Derecho y sus Instituciones (NESDI)

Carolina Di Próspero

Investigadora asociada en el Instituto de Altos Estudios Sociales (IDAES) de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM), donde también se desempeña como docente adjunta. Investigadora en el Núcleo de Estudios Socioculturales sobre el Derecho y sus Instituciones (NESDI)

María Belén Pepe

Antropóloga por la Facultad de Filosofía y Le-

tras de la Universidad de Buenos Aires y becaria doctoral CONICET con sede en el Instituto de Altos Estudios Sociales (IDAES) de la Universidad de San Martín

Núcleo de Estudios Socioculturales sobre el Derecho y sus Instituciones (NESDI-IDAES- UNSAM)

nesdi@unsam.edu.ar

I. Introducción

El escenario que evidencian hoy las cárceles de todo el país es dramático e inviable. La superpoblación que presenta todo el sistema penal argentino coloca en una situación de mayor vulneración de derechos a las personas privadas de libertad frente a la ampliación de los márgenes de discrecionalidad y arbitrariedad en la toma de decisiones que habilita la emergencia penitenciaria (resolución 184/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).

Las políticas de gestión penitenciaria enmarcadas en un Estado democrático y social de derecho deben garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, previstos en nues-

tra Constitución Nacional desde 1994, como orientación y horizonte de todas las acciones de los actores estatales involucrados en esta materia. En los últimos treinta años, signados por la simbiosis entre el neoliberalismo y la globalización, el proyecto de alcanzar cierto orden social a través de la inclusión de amplios sectores desfavorecidos de las sociedades contemporáneas se torna políticamente cada vez más irreal (Pavarinni 2006).

En este contexto, la cárcel, como institución, se ha puesto al servicio de las exigencias de los gobiernos de la población excedente (Bauman 1998), al mismo tiempo, es atravesada por discursos del riesgo y la inseguridad (Castel 2013) que demandan más severidad en los castigos penales y la profundización, en general, de las prácticas represivas y punitivistas, desplegando verdaderas políticas criminales. Proponemos, entonces, revisitarse experiencias que retomem el espíritu de la justicia social como principio, a fin de pensar en alternativas posibles al panorama que nos devuelve la actualidad.

I. Revisitando el principio de justicia social en materia penitenciaria

Durante el primer gobierno peronista, entre 1946 y 1952, se construyó un extenso Estado de bienestar que tenía sus ejes en la creación del Ministerio de Trabajo y Previsión Social y la Fundación Eva Perón. Desde estas instituciones, se generaban políticas orientadas a producir una redistribución de la riqueza a favor de los sectores más postergados, el reconocimiento de derechos de las mujeres, una política económica de involucramiento del Estado en la producción nacional y desarrollo de la industrialización y la nacionalización de sectores básicos de la economía (Pastoriza y Torre 2002; Ojeda 2016).

En el mismo período, se realizó una refor-

ma constitucional que sancionó la llamada Constitución de 1949, reforma que se incluye dentro de la corriente jurídica mundial del constitucionalismo social. En ella, se hacía foco en el estatus constitucional que adquirirían, desde aquel momento, todos los derechos sociales consagrados a partir de las acciones del peronismo (Ajmechet 2012, 256). En este marco de ampliación de derechos, el tratamiento de las personas privadas de libertad también fue contemplado y reformado.

En 1947, Roberto Pettinato asumió como Director General de Institutos Penales con el objetivo de implementar una profunda reforma del sistema penitenciario y cumplir con los preceptos de la ley sancionada en 1933. Fue Pettinato quien, durante su gestión, impulsó las reformas que introdujeron el principio de la resocialización como base del tratamiento de los detenidos, junto con las reformas que mencionamos más arriba, entre las que se destaca el cierre del penal de Ushuaia, cuya dureza, dadas las condiciones climáticas y el aislamiento geográfico, lo convertía en un lugar de residencia sencillamente inhumano.

Si bien la ley que habilitaba el conjunto de reformas ejecutadas por Pettinato data de 1933, el contexto de su aplicación responde de manera cabal al ideario humanitario de la doctrina peronista. En el siguiente fragmento del discurso que el General Juan Domingo Perón brindó a los integrantes de la cuarta promoción de la Escuela Penitenciaria, se menciona, en reiteradas oportunidades, el valor humanista como principio rector de aquellas nuevas políticas penitenciarias:

[...] esta orientación humanitaria de la función carcelaria argentina no tendría ningún éxito si cada uno de ustedes no pusiera en el desempeño de las tareas que le son propias, la necesaria actividad que lleve también a la cárcel, hasta en su más mínimo detalle, este sistema de humaniza-

ción que nosotros propugnamos. Queremos la reforma de los hombres y no queremos que el individuo se pudra, como se hacía antes, en la cárcel. Por el contrario, queremos hacer del recluso un hombre útil a la sociedad; si conseguimos eso, habremos logrado realizar una tarea de gran valor patriótico y humanista: devolver un individuo útil a la sociedad que lo había descartado (Perón 1952, 2)¹.

También se apela a la idea de *patria*, que más allá de ser “el” valor nacional al que apela toda institución vinculada a las fuerzas públicas de la Nación, fue un pilar discursivo dentro del ideario del peronismo, explicitado en el libro *Doctrina peronista*² como un emblema de *la revolución*³. Entre los principios fundamentales postulados en ese libro, se destaca el anhelo de grandeza y la felicidad del pueblo argentino, que se concretarían “en los emblemas cohesivos de la revolución: Dios, Patria y Justicia Social” (Perón 2014, 73).

Si bien estos tres emblemas se podrían percibir como distantes (sobre todo, los emblemas de Dios y la Patria), encuentran, en ese

momento histórico, una dimensión cercana y concreta en la *Justicia Social*, es decir, la justicia para todas las personas que habitan la Patria. Este tercer emblema, el más novedoso en la historia política argentina, hasta esos años, hace referencia al acceso del pueblo, en sentido amplio, a bienes, pero sobre todo, al poder.

Como contraprestación de esa porción de poder a la que se accede, se solicita una tarea de responsabilidad por parte de cada uno de los beneficiarios de la justicia social, como se explicita en el fragmento del discurso de Perón citado más arriba: “esta orientación humanitaria de la función carcelaria argentina no tendría ningún éxito si cada uno de ustedes no pusiera en el desempeño de las tareas que le son propias, la necesaria actividad” (Perón 1952, 2)⁴.

Por otro lado, estos emblemas se vuelven más cercanos cuando el mismo presidente es quien los enuncia en su presencia, intentando configurar la subjetividad de los agentes penitenciarios de entonces, también a través de su palabra, y su propia voz.

A nivel laboral, se produjo una profunda modificación en la organización del personal en torno al Estatuto del Servicio Penitenciario de la Nación, creado en 1946. Su consecuencia directa fue la jerarquización del personal, sobre todo de aquellos de bajo rango, mediante generosos aumentos de sueldo, y otorgando un marco legal de seguridad laboral, promociones para ascensos, aguinaldos, vacaciones pagas, proveedurías con precios subsidiados y hospitales penitenciarios (Caimari 2004; Ojeda 2016). Las mejoras laborales no están escindidas de las mejoras que experimentó la clase trabajadora durante este período pero-

1 Fragmento del discurso del General Juan Domingo Perón a los integrantes de la cuarta promoción de la Escuela Penitenciaria, publicado en el Orden del Día de la Dirección General de Institutos Penales, Año VI, 30 de diciembre de 1952. Ministerio de Justicia de la Nación.

2 Este libro reúne y sintetiza los principales postulados y las bases generales del pensamiento peronista, a partir de los propios discursos del General Juan Domingo Perón. Fue publicado por primera vez en 1947.

3 *La revolución*, en la doctrina peronista, supone la concreción de tres fases consecutivas: la primera es la *reforma social* orientada principalmente a la atención del problema de la justicia social; luego, la reforma económica basada en mantener dentro del país la riqueza del mismo, repartir esa riqueza equitativamente y la independencia económica; finalmente, la tercera fase, es la *reforma política*: dirigida, en primer término, a sacar de las instituciones y del Estado cualquier fuerza que esté al servicio de otra causa que no sea la Nación.

4 Fragmento del discurso del General Juan Domingo Perón a los integrantes de la cuarta promoción de la Escuela Penitenciaria, publicado en el Orden del Día de la Dirección General de Institutos Penales, Año VI, 30 de diciembre de 1952. Ministerio de Justicia de la Nación.

nista, es en este sentido que podemos considerar que las reformas integrales del sistema penitenciario por aquellos años hayan intentado configurar un nuevo agente trabajador, inexistente hasta ese momento.

Los pilares de la doctrina, la ética construida desde la elevación de la cultura y la dignificación del trabajo se completan con la humanización del capital, tres pilares presentes en el Estatuto del Servicio Penitenciario de la Nación que buscan concretarse no solo en los derechos y obligaciones, sino también en la subjetividad de un nuevo agente penitenciario, jerarquizado como trabajador profesional.

III. El Plan Director de 1995 y el Plan Estratégico Operativo 2016-2020

El período descrito en torno al ideario penalista ha constituido un momento de implementación de políticas que favorecieron los principios que orientaron durante muchos años las gestiones penitenciarias de la Nación. Como se expresa en el último Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional (1995)⁵, la función penitenciaria busca promover aquellas medidas que posibiliten el reintegro de las personas encarceladas al medio libre internalizando pautas sociales fundamentales y en condiciones de desarrollar una vida alejada del delito. Lo que la ley penal pretende de acuerdo a este documento es brindar a la sociedad tres formas de seguridad: igualdad frente a la violación de la norma, seguridad mediante la sanción del responsable y su apartamiento del medio, y tranquilidad pública por vía de la readaptación del detenido. Según describe:

5 Este documento fue elaborado en 1995 por la entonces Secretaría de Política Penitenciaria y Readaptación Social del Ministerio de Justicia de la Nación; con el objetivo de “promover, planificar, dirigir y supervisar un profundo cambio en el ámbito penitenciario federal”.

En definitiva, tanto el objeto y fin de la pena privativa de libertad como su ejecución marcan una clara, definida e irreversible filosofía de humanización [...] en un sentido justo del equilibrio entre los derechos colectivos y los individuales, y se potencia en la convicción, científicamente demostrada de que el simple castigo y la sola segregación no aseguran ni éxito ni cambios positivos. Sólo un proceso individualizado, humanizado, desarrollado oportuna e integralmente, con aportes de todas las disciplinas científicas y con una sociedad dispuesta a superar ancestrales criterios de igualdad y de retribución, logran una mejor convivencia social y la disminución de los niveles de violencia que afectan a las sociedades en las postrimerías del Siglo XX (Plan Director de la política penitenciaria nacional. Expediente N. 99.585/95, 1995: 6).

Como investigadoras/es del campo, reconocemos en el Plan Director un hecho que dejó marcas consistentes en los propios actores ligados a la cárcel, principalmente porque identifica: 1) la centralidad de la responsabilidad del Estado en el tratamiento de las personas privadas de su libertad ambulatoria; 2) el trabajo penitenciario de manera integral y no solo como una labor orientada a reducir los índices de criminalidad y mejorar la seguridad pública; 3) la justicia social como única vía hacia el respeto de la dignidad de las personas y su derecho a contar con oportunidades para reintegrarse al seno de la comunidad.

Por el contrario, la política penitenciaria actual detallada en el Plan Estratégico Operativo del Servicio Penitenciario Federal 2016-2020 fija, entre sus objetivos principales, realizar lo necesario de modo de garantizar la seguridad pública en un pronto lapso. En este sentido, en los propios términos del documento, se propone garantizar la uniformidad y la celeridad en la actuación de la administración peniten-

ciaria y disminuir los índices de criminalidad en forma rápida y confiable, y fomentar la integración social de las personas privadas de la libertad como eslabón para una mayor y mejor seguridad pública.

El planeamiento estratégico actual se denomina situacional y propone –y lleva a cabo– un enfoque y metodología desde una ruptura epistemológica respecto de la planificación tradicional. También se basa en un cambio sustancial en los supuestos y principios filosóficos, y en las técnicas instrumentales anteriores; de este modo, implica:

a) Que la planificación es la acción y efecto de una acción monopolizada por el Estado.

b) Que los actores sociales no planifican y, por tanto, son seres cuasi pasivos ante la toma de decisiones del Estado.

c) Que es posible tener certidumbre sobre los logros planificados sin contar con la dinámica competitiva de las fuerzas sociales, los actores e intencionalidades diferentes, las presiones múltiples y los cambios de escenarios, y las resistencias de intereses y valores diversos.

d) Que la economía es determinante y, por tanto, es la disciplina principal –focalización reduccionista y unilateral– desde donde debe estudiarse la realidad.

e) Que la planificación es una actividad técnica que realizan solo núcleos profesionales y especializados.

El papel otorgado al Estado por los planteamientos del Plan Estratégico Operativo 2016-2020 se despliega en un escenario multiactoral, donde se lo define simplemente como un actor más. En relación con esto, se consigna: “la incorporación de la diversidad de posiciones y el establecimiento de relaciones que pueden ser de colaboración, indiferencia o conflicto es el punto de inflexión entre el planeamiento tradicional y el estratégico” (Plan Estratégico Operativo 2016-2020, 27).

Con respecto a la idea de gobierno, este

documento delega en los/as actores privados/as de la libertad el autocuidado. La escala de tratamiento propuesta es primeramente individual y basada en una lógica meritocrática, mediante la que el sujeto decide libremente su propio destino. El sujeto privado de su libertad ambulatoria tiene en sus manos el potencial y la responsabilidad de su propia integración social efectiva: “La finalidad de los programas de tratamiento es lograr que las personas privadas de la libertad adquieran pautas de conducta y herramientas para su reinserción en la sociedad” (Plan Estratégico Operativo 2016-2020, 35). Mientras tanto, el Estado acompaña dicho proceso, siempre y cuando este actor tenga la voluntad de dejarse ayudar: “Los actores pueden coincidir en intereses y motivaciones, participar del logro de metas que son comunes o disentir, enfrentar u obstaculizar la acción de los demás” (Plan Estratégico Operativo 2016-2020, 27).

El marco teórico del Plan Estratégico Operativo 2016-2020 es denominado *what works* y su foco es el individuo. Se basa en el modelo de *riesgo/ necesidad/ responsividad*. El riesgo es el análisis que se hace del sujeto en relación con los factores que estadísticamente se encuentran asociados a la reincidencia criminal. Según este modelo, la necesidad es la contracara del riesgo: son aquellos aspectos del sujeto particular, relacionados con las variables estáticas que determinan su riesgo de reincidencia. Finalmente, la responsividad es la maximización de los recursos del sujeto para lograr que aprenda, como consecuencia de una intervención de naturaleza cognitivo conductual –que contemple su estilo, motivación, recursos y fortalezas–. En suma, se trata de la adaptación a la situación concreta del sujeto y el acceso al programa de tratamiento, en cuanto se adecúe a las necesidades criminógenas que se pretenden abordar para reducir el riesgo de reincidencia.

Este modelo es el marco de la política cri-

minal desplegada a partir de 2016, que tuvo como hecho cúlmine la llamada emergencia penitenciaria. Una medida a través de la que se habilitó a las autoridades del Servicio Penitenciario Federal a disponer de compras directas, sin licitación, apoyándose en la necesidad de resolver un problema que es estructural, pero que el mismo gobierno que resolvió la emergencia incrementó: la población carcelaria en el SPF aumentó el 30% entre 2015 y 2019, pasando de 10.274 personas detenidas en 2015 a 13.750. El 50% de esas personas privadas de libertad tienen prisión preventiva. Se evidencia la concreción de la lógica de cuanto más, mejor, y su resultado: la actual sobrepoblación.

Ese punitivismo acelerado fue construido en el transcurso del último gobierno neoliberal, junto con medios masivos de comunicación afines y una opinión pública con la que se había constituido un contrato tácito de recepción: el Gobierno de Cambiemos le hablaba a un destinatario ávido de tal discurso.

La superpoblación, que es el argumento central de la declaración de emergencia, es entonces producto de una política criminal orientada notoriamente, en los últimos años, hacia el aumento de medidas represivas y el endurecimiento de las reglas de encarcelamiento y excarcelación; que identifica a las prisiones como la única solución para contener el delito y trae como consecuencia altos índices de violencia, marcado hacinamiento y limitaciones en todo tipo de actividad vinculada al tratamiento de las personas privadas de su libertad. Esta situación tampoco fue acompañada por políticas de inversión en infraestructura y servicios tendientes a asegurar las condiciones mínimas de habitabilidad, al tiempo que profundizó el deterioro y la precarización de las condiciones laborales de los trabajadores de la fuerza penitenciaria, despojándolos incluso de las herramientas básicas para el desarrollo de su tarea cotidiana.

Las políticas y prácticas en materia de ejecución penal que deben llevarse adelante ante la situación de emergencia deberían enfatizar la gestión del riesgo y no la gestión del desastre cuando este ya se hubiera desatado; así lo indica el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres (2015-2030). Las recomendaciones allí vertidas, ante contextos como el que aquí se nos presenta, resaltan la idea de reducir los riesgos existentes y reforzar la resiliencia; focalizando en la responsabilidad primordial de los Estados para prevenir y reducir el desencadenamiento del desastre.

El Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional de 1995, por su parte, propone como objetivo principal la construcción de un cuerpo penitenciario sólido orientado a la resocialización de los detenidos. Para ello, en concordancia con lo establecido por las Naciones Unidas respecto de la justicia social como el mejor camino y medio de prevención de la criminalidad, se propone, asimismo, la promoción de las reformas necesarias que exige una sociedad entendida en su devenir histórico y dinámica social.

El rol del Estado se considera central en la implementación del sistema penitenciario y sus funcionarios públicos ocupan un lugar principal en la planificación de dicho sistema y de una política penitenciaria integral. Su tarea consiste en velar por valores trascendentes articulando, por una parte, cuestiones de la seguridad y la defensa de la sociedad y, por la otra, la dignidad de las personas privadas de libertad y su derecho a contar con oportunidades para reintegrarse al seno de la comunidad como personas útiles para sí mismos, para su familia y para la sociedad. En este marco, la estructuración de las instituciones en función de sus obligaciones relevantes para con la sociedad y para con las personas privadas de libertad resulta fundamental para su cambio y readaptación social.

IV. Propuestas y conclusión

A partir de este análisis comparativo, consideramos necesario promover reformas urgentes dentro del sistema penitenciario argentino en distintos aspectos.

IV.1. En cuanto a la cuestión normativa:

a. *Reforma de la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario y revisión de las últimas modificaciones la Ley de Ejecución (24.660)*, en especial, en lo relativo a la progresividad de la pena.

b. Recuperar la discusión en torno a la creación de un *proyecto de ley específico para la regulación de la actividad laboral de las personas privadas de libertad en el ámbito penitenciario; y de un Plan de Carrera para el trabajador penitenciario* sustentado en una ley que dé cuenta de la formación y capacitación del personal, así como también de todo el procedimiento relativo a su ingreso, ascenso y egreso.

c. Desafío urgente de la política penitenciaria: profundizar la consideración de *la perspectiva de género en términos de política institucional*; en lo específico, respecto a derechos sexuales y de identidad de género, salud sexual y reproductiva, educación sexual integral, prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer.

IV.2. En relación con la infraestructura:

Con el fin de evaluar fehacientemente los datos de la sobrepoblación penitenciaria, se propone *relevar la capacidad de los establecimientos distinguiendo plazas, camas y colchones disponibles* y sus valores según las unidades de alojamiento (pabellones). Vinculado a esto, abrir un *debate profundo respecto a la construcción de establecimientos penitenciarios como respuesta* a la inflación de la población de personas privadas de libertad (dado los altos costos económicos que implican y el

diferimiento de su finalización frente a una problemática vigente).

IV.3. En relación con el tratamiento:

La permanencia en los establecimientos penitenciarios debe estar integrada por un conjunto de acciones que resulten significativas y constructivas en las diversas trayectorias de encierro. Para ello, deben utilizarse y disponerse de todos los recursos, incluso aquellos que pueda acercar la comunidad científica, para que la transformación sea aprehendida y compartida por las personas privadas de la libertad sujetas al régimen federal. Se sugiere, además, efectuar relevamientos sociales regulares y sistemáticos, no solo cuantitativos, sino fundamentalmente cualitativos, evitando transpolar modelos investigativos diseñados en el marco de otros contextos carcelarios y pensados desde los países centrales. De este modo, se espera perfeccionar las evidencias empíricas y los datos oficiales en materia de salud, adicciones y prácticas religiosas para alcanzar aproximaciones diagnósticas más ajustadas a estas problemáticas complejas en un contexto dinámico y heterogéneo de la composición de la población privada de libertad en Argentina.

IV.4. En relación con el vínculo con otras instituciones:

Resulta fundamental, finalmente, la integración sectorial a través de la *vinculación y el fortalecimiento de las relaciones con organizaciones de la sociedad civil, organismos de control y agencias científicas y técnicas.* En los últimos años, los investigadores del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), en particular, vimos interrumpidas nuestras líneas de investigación dada la imposibilidad de obtener permisos para ingresar a los establecimientos penitenciarios. Se debe implementar una po-

lítica democrática de acceso a la comunidad científica, exenta de las arbitrariedades y la discrecionalidad de las autoridades de turno. Asimismo, debe retomarse el diálogo tanto con organismos de contralor como con distintas agrupaciones orientadas a la defensa de los derechos de las personas detenidas como agrupaciones de familiares, organismos de derechos humanos, y otras. En este caso, deberían preverse la recepción de representantes de cada uno de ellos a fin de transmitir la intención de establecer una política de apertura, a través de una mesa de diálogo donde se discuta la modalidad de acceso a la información que cumpla con la normativa vigente, al tiempo que atienda la ética y la complejidad del espacio carcelario.

Cualquier consideración sobre el encierro y el campo penitenciario no debería prescindir del análisis de la sociedad o de la realidad misma en la cual se inscriben como tales. Muy por el contrario, la cárcel señala los márgenes estatales a través de la porosidad de sus límites e implica particularidades que necesariamente se articulan con la vida extramuros. Las transformaciones sociales y las crisis económicas cíclicas del capitalismo, junto con las racionalidades gubernamentales de corte neoliberal, impactan sobre todo en aquellos sectores de la población que se ubican y son producidos en los márgenes de la ciudadanía. El deterioro del sistema público de los últimos años en nuestro país ha ido en detrimento del acceso a la inclusión social de los hombres y las mujeres que transitan por instancias de detención penal, donde adquiere especial significancia el modo en el cual el Estado interviene en sus procesos de (re) vinculación comunitaria y en la disminución de sus niveles de vulnerabilidad, dentro de la prisión y en el período inmediatamente posterior a la recuperación de la libertad.

Bibliografía

Ajmechet, Sabrina. 2012. "El peronismo como momentos de reformas (1946-1955)". Sociedad Argentina de Análisis Político (SAAP). *Revista SAAP*. 2012, 6 (noviembre). Fecha de consulta: 16 de agosto de 2019. Disponible en: <<http://ricawww.redalyc.org/articulo.oa?id=387136368002>> ISSN 1666-7883.

Bauman, Zygmunt. 1998. *La globalización, consecuencias humanas*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Caimari, Lila. 2004. *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Castel, Robert. 2013. "Políticas del riesgo y sentimientos de inseguridad". Robert Castel, Gabriel Kessler y otros. *Individuación, precariedad, inseguridad. ¿Desinstitucionalización del presente?* Buenos Aires: Paidós.

Ojeda, Natalia. 2016. "¿Milicos o penitenciarios? Una aproximación etnográfica sobre la profesión penitenciaria en cárceles federales". *Revista de historia de las prisiones*, 3: 53-66.

Pastoriza, Elisa y Juan Carlos Torre. 2002. "La democratización del bienestar". Juan Carlos Torre (ed.). *Los años peronistas (1943-1955)*, Colección Nueva Historia Argentina, Tomo VIII. Buenos Aires: Sudamericana.

Pavarini, Massimo. 2006. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Perón, Juan Domingo. 2014. *Doctrina peronista*. Buenos Aires: Ediciones Gráficas del Centauro.

Documentos de organismos nacionales

Ministerio de Justicia de la Nación. (1946)
Estatuto del Servicio Penitenciario de la Nación. Decreto N° 12.351/46.

Ministerio de Justicia de la Nación (1952).
Orden del día de la Dirección General de Institutos Penales, Año VI.

Ministerio de Justicia de la Nación (1995).
Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional. Expediente N° 99.585/95.

Ministerio de Justicia de la Nación (2016).
Plan Estratégico 2016-2020. Servicios Penitenciario Federal. Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación.

Documentos de organismos internacionales

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador).

Hacinamiento carcelario, COVID-19 y resoluciones judiciales: análisis del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires del 11 de mayo de 2020*

Leonardo Pitlevnik

Abogado, Profesor Regular de derecho penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Director académico del Centro de Estudios de Ejecución Penal de la Facultad de Derecho UBA. Juez penal de cámara.

I. Introducción: el contexto

Hacia fines del año 2019, la situación carcelaria de la provincia de Buenos Aires estaba fuertemente marcada por el alarmante incremento de la población detenida en comisarías y unidades penitenciarias. Esta distribución se debe a que, salvo en pocas excepciones, las personas aprehendidas en la provincia son derivadas primero a las seccionales policiales locales y, solo luego de un período de límites imprecisos, pasan a las unidades penitenciarias.

A los problemas burocráticos que atentan contra la agilización del traspaso (las comisarías dependen del Ministerio de Seguridad y las unidades del Ministerio de Justicia, que no necesariamente operan de manera coordinada), se agrega cierta elasticidad en la valoración del tiempo que una persona pueda estar detenida en comisaría. Así, mientras el Ministerio de Seguridad fija el plazo en 48 horas, los jueces y juezas solicitan el cupo en el momento de dictar la prisión preventiva. Según se trate o no de procedimientos de flagrancia y se haya pedido o no una prórroga para el pedido del dictado de la prisión preventiva, ello puede

*Agradezco a Cecilia Boeri la aguda lectura y los comentarios que hiciera a una versión del presente trabajo.

extenderse hasta 35 días, conforme la letra del código.

Pero aun cuando la disposición judicial de traslado se realice en ese plazo, en general, debe aguardarse durante meses la concesión de un cupo en el servicio penitenciario. El hecho de que tanto las comisarías como las unidades penitenciarias se encontraban excedidas en su capacidad a fines de 2019, hizo que la idea de *cupo* se volviera tan difusa como el plazo.

Aunque porcentualmente la cantidad de personas detenidas en comisarías es menor (el 10% aproximado del total), se trata de alojamientos precarios en celdas no preparadas para la permanencia más allá de un lapso breve. Muchas de las seccionales se encuentran clausuradas o inhabilitadas para el alojamiento, pero, aun así, mantienen personas detenidas. De modo que son quienes en peores condiciones se encuentran privados de su libertad en la provincia.

Si este *crecendo* de hacinamiento y deterioro viene sucediendo desde hace varios años, ¿por qué se convirtió en tema de agenda a fines de 2019? Hasta ese momento, se producía una suerte de repetición del sobrediagnóstico de lo que ocurría, con sucesivos intentos de revertir la situación a través de disposiciones incumplidas y de exhortaciones a poner fin a la situación de hacinamiento.

Acciones superpuestas de *habeas corpus* colectivos o individuales se sucedían de manera desordenada a lo largo de la provincia, más allá de cierta estrategia de algunos defensores generales departamentales que, en 2014, habían recurrido a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) para que considerara abierta la causa “Verbitsky”, en la que se había dictado sentencia en 2005.

En ese maremágnum de procesos hubo uno, en el Juzgado en lo Correccional N° 2 de La Plata, a cargo del juez Eskenazi, que llevaba un relevamiento de todas las personas detenidas en comisarías y unidades penitenciarias.

A partir de las estadísticas analizadas en el expediente, el juez había corroborado que la población detenida venía aumentando en un número de 4000 personas por año. En la resolución –que describía situaciones dantescas en comisarías y unidades– se dispuso llamar a una mesa de diálogo, en la que se incluyó a un representante de la Corte bonaerense¹. El máximo tribunal provincial decidió dar intervención la Casación para que, a partir de una mesa “intersectorial”, hiciera un diagnóstico de la situación².

Luego de diez meses de consultas, informes y deliberaciones, el tribunal de casación realizó un informe lapidario en el que se describía la deplorable situación de las personas detenidas en comisarías y unidades penitenciarias, el hacinamiento, los problemas sanitarios, la situación de grupos vulnerables, la incapacidad judicial para revertir la situación, entre otras cosas³.

Un día antes, el Comité Nacional contra la Tortura dio a conocer dos informes dedicados a describir las condiciones de detención en las comisarías y unidades penitenciarias de la provincia⁴. Durante el año 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó medidas cautelares ante el escenario de privación de derechos de las personas detenidas en diversas comisarías de la provincia. La Resolución 04/2019, del 11/2/2019, señalaba que había 4129 personas detenidas en 483 comisarías, de las que 255 se encontraban inhabilitadas (en la resolución se mencionan comisarías que multiplicaban varias veces la

1 Resolución Habeas Corpus F3359, 21/11/2018, del Juzgado Correccional N° 2, La Plata.

2 Resolución 2301/18 de la SCBA del 22/11/2018.

3 Disponible en [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=43917&n=Ver%20Informe%20\(condiciones%20de%20detencio%26%23769%3Bn%20RC%202301\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=43917&n=Ver%20Informe%20(condiciones%20de%20detencio%26%23769%3Bn%20RC%202301).pdf).

4 Disponibles en <https://cnpt.gob.ar/informes/>.

cantidad de detenidos con relación a un supuesto cupo real)⁵.

Al finalizar el año, se produjo un corte en la cadena de pagos a los proveedores de alimentos de las unidades carcelarias, lo que hizo que los primeros días de diciembre solo se sirvieran fideos y arroz en muchos lugares de detención. A partir de esa situación, se esparció la idea de una incipiente huelga de hambre en muchas unidades, en algunas de las cuales se hizo parcialmente real.

En ese escenario (calificado como de “crisis humanitaria”), la presidencia de la Corte citó a todos los jueces penales de la provincia el 27 de diciembre de 2019, último día hábil del año, a una reunión que tuvo lugar en un enorme salón del Instituto de Estudios Judiciales en La Plata⁶. En ella, el tribunal en pleno exhortó a jueces y juezas penales al uso racional de la prisión preventiva; expresó de manera clara y precisa su adhesión a los principios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, y dedicó una parte considerable de la reunión a dejar sentado que de ningún modo avalaría, desde su espacio en el Consejo de la Magistratura, los intentos de juicio político por las decisiones de los jueces en este punto.

En diciembre, además, comenzó a reunirse una mesa de diálogo para evaluar la situación carcelaria y buscar alternativas para reducir la población privada de la libertad con representación del poder ejecutivo, el legislativo, el judicial. También participaban los ministe-

rios públicos y representantes de colectivos y organizaciones que trabajan en contextos de encierro o con personas liberadas.

Fue así que comenzó el año 2020.

Poco después de iniciadas las reuniones de la mesa de diálogo destinada a analizar la situación carcelaria, estalló la pandemia. A lo que se había dicho y resuelto durante 2019, se agregaron las recomendaciones, informes y resoluciones que definían a los lugares de detención como espacios preocupantes para el contagio. Diversos organismos internacionales –OMS, Cruz Roja, Corte IDH, todos luego citados en el fallo que aquí se comenta– exhortaron a reducir la población encerrada.

En cuanto al poder judicial, entre las decisiones de gestión que produjo la pandemia y que interesan para este comentario, la más importante fue la adoptada por la presidencia de la Corte provincial que permitió a los tribunales colegiados adoptar resoluciones unipersonales⁷. Debe tenerse en cuenta que, por edad o cuestiones de salud, muchos de los tribunales superiores de la provincia están compuestos por personas a las que se les autorizó la no concurrencia a los lugares de trabajo, sin que se encontrara suficientemente regulado ni, mucho menos, aceitado, el sistema de trabajo remoto.

II. El fallo de la casación

Promovidas por la defensa pública, llegaron al tribunal de casación dos acciones de *habeas corpus* que, en función de la normativa de excepción antes mencionada, fueron resueltas de modo unipersonal por el juez Violini el 8 de abril de 2020.

5 Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2019/4-19MC496-14Y37-15-AR.pdf>

6 Ver en <http://www.scba.gov.ar/institucional/nota.asp?expre=Situaci%F3n%20de%20las%20personas%20privadas%20de%20la%20libertad.%20Reuni%F3n%20obligatoria%20para%20jueces%20del%20fuero%20penal%20el%20d%EDa%2027%20de%20diciembre%20a%20las%2011.00%20hs.%20en%20el%20Instituto%20de%20Estudios%20Judiciales.&veradjuntos=no>

7 Por Resolución 386/20, la Corte habilitó al Presidente a dictar normas excepcionales para regular procesos y procedimientos y la presidencia (Resolución 13/20 y sus prórrogas) resolvió que, en los tribunales colegiados, las decisiones urgentes podían válidamente tomarse de forma unipersonal.

En lo que aquí interesa, el fallo consideró cuatro grupos de personas detenidas: quienes presentan riesgo de contagio y se hallan procesados por delitos leves (punto IV); quienes presentan riesgo de contagio y se encuentran procesados por delitos graves (punto V); las personas que superaron en prisión preventiva el plazo legal del proceso (punto VI); los condenados a poco de cumplir el plazo para recuperar su libertad mediante un instituto de ejecución (punto VII). Respecto de estos grupos, el fallo de casación resolvió:

a) El arresto domiciliario de aquellas *personas detenidas por delitos leves que pertenecieran a grupos de riesgo sanitario*⁸ y que aparecían en las listas que aportaron los ministerios de Seguridad y Justicia de la provincia, lo que debía ser implementado por el órgano judicial a cuya disposición se encontraba esa persona detenida.

b) La evaluación por cada órgano competente en el caso de *personas correspondientes a esos grupos de riesgo que se encontraran detenidas por delitos graves*, siempre según los listados referidos, de un arresto domiciliario – con resguardo a la víctima, si correspondía–, o aseguramiento de su aislamiento sanitario en su lugar de detención.

c) La evaluación de oficio de las prisiones preventivas en los *procesos que hubieran superado el plazo legal de duración*, teniendo especialmente en cuenta “los intereses de las víctimas, particularmente en los procesos por delitos contra la vida, la libertad, la integridad sexual y aquellos cometidos en un contexto de violencia de género”.

d) La detención domiciliaria de aquellas *personas que se hallaran a seis meses de obtener la libertad asistida o condicional* y que cumplie-

8 Por edad o por patologías preexistentes, sean mujeres embarazadas o madres con hijos menores alojados en las unidades penitenciarias.

ran con los demás requisitos legales al efecto⁹.

El fallo reiteró la prohibición de alojamiento de personas mayores de sesenta y cinco años en las comisarías y dispuso que, en lo sucesivo, todas las acciones de *habeas corpus* pendientes o a iniciarse debían ser resueltas conforme a los lineamientos de su resolución. Disponía, además, que las morigeraciones extraordinarias de la prisión preventiva, resueltas en el marco del art. 163 del C.P.P., debían hacerse efectivas aun cuando fueran recurridas, neutralizando, de ese modo, la manda en contrario que tiene ese instituto en particular (“[l]a atenuación de la medida de coerción se hará efectiva cuando el auto que la conceda quede firme”, dispone la ley de manera específica para esos casos).

En resumen, el fallo marcó una clara posición que se entroncaba con la preocupación que se venía manifestando en los antecedentes que aquí quedaron reseñados, y que, como la propia Corte referirá luego con cita de resoluciones anteriores, conformaba un “estado de cosas lesivo de derechos humanos básicos” y que comprometía la dignidad humana¹⁰.

El fallo de la casación fue adoptado el 11 de abril, tres semanas después de que se decretara el aislamiento social obligatorio y fue, quizás, la decisión con más peso político dentro de

9 Debe recordarse que la libertad asistida, en la provincia de Buenos Aires, conforme el art. 104 de la ley 12.256, se concede seis meses antes del cumplimiento de la libertad condicional y que, no obstante la reforma de la ley 27.375, sigue previendo un plazo de seis meses anteriores al cumplimiento de la condena.

10 La decisión de la Casación tenía algunas particularidades en las que no me detendré: a pesar de que el juez Violini estaba facultado para tomar una resolución unipersonal, era evidente que esta habría tenido más fuerza si hubiese sido firmado por el tribunal colegiado. De manera quizás innecesariamente disruptiva, el fallo en algunos párrafos criticaba fuertemente al procurador general; cuestionaba la coherencia de la defensa pública. Delegaba, además, la definición de delito leve y grave a lo que el ejecutivo había entendido así.

una tendencia de los tribunales bonaerenses y de todo el país, encaminada a encontrar alternativas al encarcelamiento o a flexibilizar la situación de las personas detenidas. Varias de esas resoluciones, por ejemplo, autorizaron el uso de telefonía celular, se propusieron agilizar tramitaciones destinadas a la obtención de libertades, o resolvieron cuestiones sanitarias o de provisión de materiales de higiene¹¹.

Mientras esto ocurría a nivel judicial, la gestión de la situación carcelaria bonaerense no dejaba de ser compleja. A partir de una adecuada intervención en la emergencia, se logró que la mayoría de los detenidos aceptara la suspensión de las visitas y de las salidas transitorias de aquellos que las usufructuaban.

Pero la vida en prisión era incompatible con el distanciamiento social obligatorio que se describía como condición esencial para evitar el contagio. Comenzaron a circular por las redes sociales imágenes provenientes de esos celulares que muchos detenidos ahora tenían de manera legítima y se produjeron algunas escaladas de violencia dentro de algunas cárceles (Santa Fe, Corrientes, Buenos Aires).

La más importante, por su peso político y su difusión mediática, fue la del Penal de

Devoto, del Servicio Penitenciario Federal. Las imágenes se transmitieron en vivo por todas las agencias noticiosas y el tema ocupó la primera plana de todos los diarios, donde se veían a personas detenidas en los techos, blandiendo palos¹². Se difundió la idea de que presos peligrosos saldrían de la prisión y podrían en vilo a la población, y se produjeron impactantes cacerolazos en contra de la posible liberación de personas detenidas.

A fines de abril y principios de mayo, el tema ocupó en los diarios igual o más espacio que el coronavirus¹³. Daba la impresión de que se le temía más al ataque de una persona liberada que al contagio. En varios diarios, se anunciaba el juicio político a jueces que liberaran detenidos¹⁴. La prensa anunciaba que la Corte bonaerense intervendría para regular “las liberaciones masivas”¹⁵, que pondría fin a la “polémica liberación de presos”¹⁶.

III. La decisión de la Corte bonaerense

El fallo dictado por el juez Violini llegó a la

11 En provincia de Buenos Aires: HC colectivo del juzgado de Garantías N° 1 de Bahía Blanca 02-00-000010-20-00 del 30/3; HC colectivo causa 6665 “Unidades complejo Centro, Norte y Sur”, Juzgado de Ejecución, Gral. Alvear, 30/3; HC 100.145, Sala II, Casación bonaerense, 30/3; HC colectivo promovido por CPM, Juzgado de Ejecución 2, Mar del Plata 27/3; Incidente 21059, Juzgado de Ejecución San Nicolás, 30/3; HC N°16-00-000057-20/00, Juzgado de Garantías 1 San Nicolás, del 30/3/2020; Juzgado de Ejecución N° 1 de San Isidro, Habeas Corpus Colectivo N°16738 del 18/3/2020. A nivel nacional: Juzgado Ejecución Penal de General Roca, causa “Coronavirus s/ejecución”, del 31/3/2020; Juzgado Penal Colegiado N° 1, Mendoza, “Habeas Corpus Correctivo y colectivo Xumek”, del 30/3/2020; Juzgado Coordinación de Ejecución de la Pena del Chubut, res. del 20/3/2020 y 27/4/2020; Cámara Nacional de Casación Penal, Acordada 5/2020 del 23/4/2020; Cámara Federal de Casación Penal, Acordada 3/20 del 13/3/2020.

12 Ver https://www.clarin.com/politica/motin-devoto-gobierno-habilitara-reduccion-penas-presos-negociacion-puede-complicar_0_c8VDNurA.html, o <https://www.perfil.com/noticias/policia/el-motin-de-devoto-por-dentro-los-videos-que-filmaron-los-presos.phtml>.

13 Ver, por ejemplo, <http://edicionimpresa.lanacion.com.ar/la-nacion/20200430>; o <https://tapas.clarin.com/tapa.html#20200429>; o <https://tapas.clarin.com/tapa.html#20200502>.

14 Ver <https://www.perfil.com/noticias/politica/piden-juicio-politico-del-juez-victor-violini-por-liberacion-de-presos.phtml>; <https://www.infobae.com/politica/2020/05/01/sergio-massa-pedira-el-juicio-politico-de-tres-jueces-de-la-provincia-de-buenos-aires-que-liberaron-presos-con-la-excusa-del-coronavirus/>; o <https://www.lanacion.com.ar/politica/piden-juicio-politico-jueza-pineiro-bertot-liberar-nid2361654>

15 Ver <http://edicionimpresa.lanacion.com.ar/la-nacion/20200503>.

16 Ver <https://tapas.clarin.com/tapa.html#20200504>.

Corte a raíz del recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal. En el medio, hubo una serie de aclaratorias los días 13 y 21 de abril, reafirmando la ejecutoriedad de las medidas morigeradoras aunque no estuvieran firmes, la necesidad de notificación a las víctimas y disponiendo la exclusión de ciertos delitos graves del punto resolutivo dedicado a la salida seis meses antes de las personas condenadas.

Unos días antes de resolver sobre el fondo, la corte dictó una decisión de admisibilidad en la que afirmó que la impugnación de la fiscalía imponía efectos suspensivos a la decisión casatoria. Se hizo valer, así, la regla del art. 431 del C.P.P., según la que “las resoluciones judiciales no serán ejecutadas durante el término para recurrir, ni durante la tramitación del recurso, en su caso, salvo disposición expresa en contrario, o que se hubiera ordenado la libertad del imputado”.

Pocos días después, el 11 de mayo, se dictó la decisión sobre el fondo, en la que se hizo lugar parcialmente a los agravios de la fiscalía. Se tuvo por indiscutida la superpoblación y el hacinamiento, la gravedad de la situación sanitaria desatada por el coronavirus y el hecho de que ciertos grupos de detenidos se hallaban más vulnerables frente al riesgo de contagio. Se mencionaron, además, las recomendaciones y guías de actuación establecidas por la OMS, la Cruz Roja, la CIDH y la Corte IDH¹⁷.

También, antes resolver los agravios, la Corte recurrió a una práctica que suele utilizar cuando se trata de un reclamo por el colapso de la situación carcelaria: dejó en claro que la cuestión siempre ha sido materia de su preocupación e hizo un racconto de numerosas decisiones tomadas desde 2007 destinadas

a asegurar condiciones dignas de detención. En verdad, ya ese repaso parece dar sustento por sí solo a la decisión recurrida, pues pone en evidencia el fracaso del tipo de decisiones adoptadas hasta ahora por el poder judicial para poner fin a un cuadro que empeora a lo largo del tiempo.

Luego el tribunal señaló la incidencia de reformas dictadas por el Congreso nacional y por la legislatura provincial en el endurecimiento de las penas o en los obstáculos para recuperar la libertad, que tuvieron un efecto directo en el aumento de personas detenidas, sin que ello viniera acompañado del aumento proporcional de plazas. En considerandos posteriores, el tribunal señaló que existen medidas pasibles de adoptarse por otros poderes del Estado y citó algunos ejemplos de indultos o amnistías adoptados en otros países.

Si bien se trata de un *obiter dictum*, las menciones de la Corte en este punto merecen atención; no como una forma de desplazar la responsabilidad que le cabe a los jueces (y a los miembros del Ministerio Público Fiscal), sino como evidencia de la responsabilidad de los demás poderes en el diseño de esta suerte de efecto cuello de botella con resultados del tipo “puerta 12” o “Cromañón”. Me refiero al modo en que esos otros poderes alimentan el ingreso de cada vez más personas a un espacio de encierro incapaz de contenerlas y que periódicamente genera hechos como los de las muertes en la comisaría de Pergamino, en 2017 (siete muertos), o de Esteban Echeverría, en 2018 (diez muertos). Con menos visibilidad, el efecto es una degradación oculta en las condiciones en las que diariamente viven miles de personas en prisión.

El fallo mencionó que el juez se habría apartado de lo normado por el art. 417 del código (que fija la competencia recursiva en materia de *habeas corpus*), pero, sin embargo, no se detuvo allí, sino que analizó el carácter colectivo o no del reclamo sobre la base del que el magistrado firmante había resuelto el caso.

17 De la reseña que el fallo hace del recurso, surge que la propia fiscalía coincidía en la necesidad de tomar medidas urgentes e “imprescindibles para resguardar la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad”.

Y la Corte sostuvo que no había aquí un caso colectivo, que la homogeneidad del grupo no era tal y que se había prescindido de la singularidad de sus miembros. Según el tribunal, más allá de que los beneficiarios eran personas detenidas, de un universo de riesgo y con prioridad en sus reclamos por la situación que atraviesan, la similitud de circunstancias apreciables en la superficie no podía soslayar la necesidad de ponderar cada caso según sus peculiaridades. Ello requiere, sostuvo el tribunal, el análisis de cada juez a cuya disposición se encuentra cada persona detenida. El fallo refiere que, además, así lo había decidido la presidencia de la Corte en una resolución anterior (Res. 52/20), de modo que la decisión del juez Violini, al ser adoptada fuera de cada expediente, se apartaba de un criterio mencionado¹⁸.

La Corte entendió que no debía ser la división entre delitos leves y graves el único barómetro que determinara las decisiones en torno a la aplicación de las medidas dispuestas en la decisión impugnada. Cuestionó, también, que la Casación modificara la regla del código sobre que la morigeración extraordinaria solo se debe hacer efectiva cuando el auto que la conceda quede firme. Respecto de otro agravio de la fiscalía, fundado en que la decisión no había cumplido con la ley nacional de víctimas (ley 27.372), la Corte respondió que, si bien hay un cúmulo de normas internacionales, provinciales y nacionales que enuncian derechos de las víctimas, la ley mencionada no es aplicable en territorio bonaerense. De hecho, la ley nacional invita a las jurisdicciones locales a readecuar la legislación procesal, lo que no sucedió en la provincia. Sin embargo, señaló que el conjunto de textos invocados impone directivas de actuación a los

jueces en torno a los derechos de las víctimas “según su razonada discreción y con arreglo a las circunstancias de cada caso”.

En su cuestionamiento a que la escala penal pueda resultar un criterio definitorio al resolver el fin o la atenuación de un encarcelamiento, la Corte enumeró una serie de estándares que los jueces deben tener en cuenta tanto cuando se trata de procesados como de condenados: los bienes jurídicos afectados, las condiciones personales, el grado de intervención asignada por el delito, las modalidades de la comisión, el nivel de organización delictual, la pena en expectativa o la ya establecida, el examen del nivel de avance del proceso y de los riesgos procesales, la situación de la víctima al momento de la decisión (entre otros aspectos, su relación con el domicilio del procesado o condenado) y la existencia de lugares especiales para alojar personas en riesgo sanitario agravado. Agregó, finalmente, todo otro factor a sopesar prudencialmente por el órgano judicial competente.

En el caso de la víctima, señaló, especialmente, su vulnerabilidad (por ejemplo, en casos de violencia familiar, o de género o agresión sexual). Refirió que, en el caso de violencia de género, debe evaluarse la seguridad de las víctimas y sus familiares, el principio de indemnidad y la prevención de intimidaciones, represalias o riesgos como consecuencias de sus denuncias. Los criterios establecidos en la decisión son, en cierto modo, un despliegue más detallado de algunos de los supuestos que la ley procesal, en su art. 148, ya prevé¹⁹.

18 De modo que, conforme lo entendió la Corte en el fallo comentado, el caso no se parecería a “Verbitsky”, ni a “Rivera Vaca”, ni a “Mignone”.

19 Art. 148 del C.P.P. “Peligro de fuga y de entorpecimiento. Para merituar acerca de los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, las condiciones personales del imputado, la posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos, si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, que hicieren presumir fundadamente que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investiga-

También hizo especial hincapié en las mujeres privadas de la libertad embarazadas y/o con hijos o hijas menores de 5 años y la situación de personas LGBTI.

Finalmente, en la parte dispositiva, se ordenó a los jueces que resolvieran con celeridad y según los estándares fijados en la resolución, la situación de las personas con mayor riesgo de contagio, sin discriminar entre imputados o autores de delitos leves y graves. Aquellas morigeraciones ya concedidas e impugnadas debían ser revisadas conforme las pautas fijadas por la Corte y con intervención de las víctimas en los términos desarrollados en los considerandos. Las prisiones preventivas superiores al plazo legal debían reevaluarse, y las decisiones sobre salidas anticipadas (seis meses antes de la libertad asistida o condicional) debían adecuarse, siempre conforme las directrices fijadas en el fallo aquí comentado

ciones. Para merituar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias:

1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga;
2. La pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual.
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

Para merituar acerca del peligro de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta la grave sospecha de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba,
2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos formen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente,
3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos”.

y considerando los derechos de las víctimas.

Asimismo, ratificó la prohibición de alojamiento de mayores de 65 años, enfermos y niños en las comisarías, recordó la aplicación de una resolución de la propia Corte relacionada con la detención de mujeres embarazadas o con niños; revocó la decisión de Violini respecto de que en el futuro las decisiones en procedimientos de *habeas corpus* tramitaran del modo en que se había resuelto el caso en casación.

Por último, la Corte exhortó a la regulación por ley provincial de los derechos de las víctimas, y al ejecutivo para que tomara las medidas sanitarias necesarias respecto de personas encarceladas; e hizo saber la necesidad de profundizar los esfuerzos para ampliar los canales de comunicación e información existentes, entre otros, el de la Mesa de Diálogo conformada por el decreto 24/19.

IV. Reflexiones sobre algunos aspectos centrales del fallo

IV.1. El efecto suspensivo de la decisión de casación

Como se dijo, la decisión declaró admisible el recurso de queja de la fiscalía contra la denegatoria del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y afirmó el efecto suspensivo de esa queja, en función de la regla general prevista en el art. 431 de C.P.P.²⁰.

En primer lugar, no resulta del todo claro que la queja ante un recurso extraordinario denegado tenga esos efectos. En contra, señalaba Clariá Olmedo (1966, 502), toda queja carece de efectos suspensivos, aun en los sistemas que fijan dicho efecto como

20 Las resoluciones judiciales no serán ejecutadas durante el término para recurrir, ni durante la tramitación del recurso, en su caso, salvo disposición expresa en contrario, o que se hubiera ordenado la libertad del imputado.

regla general en materia de impugnación²¹.

Pero aun si lo tuviera, debiera reevaluarse la afirmación conforme la que el recurso contra una decisión judicial de hacer lugar a un *habeas corpus* siempre tendrá efecto suspensivo, salvo en los casos en que se resuelva la libertad (excepción para todos los recursos según el código procesal bonaerense).

Basta pensar en el traslado inmediato de un detenido, la orden de entrega de medicación faltante o el cese de condiciones de detención degradantes. Un efecto suspensivo que llegara al recurso de queja ante el máximo tribunal provincial correría el riesgo de neutralizar el efecto inmediato que el *habeas* está llamado a cumplir. Aun por fuera de un proceso de *habeas*, ello puede resultar complejo. Difícilmente pueda aceptarse, por ejemplo, en el caso de la exclusión o la prohibición del ingreso al hogar ordenada como medida cautelar por un juez de garantías en causas de lesiones dolosas entre convivientes. Un recurso interpuesto contra ello por gravamen irreparable neutralizaría toda acción protectora de la víctima.

Este caso tenía la particularidad, además, de tratarse de un *habeas corpus* colectivo en favor de quienes la propia Corte afirmó se encuentran viviendo en “peligrosas condiciones de hacinamiento que no sólo inciden en la imposibilidad de prestar asistencia básica y ambientes dignos, sino que atentan contra la integridad física de los detenidos y el personal que los custodia”.

En el caso del procedimiento de amparo, la ley especial de la provincia (ley 13.928) prevé que el efecto de la decisión que lo concede solo será suspensivo si el juez entiende que el caso lo amerita. Traigo esto a colación porque tanto

el amparo como el *habeas corpus* se encuentran previstos en las constituciones nacional y provincial. La constitución bonaerense, respecto del hábeas, señala que el juez “hará cesar inmediatamente y dentro de las veinticuatro horas, la restricción, amenaza o agravamiento, aún durante la vigencia del estado de sitio”.

La regulación del amparo, además, daría pábulo a una interpretación extensiva en favor de condenados e imputados cuando se trata de *habeas corpus*. Es el tipo de razonamiento que llevó adelante la CSJN en “Verbitsky”, cuando derivó características de este proceso de la acción de amparo. Señaló que el *habeas* colectivo es viable, porque lo es el amparo y, con relación al modo en que están regulados en el art. 43 de la CN:

[...] es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (consid 16).

Una interpretación contraria llevaría a concluir que, a fin de hacer efectiva la solución que se requiere, sería conveniente reclamar estratégicamente por el derecho a la salud, a la alimentación, a las condiciones dignas de detención mediante amparo, en lugar de hacerlo mediante *habeas corpus*, pues la primera acción no requiere de la firmeza para hacer efectivos los derechos que se reconocen en primera instancia.

La neutralización de la ejecución de la decisión de *habeas* es más complicada aún si tenemos en cuenta que, en la provincia de Buenos Aires, viene siendo algo laxa la interpretación en cuanto a quiénes se encuentran legitimados para recurrir. En diversos procesos, se reconoció tal rol al servicio penitencia-

21 En el mismo sentido, el TCBA, Sala III, 20/03/12, “S.A. s/Recurso de queja”, c.Nº29.473. Cabe destacar que el art. 292 del C.P.C.C. de la provincia establece que la queja no suspende la sustanciación del proceso, salvo que se requieran los autos para resolverla.

rio provincial o a la oficina ministerial de la que depende²². Es fácil imaginar de qué modo hacer naufragar el carácter expedito de una acción, si el resultado puede ser suspendido gracias a intervenciones de actores diversos que obliguen a recorrer las numerosas estaciones recursivas previstas en las leyes.

Queda por pensar lo relativo a la decisión de hacer operativas las medidas morigeradoras extraordinarias del art. 163 del C.P.P. recurridas por las partes en los expedientes en los que se hubieran ordenado. No se trata ya del efecto suspensivo del *habeas*, sino de la operatividad de la morigeradora que el *habeas* resolvió.

Para entenderlo mejor, si la Corte hubiese ratificado la decisión impugnada luego de haber dado efecto suspensivo al *habeas*, podría haber resuelto el efecto ejecutivo de las morigeradoras. Además, la decisión del juez Violini no trataba exclusivamente sobre morigeraciones al encarcelamiento preventivo, pues se proyectaba también sobre posibles prisiones domiciliarias de condenados, ceses de prisiones preventivas o excarcelaciones que pudieran surgir de la evaluación de prisiones preventivas que se hubieran extendido más allá del término legal.

La Corte, en este punto, consideró que la decisión violaba lo dispuesto en el art. 163 del C.P.P. y afirmó la necesidad de que las morigeraciones extraordinarias queden firmes para hacerlas efectivas. En una suerte de decisión salomónica, ordenó que todas aquellas que habían sido recurridas y ejecutoriadas fueran revisadas²³.

22 Ver, por ejemplo, entre otros, TC0006 LP 54705 RSD-26-12 S 04/12/2012

Carátula: “D. d. l. U. 5. M. s/Recurso de queja”, donde se fundó la legitimación procesal del Subsecretaría de Política Criminal e Investigaciones Judiciales del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires en el Decreto 602/1 y la doctrina jurisprudencial derivada de la C.S. en “V., H s/hábeas corpus”, otros de la S.C.B.A. (Ac. 104.930 y 107.982).

23 En este punto, la cuestión puede volverse más com-

IV.2. La asistemática elasticidad en la aplicación de la ley

La decisión propuso una adecuación dispar a la letra de la ley. Como se mencionó en el punto anterior, la Corte cuestionó la decisión del juez Violini de dar efecto no suspensivo a las decisiones de morigeración o arresto domiciliario, en función de la regla impuesta por el art. 431 del C.P.P. Para el tribunal, la situación carcelaria y la sanitaria no justificaban la adopción de una tesis contraria a la ley. También, como se dijo, sostuvo que no debía aplicarse la ley de víctimas porque se trata de una norma nacional que, en los propios términos de su formulación, ponía en evidencia que no era aplicable en las provincias sin modificaciones legales propias de cada jurisdicción.

Sin embargo, la misma decisión imponía el acatamiento del art. 11 bis de la ley 24.660, cuya incorporación a la ley de ejecución había sido realizada en iguales condiciones en que se dictó la ley de víctimas; es decir, con la invitación a las provincias para que adecuaran su legislación al caso allí regulado. Recién allí, sería aplicable en causas que tramitan bajo la ley bonaerense.

De hecho, la decisión impugnada había sido tomada por un solo juez, cuando, en verdad, según la ley, se trataba de resoluciones que correspondía que adoptaran órganos colegiados (art. 415 del C.P.P.). Si no había sido de ese modo, es porque la propia SCBA había modificado una regla del código para habilitar soluciones en un escenario inédito como la aparición del virus COVID-19 y el aislamiento social obligatorio. Esa decisión, inclu-

pleja. La Corte había resuelto el asueto mediante Resolución 386/20 con plazos suspendidos que fueron ratificados luego por Resolución 480/20, de modo que podía entenderse que todas las morigeradoras concedidas estaban en plazo de apelación y, por ende, que un recurso posterior al *habeas* habilitara su reexamen.

so, tampoco había sido tomada por la Corte, sino por el presidente de la Corte a raíz de la delegación que el tribunal había dispuesto²⁴.

La cuestión aquí no es trazar un mapa de contradicciones, pues la aparición del COVID-19 trajo tal descalabro a la vida social en general que sería irracional pretender que en el camino no hubiera marchas y contramarchas. De lo que sí se trata es de pensar cuáles son las áreas en las que el impacto de la epidemia sobre el colapso carcelario habilitan (si es que lo hacen) a flexibilizar ciertas reglas o a adecuar algunas prácticas.

IV.3. La identificación del colectivo

La Corte negó que el colectivo se tratara de un todo homogéneo, que se pudiera resolver en función del conjunto, pues entendió que cada caso presenta particularidades que imponen una decisión individual. Este es, quizás, uno de los puntos más complejos de la decisión, porque afecta de manera directa las estrategias de litigio estructural a futuro.

¿Cuáles deben ser las condiciones para que prospere un reclamo respecto de una privación de derechos que afecta a un grupo determinado? Parecería razonable afirmar que la conformación de esos individuos como “grupo” depende siempre de las propiedades que quien lo define encuentra comunes y que prioriza sobre sus diferencias²⁵. Los universos de detenidos y detenidas, de detenidas mujeres, de detenidas embarazadas, de detenidos

con determinados problemas de salud, solo son “colectivos” cuando se selecciona aquella característica que consideramos relevante y la privilegiamos por sobre lo que distingue a los miembros de ese grupo (de modo que una persona extranjera, o trans, o con TBC podría pertenecer a tres grupos diferentes).

La Corte ha señalado que no es suficiente, para conformar un colectivo, identificar a las personas privadas de su libertad, en condiciones de hacinamiento violatorias de sus derechos, en tiempos de pandemia y con problemas de salud que las vuelven más vulnerables ante la posibilidad de contagio²⁶. Considera que esas cualidades no permiten eclipsar las diferencias entre cada integrante del conjunto.

Fundamenta su aserto explicando que, en otros casos, el denominador común sí implicaba la afectación de derechos a todos sus integrantes y permitía identificar un colectivo determinado: “Rivera Vaca”, sobre el alojamiento de personas en lugares inadecuados, y “Mignone”, sobre la privación del derecho al voto de todas las personas detenidas sin condena. También indica que el caso “solo en apariencia” se parece a “Verbitsky”. Allí, la CSJN había trazado lineamientos estructurales genéricos, algunos mandatos de adecuación normativa, espacios dialógicos y otras medidas de mediano y largo plazo, y derivó la decisión a los jueces de la causa.

Lo llamativo es que, en “Verbitsky”, el recurrente había llegado a la CSJN y había sido

24 Ver nota 7. El fallo recurrido ante la Corte contenía otros apartamientos de la ley: Fijaba un arresto domiciliario seis meses antes del plazo para acceder a una forma de libertad mientras se dieran las condiciones para el acceso a esas libertades. Ello no fue tratado por la Corte. Aparentemente, conforme surge de la reseña que el fallo hace del recurso, no había sido materia de agravio.

25 Quizás uno de los ejemplos más interesantes es el que postula la definición de archipiélago como un conjunto de islas separadas por aquello que las separa.

26 Conforme criterios sanitarios (en un contexto en el que la propia Corte cita la declaración 1/20 de la Corte Interamericana, del 9 de abril pasado en la que, en referencia a la población penitenciaria en su conjunto, refirió que: “Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda 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”).

exitoso en su reclamo quejándose de lo mismo que sigue sosteniendo hoy la Corte bonaerense. También allí –al menos, en el *racconto* que hace el fallo federal– la Corte bonaerense había sostenido que los jueces de la causa debían analizar cada caso concreto de manera individual, lo que obligaba a interponer una acción de *habeas corpus* correctivo por cada persona detenida. El recurrente había dicho que la decisión del tribunal provincial desconocía la posibilidad de accionar en defensa de derechos e intereses colectivos, contenidos en el art. 43 de la CN. En otras palabras, la Corte refiere que, a diferencia del actual, en “Verbitsky” sí había un colectivo, pero lo cierto es que cuando le tocó decidirlo antes de que la causa llegara a la CSJN había negado la existencia del colectivo como tal.

Parecería que se produce aquí una confusión entre la determinación de la existencia de un colectivo y el tipo de decisión que corresponde tomar respecto de ese colectivo. Una mixtura que parece derivarse de la dependencia entre ambas cuestiones: la funcionalidad de la clasificación de un colectivo, en una decisión judicial, se funda en la operatividad de la intervención del derecho en función de esa clasificación. El conjunto de personas pelirrojas puede conformar una categoría desde un cierto punto de vista, pero sería de nulo significado para el derecho²⁷.

La CSJN, en “Verbitsky”, como expresamente lo mencionaba en sus considerandos, había dado curso a un *habeas corpus* en el que identificó como colectivo al conjunto de personas detenidas en comisarías, alcaidías y unidades penitenciarias en condiciones de hacinamiento. En esa resolución, entre otras cosas, la Corte federal derivó a los jueces, a

cuya disposición estaban las personas detenidas, la decisión sobre la continuidad del encierro una vez que recibieran un informe sobre las condiciones de detención.

Se observa aquí una cuestión compleja a resolver: ¿De qué sirve que se reconozca un colectivo que acciona como tal, si la consecuencia de ese reconocimiento es la remisión a cada juez a cuya disposición se encuentra cada miembro de ese conjunto para que resuelva su situación por separado? La división se vuelve tan difusa que es posible encontrar jurisprudencia que hace lugar a una acción de *habeas corpus* y, consecuentemente, remite a los jueces de la causa para que resuelvan cada caso, o que no hace lugar al *habeas corpus*, y remite actuaciones a los jueces de la causa para que, en cada caso, resuelvan la situación (¡!).

La cuestión parece radicar en los criterios que el tribunal impone a los jueces “de la causa” para resolver cada caso concreto; en qué medida fija (o no) directivas destinadas a modificar el estado de cosas lesivo que dio origen a la acción y que, por las características del caso, no pueden ser directamente aplicadas a los individuos del conjunto²⁸.

Esas directivas deben ser claras, precisas y eficientes. Hacer lugar a un *habeas corpus* colectivo y remitirlo a los jueces reiterando un rosario de derechos por todos conocidos no parece ser una herramienta útil. De hecho, como acertadamente lo señala la propia Corte, hace años que viene preocupada por la situación, citando normas nacionales e internacionales, jurisprudencia constitucional y convencional, pero ello no ha movido suficientemente el fiel de la balanza hacia el lado de los derechos. Quizás, hace quince años, el fallo “Verbitsky” lograba un mayor impacto

27 A menos que su condición de pelirrojas derive en una consecuencia que el derecho sí podría tener en cuenta (discriminación, vulnerabilidad ante una enfermedad, etcétera).

28 Cuando no se toma directamente respecto del colectivo (se debe hacer efectivo el derecho al voto de todos los procesados detenidos, se prohíbe el alojamiento de menores de edad en comisarías).

con menos especificaciones; no solo porque era la Corte federal, sino, además, porque era un fallo innovador y el desgaste del discurso no era tan acentuado²⁹.

La decisión que venía ahora recurrida tenía la fortaleza de identificar a los grupos a los que iba dirigida y fijar pautas de actuación en función de la situación carcelaria y las condiciones pésimas de detención reconocidas. En algunos de los casos, era más explícita: los delitos leves y la situación de quienes, seis meses antes de los plazos legales, cumplían las demás condiciones para acceder a la libertad condicional o a la libertad asistida. En otros, daba dos opciones que parecían abarcar el universo de actuación posible: o que la persona siguiera encarcelada asegurando condiciones de detención sanitarias adecuadas, o que se dispusiera su arresto domiciliario. Tanto en estos casos, como en los de las prisiones preventivas que superaran el plazo del art. 141, el verbo utilizado por la casación para determinar lo que los magistrados debían hacer era “evaluar”.

En conclusión, el único grupo respecto del que la casación había dispuesto directamente una medida a cumplir por los jueces eran los delitos leves, identificados por los listados enviados desde el poder ejecutivo. En los demás, incluso, había referido la necesidad de evaluar el impacto de desencarcelamientos en los derechos de las víctimas en cada caso.

Este es uno de los puntos más complejos del fallo de Corte: la fragilidad del criterio para reconocer un grupo homogéneo. Si se leen los considerandos, pareciera sostener que no pueden conformarlo las personas detenidas en el sistema carcelario provincial superpoblado en tiempos de pandemia y con mayor vulnerabilidad ante el contagio. Pero, a

la luz de lo que dejó en pie en el resolutorio, pareciera que la crítica al colectivo se centra en la conformación de conjuntos “delito grave/delito leve”, pues ellos fueron los únicos que desaparecieron del original para fundirse en una manda genérica destinada a resolver cada caso según sus particularidades y en función de los criterios sentados en el fallo.

IV.4. La clasificación de delito leve como pauta para poner fin al encarcelamiento

La Corte tacha de falta de fundamentación a la distinción que Violini hace entre delitos leves y graves. Refiere que es ambigua e imprecisa y que, aunque las escalas penales suministran un parámetro objetivo para apreciar la gravedad del hecho o valorar la relevancia del bien jurídico comprometido, no son determinantes. La Corte señaló que la mera remisión, como único baremo, a la clasificación de los delitos en leves y graves carece de base legal, pues “no debe erigirse en el único cartabón a emplear a modo de regla omnicompreensiva”.

En función de esa premisa, el fallo cuestiona la decisión de desencarcelar a unos cientos de detenidos en función pura y exclusivamente de la cantidad de pena. La decisión no es irrazonable; es cierto que aun con penas leves, puede tratarse de hechos considerados socialmente graves. No es inusual descubrir que comportamientos altamente lesivos o socialmente repudiados pueden ser atrapados por tipos penales de baja penalidad.

Los estudios de género han sido quizás los que han exhibido con mayor claridad la gravedad de ciertos hechos que, en su previsión legal, tienen una pena relativamente baja. En los delitos vinculados a violencia de género es donde se ha vuelto más habitual observar la persistencia de la coerción en base a situaciones de riesgo evidentes, espirales ascendentes de violencia y la constatación de la necesidad

²⁹ Por una extraña coincidencia, este fue resuelto exactamente 15 años después de que la Corte provincial dictara el fallo Verbitsky que instrumentalizaba la decisión de la CSJN.

de protección a la víctima –aun en casos de tipos penales correccionales–.

También es cierto que la escala penal tiene un rol esencial en el diseño de la persecución, parece surgir razonablemente de la regulación de distintos institutos legales de fondo y procesales: la condena condicional, la suspensión del juicio a prueba, la división entre justicia correccional o criminal (que subsiste en provincia), los requisitos para acceder a un tribunal unipersonal o colegiado, a un juicio abreviado o a un juicio por jurados, la regulación de archivo y de solución alternativa de conflictos también incluyen previsiones relacionadas con la pena que podría imponerse en caso de condena.

La cuestión invita a una relectura de la doctrina surgida del fallo de la CSJN “Nápoli”, del 22/12/1998. Allí se había sostenido que no correspondía hacer excepciones al instituto excarcelatorio “exclusivamente sobre la base de la naturaleza del delito imputado y la protección de los bienes jurídicos a los que se vincula”. También que era inválida “la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas –por más aberrantes que puedan ser–”. En “Nápoli” se apuntaba que era la escala penal con la que se amenaza un delito el baremo central en función del que puede derivarse un indicio a favor o en contra del encarcelamiento de un imputado. El tenor del fallo que ahora se comenta parece diluir el valor de la escala en el caso concreto, haciéndolo jugar con una serie de estándares diversos de la misma jerarquía.

El fallo, entonces, puede servir de punto de inflexión para repensar la coerción de un modo más completo. Probablemente, lo que genera más resquemor, en clave de derechos, es que mientras en otras decisiones en las que se discute la función de la pena del delito en abstracto (“Loyo Fraire”, por ejemplo) se intenta fundar libertades a pesar de superar un

límite de pena, en este caso, el cuestionamiento a la cantidad de pena se dirige a fundar un mayor encarcelamiento, aun en el supuesto de penas leves. En ambos casos, se cuestiona la guía de la pena, en unos, para habilitar menos privaciones de libertad, y en este, para habilitarlas en un contexto de hacinamiento y crisis sanitaria a nivel penitenciario.

IV.5. La participación de la víctima

El universo de variantes que trae la cuestión de la víctima permite abrir varios carriles de discusión.

En primer lugar, uno de los agravios de la fiscalía fue que la casación se había negado a aplicar la ley 27.372. Como se dijo, la Corte lo rechazó, pues expresó que la ley nacional “necesita del acto de incorporación al ordenamiento local a través del dictado, por parte de la Legislatura, de normas de adecuación”; pero luego citó el art. 11 bis de la ley 24.660, que prevé el derecho de la víctima a ser informada y opinar sobre diferentes decisiones ligadas a la atenuación de la prisión o formas de libertad reguladas en la ley³⁰. El juez que no cumple la manda, incurrirá en falta grave. Sin embargo, dicho artículo corre la misma suerte que la ley 27.372, porque fue reformado mediante la ley 27.375 que, en su art. 40, invita también a las provincias a readecuar su legislación a las pautas de la nueva disposición nacional. Es poco claro por qué sería de aplicación el segundo, pero no el primero³¹.

30 a) Salidas transitorias; b) Régimen de semilibertad; c) Libertad condicional; d) Prisión domiciliaria; e) Prisión discontinua o semidetención; f) Libertad asistida; g) Régimen preparatorio para su liberación.

31 Incluso hay un párrafo algo oscuro en relación con esta supuesta no aplicación de la ley nacional, pues la Corte parece cuestionar la vía del habeas corpus colectivo por el hecho de que se vea dificultada “una cierta audiencia a las víctimas de los respectivos delitos” (considerando IV.3.b.vi.).

Leído en contexto, la mención de la Corte a la inaplicabilidad de la ley nacional pareciera más una respuesta al embate mediático contra los jueces, cuyo caballito de batalla era el supuesto incumplimiento de esa ley³². Pensado el fallo en estos términos, el tribunal se habría posicionado en un lugar intermedio en el que, sin negar derechos a las víctimas a partir de otras fuentes, acalló las acusaciones contra magistrados provinciales por el supuesto incumplimiento de una ley que, en verdad, no rige en la provincia.

Más allá del rechazo a la aplicación de la ley de víctimas, la Corte señaló que, por tratarse de derechos que ya aparecen enunciados en documentos internacionales y referidos en algunos casos en la propia ley provincial, la situación de la víctima no debe ser desoída por los jueces que deben decidir la coerción o la modificación en la ejecución de la pena de una persona detenida.

De modo que, aunque se excluye la aplicación de la ley nacional, se impone una manda difusa sobre los jueces destinada a que evalúen la situación de las víctimas, ante una falta de regulación específica que la propia Corte señala. Existen, según la resolución, “ciertas directivas de actuación, cuya observancia por los jueces, según su razonada discreción y con arreglo a las circunstancias de cada caso, es dable propiciar”.

Discursivamente, a lo largo del fallo, la situación de las víctimas aparece en un primer plano en forma reiterada. Cuando cuestiona que la casación haya considerado como determinante un monto de pena, señala que debe tenerse en cuenta especialmente “la posible situación de vulnerabilidad de la víctima –v.gr:

en casos de violencia familiar o de género o agresión sexual intrafamiliar o de persona allegada, etc.–”; con cita de las Reglas de Brasilia, reitera la necesidad de considerar “la situación y en su caso con audiencia de la víctima”.

Cuando fija estándares para resolver el fin de un encarcelamiento, incluye “*las particulares relaciones con las víctimas*”. Resalta la necesidad de evaluar “*la situación de la víctima al momento de la decisión y, entre otros aspectos, su relación con el domicilio constatado del procesado o condenado reclamante*”. Considera que no debe descuidarse “*el enfoque sobre la situación de la víctima, en especial, su vulnerabilidad –v.gr.: en casos de violencia familiar o de género o agresión sexual, al sólo efecto enunciativo–*”. En casos de víctimas de violencia de género, “*debe tenerse en cuenta el estándar de protección para su seguridad y la de sus familiares, el principio de indemnidad y la necesidad de prevenir intimidaciones, represalias o riesgos como consecuencia de sus denuncias*” Además, en la parte resolutive, la situación de la víctima tuvo un protagonismo central –había sido señalada especialmente en la decisión de casación recurrida–, ya sea por su remisión a los considerandos o por la expresa mención de ella.

Ante la inexistencia de una norma igual a la ley 27.372 en la provincia, la Corte debió poner un reiterado énfasis y una vasta fundamentación del rol creciente que se le asigna a la víctima en el proceso penal (basta apreciar la conversión de la acción pública en privada del art. 3234 bis y concs. del C.P.P., y actual art. 73 del C.P.). Más allá de su razonabilidad, la decisión deja abierto un espacio de límites imprecisos. ¿En qué casos se debe hacer la consulta? Pareciera que los supuestos de violencia sexual, doméstica y de género son un ejemplo claro. Pero, ¿deben los jueces consultar a las víctimas de robos o hurtos –que conforman el 43% de personas detenidas según el R.U.D.? ¿Corresponde que evalúen su

32 Ver, por ejemplo, <https://www.telam.com.ar/notas/202004/456735-massa-juicio-politico-jueves-liberacion-presos-coronavirus.html> del 27 de abril, o https://www.cadena3.com/noticia/radioinforme-3/piden-juicio-politico-a-jueces-que-violen-la-ley-de-victimas_259215 del 4 de mayo.

necesidad en cada caso³³. La repetida enunciación a lo largo del fallo parece dirigida a condicionar fuertemente las decisiones de los jueces a futuro³⁴.

V. Efectos del fallo y conclusiones

La Corte no revocó la decisión originaria, sino que reencauzó las peticiones que allí se habían resuelto. El verbo *revocar*, en verdad, aparece en la parte resolutoria, cuando deja sin efecto la disposición de Violini de que todos los *habeas* en el futuro se adecuaran a su decisión.

El fallo tuvo la virtud de haber sido dictado con celeridad. Los plazos de los tribunales superiores suelen tener una elasticidad que los vuelve inexistentes. Podría haber ocurrido que una vez suspendidos los efectos de la decisión recurrida, el fallo se demorara en llegar. No fue el caso.

El litigio fue resuelto, además, en forma unánime por los jueces que integran el tribunal. Ello permite asignarle un fuerte peso político. Es mucho más claro y contundente el mensaje cuando la decisión es compartida por todos los jueces de un tribunal superior.

La decisión también desactivó el creciente nivel de tensión generado a partir de cierta percepción social –justificada o no,

provocada o no– en cuanto a que el encarcelamiento sería una fuente de riesgo para la población en general. Titulares de diarios, diatribas de representantes políticos y la falsa presentación de toda decisión liberatoria como si fuera un factor destabilizante de la vida en comunidad pronto desaparecieron. Lo mismo sucedió con las amenazas a los jueces y el anuncio de juicios políticos.

El fallo intentó, además, incorporar la responsabilidad de los demás poderes del Estado en la construcción del escenario de colapso carcelario. Ello fue desarrollado, principalmente, en los considerandos. A diferencia de lo que ocurrió con las víctimas –que se exhortó al legislativo a dictar una norma al respecto–, la parte dispositiva no recogió esas consideraciones, y solo incluyó una invitación a la continuidad del diálogo y señaló la necesidad de tomar medidas sanitarias adecuadas.

En cuanto a los derechos de las personas detenidas, la decisión obtuvo la morigeración directa respecto de delitos leves y afirmó la regla conforme a la que las decisiones que conceden morigeradoras extraordinarias no son ejecutables cuando están recurridas.

Readecuó el fallo en crisis adjudicando a cada juez la decisión respecto de la persona detenida en la causa que tramite ante el organismo a su cargo y agregó un filtro de estándares a evaluar en cada caso.

En definitiva, el fallo trazó cuatro efectos a futuro respecto de la situación de las personas detenidas:

a. Afirmó que la decisión adoptada en un proceso de *habeas corpus* que no implique libertad debe hacerse efectiva solo cuando se encuentre firme, pues entendió que se proyecta sobre esos casos la regla general del efecto suspensivo.

b. Dejó un concepto desdibujado y reducido de lo que debe entenderse por un colectivo respecto del que debe adoptarse una decisión en resguardo de sus derechos.

33 Así, parece ser diferente el que roba violentamente al vecino de la casa a la que volverá excarcelado que quien roba a una persona desconocida en un encuentro callejero circunstancial.

34 De entre todas las normas que la Corte menciona, quizás la más fructífera es la del art. 87 del C.P.P. incluida desde su primera sanción. En lo que aquí interesa, impone tener en cuenta la situación de la víctima al seleccionar la coerción personal, individualizar la pena en la sentencia o modificar, en su medida o en su forma de cumplimiento, la pena en la etapa de ejecución. Una norma por demás genérica, cuya aplicación podría surgir de la propia Corte en función de las atribuciones que el Código prevé en su art. 5 (“La Suprema Corte de Justicia dictará las normas prácticas que sean necesarias para aplicar este Código, sin alterarlo”).

c. Negó la aplicación de la ley de víctimas en la provincia, pero dejó sentada la obligación de los jueces de tenerlas en cuenta en las decisiones.

d. Fijó estándares relacionados con la coerción y la adopción de institutos de ejecución que multiplican supuestos previstos desde antes en las leyes procesales y de fondo.

En cuanto al efecto que esto último tuvo sobre un proceso cuya finalidad era adoptar criterios tendientes a la reducción carcelaria, acorde a la preocupación que la propia Corte venía sosteniendo desde 2019, sumado al alerta internacional sobre los peligros de la pandemia en contextos de encierro, redujo el valor de una pena en expectativa de baja magnitud como estándar en la revocación de la coerción y desplegó una serie de criterios que –con independencia de su razonabilidad– detuvieron las decisiones de desencarcelamiento. Hoy, las comisarias bonaerenses presentan un grado de superpoblación y hacinamiento nunca antes alcanzado.

La adecuación y el recauzamiento de la decisión recurrida parece haber puesto fin a la corriente de decisiones jurisprudenciales tendientes a reducir el hacinamiento en las prisiones y el deterioro de las condiciones sanitarias de detención. A pesar de que el fallo de la Corte reconoció la gravedad del escenario carcelario y la necesidad de revertir la violación de derechos padecida por las personas privadas de la libertad, la derivación a cada órgano judicial terminó diluyendo el efecto del fallo recurrido.

Un estudio que excede el comentario de este fallo podría, quizás, dar cuenta de los motivos por los que esa derivación a cada órgano judicial de las decenas de miles de casos esparcidos por toda la provincia se vuelve insuficiente hoy para lograr –al menos, desde el poder judicial– disminuir la población carcelaria, y hace que, a pesar de los términos formales en que fue escrita la decisión, parece producir, finalmente, los efectos de una revocatoria.

Bibliografía

Clariá Olmedo, Jorge A. 1966. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo V. Buenos Aires: Ediar.

Artículos en periódicos

Capiello, Hernán. “La Corte bonaerense intervendrá para regular las liberaciones masivas”, *La Nación*: Tapa, 3 de mayo. <http://edicionimpresa.lanacion.com.ar/la-nacion/20200503>.

Clariá, Miguel. “Piden juicio político a jueces que violen la Ley de Víctimas”, *Cadena 3*: Entrevista a Matías Bagnato, 4 de mayo 2020. https://www.cadena3.com/noticia/radioinforme-3/piden-juicio-politico-a-jueces-que-violen-la-ley-de-victimas_259215.

Fidanza, Andrés. “Piden el juicio político del juez Víctor Violini por la liberación de presos”, *Perfil*: Política, 11 de mayo 2020. <https://www.perfil.com/noticias/politica/piden-juicio-politico-del-juez-victor-violini-por-liberacion-de-presos.phtml>.

Nieva, Leonardo. “El motín de Devoto por dentro: los videos que filmaron los presos”, *Perfil*, 24 de abril 2020. <https://www.perfil.com/noticias/policia/el-motin-de-devoto-por-dentro-los-videos-que-filmaron-los-presos.phtml>.

Serra, Laura. “Piden juicio político contra una jueza por liberar a un violador”, *La Nación*: Política, 5 de mayo 2020. <https://www.lanacion.com.ar/politica/piden-juicio-politico-jueza-pineiro-bertot-liberar-nid2361654>.

“Massa anticipó que pedirán juicio político a jueces que liberen presos sin dar aviso a las víctimas”, *Telam*: Política, 27

de abril 2020. <https://www.telam.com.ar/notas/202004/456735-massa-juicio-politico-jueves-liberacion-presos-coronavirus.html>.

“Crece la polémica por la liberación de presos en la provincia”, *Clarín*: Tapa, 29 de abril 2020. <https://tapas.clarin.com/tapa.html#20200429>.

“Motín de Devoto: el Gobierno no habilitará la reducción de penas para los presos y la negociación se puede complicar”. *Clarín*: Política, 29 abril 2020. https://www.clarin.com/politica/motin-devoto-gobierno-habilitara-reduccion-penas-presos-negociacion-puede-complicar_0_c8VDNurA.html.

“Después del fuerte rechazo, el presidente se despegó de las excarcelaciones”, *La Nación*: Tapa, 30 de abril 2020. <http://edicionimpresa.lanacion.com.ar/la-nacion/20200430>.

“Sergio Massa pedirá el juicio político de tres jueces de la provincia de Buenos Aires que liberaron presos con la excusa del coronavirus”, *Infobae*: Política, 30 de abril 2020. <https://www.infobae.com/politica/2020/05/01/sergio-massa-pedira-el-juicio-politico-de-tres-jueces-de-la-provincia-de-buenos-aires-que-liberaron-presos-con-la-excusa-del-coronavirus/>.

“El 82% de los argentinos se opone a la liberación de presos por la pandemia”, *Clarín*: Tapa, 2 de mayo 2020. <https://tapas.clarin.com/tapa.html#20200502>.

“La Corte de la provincia define si frena la polémica liberación de presos” y “Otro fuerte cacerolazo contra las excarcelaciones”, *Clarín*: Tapa, 4 de mayo 2020. <https://tapas.clarin.com/tapa.html#20200504>.

Jurisprudencia provincial

Tribunal de Casación Penal bonaerense, Sala II, Habeas Corpus N° 100.145, rta. 30/3/2020.

Tribunal de Casación Penal bonaerense, Sala III, “S.A. s/Recurso de queja”, causa N° 29.473, rta. 20/03/12.

Tribunal de Casación Penal bonaerense, Sala VI, juez Maidana (SD), “D. d. l. U. 5. M. s/Recurso de queja”, TC0006 LP 54705 RSD-26-12 S, rta. 04/12/2012.

Juzgado de Garantías N° 1, Bahía Blanca, Habeas Corpus colectivo N° 02-00-000010-20-00, rta. 30/3/2020.

Juzgado de Garantías N° 1, San Nicolás, Habeas Corpus N°16-00-000057-20/00, del 30/3/2020.

Juzgado de Ejecución, Azul, Gral. Alvear, Habeas Corpus colectivo “Unidades complejo Centro, Norte y Sur”, causa 6665, rta. 30/3/2020.

Juzgado de Ejecución N° 2, Mar del Plata, Habeas Corpus colectivo promovido por CPM, rta. 27/3/2020.

Juzgado de Ejecución N° 1 de San Isidro, Habeas Corpus Colectivo N°16738 del 18/3/2020.

Juzgado de Ejecución, San Nicolás, Incidente 21059, rta. 30/3/2020.

Juzgado Correccional N° 2, La Plata, Resolución Habeas Corpus F3359, rta. 21/11/2018.

Jurisprudencia nacional

CSJN, “Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo”, M. 1486. XXXVI. M. 1491. XXXVI, rta. 09/04/2002. Fallos: 325:524.

CSJN, “Rivera Vaca Marco Antonio y otro s/habeas corpus”, R. 860. XLIV. REX, rta. 16/11/2009. Fallos: 332:2544

CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”; V. 856. XXXVIII, rta. 03/05/2005. Fallos: 328:1146.

Juzgado Penal Colegiado N° 1, Mendoza, “Habeas Corpus Correctivo y colectivo Xumek”, rta. 30/3/2020.

Juzgado Coordinación de Ejecución de la Pena del Chubut, res. del 20/3/2020 y 27/4/2020.

Juzgado Ejecución Penal de General Roca, causa “Coronavirus s/ejecución”, rta. 31/3/2020.

Documentos y normas de organismos nacionales

Cámara Nacional de Casación Penal, Acordada 5/2020 del 23/4/2020.

Cámara Federal de Casación Penal, Acordada 3/20 del 13/3/2020.

Centro de Estudios de Ejecución Penal, Facultad de Derecho (UBA). “Documento de posición del Centro de Estudios de Ejecución Penal (CEEP). La privación de libertad en tiempos de Covid-19”. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/pdf/2020-ceep-documento-covid.pdf>.

Comité Nacional contra la Tortura. Informes. Disponibles en <https://cnpt.gob.ar/informes/>.

Red de Jueces Penales bonaerenses, “Varios miles de detenidos en las comisarias bonaerenses: una realidad que deberá revertirse”, La Plata, 15 de agosto de 2020. Disponible en: <http://reddejueces.com/varios-miles-de-detenidos-en-las-comisarias-bonaerenses-una-realidad-que-debera-revertirse/>.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA), Resolución 2301/18 del 22/11/2018.

SCBA, Resolución 386/20, de 16 de marzo 2020.

SCBA, Resolución de Presidencia 13/20, de 20 de marzo 2020.

SCBA, Resolución 480/20, de 27 de abril 2020.

Tribunal de Casación Penal, Documento sobre las condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires (RC. 2301/18). Disponible en [http://www.scba.gov.ar/incluces/descarga.asp?id=43917&n=Ver%20Informe%20\(condiciones%20de%20detencio%26%23769%3Bn%20RC%202301\).pdf](http://www.scba.gov.ar/incluces/descarga.asp?id=43917&n=Ver%20Informe%20(condiciones%20de%20detencio%26%23769%3Bn%20RC%202301).pdf).

Documentos y normas de organismos internacionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 4/2019 Medida Cautelar No. 496-14 y 37-15 “Personas privadas de libertad en quince comisarias o dependencias policiales de la Provincia de Buenos Aires respecto de Argentina (Ampliación)”, 11 de febrero de 2019.

LEONARDO PITLEVNIK

Corte IDH, Declaración de la corte interamericana de derechos humanos 1/20. COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, 9 de abril de 2020.

Prisión en domicilio: desafíos y estrategias para la defensa pública en contextos de emergencia

Lisi Trejo

Abogada (UCSE), especialista en Derecho Penal (UTDT), maestranda en Ciencia Política y Sociología (FLACSO). Prosecretaria letrada y defensora pública coadyuvante en la Unidad Especializada en Derecho de Ejecución de la Pena ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional

I. Introducción

Estas líneas procuran, desde el prisma de la defensa pública, revisar las variables especiales que los escenarios de emergencia traen aparejadas para la prisión en domicilio como alternativa a la cárcel.

Por razones de extensión, se hará alusión exclusivamente al ámbito federal, tanto en lo relativo a los datos estadísticos carcelarios como a la jurisprudencia. De ese modo, en II se ofrece un panorama de las dos emergencias específicas que serán tratadas –carcelaria y sanitaria por pandemia– sobre la base de cifras de las cárceles del Servicio Penitenciario Federal (en adelante, SPF).

El apartado III está destinado a la prisión en domicilio cuando opera como medida de coerción en los casos de personas sin condena firme, es decir, el llamado “arresto domiciliario” como instituto procesal. Mientras que en IV se abordará a la típica “prisión domiciliaria” como modo atenuado de cumplir la condena de prisión por razones humanitarias, para quienes ya se encuentren en ejecución de pena. En ambos (III y IV), se tomará como referencia la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal (en lo sucesivo, CFCP), como punto de partida para reflexionar acerca de los desafíos específicos

y las posibles estrategias de defensa frente a la situación de doble emergencia. Finalmente, en 5, se ofrece una muy breve conclusión.

II. Dos emergencias en cifras

En el ámbito carcelario federal, el 25 de marzo de 2019 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación declaró la “emergencia en materia penitenciaria” por el término de tres años¹. Una “emergencia carcelaria”, lógicamente, tiene que ver con las condiciones de detención, y ello abarca una multiplicidad de factores, tales como la capacidad y el estado de las estructuras edilicias, la disponibilidad de recursos e insumos básicos, las formas de descanso, alimentación, salud, trabajo, educación y recreación. No todas estas variables son de fácil o posible medición. Sin embargo, un indicador siempre importante de la situación en las cárceles es el relevaramiento de su población en relación con la *capacidad operativa* de los establecimientos, ya que la *sobrepoblación*, indudablemente trae con ella el hacinamiento y repercute negativamente en el modo en que se cumplen los encierros².

En este caso, la declaración de emergencia fue hecha con motivo de una sobrepoblación mayor al 12% en las cárceles federales, con pronóstico de incrementarse³. Los datos de los

meses posteriores confirmaron esa prognosis negativa, ya que el 2019 cerró con el 13,47 % de sobreocupación, es decir, con más del 1% por encima de la sobrepoblación inicial de la emergencia, y se superaron las 14.000 personas alojadas en el SPF⁴. En los primeros meses de 2020, previos a que se desate la pandemia, el SPF elevó la “capacidad operativa informada” en más de 450 plazas⁵. Así y todo, al 20 de marzo –día en que el presidente de la Nación emitió el DNU N° 297/2020, disponiendo el Aislamiento Social Preventivo Obligatorio (ASPO)⁶–, el SPF aún registraba el 9,04 % de sobrepoblación general⁷ y al menos 18 de sus 31 unidades operaban por encima de su ca-

so e Investigación Operativa en el sitio web oficial del organismo: <http://www.spf.gob.ar/www/estadisticas>. Para mayor precisión sobre el porcentaje enunciado en la Resolución, el cálculo exacto de sobrepoblación con los datos allí aportados es del 12,57%.

4 La Procuración Penitenciaria de la Nación (en adelante, PPN) informó que la cantidad de personas encarceladas en el SPF llegó a su punto más alto hacia el final del segundo trimestre de 2019 (última semana de junio), con un total de 14.314 (PPN, Boletines estadísticos N° 16 y 17, 3° y 4° trimestre de 2019). Por su parte, la estadística suministrada por el propio SPF indica que en diciembre de 2019 el total de detenidos bajo su órbita era de 13.883. Cfr. SPF, Síntesis de Evolución (ver nota al pie N° 3).

5 La capacidad operativa informada se elevó a 12.694, es decir 459 plazas más por sobre las 12.235 de 2019. SPF, Síntesis de Evolución (ver nota al pie N° 3).

6 Recordemos que el 11 de marzo de 2020, la OMS declaró la propagación del virus COVID-19 como pandemia, por su extensión a 110 países en todo el mundo, con 118.554 personas infectadas y 4.281 fallecidas. En nuestro país, al día siguiente, el presidente de la Nación emitió el DNU N° 260/2020, mediante el que dispuso ampliar la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley N° 27.541, en virtud de esta nueva pandemia declarada por la OMS, por el plazo de un año. Equivalente a 13.841 alojados. Cfr. SPF, Síntesis Diaria (ver nota al pie N° 3).

7 Equivalente a 13.841 alojados. Cfr. SPF, Síntesis Diaria (ver nota al pie N° 3).

1 Ministerio de Justicia y DD.HH. de la Nación, Resolución N° 184/2019, 25/03/2019.

2 Ver, al respecto, la Resolución DGN N° 928/2019.

3 La declaración de emergencia se hizo sobre datos del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena (SNEEP), que informaba que, al 13/03/2019, la población carcelaria total del Servicio Penitenciario Federal era de 13.773 personas, por sobre una capacidad operativa (oficial declarada) de 12.235. Esta capacidad operativa oficial se mantuvo sin variación todo el año 2019. Los datos provenientes del propio SPF citados en este trabajo fueron extraídos de las estadísticas que a diario publica el Departamento de Estadística, Cen-

pacidad⁸. En estas condiciones de emergencia carcelaria, se ingresó a la emergencia sanitaria.

Esto significa que entre una declaración de emergencia y otra, de marzo a marzo, hubo una reducción muy moderada de los niveles de sobrepoblación en el ámbito del SPF, ya que estas cifras, contrastadas entre sí, indican que en un año se alcanzó apenas una reducción de 3,53 puntos porcentuales, es decir, menos de un tercio del nivel de sobrepoblación de marzo de 2019.

Luego, es interesante ver lo que sucedió ya tras el inicio de las medidas excepcionales por pandemia: en apenas poco más de dos semanas, la sobreocupación general del SPF pudo ser disminuida en un 3,6%, superándose así el porcentaje de reducción de todo un año. Al mes –al 20 de abril–, la sobrepoblación era de un 1,50 %, mientras que al final de abril la ocupación total pasó a estar por debajo de la cantidad de plazas disponibles en todo el SPF y, hacia finales de mayo, a más del 5% debajo de la capacidad operativa informada⁹. No hay estadísticas certeras acerca de cómo se produjo exactamente esa reducción acelerada, aunque los datos disponibles indican que un porcentaje considerable fue por acceso a alguna forma

de prisión en domicilio, o bien, a alguno de los institutos de libertad anticipada¹⁰.

Sin embargo, la lectura de estos resultados no puede ser hecha con liviandad en un sentido totalmente positivo. En primer lugar, porque estas cifras nos muestran que la sobrepoblación de las cárceles federales se mantuvo por mucho tiempo a pesar de que la ley ya disponía alternativas a la prisión en cárcel y, no obstante, estas herramientas no fueron usadas con la suficiente eficiencia como para reducir el problema. En tal sentido, la pandemia puso el foco sobre grupos particulares (mujeres embarazadas, con niños menos de 4 años viviendo con ellas en la cárcel y otros casos de menores de edad con progenitores presos, personas sin condena, ancianas o enfermas, penas de escasa cuantía), para quienes ya existía la posibilidad de prisión en domicilio.

Por otra parte, esa “eliminación” de la sobrepoblación es un dato estadístico del *total* de establecimientos penitenciarios que integran el SPF, considerados en conjunto, pero no refleja la situación de varios de ellos que aún permanecen operando con sobreocupación¹¹. Al mismo tiempo, algunos grupos po-

8 Entre ellas, las unidades ubicadas en Salta registraban porcentajes más altos de sobrepoblación: el CPF III el 36,56 % y la Unidad 16 el 30,99 %; seguidas por el CPF JA (Jóvenes Adultos), con 25,54%, el CPF I de Ezeiza con 22,30%, la Unidad 4 de Santa Rosa con 17% y la Unidad 35 de Santiago del Estero con el 14%. Análisis de datos de la tabla poblacional del Informe del SPF del 23/03/2020, confeccionado en virtud del Memorandum ME-2020-16932042-APN. La PROCUVIN (MPF) publicó una estadística similar de la situación en las distintas unidades del servicio con datos correspondientes al 13 de marzo de 2020, sin variaciones numéricas sustanciales en relación con el detalle informado arriba. PROCUVIN, “Población Privada de libertad en cárceles federales. Informe trimestral diciembre 2019-marzo 2020”.

9 Al 27 de mayo de 2020, el SPF informó 11.960 personas alojadas, equivalente al 94,22% de la capacidad operativa oficial. SPF, Síntesis Diaria (ver nota al pie N° 3).

10 La PPN informó que entre el 12 de marzo y el 30 de abril egresaron del SPF al menos 1442 personas, en su mayoría sin condena firme (53%). También detalló que no se pudo registrar la causa en el 33 % de los egresos, pero que sí pudo identificarse que el 37% fue por arrestos domiciliarios, el 11% por agotamiento de pena, otro 11% por libertad condicional, el 4% por libertad asistida y el 4% por excarcelaciones. PPN, Reporte Estadístico N° 2 de 2020, “La situación de la población privada de la Libertad ante la emergencia sanitaria por COVID-19”, abril-mayo 2020. Al mismo tiempo, la cuarentena y las medidas de ASPO adoptadas frente a la pandemia, también se tradujeron en una disminución de nuevos ingresos en las cárceles.

11 El mes de julio cerró con siete unidades operando con sobrepoblación: CPF I Ezeiza (10,11%); CPF CABA (15,24%); CPF JA (0,35%); Unidad 21 (42,10%); Unidad 16 (13,38%) y CPF III de Salta (11,18%); Unidad 35 de Santiago del Estero (15,85%). Cabe destacar la elevada sobreocupación de la Unidad 21, el Centro Penitencia-

blacionales en particular no han tenido una merma considerable, el caso más patente es el de las personas presas sin condena firme, que tanto al inicio de la pandemia como a finales de julio representaban más del 54% de la población total de las cárceles federales¹². Finalmente, en el transcurso de estos meses se han ido registrando cada vez más casos de contagio de COVID-19 en varias unidades¹³.

Ya plasmadas algunas de las cifras principales para comprender el panorama de ambas emergencias declaradas, veamos algunas particularidades que se presentan en tal contexto respecto de la prisión en domicilio para las personas sin condena firme (apartado 3) y para aquellas que ya se encuentran en ejecución de penas (apartado 4).

III. Personas sin condena firme

Claramente, el juicio de procedencia de una detención en domicilio no es el mismo cuando se trata de la ejecución de una pena que cuando se trata de personas sin condena firme. Respecto de las últimas, lo que se evalúa es el arresto domiciliario como forma de hacer compatibles el carácter excepcional de la prisión preventiva y la neutralización de riesgos procesales, de modo que se presenta

rio de Enfermedades Infecciosas donde, en la mayoría de los casos, se está derivando a las personas detenidas con diagnóstico de COVID-19 positivo. Los porcentajes son de cálculo propio a partir de los datos publicados en la Síntesis Diaria del SPF (ver nota al pie N° 3).

12 Exactamente, el 54,94% al 20 de marzo y el 54,45% al cierre de julio de 2020. SPF, Síntesis Diaria (ver nota al pie N° 3).

13 Al cierre de julio de 2020, entre otras unidades, por ejemplo el CPF I de Ezeiza registraba alrededor de 38 internos diagnosticados con COVID-19; el CPF II de Marcos Paz, 21 con enfermedad activa y 1 fallecimiento y el CPF V de Senillosa, 7 casos. Cfr. Informes de la Comisión de Cárceles de la DGN en el sistema interno de gestión Defensa.net, correspondientes al 30/07/2020.

como un instituto distinto a la prisión domiciliaria por razones sustantivas (humanitarias) disponible para quienes ejecutan pena.

Con respecto a esta diferencia de naturaleza jurídica, cabe recordar que el 13 de noviembre de 2019, la Comisión Bicameral Permanente de Monitoreo e Implementación del CPPF ordenó la entrada en vigencia inmediata de determinados artículos del Código, para los tribunales penales de todas las jurisdicciones federales del país y para todos los tribunales de la justicia nacional penal con asiento en la Capital Federal¹⁴. Entre las disposiciones implementadas, se encuentran los artículos 210, 221 y 222, referidos al resguardo de la libertad del imputado en el marco del proceso penal. En ellos, se establecen los parámetros para evaluar peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, como así también la nómina de once medidas de coerción que se pueden aplicar. Están ordenadas de menos a más gravosas: desde una promesa del imputado hasta la prisión preventiva, que queda como recurso de *ultima ratio*, solo en caso de que las medidas menos lesivas no fueran suficientes para mitigar el riesgo procesal. En ese listado, el arresto domiciliario es la anteúltima medida de coerción que precede a la prisión preventiva: el inciso “j” prevé “el arresto [de la persona imputada] en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga”.

14 Congreso de la Nación, Comisión Bicameral Permanente de Monitoreo e Implementación del CPPF, Resolución N° 2/2019. Recordemos que, previamente, la ley 27.063 dio origen a un nuevo régimen procesal en materia penal federal y dispuso su implementación progresiva por la nombrada Comisión (cfr. ley 27.150, art. 2°). Con posterioridad, el 07/02/2019, mediante Decreto N° 118/2019 se aprobó el texto del Código Procesal sancionado por la ley 27.063, con incorporaciones dispuestas por la ley 27.272 y modificaciones introducidas por la ley 27.482, con la denominación definitiva de “Código Procesal Penal Federal”, que tuvo una pionera puesta en funcionamiento en las jurisdicciones de Salta y Jujuy, ya en junio de 2019.

De modo que en el ámbito de vigencia del CPPF, esta incorporación normativa convierte definitivamente al arresto domiciliario en un instituto *procesal* y lo hace operativo al margen de la tradicional prisión domiciliaria por las causales *sustantivas* que enumera en sus 6 incisos el artículo 10 del Código Penal. Esto significa que *no* es necesario acreditar que la persona imputada se encuentra en alguno de esos supuestos, sino que el arresto domiciliario opera como una *medida de coerción* alternativa a la prisión preventiva. La discusión para su aplicación será estrictamente procesal, en el sentido de que podrá ser requerida por el Ministerio Público Fiscal solo si demuestra que las medidas menos lesivas que enumera el artículo 210 del CPPF no son adecuadas en el caso para neutralizar el riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación. Como la otra cara de la moneda, si pretende requerir la prisión preventiva, deberá acreditar que el arresto domiciliario (sin y con otro dispositivo de control, en ese orden) no resulta suficiente a tales fines procesales antes de desecharlo como opción.

En esa lógica, el gran desafío para la defensa viene siendo, al menos en los primeros tiempos de vigencia del artículo 210 del CPPF, desanclar el arresto domiciliario de las causales sustantivas del artículo 10 del CP; desterrar del razonamiento judicial (y fiscal) la exigencia de encuadre en aquellos seis incisos, pues tal requisito ya no rige para las personas sin condena firme.

A ello, cabe sumar que la declarada emergencia en el ámbito penitenciario federal implica para fiscales y jueces un deber de fundar mucho más rigurosamente el descarte del arresto domiciliario como medida alternativa a la prisión preventiva. De allí, que la defensa introduzca de manera adecuada la emergencia carcelaria en el debate de casos concretos puede significar que se logre la aplicación de una medida de coerción claramente menos

gravosa que la prisión en cárcel (siempre que no sean viables medidas aún menos lesivas).

En los tiempos *anteriores a la pandemia*, pero *posteriores a la declaración de emergencia* penitenciaria en el ámbito federal, hubo algunos primeros pronunciamientos útiles en esa dirección en la jurisprudencia de la CFCP. Por ejemplo, en diciembre de 2019, esa Cámara resolvió positivamente una serie de casos¹⁵ en los que la defensa cuestionaba doblemente el encarcelamiento preventivo. Por un lado, porque no se habían analizado las condiciones personales de los imputados a partir de las normas del CPPF recientemente vigentes y, por otro, porque tampoco se había ponderado la emergencia carcelaria declarada en la resolución N° 184/2019 del Ministerio de Justicia.

La Sala II hizo lugar a los recursos de la defensa en estos casos, y explicó que en ellos se había omitido el análisis que ordenan los artículos 221 y 222 del CPPF –acreditación de riesgo procesal de fuga o entorpecimiento para sostener una prisión preventiva– y, además, la evaluación de posibles medidas menos gravosas, de acuerdo al artículo 210 de ese Código. En todos ellos, la solución adoptada fue remitir las actuaciones al origen para un nuevo pronunciamiento. Por su parte, la Sala I falló de igual modo en un caso similar, donde señaló enfáticamente que la prisión preventiva solo procede después de descartarse la utilidad de las medidas dispuestas en los incisos “a” hasta “j”¹⁶.

En aquel tiempo pre-pandemia, también destaca entre los fallos de la CFCP el antec-

15 CFCP, Sala II, “Colman”, reg. 2647/19, 19/12/2019; “Sáenz”, reg. 2728/19, 23/12/2019 y “Fernández”, reg. 2745/19, 23/12/2019. En los tres casos, la sala estuvo integrada por los jueces Ledesma, Yacobucci, Slokar, aunque en “Sáenz” y “Fernández” el juez Yacobucci votó en disidencia, por el rechazo del recurso.

16 CFCP, “Ferreira”, Sala I –Petrone, Barroetaveña y Figueroa–, reg. 2317/19, 23/12/2019.

dente “A. V., J.”, que si bien se trató de un caso bastante extremo (una niña de 16 años, cuya madre estaba encarcelada, que vivía sola, iba al colegio secundario y atendía un pequeño negocio en su domicilio para proveerse lo básico para subsistir), allí la Sala II apuntó especialmente que no podía obviarse en el análisis la emergencia penitenciaria declarada¹⁷. Sin embargo, no todas fueron buenas noticias para la defensa, ya que en varias ocasiones, llamativamente, las Salas I y IV hicieron lugar a *recursos fiscales contra arrestos domiciliarios concedidos*¹⁸.

17 CFCP, “A. V., J.”, Sala II –Ledesma, Yacobucci y Slokar–, reg. 1598/19, 26/08/2019. La prisión domiciliaria fue concedida en la misma Cámara, con dispositivo electrónico de control. Una resolución similar, y con idéntica mención al contexto de emergencia carcelaria fue tomada por esa misma Sala –aunque con otra integración, Yacobucci, Mahiques, y Slokar, en disidencia–, en el caso de un condenado por delitos de lesa humanidad mayor de 70 años y con respecto al interés de un hijo mayor de edad pero con capacidad mental diferente, a tenor de los incisos d y f de los arts. 10 del CP y 32 de la LEP (“Rojas”, reg. 85/20, 21/02/2020).

18 CFCP, “Santibañez”, reg. 2309/19, 23/12/2019. En este caso, el TOCF de Santa Rosa (actuación unipersonal del juez Díaz Lacava) había concedido la prisión domiciliaria a un condenado a una pena de 4 años de prisión, de 65 años de edad con un cuadro de diabetes tipo II. Para ello, tuvo en consideración el cuadro de salud de base, el contexto de emergencia carcelaria y la situación de la Unidad 4 del SPF, donde iba a ser alojado. El magistrado explicó que específicamente había podido constatar las condiciones adversas en dicha unidad: “sus problemas presupuestarios, de infraestructura y de cupos”. La Sala I –jueces Barroetaveña, Petrone y Figueroa– hizo lugar al recurso fiscal y *revocó el instituto concedido*, sosteniendo que el *a quo* no había agotado las gestiones para “determinar si dicha unidad o alguno de los establecimientos del Servicio Penitenciario Federal cuenta con las condiciones necesarias para tratar la enfermedad”. También en “Valbuena”, reg. 134/20.4, 19/02/2020, el mismo TOCF (en actuación unipersonal del juez Aguerido) había concedido la prisión domiciliaria a un condenado con problemas de salud mental y contextura física frágil, que además tenía indicado alojamiento en una unidad de “Protocolo de Resguardo

La emergencia penitenciaria declarada en 2019 respecto de las cárceles federales, se agravó luego por la emergencia extraordinaria que trajo la pandemia por COVID-19 en 2020. Ello fue recibido por los jueces con competencia en dicho ámbito de forma muy casuística y diversa pues, por la necesidad de evaluar el cuadro de situación de cada planteo concreto, esta excepcional crisis de ninguna manera significó la concesión *automática* o *fácil* de arrestos domiciliarios y excarcelaciones (como incorrectamente suele informarse por los medios masivos de comunicación). Por otra parte, también cabe aclarar que al tratarse de una circunstancia excepcional, los pronunciamientos dictados en este tiempo difícilmente puedan considerarse a futuro jurisprudencia aplicable a otro tipo de casos. No obstante, merecen ser retomados, porque ponen en evidencia que la emergencia carcelaria precedente a la pandemia escondía aún muchas situaciones de personas sin condena firme que *podían ser resueltas mediante vías alternativas a la prisión preventiva*.

En líneas generales, los pocos casos en los que la CFCP resolvió favorablemente arrestos domiciliarios durante la emergencia sanitaria, fueron incidencias donde estaban en juego cuestiones vinculadas a: a) el interés superior del niño, o bien b) salud y edad avanzada¹⁹.

a. La primera de esas categorías especiales

de Personas de Especial Vulnerabilidad” y el SPF había informado la falta de cupos en alguna unidad con esas características. Fue la Sala IV –jueces Borinsky, Carbajo y Hornos– la que en esta ocasión concedió el recurso fiscal y revocó el instituto previamente otorgado.

19 Vale decir, en cierta forma, todavía podemos ver detrás de las pocas concesiones de arresto domiciliario como opción a la prisión preventiva una relación subyacente muy clara con respecto a las causales sustantivas, incluso varios meses después de la entrada en vigencia de las normas procesales específicas del CPPF ya referidas. Y aun frente a una doble emergencia de esta magnitud.

es aquella relativa a niños/as cuyos progenitores están en detención. El caso más paradigmático es, por supuesto, el de menores que viven con sus madres en la cárcel. Se trata de un grupo muy específico, ni siquiera numeroso en proporción a la población femenina y a la población total de las cárceles federales. Este grupo tuvo su propia evolución estadística durante la pandemia: el día inicial del ASPO (20/03/2020), las mujeres alojadas junto a sus hijos eran 20, mientras que al 30 de julio, unas 8 permanecían en tal condición y las restantes 12 habían egresado del SPF²⁰. La pandemia mostró que, a pesar de ser un problema numéricamente acotado (lo que permite la individualización y el abordaje de cada una de esas situaciones), aún estaba presente. Incluso persistía en el contexto de la emergencia carcelaria declarada en marzo de 2019, y pese a algunas iniciativas específicas que recomendaban a los jueces a cargo de esos casos revisar la posibilidad de acceso a formas alternativas a la cárcel. Entre ellas, la Acordada 02/20 de la CFCP²¹.

A la par de esta primera situación, también se cuentan todos los supuestos, mucho más numerosos, en los que los pedidos de prisiones domiciliarias son realizados teniendo en cuenta el interés de menores de edad cuyas madres –o padres– se encuentran en la cárcel y que, por ende, han quedado al cuidado de familiares u otras personas²².

20 SPF, Síntesis Diaria correspondiente al 30/07/2020 (ver nota al pie N° 3).

21 La Acordada 2/2020 de la CFCP, del 09/03/2020, recomendó seguir las líneas jurisprudenciales de esa Cámara en casos de mujeres embarazadas y/o privadas de libertad junto a sus hijos/as, para cumplir con los estándares internacionales, en especial en el contexto de emergencia penitenciaria (con disidencia de los jueces Riggi y Catucci).

22 La PPN (2019) informó que no existe información oficial acerca de cuántos niños/as y adolescentes tienen padres o madres privados de la libertad en nuestro país,

En un primer momento, en los fallos “Miranda, S.” y “Ramírez, S.”²³, la Sala de FERIA extraordinaria de la CFCP resolvió conceder el arresto domiciliario a mujeres en prisión preventiva que presentaban cuadros de salud que las incluía en la población de riesgo informada por el SPF y que, además, tenían niños a cargo de otros adultos extramuros²⁴. En ambos, los jueces valoraron, por un lado, que no se habían considerado las medidas de coerción alternativas a la prisión preventiva y, por otro lado, que la situación sanitaria afectaba particularmente a las personas privadas de libertad por las malas condiciones de las cárceles federales que habían dado lugar a la declaración de emergencia carcelaria, y que todavía no se habían resuelto. Tanto la sobrepoblación como, en particular, la dificultad para acceder a los servicios de salud, que habían sido constatadas en inspecciones carcelarias previas a la pandemia. Esas inspecciones también habían revelado que el acceso a los insumos para prevenir enfermedades infectocontagiosas frecuentes era limitado y que había una prevalencia mayor que en el medio libre de ciertas patologías de ese tipo (en particular, HIV y tuberculosis). La Sala de FERIA también destacó que la emergencia por la pandemia agudizaba las condiciones de los niños/as y adolescentes en situación de pobreza y marginalidad y con familiares encarcelados.

b. Posteriormente, la CFCP hizo lugar en muy contados casos a planteos de arresto domiciliario vinculados a cuestiones de *salud* y

aunque estimó esa cifra en aproximadamente 146.000.

23 CFCP, “Miranda” y “Ramírez”, Sala de FERIA –Hornos, Barroetaveña, Slokar–, reg. 7/20 y 6/20, respectivamente, ambas del 27/03/2020.

24 En el primero de los casos, se trataba de la madre de un niño de 9 años que se encontraba solo a cargo de una hermana mayor, mientras que ella estaba detenida en el CPF IV del SPF desde hacía dos años, y padecía un cáncer de mamas desde aproximadamente igual tiempo.

edad avanzada. Entre ellos, en “Castillo”, la Sala II resaltó el carácter de *ultima ratio* del encarcelamiento preventivo y, en ese marco, revocó el rechazo basado en falta de arraigo, previa rebeldía y expectativa de pena significativa, pues el tribunal oral había omitido evaluar la especial situación intramuros del inculcado, su delicado estado de salud –diabetes tipo 1 con graves complicaciones– y el “peligro cierto y actual derivado de la pandemia”²⁵. Luego, en “Belichoff”, esa misma Sala destacó que el imputado tenía 65 años, había tenido un ACV con varias secuelas y padecía hipertensión, entre otras dolencias, que conformaban un cuadro de salud grave, y que requería una constante atención médica extramuros. Además, dada la suspensión de los traslados en la emergencia por pandemia a centros externos, ello implicaba que se descuidaría el tratamiento de sus padecimientos, o bien, si se lo trasladara, se correría un serio riesgo de circulación del virus al interior de la cárcel. Todo esto en un contexto de prisión preventiva²⁶. También cabe mencionar el fallo “Lema”, un caso similar a “Belichoff”, donde la Sala II resolvió favorablemente el pedido de un imputado que necesitaba (y recibía) atención médica extramuros, ya en plena pandemia, a causa de un ACV²⁷.

Por otra parte, en una suerte de “categoría intermedia”, en muchos recursos por arresto domiciliario, la CFCP devolvió las causas al origen para un nuevo pronunciamiento, sin expedirse sobre las resoluciones recurridas, a fin de que se pondere nuevamente la situación de sus solicitantes en el marco de la emergen-

cia por pandemia y de la Acordada 09/20²⁸. Fuera de eso, la Cámara rechazó o declaró inadmisibles casi todos los casos sometidos a su decisión. De modo que la jurisprudencia de la CFCP en este tiempo de doble emergencia es una muestra de un fenómeno que se repitió, en líneas generales, en los demás juzgados y tribunales: la mayoría de los planteos de la defensa fueron resueltos de forma negativa.

A propósito de ello, es necesario señalar que la probabilidad de alcanzar un resultado favorable para la persona defendida obviamente no solo depende de la calidad de los planteos técnicos, sino también de otros factores, tales como el criterio previo de los propios jueces y cuestiones vinculadas al contexto en el que se toman las decisiones. Sin embargo, no es poco lo que la defensa ha logrado en este tiempo y sí es posible identificar, en la casuística, algunos patrones que sirven a la hora de optimizar la *estrategia* de cada pedido. En esa línea, es imprescindible exponer las circunstancias del caso de forma detallada, eficiente y siempre en vinculación clara con los parámetros de procedencia. Sin dudas, hacer que el punto fuerte de las solicitudes de arresto domiciliario sea destacar lo que *de particular* tiene el caso es siempre más efectivo estratégicamente que *explayarse* en cuestiones generales. Por otra parte, en los supuestos de personas sin condena firme, es importante insistir en todo momento en que es el MPF el que deberá acreditar la insuficiencia de las medidas de coerción menos gravosas. Al mismo tiempo, nunca está de más destacar

25 CFCP, “Castillo”, Sala II –Yacobucci, Mahiques, Slokar, en disidencia parcial–, reg. 343/20, 24/04/2020.

26 CFCP, “Belichoff”, Sala II –Yacobucci, Slokar, Mahiques–, reg. 458/20, 08/06/2020.

27 CFCP, “Lema”, Sala II –Yacobucci, Slokar, Mahiques–, reg. 578/20, 23/06/2020.

28 Entre otras, CFCP, “Olivera”, Sala de FERIA –Figueroa, Mahiques, Barroetaveña–, c. 41001077/2016, 09/04/2020; “Falconi”, Sala IV –Borinsky, Carbajo–, reg. 368/20.4, 16/04/2020; “Cabral” y “Martínez González”, Sala IV –misma integración–, reg. 389/20 y 390/20, ambas del 17/04/2020; “Gonceski”, Sala IV –misma integración–, reg. 416/20, 41/04/2020; “Sandoval”, Sala II –Yacobucci, Mahiques, y Slokar en disidencia–, reg. 603/20, 26/06/2020.

aquellas características del caso que ayuden a despejar recelos respecto del riesgo procesal (*v.gr.*, el estado de avance de la investigación, las limitaciones concretas de la persona para fugarse o entorpecer el accionar judicial, etc.). Asimismo, suele ser útil ofrecer dispositivos electrónicos de control, cuando sea viable como opción frente a la solución más gravosa de una prisión preventiva en cárcel.

IV. Prisión domiciliaria en contexto de ejecución de pena

A diferencia de los casos de personas sin condena, donde, según vimos, la detención en el domicilio opera como una medida de coerción alternativa a la prisión preventiva, cuando ya estamos frente a *cumplimiento de pena*, la prisión domiciliaria está sujeta a las causales sustantivas de los artículos 32 de la Ley de Ejecución de la Pena (LEP) y 10 del CP. Como es sabido, se trata de seis supuestos de procedencia inspirados en razones humanitarias, con la finalidad de contemplar situaciones de enfermedad y/o discapacidad, ancianidad, embarazo o niños/as de corta edad²⁹.

Más allá de las múltiples cuestiones relativas a la amplitud de estas causales y a su aplicación en la normalidad (Martínez y Rocha 2015;

Trejo 2018), la declaración de la emergencia en el ámbito de las cárceles federales en marzo de 2019 impuso la necesidad de una aplicación más eficiente de la prisión domiciliaria como alternativa a la prisión en cárcel y, todavía más, lo requiere ahora la emergencia sanitaria.

En este contexto excepcional, el principal motivo de los numerosos pedidos de prisión domiciliaria es el mayor riesgo de la persona frente a un eventual contagio de COVID-19, ya sea por condiciones preexistentes de salud y/o por pertenecer al rango etario de mayor mortalidad por esta enfermedad. Al respecto, la jurisprudencia es sumamente dispar y no hay una línea clara de procedencia en estos casos, sino que, por el contrario, se cuentan muchos resultados adversos, aun en pedidos de personas que pertenecen a las franjas de mayor peligro en su salud. En una cantidad menor de casos, las solicitudes han estado vinculadas al interés de niños/as cuyos progenitores cumplen pena en cárcel y, en líneas generales, han corrido la misma suerte que los incidentes por salud y edad avanzada.

Uno de los argumentos comunes para el rechazo de los pedidos por mayor riesgo frente al virus es que la persona se halla clínicamente “estable” o “contenida” en su enfermedad o condición *de base*, y que las autoridades penitenciarias no informaron “imposibilidad” de tratamiento. Esto daría cuenta –siguiendo en ese razonamiento– de una supuesta eficacia de tratamiento y, por lo tanto, de no cumplimiento del requisito legal del artículo 32, inc. a, de la LEP. Sin embargo, esta forma de ver el problema soslaya que la propagación de la enfermedad es acuciante precisamente porque no se cuenta con tratamientos efectivos contra ella. De allí que difícilmente pueda hablarse de que la persona recibirá “tratamiento adecuado”. Y esa es, además, la razón por la que ha sido importante en este tiempo identificar a quienes presentan un mayor riesgo de complicaciones severas o muerte en caso de

29 Tanto el artículo 10 del Código Penal como el artículo 32 de la ley N° 24.660 –redacción a partir de la ley N° 26.472, mantenida por la ley 27.375– establecen que el juez competente podrá disponer la detención domiciliaria cuando se trate de: a) Interno/a enfermo/a cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) Interno/a que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) Interno/a discapacitado/a cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Interno/a mayor de setenta (70) años; e) Mujer embarazada; f) Madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

contagio y la necesidad de agotar las medidas posibles para su resguardo. Sin embargo, el argumento está presente en muchas de las resoluciones de rechazo y en las sentencias de casación que las confirman³⁰.

Para personas que ejecutan una pena, la CFCP *concedió en la instancia* la prisión domiciliaria en muy contadas ocasiones. A finales de abril de 2020, cobró notoriedad el fallo “Colman”³¹, donde la Sala tuvo en cuenta que la condenada tenía varias de las enfermedades preexistentes que agravan el riesgo frente a COVID-19, y que se encontraba próxima a acceder a la libertad condicional. Luego de este antecedente, hay unos pocos casos más en los que se otorgó el instituto: por alguna condición de salud de base más riesgosa ante el virus³²; por circunstancias especiales de vulnerabilidad de una persona perteneciente al colectivo LGBTI³³; y, llamativamente, por razones etarias en casos de lesa humanidad³⁴.

30 Entre otros, CFCP, “Fennema”, Sala II –Yacobucci, Mahiques, y Slokar en disidencia–, reg. 285/20, 06/05/2020; “Castillo”, Sala III –Riggi, Catucci, Gemignani–, c. 10246/2014, 12/05/2020; “Giménez Guell”, Sala IV –Carbajo, Hornos–, reg. 532/2020, 12/05/2020; “Sosa”, Sala I –Figueroa, Borinsky, Barroetaveña–, reg. 370/2020, 12/05/2020; “Osimek”, Sala IV –Borinsky, Hornos–, reg. 545/2020, 13/05/2020; “Joya Portocarrero”, Sala IV –Borinsky, Hornos–, reg. 614/2020, 21/05/2020.

31 CFCP, “Colman”, Sala de FERIA –Petrone, Borinsky, y Gemignani en disidencia–, reg. 22/20, 27/03/2020. Este antecedente formó parte de una trilogía muy citada de fallos, junto con “Ramírez” y “Miranda”, por el amplio desarrollo en los considerandos acerca de la emergencia por pandemia en un momento inicial en el que aún escaseaba la jurisprudencia sobre la cuestión, y por tratarse todos ellos de mujeres en situación de riesgo por salud y, además, madres de menores de edad.

32 CFCP, “Lucero”, Sala II –Yacobucci, Slokar, Mahiques–, reg. 240/20, 23/04/20.

33 CFCP, “P.P., N.”, Sala II –Mahiques, Yacobucci, y Slokar en disidencia parcial–, reg. 242/20, 24/04/2020.

34 CFCP, “Nast”, Sala II –Yacobucci, Mahiques, y Slokar

En el resto de las decisiones favorables, la CFCP *anuló y reenvió* al origen las actuaciones para nueva resolución. El más resonante de este conjunto de casos es “De Irazu”, por razones similares a “Colman”, ya que también fue dictado en los primeros tiempos de la pandemia y se trataba de una mujer con mayor riesgo de salud³⁵.

Luego, al igual que en los casos de personas sin condena firme, respecto de quienes ejecutan pena también surgió una suerte de categoría intermedia en la que las resoluciones recurridas fueron devueltas para que se dicten nuevos pronunciamientos a la luz de la Acordada 09/20, sin que la Cámara se expida sobre las decisiones sometidas a revisión³⁶. Salvo estos pocos antecedentes, la CFCP de-

en disidencia–, reg. 327/20, 17/04/2020; “Pérez Fernández”, Sala III –Riggi, Gemignani, y Catucci en disidencia–, c. 54004613/1976, 19/5/20; “De Marchi”, Sala III –Riggi, Catucci, Gemignani–, c. 93002704/2010, 18/06/2020.

35 CFCP, “De Irazu”, Sala de FERIA –Gemignani, Borinsky, Petrone–, reg. 39/20, 03/04/2020. Otros fallos de nulidad y reenvío: “Acosta”, Sala I –Petrone, Figueroa, Barroetaveña–, reg. 210/20, 16/04/2020; “Solís Medrano”, Sala I –Petrone, Figueroa, Barroetaveña–, causa 37630/2015, 24/04/2020; “Tavara Huaman”, Sala II –Yacobucci, Slokar, y Mahiques en disidencia parcial–, reg. 430/20, 03/06/2020; “Guarnieri”, Sala II –Yacobucci, Slokar, Mahiques–, reg. 360/20, 21/05/2020. Dentro de los casos de resoluciones anuladas, muchas de ellas lo fueron por cuestiones de formas procesales, tales como la omisión de producir informes o de correr vista al MPF: “Di Russo”, Sala I –Figueroa, Petrone, Barroetaveña–, reg. 553/20, 05/06/2020; “López Ferreira”, Sala III –Catucci, Gemignani, y Riggi en disidencia–, c. 11289/2017, 10/06/2020; “Tainski”, Sala I –Figueroa, Petrone, Barroetaveña–, reg. 653/20, 18/06/2020; “ElleMBERGER”, Sala II –Yacobucci, Mahiques, y Slokar en disidencia–, reg. 582/20, 24/06/2020; “Gauto”, Sala I –Figueroa, Petrone, Barroetaveña–, reg. 482/20, 28/05/2020.

36 Por ejemplo, “Fresenga Umpierrez”, Sala II –Yacobucci, Slokar, y Mahiques en disidencia–, reg. 253/20, 28/04/2020; “Lema”, Sala II –Yacobucci, Slokar, Mahiques–, reg. 261/20, 30/04/20.

claró inadmisibles o rechazó la enorme mayoría de los pedidos de prisión domiciliaria de personas condenadas. Incluso con riesgo constatado, y con las más severas patologías preexistentes en términos de riesgo frente al COVID-19³⁷. Por último, también hubo pedidos con resoluciones favorables en el origen que luego, por recurso fiscal y/o de la querrela, fueron revocadas por la Cámara³⁸.

Este panorama general muestra que, en relación con la prisión domiciliaria como alternativa a la cárcel para personas condenadas, el mayor obstáculo para el ejercicio de la defensa técnica son los criterios restrictivos de interpretación de las causales sustantivas contenidas en la ley. Esto persiste a pesar de que las principales recomendaciones de organismos internacionales y nacionales (incluida la Acordada 09/2020 de la propia CFCP) van en la dirección opuesta, ya que apuntan a cierta flexibilización de los requisitos de procedencia, dado el carácter excepcionalísimo de esta situación de doble emergencia.

Así y todo, para estos supuestos de prisión en domicilio en el marco de la ejecución de penas, una buena *estrategia* de defensa sigue siendo focalizar en las particularidades de cada caso, omitir referencias generales sobreadundantes e insistir en que es impres-

cindible que los jueces hagan una correcta individualización de cada situación. En cierto modo, ello significa no naturalizar los rechazos hechos con fundamentación aparente o basada en argumentos dogmáticos y genéricos que poco tienen que ver con el análisis de cada incidente específico.

V. Conclusiones

La pandemia no fue lo que sumió a las cárceles federales en emergencia, sino a las circunstancias extraordinarias que vino a mostrar que los principales problemas de la realidad carcelaria derivan de un vasto abanico de regulaciones y decisiones estatales previas; como así también de la ausencia de políticas públicas o, en el mejor de los casos, de la existencia de “políticas públicas” deficientes, con fallas severas en sus ciclos.

También develó que el sistema judicial tiene su parte de responsabilidad, sobre todo, en lo que aquí interesa, porque no utilizó en forma eficiente las medidas alternativas a la cárcel, entre ellas, la prisión en domicilio, en sus dos regulaciones diferenciadas: tanto para personas sin condena como para supuestos de ejecución de pena. Cuando lo que en verdad demanda la situación penitenciaria es un compromiso y esfuerzo coordinado entre actores institucionales.

En ese marco, una vez más ha quedado claro el carácter absolutamente relevante de la labor de los defensores oficiales en ese entramado institucional y, para quienes ejercemos la defensa pública, que nuestro rol principal es el de *hacer visibles a las personas detrás de los expedientes*. Ese es el punto de partida principal para las estrategias a adoptar en cada planteo, que nos inspirará para una exposición eficiente del caso y que nos hará fuertes en el intento constante de resistir rechazos dogmáticos, fundamentaciones aparentes, uso de datos estadísticos erróneos y

37 Por ejemplo, en el caso “Bernal”, se trataba de una persona con HIV y Hepatitis (CFCP, sala de feria – Figueroa, Mahiques, Barroetaveña–, c. 4609/2017, 09/04/2020); en “Cardozo”, de una persona de 74 años y con hipertensión arterial (CFCP, sala de feria – Figueroa, Mahiques, Barroetaveña–, c. 14216/2003, 10/04/2020); en “Furci”, de un condenado de 71 años, con tuberculosis e hipertensión arterial (CFCP, Sala de Feria – Figueroa, Mahiques, Barroetaveña–, c. 2637/2004, 10/04/2020).

38 “Ibarra”, Sala III – Gemignani, Catucci, y Riggi en disidencia–, sin nro. de reg., causa 2699/2015, 02/06/2020; “Alfonzo”, Sala I – Figueroa, Petrone, Barroetaveña–, reg. 723/20, 26/06/2020; “Rodríguez Valiente”, Sala IV – Borinsky, Carbajo–, reg. 624/20, 22/05/2020.

LISI TREJO

la despersonalización de la justicia penal. En definitiva, ese es el norte que nos guiará a la hora de enfrentar los desafíos extraordinarios de esta doble emergencia.

Bibliografía

Martínez, Santiago y Daniela Rocha. 2015. "Prisión domiciliaria y su interpretación en la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal". *Ícaro. Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro*, 7 (9): 13/61.

Procuración Penitenciaria de la Nación. 2019. *Más allá de la prisión: paternidades, maternidades e infancias atravesadas por el encierro*. Buenos Aires: Procuración Penitenciaria de la Nación.

Trejo, Lisi. 2018. "Prisión domiciliaria y niños. Algunos estándares a partir de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional", *Ícaro. Revista de ejecución de la pena privativa de la libertad y el encierro* 9 (12): 255-292.

Jurisprudencia nacional

Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), "Acosta", Sala I, reg. 210/20, 16/04/2020.

CFCP, "Alfonzo", Sala I, reg. 723/20, 26/06/2020.

CFCP, "A. V., J.", Sala II, reg. 1598/19, 26/08/2019.

CFCP, "Belichoff", Sala II, reg. 458/20, 08/06/2020.

CFCP, "Bernal", Sala de FERIA, c. 4609/2017, 09/04/2020.

CFCP, "Cardozo", Sala de FERIA, c. 14216/2003, 10/04/2020.

CFCP, "Castillo", Sala II, reg. 343/20, 24/04/2020.

CFCP, "Castillo", Sala III, c. 10246/2014, 12/05/2020.

CFCP, "Cabral", Sala IV, reg. 389/20, 17/04/2020.

CFCP, "Colman", Sala II, reg. 2647/19, 19/12/2019.

CFCP, "Colman", Sala de FERIA, reg. 22/20, 27/03/2020.

CFCP, "De Irazu", Sala de FERIA, reg. 39/20, 03/04/2020.

CFCP, "De Marchi", sala III, c. 93002704/2010, 18/06/2020.

CFCP, "Di Russo", Sala I, reg. 553/20, 05/06/2020.

CFCP, "ElleMBERGER", Sala II, reg. 582/20, 24/06/2020.

CFCP, "Falconi", Sala IV, reg. 368/20.4, 16/04/2020.

CFCP, "Fennema", Sala II, reg. 285/20, 06/05/2020.

CFCP, "Fernández", Sala II, reg. 2745/19, 23/12/2019.

CFCP, "Ferreyra, C.", sala I, reg. 2317/19, 23/12/2019.

EXPERIENCIAS NACIONALES

CFCP, “Fresenga Umpierrez”, Sala II, reg. 253/20, 28/04/2020.

CFCP, “Furci”, Sala de Feria, c. 2637/2004, 10/04/2020.

CFCP, “Gauto”, Sala I, reg. 482/20, 28/05/2020.

CFCP, “Gimenez Guell”, Sala IV, reg. 532/2020, 12/05/2020.

CFCP, “Gonceski”, Sala IV, reg. 416/20, 41/04/2020.

CFCP, “Guarnieri”, Sala II, reg. 360/20, 21/05/2020.

CFCP, “Ibarra”, Sala III, c. 2699/2015, 02/06/2020.

CFCP, “Joya Portocarreño”, Sala IV, reg. 614/2020, 21/05/2020.

CFCP, “Lema”, Sala II, reg. 261/20, 30/04/20.

CFCP, “Lema”, Sala II, reg. 578/20, 23/06/2020.

CFCP, “López Ferreira”, Sala III, c. 11289/2017, 10/06/2020.

CFCP, “Lucero”, Sala II, reg. 240/20, 23/04/20.

CFCP, “Martínez González”, Sala IV, reg. 390/20, 17/04/2020.

CFCP, “Miranda”, Sala de Feria, reg. 7/20, 27/03/2020.

CFCP, “Nast”, Sala II, reg. 327/20, 17/04/2020.

CFCP, “Olivera”, Sala de Feria, c. 41001077/2016, 09/04/2020.

CFCP, “Osimek”, Sala IV, reg. 545/2020, 13/05/2020.

CFCP, “Pérez Fernández”, Sala III, c. 54004613/1976, 19/5/20.

CFCP, “P.P., N.”, Sala II, reg. 242/20, 24/04/2020.

CFCP, “Ramírez”, Sala de Feria, reg. 6/20, 27/03/2020.

CFCP, “Rodríguez Valiente”, Sala IV, reg. 624/20, 22/05/2020.

CFCP, “Rojas”, reg. 85/20, 21/02/2020.

CFCP, “Sáenz”, Sala II, reg. 2728/19, 23/12/2019.

CFCP, “Sandoval”, Sala II, reg. 603/20, 26/06/2020.

CFCP, “Santibañez”, Sala I, reg. 2309/19, 23/12/2019.

CFCP, “Solís Medrano”, Sala I, c. 37630/2015, 24/04/2020.

CFCP, “Sosa”, Sala I, reg. 370/2020, 12/05/2020.

CFCP; “Tainski”, Sala I, reg. 653/20, 18/06/2020.

CFCP, “Tavara Huaman”, Sala II, reg. 430/20, 03/06/2020.

CFCP, “Valbuena”, Sala IV, reg. 134/20.4, 19/02/2020.

LISI TREJO

Documentos y resoluciones nacionales

Procuración Penitenciaria de la Nación. 2019. Boletín Estadístico N° 16.

Procuración Penitenciaria de la Nación. 2019. Boletín Estadístico N° 17.

Procuración Penitenciaria de la Nación. 2020. Reporte Estadístico N° 2, “La situación de la población privada de la Libertad ante la emergencia sanitaria por COVID-19”.

PROCUVIN. 2020. “Población Privada de libertad en cárceles federales. Informe trimestral Diciembre 2019-marzo 2020”.

CFCP, Acordadas 2/20 y 09/20.

Defensoría General de la Nación, Resolución 2019-928.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Resolución 2019-184.

Poder Ejecutivo Nacional, Decretos 2020-260 y 297.

Servicio Penitenciario Federal, Memorandum ME-2020-16932042-APN.

Medidas de prevención y acciones para responder a situaciones de violencia en contextos de encierro. El Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles

Lucía Gallagher

Abogada (UBA). Funcionaria de la Cámara Federal de Casación Penal. Secretaria del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles.

I. Introducción

La Constitución Nacional establece expresamente el principio de humanidad y dignidad en la ejecución de las medidas privativas de la libertad, que debe regir como pauta de orientación de toda la actividad de los órganos estatales que intervienen en ellas.

El derecho a un trato digno y humano de las personas privadas de su libertad se encuentra reconocido en el artículo 18 de la Constitución Nacional: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

El mandato constitucional impone al Estado la obligación de brindar a las personas que priva de su libertad condiciones dignas de alojamiento. Ello significa que el Estado federal es garante¹ de todas las personas que se

¹ En este sentido se pronunció la Corte IDH al sostener que “el Estado como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos” (caso *Neira Alegria y otros vs. Perú*, del 19/01/1995, párrafo 60). Ver también voto en disidencia del juez Gustavo M. Hornos en la causa CFP 11075/2016/TO1/1/1/CFC1 del registro de Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal caratulada “Ministe-

encuentran privadas de su libertad y que debe responder por los lugares de encierro donde se verifique la privación de otros derechos, distintos a la libertad ambulatoria.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló:

[...] es el Estado el que se encuentra en la posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación de interacción especial de sujeción entre la persona privada de su libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer, por cuenta propia, una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna [...]. (CSJN en “Verbitsky”, Fallos 328:1146).

En función de lo previsto en la CN artículo 75, inciso 22, los tratados internacionales de derechos humanos allí mencionados han adquirido jerarquía constitucional. Esos tratados contienen nuevas garantías y desarrollan con mayor profundidad el contenido de la cláusula del artículo 18 de la CN: el derecho a condiciones carcelarias adecuadas y dignas, expresado en las normas referidas al derecho a un trato digno (art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH–, art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCyP–, y art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre); la prohibición de la imposición de penas o tratos crueles, inhu-

manos o degradantes (arts. 5 CADH, 7 PIDCyP, y 2 de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes); la separación entre personas procesadas y condenadas durante el encierro (art. 5.4 CADH) y separación entre menores y mayores (art. 37, inc. “c” de la Convención de los Derechos del Niño –CDN–); entre otras.

Como consecuencia, estos instrumentos internacionales, aunque materialmente no formen parte del cuerpo de la Constitución, integran el llamado “bloque constitucional federal” que se ubica en la cima del orden jurídico interno del Estado, y se erigen así en el principio fundante y de referencia para la validez del resto de las normas del sistema.

Así, este “bloque constitucional federal” contiene pautas de política penitenciaria y reglas sobre la situación jurídica de las personas privadas de su libertad que conforman un programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro al que debe adecuarse y adaptarse la normativa inferior.

Por su parte, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, aprobadas en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, de Ginebra en 1955 –Reglas Mandela–, han establecido las condiciones mínimas obligatorias que la privación de libertad debe cumplir.

Las Reglas Mandela fueron reconocidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sostuvo: “[...] 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” (Fallos: 328:1146 y 1186).

Ahora bien, la crisis sanitaria mundial provocada por la pandemia del COVID-19²

rio Público Fiscal Federal s/recurso de casación”, del 27 de junio de 2017, registro nro. 867/17.1.

² El 12 de marzo el presidente de la Nación, doctor Al-

encontró a nuestro país inmerso en una crítica situación carcelaria, principalmente por sus altos niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y la consecuente limitación de derechos que derivan de allí.

Los motivos de la crisis carcelaria son múltiples y exceden el marco de este trabajo, estas líneas pretenden brindar un enfoque desde la perspectiva de la prevención y protección de los derechos, el acceso a la justicia y el efectivo respeto de los derechos constitucionales, legales y reglamentarios de las personas privadas de su libertad.

II. La conformación de un Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles

En el año 2013, desde la Presidencia de la Cámara Federal de Casación Penal, el juez Gustavo M. Hornos convocó a las instituciones representativas de los principales sujetos del proceso penal para conformar una alianza interinstitucional que proteja los derechos humanos de las personas privadas de su libertad.

Así, el 26 de junio de ese año se constituyó el Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de las Unidades Carcelarias. Se trata de un espacio interinstitucional y plural, conformado por jueces y juezas de diversas jurisdicciones territoriales e instancias, la Procuración Penitenciaria de la Nación, fiscales de la Procuración General de la Nación –particularmente la Procuraduría contra la Violencia Institucional–, representantes de la Defensoría General de la Nación, principalmente de la Comisión de Cárceles y el Programa contra la Violencia Institucional.

berto Fernández emitió el DNU PEN 260/20 en el que se refirió al COVID-19 como una pandemia, teniendo en cuenta lo declarado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el día anterior. Asimismo, el art. 1 de la ley 25.541 declaró la emergencia pública en materia sanitaria.

También han intervenido activamente, desde la Defensoría General de la Nación, las comisiones de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niños, Niñas y Adolescentes, y sobre Temáticas de Género.

En carácter de miembros consultivos, y como representantes de la sociedad civil y control ciudadano, intervienen el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal –entidad rectora de la matrícula profesional–, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Asociación Pensamiento Penal y la Comisión Provincial por la Memoria³; organizaciones no gubernamentales de reconocida trayectoria en la materia carcelaria y en la protección de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad.

Al inicio de su conformación, se convino en implementar una base informática para cargar los registros de los monitoreos, con el detalle de los módulos y pabellones de cada unidad, el cupo, las actividades educacionales y laborales y su capacidad, los partes diarios e informes semanales, los hechos de muerte, los hechos violentos y lesiones, y los *habeas corpus*. Asimismo, se propuso unificar los protocolos para los monitoreos carcelarios.

Más allá de los objetivos originalmente pensados desde el Sistema en relación con el desarrollo de una vida digna en prisión, educación, capacitación, posibilidades de inserción laboral y social y otros aspectos postpenitenciarios; la realidad que se fue descubriendo marcó una agenda más urgente. Incluso su nombre original fue mutando hasta el conocido en la actualidad: Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles, pues ya no se trata de sistematizar los informes que realizan quienes lo integran, sino de acudir al territorio a relevar –como Sistema– los establecimientos carcelarios.

³ Se incorporaron como miembros consultivos en el año 2017.

Los primeros monitoreos realizados en lugares de privación de libertad, sin aviso previo, se hicieron según la normativa internacional –principios generales, convenciones y protocolos–, nacional y regional, y sus estándares, en particular, las Reglas Mandela.

En ese relevamiento institucional con proyección estratégica a todo el país, se encontraron situaciones coyunturales muy por debajo de aquellos estándares de derechos humanos, que se procuraron solucionar inmediatamente antes de terminar la visita y sin perjuicio del ulterior seguimiento.

En diciembre de 2014, los monitoreos se extendieron a los Centros de Régimen Cerrado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde se encuentran alojados niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. Allí, la identificación de problemas y planteo de posibles soluciones tuvo presente el *interés superior del niño* y los derechos específicos reconocidos en la CDN.

De manera ideal, los miembros del Sistema realizan encuentros quincenales. Estos encuentros se constituyeron en auténticas mesas de diálogo directo con las autoridades políticas y penitenciarias a cargo de la custodia de las personas privadas de su libertad. Los encuentros se tornaron útiles para el seguimiento de las múltiples observaciones que surgían de los monitoreos, aportaron a la mejora progresiva de las condiciones de detención en todos sus aspectos y se plantearon discusiones de cuestiones de política penitenciaria⁴.

Además, el Sistema acordó emitir recomendaciones de carácter general⁵. Para su confección, contó con la valiosa intervención y la firma de las más altas autoridades de las instituciones que lo integran. Se han emitido

ocho recomendaciones desde la conformación del Sistema.

La primera de ellas se refirió a la tutela del derecho a la vida (Recomendación I), la segunda, al derecho al debido proceso en el trámite sancionatorio (Recomendación II); la tercera propone un cambio cultural mediante observaciones y monitoreos periódicos por parte de los integrantes del Poder Judicial y de los ministerios públicos (Recomendación III⁶). La cuarta recomendación se tituló “Derecho a la salud y el acceso efectivo a la prestación de servicios de asistencia médica de las personas privadas de libertad” (Recomendación IV). La quinta se refirió a las “Reglas de buenas prácticas en los procedimientos de *habeas corpus* correctivo” (Recomendación V); la Recomendación VI apuntó a “Género en contextos de encierro. Derechos de las mujeres privadas de la libertad”⁷; y la Recomendación VII trató sobre los “Derechos de los niños/as y adolescentes en conflicto con la ley penal”.

El 3 de abril de 2020, a raíz de la pandemia originada por el COVID-19, se emitió la Recomendación VIII⁸. Fue elaborada desde una perspectiva humanitaria y con el fin de

6 Tanto la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata como la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza dictaron acordadas donde resaltaron la importancia de los monitoreos carcelarios y adhirieron a la Recomendación del Sistema (ver Acordada 5/16 CFALP del 28 de abril de 2016 y Acordada 9848 CFAM, del 7 de febrero de 2019).

7 Entre otras cuestiones de similar relevancia, se señala que la cárcel tiene un impacto diferencial en varones y mujeres por motivos de género, que el sistema penitenciario potencia. Que las prisiones se construyeron teniendo en cuenta las vivencias y necesidades de los varones, que prestan escasa o nula atención a las cuestiones específicas de las mujeres, y que la falta de un enfoque de género puede tener consecuencias graves para las presas.

8 El documento fue entregado a las autoridades que se encuentran políticamente a cargo de los establecimientos carcelarios y lugares de detención en el país.

4 Se han realizado más de 70 encuentros presenciales y por plataformas virtuales, desde junio de 2013.

5 Todas las recomendaciones se encuentran disponibles en: <http://sistemacontrolcarceles.gob.ar/recomendaciones>.

preservar el derecho a la vida, la atención de salud y la dignidad humana en contextos de encierro. En el documento, se tiene en cuenta lo que señaló la CIDH⁹ y lo que resolvieron las autoridades de la Cámara Federal de Casación Penal¹⁰ respecto de la urgencia de los Estados para garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente al coronavirus.

En la Recomendación, se hace especial mención al mensaje de la alta comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet¹¹. Los integrantes del Sistema recordaron a los miembros del Poder Judicial de la Nación y de los ministerios públicos Fiscal y de la Defensa que, a los fines de evaluar la viabilidad de las medidas alternativas o morigeradas del encierro deben “tener presente las condiciones objetivas y subjetivas de cada caso y especialmente la grave situación de emergencia sanitaria general”¹².

Resulta un deber esencial tomar medidas urgentes y necesarias para proteger la salud y la seguridad de las personas privadas de su libertad, para evitar que la pandemia agrave sus condiciones de detención; y también como parte de los esfuerzos generales para frenar el contagio en la población en general.

III. Monitoreos: Prevención y protección contra la violencia institucional

9 Comunicado de prensa disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2020/066.asp>.

10 Proveído de fecha 3 de abril de 2020 de la Presidencia de la Cámara Federal de Casación Penal, suscripto por la presidenta Angela E. Ledesma, previa consulta con el vicepresidente 1º, Gustavo M. Hornos y el vicepresidente 2º, Alejandro W. Slokar.

11 Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=S_.

12 Recomendación VIII del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles.

Los monitoreos carcelarios procuran controlar de manera inmediata las condiciones reales de alojamiento mediante una recorrida no guiada y la observación directa de la estructura material de alojamiento y sanitaria. Incluyen el relevamiento de aspectos como el trato y el régimen de vida, la alimentación, la atención médica; y también las calificaciones, el debido proceso en el régimen sancionatorio administrativo y el acceso a los períodos de la progresividad en el tratamiento penitenciario.

En esa línea se enmarca la Recomendación III, al puntualizar:

[...] se presenta conveniente y hasta necesaria la intervención sistemática del Poder Judicial de la Nación y de los Ministerios Públicos, con el objeto de coadyuvar a los fines antes señalados y particularmente, que efectúen monitoreos periódicos que constituyan un medio de observación con carácter permanente y estable de las condiciones de vida, régimen de detención y situaciones de violencia institucional en los establecimientos carcelarios del Servicio Penitenciario Federal y provinciales en los cuales se alojen detenidos a disposición de la justicia federal, próximos a su asiento, contribuyendo de esa manera a la realización del más amplio y efectivo control judicial (CSJN: Fallos 327:388)¹³.

Desde su conformación, el Sistema ha efectuado monitoreos en distintas unidades del Servicio Penitenciario Federal, así como en establecimientos provinciales, sin perjuicio de las múltiples visitas que los miembros del Sistema realizan desde su propio rol más allá de este espacio interinstitucional.

En cada uno de los monitoreos del Sistema, se realiza un informe con observaciones y

13 En la Recomendación III del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles.

se han efectuado diversos requerimientos generales, así como señalamientos concretos¹⁴.

Las comitivas que asisten a los monitoreos en los lugares de encierro están integradas por quien preside el Sistema desde su conformación, el juez federal Gustavo M. Hornos, por jueces y juezas de distintas instancias y jurisdicciones, por los cotitulares de la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación –quienes cumplen un rol esencial en el monitoreo, en las entrevistas con las personas detenidas y el seguimiento de las observaciones–; por fiscales de la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN) y por integrantes de la Procuración Penitenciaria.

También participan en los monitoreos miembros de las organizaciones no gubernamentales que integran el Sistema. De este modo, al estar presentes todas partes del sistema judicial, se conforma una suerte de alianza interinstitucional e interdisciplinaria que ha permitido relevar el territorio penitenciario y brindar soluciones concretas a la problemática carcelaria.

Así, por ejemplo, en la visita al Complejo Penitenciario Federal IV de Ezeiza, el 11 de septiembre de 2013, en el sector de sancionadas, se encontró a una joven adulta con lesiones visibles en el rostro, por lo que los miembros del Sistema la entrevistaron, y requirieron al entonces director del Complejo un exhaustivo informe médico acerca de las lesiones. La joven, finalmente, no recibió sanción alguna y, a los pocos días, obtuvo la libertad condicional. Ese mismo día, en el sector destinado a psiquiatría, se observó a una mujer adormecida en una de las celdas individuales, con signos de haber recibido una fuerte medicación. Nuevamente, se requirió al director del Complejo un informe médico y psiquiátrico de la persona y, junto con la

respuesta, se informó que ese mismo día fue dada de alta y reintegrada a la Unidad N° 31.

En el Complejo Penitenciario Federal II de Marcos Paz, el 20 de septiembre de 2013 –luego de varias horas de recorrida– se constataron serias irregularidades en el Pabellón 7 del Módulo I del Complejo, en el que se encontraban detenidos doce varones en celdas individuales, cuyo estado no cumplía ni lejanamente con los estándares mínimos de condiciones de alojamiento en respeto a la dignidad humana. En consecuencia, se requirió la inmediata clausura del Pabellón. Ante la intimación, el director del Complejo dispuso el realojamiento inmediato de todas las personas que se encontraban allí –previa revisión médica y psicológica–. El sector fue refaccionado con el objeto de adecuarlo a las condiciones reclamadas.

En el monitoreo efectuado al Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –Devoto–, el 26 de mayo de 2014, se encontraron los denominados “retenes”. Se trata de pequeños espacios sin agua ni sanitarios ubicados en la entrada a los pabellones, también llamados locutorios. En esos “retenes” de pequeñas dimensiones se hallaban personas sin cama, ni sanitarios, ni contaban con las mínimas condiciones de higiene, debían hacer sus necesidades dentro de esos sectores cerrados en baldes, botellas o bolsas que permanecían en el lugar. No recibían comida ni tenían la posibilidad de realizar actividades de estudio, laborales o de recreación física o mental.

Se dispuso tomar medidas urgentes respecto de esos sectores y se consignó en el acta correspondiente que los “retenes” constituyen –por sus condiciones de falta de higiene, sanitarios y camas– lugares incompatibles para el alojamiento de personas privadas de libertad. Las autoridades aceptaron el señalamiento y convinieron trasladar a las personas provisionalmente a una sala de usos múltiples y a

14 Todos los informes se encuentran disponibles en: http://sistemacontrolcarceles.gob.ar/inspecciones_/.

una sala del hospital penitenciario, y se comprometieron a no habilitar retenes para alojamiento en el futuro.

Desde la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación se realizó un seguimiento para controlar que se cumpliera con lo dispuesto, y el 27 de abril de 2015, a un año de aquella clausura de “retenes”, una comitiva del Sistema volvió al Complejo Penitenciario Federal CABA. Se trató de una visita dirigida a monitorear los Sectores de Alojamiento Transitorio (S.A.T.), que fueron dispuestos como resultado de la clausura. También se hizo un seguimiento para verificar que no se hayan habilitado sectores inapropiados para el alojamiento de personas en los antes denominados “retenes”, y se observaron las condiciones generales de alojamiento.

Unos meses antes, el 8 de septiembre de 2014, el Sistema concurrió al Complejo Penitenciario Federal I –Ezeiza–. En esa recorrida, se pudo constatar en los sectores de sancionados del Módulo III (pabellones I y J) que el ingreso de luz solar era insuficiente y había humedad en ambos sectores. Las duchas estaban completamente tapadas y las personas alojadas no habían ingerido alimentos desde el día anterior, la comida proporcionada por el SPF estaba en mal estado, no recibían desayuno y, en el mejor de los casos, comían una vez al día. El pequeño patio al aire libre estaba cerrado con candado, y la suciedad y desidia era tal que se podía advertir la presencia de roedores.

Las celdas individuales no contaban con iluminación artificial y el ingreso de luz solar era prácticamente nulo. Allí era donde las personas detenidas debían permanecer durante 23 horas al día. Se constató una situación muy irregular respecto del tratamiento que se les daba, pues en los partes entregados no decía que se tratara de personas sancionadas y tampoco se les estaba aplicando Protocolo para la Implementación del Resguardo de Personas en Situación de Especial Vulnerabilidad en

las Unidades Carcelarias¹⁵ (también conocido como Protocolo RIF¹⁶).

En lo inmediato, se exigió la flexibilización del régimen de las personas alojadas en forma provisoria, el aumento del tiempo de salida de las celdas (como mínimo, dos horas por día), pues todo ese tiempo de encierro resultaba una situación en exceso opresiva. Además, se requirió la revisión médica de todos los que estaban allí.

La situación en los dos pabellones era idéntica. En aquel momento, ambos estaban destinados a alojar personas sancionadas y personas con resguardo de integridad física. Las celdas de abajo estaban inundadas, la suciedad y la basura acumulada era notoria. Las celdas del piso de arriba estaban vacías. Dos personas manifestaron estar en huelga de hambre sólida, circunstancia que no surgía del parte del día y la dieta líquida no había sido entregada, por lo que se exigió a las autoridades a cargo la inmediata entrega de las viandas correspondientes.

En un gran número de monitoreos, las observaciones generales se dirigen a que las autoridades dispongan lo necesario para el reacondicionamiento de los sectores visitados y que se evite el alojamiento de personas hasta que se hayan realizado las obras pendientes de mantenimiento en relación con cada una de las falencias constatadas.

Además, se insiste sobre la imperiosa necesidad de flexibilizar el régimen de vida de aquellas personas que se encuentren bajo el Protocolo de Resguardo, para evitar que esa situación se convierta en una sanción, y se debe asegurar el cumplimiento de lo reglado en el Protocolo para la Implementación del Resguardo de Personas en Situación de Especial

15 Servicio Penitenciario Federal, Resolución D.N. N° 384 de fecha 10-4-16. BPN. N° 500.

16 Resguardo de integridad física.

Vulnerabilidad en las Unidades Carcelarias¹⁷.

Sobre el régimen de vida, es preciso garantizar –como regla– el acceso de todas las personas detenidas a los patios externos por, al menos, el tiempo establecido como estándar internacional para el ejercicio físico al aire libre, y proveer elementos de recreación deportivos y otros, para ser utilizados en los patios internos del pabellón¹⁸.

Se advierte, con frecuencia, la necesidad de flexibilizar el régimen de vida establecido, en particular, en aquellos sectores donde se alojan jóvenes adultos, limitando la cantidad de horas de encierro en las celdas, disponer el reacondicionamiento de los espacios donde reciben a las visitas y verificar el funcionamiento de los medios de comunicación con el exterior¹⁹.

Se debe garantizar el suministro de las cuatro comidas, y que sean adecuadas tanto en calidad como cantidad, en horarios apropiados y teniendo en cuenta las necesidades de quienes requieren una dieta especial, así como también la provisión de colchones (preferentemente, de tratamiento ignífugo) y ropa de cama acorde al clima en todos los sectores y para todas las personas alojadas en las unidades inspeccionadas, así como la provisión en cantidad y calidad de elementos de higiene personal y de limpieza.

Se requiere que todo el personal penitenciario (en particular, quienes se encuentren prestando servicios en el sector visitas y requisa) lleve placa identificatoria visible.

17 Consensuado por la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Defensoría General de la Nación y el Servicio Penitenciario Federal en el marco de la causa nro. 9881/10.

18 Una hora por día, conforme la Regla 23 de las Reglas Mandela.

19 En la actualidad, la comunicación con el exterior ha tomado un rol protagónico en lo que respecta derechos de las personas privadas de su libertad.

En el marco de las inspecciones y siempre que corresponda, el Sistema sugiere la pronta implementación de los lineamientos de las ocho recomendaciones emitidas hasta la fecha, en particular, las referidas al acceso efectivo de las prestaciones de asistencia médica de las personas privadas de la libertad y a los derechos de las mujeres y otras identidades privadas de la libertad.

IV. Destacamentos de Gendarmería Nacional

En lo que respecta a la situación de hacinamiento que presentan los destacamentos de Gendarmería –principalmente en el norte argentino–, desde su conformación en el año 2013, el Sistema y cada integrante en el ámbito de su competencia ha observado y manifestado su preocupación por las condiciones de alojamiento que no alcanzan el estándar mínimo establecido en la CN; no se presentan compatibles con los derechos y garantías reconocidos en ella, especificados en los tratados internacionales de derechos humanos y en las Reglas Mandela.

La problemática de la sobrepoblación y hacinamiento que aqueja a los destacamentos por no cumplir con los estándares fijados en la normativa aplicable no es una novedad, como tampoco lo es el impacto que ha tenido sobre ellos el incremento de personas detenidas a disposición de la justicia federal.

En esa línea se encuadran las observaciones preliminares formuladas por el relator especial de la ONU sobre Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Nils Melzer, en la visita oficial a la Argentina en abril de 2018. En el Informe²⁰, destacó –en referencia al hacinamiento– que no existe justificación

20 Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22974&LangID=S>.

económica, política, jurídica o de otra índole respecto de cualquier acción u omisión de los poderes legislativo, ejecutivo o judicial que deliberadamente exponga a los seres humanos a condiciones de alojamiento intolerables.

Años antes, el 19 de noviembre de 2015, una comitiva del Sistema viajó a Salta con el fin de monitorear las unidades carcelarias de la provincia e inspeccionó el Escuadrón 20 de Orán, ubicado a 320 kilómetros de la capital salteña, que aloja –bajo custodia de la Gendarmería Nacional– a detenidos y detenidas federales, principalmente personas imputadas por infracción a la ley de drogas (ley 23.737).

Respecto del informe que se produjo en esa oportunidad, cabe señalar que resulta imposible analizar la problemática de los escuadrones a cargo de la Gendarmería sin mencionar la situación que atraviesan las mujeres que son detenidas y permanecen alojadas allí por períodos prolongados.

Sobre el punto, vale recordar que la legislación en materia penal y carcelaria no refleja en su contenido actual un enfoque de género suficiente y acorde a las demandas de la legislación internacional. De hecho, las reformas legislativas que se acomodaron a la política criminal de los últimos años profundizan el encarcelamiento de mujeres cis, trans y travestis, con una política criminal represiva y punitiva que acentúa la criminalización de los delitos por los que resultan detenidas (vinculados a tenencia y tráfico de estupefacientes y a la trata de personas).

Existe un alto índice de mujeres extranjeras en la población carcelaria femenina, lo que reafirma su creciente participación en las redes internacionales de tráfico de estupefacientes y de trata de personas. La selectividad penal recae sobre las mujeres pertenecientes a sectores social y económicamente más desfavorecidos. De este modo, las políticas de drogas dieron lugar a una excesiva criminalización y encarcelamiento. Se reforzaron los estereotipos de

género, en particular, de las mujeres de los sectores más vulnerables que terminan encarceladas por y bajo la lógica patriarcal.

En los sectores destinados a alojar mujeres, se han observado situaciones que no alcanzan el piso mínimo de derechos. En el informe²¹ realizado por el Sistema de Control de Cárceles en 2015, consta que, si bien el espacio era más amplio y luminoso que el destinado a los detenidos varones, las mujeres alojadas en el Escuadrón 20 GNA accedían a un pequeño baño sin agua caliente, la ducha funcionaba de modo deficiente y se inundaba. Había una ventana mediana, con rejas y vidrio transparente a través de la que se podía observar desde afuera, restringiendo el derecho a la intimidad y privacidad de las mujeres.

Los elementos de higiene personal y del sector eran proporcionados por las familias. Las mujeres que no recibían visitas, entregaban dinero a uno de los gendarmes para que le comprara sus efectos personales. Una situación similar se advirtió en el penal de El Borbollón²², en Mendoza, donde las alojadas recibían el mismo kit de higiene que el que les entregaban a los varones, y solo contaban con otros productos de higiene personal gracias a donaciones que hacía el párroco del lugar.

Todas estas irregularidades fueron observadas y se realizaron los seguimientos correspondientes. Se ha recomendado que debe cesar el uso de esos lugares para privaciones de libertad prolongadas. De esta manera, y a través de los distintos monitoreos, el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles se ha comprometido a asegurar la vigencia de los derechos de todas las personas privadas

21 Disponible en: <https://sistemacontrolcarceles.gob.ar/inspecciones-por-carcel/?idcarcel=113>.

22 Se trata de un antiguo Convento que fue acondicionado para alojar exclusivamente mujeres procesadas y condenadas tanto a disposición de la justicia federal como de la justicia provincial.

de la libertad en el convencimiento de que el monitoreo periódico constituye una medida eficaz para prevenir la violencia institucional en contextos de encierro.

V. La declaración ministerial de emergencia carcelaria²³

Las distintas situaciones relevadas encuadran en deficiencias estructurales de la realidad del Servicio Penitenciario Federal relativas al incremento de la población carcelaria que se viene produciendo desde hace unos quince años y que se ha intensificado –por distintos motivos que exceden el marco de este trabajo– en los últimos cuatro años.

El aumento de la tasa de población penal producido en forma exponencial ha sido una de las principales preocupaciones del Sistema de Control de Cárceles. Esa preocupación se reafirmó ante la noticia de que existía un convenio marco de cooperación suscripto entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Ministerio de Justicia de la provincia de Buenos Aires²⁴. Mediante dicho convenio y con el fin de descomprimir la grave situación de sobrepoblación que afrontaba (y aún afronta) la provincia de Buenos Aires, se enviaría –progresivamente– a la órbita del Servicio Penitenciario Federal 3000 personas privadas de su libertad.

En el Convenio de referencia, el Ministerio de Justicia nacional asumió el compromiso de recibir 3000 personas, que sería realizado –conforme surge del propio convenio– en “forma gradual y paulatina”, de acuerdo al siguiente esquema y cronograma: 50 antes del 30 de junio de 2018; 450 detenidos entre el 1° de julio de 2018 y el 31 de diciembre de 2018; 1000 internos entre el 1° de enero de 2019 y el 31 de

diciembre de 2019; 1500 internos entre el 1° de enero de 2020 y el 31 de diciembre de 2020.

Al mismo tiempo, en el ámbito del sistema federal, principalmente en las cárceles de Ezeiza (varones), Marcos Paz²⁵ y Senillosa²⁶, se implementaba el “Protocolo para la evaluación del riesgo de alojamiento en celda compartida”²⁷, lo que en la práctica significó la colocación de camas camarote en celdas pensadas o construidas para alojar a una persona. Entre otras consideraciones, el SPF tuvo en cuenta que la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNDOC) en el “Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones” establece que, para maximizar la capacidad de cada establecimiento penitenciario, se pueden organizar mejor los lugares con la colocación de camas camarote en las celdas y/o dormitorios.

Desde el Sistema de Control de Cárceles, se hicieron presentaciones a las autoridades políticas a cargo con el fin de alertar sobre la emergencia en la que se encontraba el SPF²⁸. Se hizo especial énfasis en los niveles de sobrepoblación en las cárceles federales de todo el país. Asimismo, manifestaron su preocupación por la aplicación del protocolo de celdas compartidas y lo dispuesto en el convenio de cooperación entre los ministerios de provincia de Buenos Aires y Nación.

25 DI-2018-716-APN-SPF#MJ. Disposición de Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, del 3 de diciembre de 2018.

26 DI-2018-4332-APN-DGRC#SPF. Disposición de la Dirección General de Régimen Correccional del 28 de noviembre de 2018.

27 DI-2018-420-APN-SPF#MJ, disposición de Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, del 12 de julio de 2018.

28 El 4 de enero de 2019, el Sistema fue convocado por el entonces Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación a una reunión en la sede de la Ex -Esma a fin de tratar la problemática.

23 RESOL-2019-184-APN-MJ publicada el 25 de marzo de 2019.

24 Suscripto el 22 de junio de 2018.

El 25 de marzo de 2019 se dispuso –mediante declaración ministerial– la emergencia en materia penitenciaria como un reconocimiento a la grave situación de sobrepoblación del SPF a la vez que –curiosamente– se destacó en sus considerandos:

[...] la atención de las necesidades de la sociedad en materia de seguridad pública y justicia y, con tal enfoque, ha cumplido en impulsar medidas concretas tendientes a optimizar la satisfacción de tales requerimientos, en el entendimiento de que el Estado debe contar con herramientas consistentes, prácticas y eficaces de política criminal, para luchar de manera integral contra el flagelo del crimen organizado²⁹.

En ese contexto, desde el Sistema se ha señalado el impostergable deber de garantizar con mayor énfasis y controlar, en la emergencia, el cumplimiento de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, dado que el principio de no regresividad de los derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos impone la necesidad de reformular el impacto en la realidad carcelaria de la decisión política de alojar dos personas en celdas originalmente destinadas para el alojamiento de una persona.

VI. Breve conclusión

La existencia misma de un Sistema Interinstitucional de Control de Cárcenes constituye un factor muy positivo para la transparencia de instituciones caracterizadas desde siempre por la opacidad, como los establecimientos carcelarios.

Es precisamente en la emergencia carcelaria, donde se torna indispensable el control que se procura desde el Sistema. Un control

²⁹ Resolución 184/2019, ya citada.

que constituye una propuesta de cambio cultural en el ámbito judicial, así como una evolución de las perspectivas de abordaje de las cuestiones penitenciarias.

En el marco de ese control, se han tomado decisiones judiciales destacables³⁰, y también desde los distintos poderes y organismos del Estado se han concretado acciones dirigidas a modificar y mejorar situaciones de hacinamiento denunciadas. El objetivo es asegurar que la estadía de todas las personas detenidas en un establecimiento carcelario se ajuste a las normas constitucionales y a los estándares internacionales y que no genere restricciones más allá de aquella inherente a la privación de la libertad ambulatoria.

Jurisprudencia nacional

Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), Sala I, “Ministerio Público Fiscal Federal s/recurso de casación”, registro nro. 867/17.1, 11075/2016/TO1/1/1/CFC1, del 27 de junio de 2017, voto en disidencia del juez Gustavo M. Hornos.

CFCP, Sala IV, “Delegación Regional de la Zona NEA de la Procuración Penitenciaria de la Nación s/recurso de casación”, reg. Nro. 1078/18, FRE 5740/2018/CFC1, rta. 29/08/18.

³⁰ CFCP, Sala IV FPO 5628/2018/CFC2, caratulada “Mereles Almirón, Blas Ramón s/ recurso de casación”, rta. el 13/12/18 y reg. Nro. 2003/18; FRE 5740/2018/CFC1 “Delegación Regional de la Zona NEA de la Procuración Penitenciaria de la Nación s/recurso de casación”, rta. 29/08/18, reg. Nro. 1078/18, causa FSA 19384/2017/CFC1 “Detenidos Alojados en el Escuadrón N° 20 Orán-G.N.A. s/ Habeas Corpus” rta. 7/6/18 Reg. Nro. 619 /18 y FCT 21000299/2012/CFC1 resuelta el 4/10/19, reg. nro. 2033/19 caratulada: “Medina, Jorge A. s/recurso de casación”, entre otras.

CFCP, Sala IV, “Medina, Jorge A. s/recurso de casación”, reg. nro. 2033/19, FCT 21000299/2012/CFC1, rta. el 4/10/19.

CFCP, Sala IV, “Mereles Almirón, Blas Ramón s/ recurso de casación”, reg. Nro. 2003/18, FPO 5628/2018/CFC2, rta. el 13/12/18.

CFCP, Proveído de fecha 3 de abril de 2020 de la Presidencia suscripto por la presidenta Angela E. Ledesma, previa consulta con el vicepresidente 1º, Gustavo M. Hornos y el vicepresidente 2º, Alejandro W. Slokar.

Cámara Federal de Salta, Sala 1, “Detenidos Alojados en el Escuadrón N° 20 Orán-G.N.A. s/ Habeas Corpus”, Reg. Nro. 619 /18, FSA 19384/2017/CFC1, rta. 7/6/18.

Documentos y normas de organismos nacionales

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Acordada 5/16 CFALP del 28 de abril de 2016.

Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Acordada 9848 CFAM, del 7 de febrero de 2019.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Resolución 2019-184, publicada el 25 de marzo de 2019.

Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 2020-260.

Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles. “Informes” disponibles en: <http://sistemacontrolcarceles.gob.ar/inspecciones/>.

Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles. “Recomendaciones”, disponibles en: <http://sistemacontrolcarceles.gob.ar/recomendaciones>.

Servicio Penitenciario Federal, DI-2018-716-APN-SPF#MJ. Disposición de la Dirección Nacional del 3 de diciembre de 2018.

Servicio Penitenciario Federal, DI-2018-4332-APN-DGRC#SPF. Disposición de la Dirección General de Régimen Correccional del 28 de noviembre de 2018.

Servicio Penitenciario Federal, DI-2018-420-APN-SPF#MJ, disposición de la Dirección Nacional del 12 de julio de 2018.

Servicio Penitenciario Federal, Resolución D.N. N° 384 de fecha 10-4-16. BPN. N° 500.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH, caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995.

Documentos y normas de organismos internacionales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2020, “La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19”, comunicado de prensa No. 066/20, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2020/066.asp>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos y degradantes, adoptada por la Asamblea General (ONU), A/RES/39/46, del 10 de diciembre de 1984.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Resolución XXX, 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela). Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977.

ONU, 2020, “Hay que tomar medidas urgentes para evitar que el COVID-19 ‘cause estragos en las prisiones”, noticia disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=S>.

ONU, 2018. “Observaciones preliminares y recomendaciones. Relator Especial de las NU sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. Nils Melzer en la visita oficial a la Argentina entre el 9 y el 20 de abril de 2018”, noticia disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22974&LangID=S>

La experiencia de la Dirección de Control y Asistencia de la Ejecución Penal: un aporte para pensar la seguridad pública y la prevención de la reiteración delictiva, por fuera de los muros de la cárcel

María Virginia Barreyro

Abogada por la Universidad Católica de Santa Fe, especialista en Magistratura -área Penal- por la Universidad Nacional de La Matanza, maestranda en Antropología Social por la Universidad Nacional de Misiones. Directora (int.) de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal (ley 27.080).

I. Introducción

La invitación a hacer este aporte, en el marco de una publicación orientada a *analizar, con diferentes perspectivas, sobre la violencia institucional en los contextos de encierro, las medidas de prevención y las acciones disponibles para responder a esas situaciones de violencia y las reformas legales que podrían implementarse para resolver el hacimiento carcelario*, me convocó sin dudas.

Ya en la tarea, me encontré ante la paradoja que me resultaba, en cierto sentido, simple, porque comparto la perspectiva de derechos humanos –y la noción de que la situación actual es crítica y que urgen acciones y reformas legislativas para corregirla–, además, se vincula estrechamente con la tarea que desarrollo día tras día hace algunos años; pero, a la vez, resultaba compleja, porque camino al filo de repetirme y decir obviedades, o dar por bien sabidas cuestiones que la realidad denuncia como ignoradas en las prácticas establecidas.

Pero como el acto de escribir o hablar sobre asuntos sociales acuciantes –como la emergencia carcelaria, seguridad y violaciones a derechos humanos– es, antes que nada, un acto político, con la responsabilidad que esto impli-

ca, me he empeñado en hacerlo desde la experiencia concreta, del modo más claro posible y proponiendo aportes para la agenda pública, por una sociedad más justa e inclusiva.

II. Desde dónde hablo: el rol de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal

La DCAEP es un órgano auxiliar de la justicia nacional y federal, con anclaje institucional en el propio Poder Judicial de la Nación¹.

Tiene un doble rol: de *control*, traducido en la verificación del cumplimiento de las medidas impuestas judicialmente, de las reglas incluidas en el auto de soltura si es el caso, con un informe a los tribunales o juzgados intervinientes; y de *asistencia*, pensado como acompañamiento para rearmar un proyecto de vida que ya no implique conflicto con la ley penal, para lo que necesariamente se piensa al sujeto bajo supervisión no sólo como individuo, sino en relación con su familia y su comunidad.

Concretamente, interviene en la supervisión –con este doble rol– de los siguientes institutos: a) libertad condicional; b) libertad asistida; c) pena de ejecución condicional; c) suspensión de juicio a prueba; d) detención o pena con la modalidad de alojamiento domiciliario; e) ejecución de todo sistema sustitutivo de la pena que se cumpla en libertad; y f) excarcelación.

Como principio general que anima todo su funcionamiento, el Reglamento de la institución enfatiza que: “La Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal deberá atender al cumplimiento de sus funciones ajustándose a los principios contenidos en la Constitución Nacional, y en los Tratados

Internacionales de Derechos Humanos y las normas de carácter internacional y regional en la materia”.

Se trata de una supervisión mediante un equipo psicosocial; los delegados judiciales son trabajadores sociales y psicólogos, y el abordaje es acorde a las respectivas incumbencias profesionales. Este equipo realiza la evaluación social, acompaña y supervisa a aquellas personas implicadas en diferentes instancias del proceso judicial penal.

Estas tareas se cumplen no solo en las oficinas de la Dirección, sino, fundamentalmente, mediante las tareas de campo –visitas a los domicilios de las personas bajo su órbita, unidades penitenciarias, instituciones donde se cumplen tareas comunitarias, centros de formación o educativos, centros de atención de la salud donde se cumplan medidas impuestas, entre otros–.

Hasta aquí, puede apreciarse que se trata de una muy buena perspectiva para abordar la emergencia declarada dentro de los muros: nos ubicamos desde fuera –en cierto sentido, desde antes y después– para pensar qué alternativas podemos plantear como parte de un camino de salida a la crisis vieja y actual del sistema carcelario.

III. Emergencia carcelaria

En marzo de 2019, el Poder Ejecutivo Nacional dictó la “Declaración de emergencia penitenciaria” por el lapso de 3 años desde su publicación. En ella, explicitó la situación de colapso del sistema federal y las violaciones de derechos humanos por las condiciones de detención –generadas, entre otros motivos, por el hacinamiento en cárceles superpobladas– y constituyó una comisión para analizar la situación actual y facilitar la coordinación entre los diferentes órganos del Estado nacional intervinientes en la materia penitenciaria federal para que elaboren propuestas

¹ Conforme a la ley de creación de la DCAEP, ley N° 27.080 y la Acordada N° 30/17 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –que aprueba su reglamento–.

de políticas públicas tendientes a: a) resolver el déficit habitacional en el Servicio Penitenciario Federal; b) mejorar las condiciones de privación de la libertad; c) promover e implementar medidas alternativas a la privación de la libertad, especialmente para grupos vulnerables.

Si repasamos la historia de las instituciones carcelarias, podremos ver cómo, desde el siglo XIX en adelante y en distintas latitudes, de modo más o menos explícito y con discursos y tecnologías dispares, los muros de la cárcel han oficiado de guardianes de las miserias, vergüenzas y fracasos de las sociedades modernas.

Aunque se encuentra contemplado, en la normativa nacional e internacional, el derecho de toda persona privada de libertad a estar enterada del acontecer social, el derecho de vincularse con su familia y comunidad; y si bien forma parte de un cierto estado de la cuestión en materia penitenciaria que resulta provechoso y deseable el ingreso de instituciones intermedias –instituciones educativas, organizaciones de derechos humanos, iglesias, entre otros– a las unidades penitenciarias, los muros conservan su capacidad de aislar dentro de sí voces de súplica.

La situación ha tenido que ser tan extrema y las voces llegar al grito a voz en cuello para que, de alguna manera, se escucharan afuera de los confines penitenciarios.

III.1. Cómo llegamos a la emergencia carcelaria y qué significa realmente

Por principio, las modificaciones legislativas dictadas en la materia durante los últimos años, sin duda, han incidido en la situación carcelaria.

Tal es el caso de la prescripción del procedimiento para casos de flagrancia, que implicó la pronta resolución de casos simples por delitos menores –lo que, a primera vista,

suscribiríamos como un avance en materia procesal–, pero que, combinado con otros factores, ha contribuido al efectivo cumplimiento de penas cortas, aumentando exponencialmente el número de personas encarceladas (Barreyro 2020, 1). Y la situación se ha agravado con la implementación, casi en simultáneo, de la última reforma a la Ley Nacional de Ejecución Penal.

En efecto, como explicáramos cuando comentamos la reforma, se ha desplazado lisa y llanamente el objetivo de *limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados* –aun cuando, nominalmente, siga enunciado en el artículo 6°– para poner énfasis en la finalidad de *proteger a la sociedad*, esto es, como política de seguridad pública; lo que da la impresión de que los/as legisladores/as parecen esperar grandes logros del *tratamiento intramuros* (Barreyro 2017, 2).

Si bien los periodos que integran el régimen de progresividad se mantienen respecto del texto anterior a la sanción de esta ley, debido a los cambios introducidos en cada uno de estos periodos –ajustándolos a nuevos objetivos generales–, podemos hablar de un nuevo régimen de progresividad y tratamiento.

Un cambio significativo se da en la prohibición de acceso a beneficios de libertad anticipada, sin posibilidad de análisis caso a caso, para un amplio rango de supuestos incorporados en el artículo 56 bis².

2 Concretamente no podrán acceder aquellas personas condenadas por:

- (1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.
- (2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.
- (3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.
- (4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.

Si prestamos especial atención al inciso 10 del artículo 56 bis, encontramos que, si bien en la discusión parlamentaria se reflejaba la intención de privar del *beneficio* de una libertad anticipada a *grandes narcotraficantes*, la práctica ha mostrado que quedan involucrados en causas por *narcotráfico* los eslabones más débiles, vulnerables y fácilmente reemplazables de la cadena de distribución y comercialización de estupefacientes, por lo que no se limita en nada –con tales previsiones– el accionar del *crimen organizado*.

En igual sentido, se ha establecido como requisito para acceder a la libertad condicional, entre otros, un informe favorable del Consejo Correccional, y la ley determina que no podrá darse tal informe –sin perjuicio de otras causas– en los siguientes supuestos: a) en el caso de encontrarse sujeto a proceso penal por la comisión de nuevos delitos cometidos durante el cumplimiento de la condena; b) en el caso de que la conducta y concepto del interno no haya alcanzado la calificación, como mínimo, de “buena” durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de peticionar la libertad condicional.

En cuanto a la libertad asistida, con toda razón, se ha señalado que resulta paradójico que este mecanismo de vigilancia tan acotado que

el/la legislador/a, en 1996, había diseñado con la intención de garantizar el sistema progresivo para todas las personas condenadas (incluidas las *reincidentes*) haya merecido tamaño endurecimiento (Alderete Lobo 2019, 224). En concreto, el acceso a la libertad condicional ahora implicará que la persona condenada –por algún delito no incluido en el artículo 56 bis y sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal– podría egresar tres (3) meses antes del agotamiento de la pena temporal.

Así, se reduce a la mitad el lapso máximo de la libertad asistida: pasa de seis a tres meses. Esto implica una drástica reducción del tiempo disponible para el tratamiento post-penitenciario y, en consecuencia, de sus posibilidades de lograr desarrollar herramientas para evitar conductas de riesgo y armar una red de contención para la vida libre.

Finalmente, un detalle no menor, es que se haya suprimido la conversión a tareas comunitarias de penas cortas de prisión, que tenía el sentido de evitar el efectivo encierro de quienes cometen delitos considerados “menores” –penas menores a 6 meses de prisión–.

La implementación de las reformas reseñadas se realizó, además, en un contexto de profunda crisis socioeconómica, con retracción estatal y avance de la pauperización de las capas más vulnerables de la sociedad, lo que provocó un aumento de lo que podríamos denominar delitos de hambre –por ejemplo, alguien que hurta comida para comer o dar de comer a sus hijos/as–. Y estos delitos, en este marco normativo, han sido rápidamente condenados a penas de efectivo cumplimiento. Como contrapartida, no existen indicios de que encarcelar a más personas en peores condiciones y por más tiempo haya implicado una disminución de las tasas de comisión de delitos.

Entonces, se puede apreciar que estamos ante un ejemplo dramático del resultado esperable de la aplicación de la “mano dura” como única respuesta al problema de la segu-

(5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal.

(6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.

(7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.

(8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.

(9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal.

(10) Delitos previstos en los artículos 5º, 6º y 7º de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.

(11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

ridad pública, como si cada hecho delictivo emergiera únicamente de la supuesta “inadaptación” de cada uno de los miles de sujetos alcanzados por el sistema penal, sin tomar en cuenta el complejo entramado de problemas sociales que subyacen, y considerando irredimibles y, por lo tanto, prescindibles, a quienes han infringido la ley.

III.2. Superposición de emergencias: ahora, también, sanitaria

La humanidad está afectada por una pandemia fulminante que ha pasado los límites de una crisis sanitaria para ser un hecho social total, en el sentido de que afecta al conjunto de las relaciones sociales y conmociona a la totalidad de los actores, las instituciones y los valores (Erbeta 2020, 43). Puntualmente, en el ámbito carcelario, el estallido que ha significado la aparición del COVID-19 no ha hecho más que resaltar la situación grave pre-pandemia, que la pandemia agudiza (Zaffaroni 2020, 37).

Así, teniendo en cuenta que en una situación de encierro, las personas que lo sufren pierden la independencia y, en cierta medida, el control sobre sus cuerpos y el cuidado de su salud (Daroqui 2006, 290), cuando la amenaza de este virus –en gran medida desconocido, altamente contagioso y que, unido a comorbilidades preexistentes, puede ser fatal– sobrevoló las cárceles hacinadas y con malas condiciones de higiene, el miedo se hizo oír.

Como primera respuesta, en el ámbito de la justicia nacional y federal, las respectivas cámaras de casación penal dictaron sendas acordadas con la vocación de trazar criterios que previnieran, en lo que atañe al poder judicial al menos, una verdadera catástrofe humanitaria al interior de las cárceles federales.

Así, el 13 de abril de 2020, la Cámara Federal de Casación Penal, mediante la Acordada 9/20, dispuso:

Recomendar a los tribunales de la jurisdicción que adopten *medidas alternativas al encierro* [...] respecto de: a) Personas en prisión preventiva por delitos de *escasa lesividad o no violentos*, o que no representen un riesgo procesal significativo, o cuando la duración de la detención cautelar haya superado ostensiblemente los plazos previstos en la Ley 24390, en relación a los hechos imputados y tomando en cuenta las características de cada proceso; b) Personas *condenadas por delitos no violentos que estén próximas a cumplir la pena impuesta*; c) Personas condenadas a *penas de hasta 3 años* de prisión; d) Personas en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplan con los demás requisitos; e) *Mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijos e hijas*; f) *Personas con mayor riesgo para la salud* [...] que puedan exponerlas a un mayor riesgo de complicaciones graves a causa del COVID-19 ...Las evaluaciones en cada caso deberían determinar si es posible proteger su salud si permanecen detenidas y considerar factores como el tiempo de pena cumplido y la gravedad del delito o la existencia de riesgos procesales y el plazo de la detención, para los procesados. 3) *Meritar con extrema prudencia y carácter sumamente restrictivo la aplicabilidad de estas disposiciones en supuestos de delitos graves*, conforme normas constitucionales, convencionales y de derecho interno, según la interpretación que el órgano jurisdiccional haga en cada caso. 4) Recomendar a las autoridades penitenciarias el estricto cumplimiento de los protocolos y normas vigentes en materia sanitaria [...] (el resaltado me pertenece).

A su vez, la Cámara Nacional de Casación

Penal, con pocos días de diferencia³, resolvió:

Recomendar a los magistrados del fuero criminal y correccional de la Capital Federal que, *con base en la doctrina que emana de los reiterados precedentes de este tribunal*, extremen los recaudos para coadyuvar a la más pronta disminución de la sobrepoblación carcelaria, *atendiendo prioritariamente*, en la medida que el caso así lo permita, la situación de los *internos que conforman los grupos de riesgo* descriptos por la autoridad sanitaria. [...] la recomendada atención a la jurisprudencia de esta cámara [...] tiene por finalidad evitar un siempre perjudicial desgaste jurisdiccional, que, en las actuales circunstancias, redundara en la *conjura de las consecuencias que ese innecesario dispendio podría importar a la salud* de las personas privadas de libertad [...] como así para la del personal penitenciario [...] (el resaltado me pertenece).

Habiendo leído ambas acordadas, resulta por demás llamativo el modesto acatamiento que tuvieron en tribunales y la abrumadora difusión de la temible e inminente “liberación masiva de violadores y asesinos”, que jamás ocurrió, que no estaba de ningún modo prevista en dichas disposiciones –que mencionan, como vimos, supuestos de delitos no violentos, personas no condenadas, casos que no representen riesgo procesal, mujeres embarazadas o con niños/as pequeños/as, delitos con penas de hasta tres años–, sin embargo, se agitaron cacerolas y se nutrieron horas de televisión.

Por otra parte, en las cárceles federales se implementaron protocolos de prevención, detección y aislamiento en el marco de una actuación articulada de oficinas dependien-

tes de las carteras de Justicia y Salud. Aún es prematuro evaluar su pertinencia y eficacia –mientras escribo, nos encontramos atravesando la pandemia– y, por lo pronto, no hay coincidencia entre, por un lado, la evaluación parcial realizada por los propios operadores y autoridades sanitarias y, por el otro, la visión –que se mantiene en alerta– de organizaciones que nuclean a familiares de detenidos/as, por ejemplo.

IV. ¿Qué le hace la cárcel a una persona?

El sujeto que, expulsado de la comunidad de personas, entra a la prisión no será el mismo que salga de la prisión y se reintegre a esa comunidad de la que fue expulsado. El tiempo y el ámbito en el que transcurra operarán su gradual transformación. Y a medida que se van descontando años de pena, se van descontando también años de vida (Messuti 2008, 59).

En el marco de sucesivos *ateneos de casos* de los equipos especializados en supervisión postpenitenciaria de la DCAEP⁴, se han relevado los siguientes efectos frecuentes en personas que han estado en prisión:

a. Aumento del grado de dependencia, debido al amplio control conductual al que se vieron sometidos durante el encierro. La mayoría de las decisiones que afectan a su vida diaria le son impuestas, escapando a su propio control (higienizarse, comer, dormir).

b. Vinculado a lo anterior, pérdida de capacidad de decisión.

c. Devaluación de la propia imagen y disminución de la autoestima.

d. Adhesión a valores carcelarios. Se arraiga fuertemente el aprendizaje e incorporación

³ El 23 de abril de 2020, 10 días después que su par federal, dictó la Acordada N° 5/2020.

⁴ Dichos ateneos fueron coordinados por la licenciada Alejandra Zimon, quien los resumió en un informe que ha servido de base para la síntesis que aquí se presenta, en sus conclusiones. Participaron todos/as los/as profesionales que se desempeñan en el Equipo de Supervisión Postpenitenciaria de la DCAEP.

de pautas, normas y disvalores “tumberos”, que le resultaron útiles para sobrevivir en el encierro, pero son muy problemáticos afuera.

e. La ausencia total de intimidad que conlleva serias consecuencias para la propia identidad e imagen corporal. Y se traduce en una falta de cuidado personal.

f. También se ve afectada la vida sexual, las relaciones son a las apuradas, hay un embrutecimiento del sexo, que queda disociado de la afectividad o la ternura (esto en las relaciones que se mantienen en las “visitas higiénicas”). En muchos casos, también se ven afectados por episodios de violencia sexual intramuros. En el afuera, la consecuencia más frecuente referida en el contexto de entrevistas psicológicas es la eyaculación precoz en los varones. Todo esto, se traduce en inseguridad y temor a ser abandonados o a infidelidades por parte de la pareja.

g. Alteraciones del sueño.

h. Fatalismo: se dejan llevar por lo irreparable de la situación. Hay una percepción de que no se tiene ninguna posibilidad de crear su propio camino, elegir qué quieren para su propia vida. Es un desafío del trabajo psicosocial postpenitenciario lograr que estas personas acepten la posibilidad de elaboración de proyectos propios.

i. Dificultad para reflexionar.

j. Trascendencia de la pena: en torno a las personas liberadas, sus familias se convierten en víctimas “paralelas” del delito y sufren las consecuencias de un hecho que no han cometido. A veces se trata de padres que tienen a su hijo en prisión, otras, mujeres que sufren el encierro de sus maridos, reducidas muchas veces a la precariedad de familias monoparentales con los hijos a cargo y sin fuentes de ingresos.

La situación económica de las familias de los internos representa la principal desventaja sociofamiliar. Cuando una familia pierde a un individuo económicamente activo, queda vulnerable a las afectaciones económicas, fal-

ta de ingresos para satisfacer las necesidades básicas como comida, agua, electricidad, alquiler, etcétera.

En estas situaciones, como en tantas otras, el género también marca una diferencia.

Los/as profesionales de los equipos psicosociales coinciden en destacar, en punto al mantenimiento de los vínculos familiares y su incidencia en el armado de una red de contención para encarar nuevamente la vida en libertad, la diferencia abrumadora entre las filas que se forman afuera de las cárceles de varones y las de mujeres. En los centros de detención de varones, las filas son extensas, con todo lo que ello implica: levantarse a las 4 de la mañana para llegar temprano, a veces tomar varios medios de transporte y luego esperar horas bajo la lluvia o al rayo del sol, para ingresar y compartir un rato con el familiar privado de libertad y acercarle algún alimento o productos de higiene personal o ropas. Abuelas, madres, hermanas, novias, hijas acuden a acompañar a los varones encarcelados. Esta realidad dista mucho de lo observado en las unidades penitenciarias que alojan mujeres.

En la práctica, siguiendo esa línea, se ve claramente que, en lo que concierne al grupo familiar, las más afectadas son las mujeres: ya sea cuando ellas son quienes transitan el encarcelamiento o cuando son quienes sostienen la familia y acompañan desde el medio libre al hombre encarcelado.

Cuando hay niños/as, son los/as más vulnerados/as ya que –además de las privaciones propias del deterioro de la economía familiar– sufren la separación de cualquiera de sus padres, lo que siempre representa un cambio significativo en sus vidas. Y esto lo vemos reflejado en problemas psicológicos vinculados a la tristeza o depresión y, muchas veces, conductas hetero o auto agresivas.

En este punto, resulta oportuno recordar que:

[...] las personas presas tienen derecho, en general como ciudadanos que son de su país y que tienen derecho a la salud, la educación, etcétera; y específicamente como presos, que por serlo y estar bajo custodia estatal tienen un especial título para gozar de los derechos en cuestión. Tales derechos son inalienables, más allá del éxito o fracaso de la prisión en términos de reducir la reincidencia (Mathiensen 2005, 8).

V. Hay algo más que cárcel para dar respuesta a la demanda de seguridad

Con lo dicho hasta aquí, no pretendo clausurar mañana las cárceles y prescindir de la pena de prisión en el sistema penal, pero sí espero dejar planteado como objetivo que la cárceles sean realmente el último recurso –además de ser sanas, limpias y de ofrecer un trato digno, donde el único derecho restringido sea el de la libertad– y que nos demos la discusión seria y propiciemos un ejercicio de la función pública –en el ámbito legislativo, judicial o ejecutivo– responsable, que se traduzca en un abordaje de la problemática que sea integral y respetuoso de los derechos humanos fundamentales.

En esta tesitura, herramientas que pueden ser mucho más y mejor utilizadas son: las medidas alternativas, formas morigeradas de encierro y libertades anticipadas bajo supervisión.

En la categoría de *medidas alternativas a la prisión*, incluimos a todas las modalidades de medidas que el sistema penal impone a un sujeto que se cumplen sin encierro. Aquí pueden englobarse: la suspensión de juicio a prueba, la condena de ejecución condicional o prisión en suspenso y la conversión de días de prisión por un equivalente en horas de tareas comunitarias.

Respecto de *formas morigeradas de encierro*, encontramos a la prisión domiciliaria, con o sin dispositivo de monitoreo electrónico.

En cuanto a las *formas de libertad anticipada*, nos centraremos en los institutos de la libertad condicional o asistida.

En todos los casos anteriores, la supervisión de las reglas fijadas según las finalidades específicas de cada uno de estos institutos en cada caso particular debe ser realizada por un equipo especializado, para que el instituto aplicado no se desvirtúe. Esta tarea es la que efectúan, por ejemplo, los equipos de la DCAEP, en las causas radicadas ante la justicia nacional y federal.

Con relación a las medidas alternativas al encierro, la intervención tiene como objetivo lograr acciones oportunas que eviten que las personas supervisadas continúen una carrera delictiva⁵. En este grupo, confluyen muchos casos de personas que transitan por primera vez por el sistema penal, debido a su primera ofensa penal, y otras que ya han estado en situaciones similares, pero siempre por *delitos menores* según la escala penal aplicable. Es, también, donde encontramos mayor concentración de personas en la franja etaria entre 18 y 24 años.

De allí que sea central un control efectivo y una intervención social con miras a fortalecer las posibilidades de elaborar un proyecto de vida superador. La prioridad en estas intervenciones será detectar aquellos factores de vulnerabilidad social –hambre, falta de acceso a recursos para satisfacer necesidades básicas–, y/o de riesgo –consumo problemático de sustancias– para conectar las necesidades con los recursos existentes, promover la adquisición y desarrollo de nuevas herramientas, y trabajar en la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales de la persona bajo supervisión.

⁵ Es el grupo que más ha crecido a partir de la implementación del procedimiento en casos de flagrancia y en el cual se puede ver con mayor claridad el impacto de las condiciones socioeconómicas y el aumento de delitos que podríamos llamar de hambre, personas que hurtan comida para ellos o para dar de comer a sus familias.

Respecto de las personas con prisión domiciliaria, presentan causales especiales –grave estado de salud y/ o edad avanzada, obligaciones de cuidado de niños/as pequeños/as y/o personas con discapacidad–, y deben cumplir pena o medida cautelar de prisión en su domicilio –en vez de estar en una unidad penitenciaria– sin poder salir más que en cuestiones excepcionales que sean expresamente autorizadas por el/ la juez/a o tribunal a cuya disposición se encuentren. Estos casos requieren, en principio, un especial énfasis en el control del cumplimiento de la medida⁶.

Ahora bien, en este tipo de casos, deben considerarse especialmente aquellos que requieren también una fuerte intervención en materia de asistencia: se trata de personas que han llegado al sistema penal con múltiples indicadores de vulnerabilidad social y que, al sumarse la circunstancia del encierro –que se interpone en sus posibilidades de acceso a la educación, formación y, más aún, en cualquier opción de inserción laboral–, se transforman en población sobrevulnerada.

A su vez, dentro de este último grupo, cabe hacer foco en las mujeres en prisión domiciliaria con niños/as a cargo: allí el desafío y la apuesta es lograr incidir positivamente –con el acompañamiento en dupla interdisciplinaria en el domicilio, impulsando políticas públicas de inclusión, articulando con redes locales de contención, etc.– para que la persona en arresto y sus hijos/as accedan a recursos elementales de inclusión social: alimentación, salud, educación, trabajo.

Como en todos los casos de intervenciones de órganos de supervisión –por caso, la Dirección de Control y Asistencia y Ejecución

Penal–, será clave la articulación entre el trabajo de los/as profesionales que acompañan a cada una de las personas en prisión domiciliaria, referentes de distintas reparticiones estatales, de la sociedad civil, barriales, etcétera.

En cuanto a las personas respecto de las que se interviene en el marco del cumplimiento de los institutos de la libertad condicional o libertad asistida, respectivamente, el panorama con el que se encuentra el órgano técnico al evaluar, inicialmente, cada caso guarda directa relación con los efectos del encierro en las personas que lo transitan, a los que nos referimos antes.

La asistencia está orientada a empoderar y a promover a las personas bajo supervisión, no existe asistencia directa, y se interviene actuando en red con otras dependencias estatales y con la sociedad civil.

En definitiva, toda instancia de supervisión por parte de la DCAEP u órganos análogos debe estar orientada a la prevención especial positiva, y constituirse en una alternativa que prevenga del ingreso al sistema carcelario o –al menos– en un punto entre la cárcel y el medio libre, para ayudar a estas personas a integrarse plenamente al medio libre, de un modo positivo y que ya no lleve a nuevos episodios penales (Barreyro 2019, 520).

En la medida que se fortalezcan y profundicen abordajes como el que venimos describiendo, sin lugar a dudas tendremos mejores resultados que depositando masivamente personas en cárceles de las que, por otra parte, más tarde o más temprano saldrán, con los efectos del encierro a cuestas.

La experiencia me ha demostrado que el acto revolucionario de mirar a los ojos a la persona que ha cometido delitos – como persona, y no como carátula burocrática–, y trabajar en conjunto para que sea protagonista de su propia vida cuidando de sí, de su familia y de la comunidad, da excelentes resultados.

La cárcel como regla absoluta, a la que he-

⁶ Esto implicará aplicar protocolos de inspección sorpresivos y aleatorios –incluso en días u horarios habitualmente inhábiles– que pueden o no estar complementados por el uso de dispositivos de monitoreo electrónico.

mos recurrido sistemáticamente con ciega fe durante años, no hace más que exhibir crudamente sus fracasos. La superación de esta emergencia y la consolidación de una realidad más justa, segura e inclusiva son posibles, pero requiere un trabajo serio, mancomunado y sostenido del Estado y la comunidad toda.

VI. A modo de conclusión

La cárcel actual ha reforzado su función biopolítica, constituyéndose en un ámbito de neutralización e incapacitación, no ya para gobernar el conflicto social, sino para gestionar el excedente social, los residuos sociales (Andersen 2012, 254).

El primer paso que debemos dar para desandar el camino que nos trajo hasta esta situación crítica es desmitificar esta leyenda urbana que se ha enquistado en el sentido común, según la cual si encerramos a más personas por más tiempo, obtendremos mayor seguridad y, como consecuencia, cualquier alternativa a la prisión es sinónimo de impunidad.

Es urgente debatir seriamente, a la luz de la evidencia, con los datos de la realidad – que, en parte, he buscado sintetizar en los párrafos anteriores–, sobre para qué sirve y para qué no la cárcel; desnudar el hecho de que no merece la fe ciega que se ha depositado en ella.

Durante las últimas décadas, hemos podido observar cómo, cada vez que algún hecho espantoso nos sacude, la compleja problemática socioeconómica emerge –como punta de un iceberg–, y se toma la parte por el todo. La repuesta es siempre una fórmula, cuya única variable son años de encierro que se reparten livianamente.

Así, con alguna reforma legislativa que aumenta una pena, veda la posibilidad de medidas alternativas o mutila la progresividad de la pena, se tacha el problema de la lista y se celebra con bombos y platillos el logro. Pero tardamos muy poco en comprobar su inuti-

lidad, cuando la conflictividad penal –que se pretendía resuelta– demuestra que está allí, acompañada del costo de cárceles colapsadas y graves violaciones a los derechos humanos.

Si queremos lograr revertir la historia de emergencias carcelarias cíclicas y responder a las demandas de seguridad, no podemos seguir apostando a soluciones mágicas, debe existir el compromiso y la efectiva implementación de medidas por parte de los tres poderes del Estado, y un compromiso serio por parte de todos los sectores de la sociedad.

Así, el maltrecho conjunto de normas que rigen la ejecución penal –remendadas sin coherencia durante años– merecen ser discutidas y puestas en un marco lógico, proporcional, razonable y adecuado a los fines declarados; y no como reacciones espasmódicas, sujetas al vaivén de la demagogia punitiva.

También el servicio de justicia tiene un rol importantísimo en la interpretación, aplicación y disposición de institutos vigentes, con reglas posibles y verdaderamente útiles para que quienes han estado en conflicto con la ley penal logren continuar su camino de modo digno y sin volver a cometer delitos.

Para esto último, es crucial fortalecer los órganos de supervisión de medidas alternativas, morigeradas y postpenitenciarias –como la DCAEP y patronatos– para que realicen una supervisión psicosocial efectiva, orientada a remover factores de riesgo, generar redes y propiciar oportunidades.

Es importante prestar especial atención a cómo se implementan las medidas alternativas, para que sean verdaderas instancias de prevención positiva; y en la labor postpenitenciaria resumida hasta aquí: no es lo mismo salir sin red desde una institución total al vacío, que transitar –entre ambos puntos– un periodo de sujeción intermedia y con asistencia.

Desde el Poder Ejecutivo, pero también desde la sociedad en su conjunto, es importante apostar a la inclusión social, a la promo-

ción y protección de derechos económicos sociales y culturales.

A modo de cierre, me gustaría compartir una síntesis muy clara que me regaló hace poco un actor fundamental de la red comunitaria, en una reunión en la que discutíamos las formas más efectivas de articular la asistencia: *Nosotros acompañamos vidas frágiles, rotas, y ese acompañamiento dignifica la vida: sus vidas, las nuestras y la de toda la comunidad.*

Una sociedad segura sólo es posible con inclusión social, y lograr esto es responsabilidad de todos/as.

Bibliografía

Alderete Lobo, Rubén y Martina Gómez Romero. 2019. “Libertad asistida”. En: Javier de la Fuente y Mariana Salduna (dirs.), *Ejecución de la pena privativa de la libertad. Comentario a la ley N° 24.660, reformada por la ley N° 27.375*. Buenos Aires: Editores del Sur, pp. 223-268.

Andersen, Jimena. 2012. “La gestión de la cárcel neoliberal”. En: Eugenio R. Zaffaroni (Dir.). *La medida del castigo*. Buenos Aires: Ediar.

Barreyro, María Virginia. 2020. “Temas de derecho penal y procesal penal”. Erreius (en prensa).

-----2017. “Ley de Ejecución Penal: ejes fundamentales de la reforma incorporada por la ley 27.375”, RC D 1782/2017.

Daroqui, Alcira, Daniel Fridman, Nicolás Maggio, Karina Mouzo, Victoria Rangugni, Claudia Anguillesi y Claudia Cesaroni. 2006. *Voces del encierro*. Buenos Aires: Omar Favale Ediciones Jurídicas.

Mathiensen, Thomas. 2005. “Diez razones para no construir más cárceles”. En: Gabriel Ignacio Anitúa y Marta Monclús Masó (trad.). *Nueva doctrina penal*, 2005/A, INECIP: 8-12.

Messuti, Ana. 2008. *El tiempo como pena*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, Eugenio, Daniel Erbetta, Luciana Simas, Alejandro Slokar, Fernando T. Tagle, Nadia Espina y Gabriela Gusion. 2020. *Morir de cárcel*. Buenos Aires: Ediar

Los padecimientos mentales al interior de la prisión. Abriendo un campo de experiencias

Mercedes Rojas Machado

Licenciada y profesora de Sociología (FSOC-UBA), magíster en Antropología Social (IDES-IDAES/UNSAM), doctoranda en Ciencias Sociales (FSOC-UBA). Becaria doctoral en el Centro de Investigaciones Sociales (CIS) del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y del Instituto de Desarrollo Económico y Social (IDES). Correo electrónico: mrojasmachado@gmail.com

I. Introducción

El presente artículo forma parte de una investigación doctoral abocada al análisis de la atención de la salud mental dentro de un contexto de encierro específico y particular por la presencia simultánea de dos autoridades institucionales: el Servicio Penitenciario Federal (SPF) y el Programa Interministerial de Salud Mental Argentino (PRISMA). Este último fue creado en el año 2011 en la órbita de los ministerios de Salud y Justicia y Derechos Humanos de la Nación con el objetivo de cumplir con la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 (LNSM) en los establecimientos penitenciarios federales¹. Este Programa se constituyó como una intervención civil en el interior del espacio carcelario, encargado del tratamiento de personas privadas de libertad por la aplicación de una "medida de seguridad curativa" regulada en el artículo 34 del Código Penal, y de otros

¹ La Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 fue promulgada en el año 2010 y conforma un cambio en el abordaje de la salud mental, consignando su carácter de problemática multideterminada por factores económicos, sociales, culturales, biológicos, psicológicos e incluso históricos (y no simplemente en términos de enfermedad); que identifica al "padeciente mental" como una persona en situación de vulnerabilidad psicosocial, que precisa acciones concretas del Estado.

detenidos tipificados con diagnósticos psiquiátricos que requieran atención especializada.

Desde la perspectiva del control social, una serie de investigaciones interrogaron la intersección entre el dispositivo penal y el psiquiátrico, y enfatizaron en las lógicas de poder y normalización que operan sobre las personas rotuladas por “el crimen” y “la locura”, generando las condiciones para el control y la vigilancia de sus cuerpos, espacios y subjetividades (Foucault 2010; Pavarini y Betti 1999; Pitch 1999; Sozzo 1999; Vezzetti 1985).

Asimismo, se realizaron diversos trabajos sobre el PRISMA que indagan su articulación con la LNSM y los tratados internacionales de derechos humanos, el funcionamiento del Programa, la relación *in situ* entre penalidad y psiquiatría y las tensiones que surgen en su funcionamiento entre el PRISMA y el SPF (Alagia, De Luca y Slokar 2013; Centro de Estudios Legales y Sociales 2013; Defensoría General de la Nación 2017; Lombraña 2014, 2015, 2016; Mouzo y Rios 2018; Poblet Machado 2017; Poblet Machado y di Marín 2016; Rojas Machado 2017). No obstante los aportes que estos han implicado para el campo de estudios, resultaba necesario interrogar las formas en las que los protagonistas vivenciaban su paso por la institución, especialmente cómo los pacientes-internos narraban los procesos terapéuticos y penitenciarios de los que eran sujetos.

Para quienes transitamos el pabellón fue ineludible escuchar hablar a los profesionales civiles y agentes penitenciarios sobre el “desborde del PRISMA”, la “imposibilidad de atender la salud mental de los pacientes adecuadamente” o de “instalar una lógica hospitalaria dentro de un espacio penitenciario”. Pese a sostener distintos criterios y sentidos sobre aquello que podía entenderse y esperarse de un tratamiento psicoterapéutico adecuado a ese contexto, había una creencia compartida que consideraba al perfil de los pacientes que

ingresaban como un obstáculo para su funcionamiento (Rojas Machado 2017).

Por otro lado, estar inmersos en la estructura del SPF limitaba la capacidad de manobra de los profesionales de salud y su autoridad para definir criterios de funcionamiento de acuerdo con prioridades clínicas y/o terapéuticas. Los agentes penitenciarios, por su parte, veían desdibujado su accionar y consideraban que su conocimiento y formación no eran debidamente valorados.

A pesar de las tensiones, contradicciones y continuidades entre tratamientos penitenciarios y psiquiátrico-terapéuticos que fueron relevados en trabajos previos (Lombraña 2014; Lombraña y Rojas Machado 2020; Rojas Machado 2017, 2018, 2019), sostengo que los profesionales del PRISMA lograron establecer un dispositivo de atención diferente a otras implementaciones psiquiátrico-penitenciarias.

Su especificidad radicó, por un lado, en una reducción considerable de la violencia institucional respecto de otros espacios de confinamiento y de experiencias previas en la órbita federal. Por otro lado, las personas alojadas dentro del dispositivo de atención describieron su ingreso en la institución como un “giro biográfico” (Denzin 1989) que les permitió repensarse y comprender sus trayectorias desde otras perspectivas. Haber recibido acompañamiento “comprometido” cuando ingresaron o considerar que habían “cambiado” favorablemente desde que estaban bajo tratamiento eran los principales argumentos que esgrimían.

Asimismo, la estancia en prisión adquiría nuevos matices con el desarrollo de los talleres del área sociocultural, donde no eran interpelados como internos penitenciarios o pacientes psiquiátricos, sino que podían posicionarse desde otros lugares identitarios, en los que la locura y la delincuencia perdían protagonismo. De ese modo, sentían mayo-

res libertades y decían acceder a actividades culturales valiosas a las que no habían podido acceder con anterioridad.

La fundamentación empírica de este artículo está basada en un trabajo de campo etnográfico (Guber 2011) realizado en el año 2015, durante seis meses, dentro del pabellón psiquiátrico de varones del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza. Como fue mencionado, era una unidad gestionada por los profesionales civiles del PRISMA (conformado por psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, enfermeros y talleristas) y agentes del SPF de distintos escalafones.

Debo señalar que al momento de realizar el trabajo de campo, el PRISMA atravesaba un proceso en el que buscaba aumentar su visibilidad, trascendiendo los límites de la institución, facilitando la tarea de quienes deseábamos hacer etnografía en un establecimiento de difícil acceso. El permiso gestionado concluyó en diciembre del 2015 con el cambio de gobierno inaugurado por la Presidencia de Mauricio Macri. Por este motivo, se suspendieron las autorizaciones de distintas personas que realizábamos actividades dentro del pabellón del PRISMA, incluyendo a los talleristas externos encargados de actividades socioculturales.

Poco tiempo después, el Programa sufrió nuevas modificaciones que implicaron la reducción de un tercio personal. Los despidos fueron acompañados de otras medidas que afectaron los contratos de trabajo, generando una ostensible precarización para los trabajadores civiles. Pese al intento de mantener las formas habituales de trabajo, comenzaron a evidenciarse las consecuencias de esta situación: insuficiencia de psiquiatras en las guardias, un declive considerable de las condiciones laborales, cambios intermitentes de autoridades y lógicas de funcionamiento que actuaban en detrimento de los abordajes implementados, entre otras.

Entendiendo que los análisis aquí expuestos podrían contener diferencias en el funcionamiento que el pabellón presenta en la actualidad, estas páginas buscan recuperar parte de la historia de una política pública, no desprovista de ambivalencias, por supuesto, pero que podría inspirar nuevas formas de intervención pública y tratamiento especializado.

Primero, desarrollo sucintamente las características del ámbito bajo estudio. Luego, analizo las narrativas de pacientes-internos para dar cuenta de los avances del programa en materia de prevención de la violencia institucional y derechos humanos. Asimismo, exhibo analíticamente las distintas formas de relacionarse con sus equipos tratantes, buscando aportar a los estudios del campo de salud mental y el repertorio heterogéneo de interpretaciones sobre el encierro ligado a abordajes psiquiátrico-penales.

II. El prisma

El Programa Interministerial de Salud Mental Argentino (PRISMA) fue creado por medio de la Resolución Conjunta 1075/2011 y 1128/2011 de los ministerios de Salud y Justicia y Derechos Humanos de la Nación, con el objetivo de brindar tratamiento especializado a internos penitenciarios tipificados con padecimientos psiquiátricos de distinta índole en el interior de establecimientos penitenciarios federales.

El contexto sociopolítico en el que tuvo lugar su creación coincidió con el momento en el que el gobierno nacional llevó adelante una serie de medidas para mejorar las condiciones de vida de los internos alojados en distintas instituciones penales (Sozzo 2015). Asimismo, estaba vinculado con un proceso previo de transformación impulsado por el movimiento de salud mental que logró generar que el ámbito penitenciario incorpore medidas originadas más allá de sus muros

(Faraone 2003; Sozzo 1999; Valero y Faraone 2016)².

De este modo, distintas instituciones buscaron responder a la situación de procesados y condenados que presentasen “alguna de las formas de alienación mental” o “afección mental”. Sin embargo, debe señalarse que tanto la Procuración Penitenciaria de la Nación (2012) como el Centro de Estudios Legales y Sociales (2013) cuestionaron la ausencia de consideración particular, dentro de la LNSM, de las modalidades de abordaje de la salud mental carcelaria.

Desde 1979 hasta la creación del PRISMA, el servicio psiquiátrico de varones se encontraba gestionado por el SPF en la Unidad N° 20 del Hospital José T. Borda, a cargo de autoridades penitenciarias. En los primeros años del siglo XXI, fueron de público conocimiento prácticas abusivas médico-penitenciarias que implicaron la violación de los derechos humanos de los internos alojados.

En el año 2007, la Dirección Nacional del SPF decidió la implementación del *Programa Nacional de Atención al Interno con Enfermedad Mental Grave* como respuesta ante las denuncias. El Programa representó la inserción de un equipo civil de profesionales de la salud pertenecientes al Ministerio de Justicia de la Nación para otorgar tratamiento a la población alojada en la unidad. No obstante, no pudieron desbaratarse el conjunto de prácticas que habían sido denunciadas por organismos de derechos humanos.

Como resultado, fue elaborado un informe que denunciaba diversas violaciones a la integridad de las personas detenidas y el incumplimiento del derecho a un trato digno

y humano (Mental Disability Rights International y Centro de Estudios Legales y Sociales 2007). Años más tarde, se produjo un incendio dentro de una de las celdas de aislamiento de la Unidad N° 20 que concluyó con el deceso de dos personas; muertes que se sumaban a los seis internos que habían fallecido durante los meses previos.

Estos acontecimientos aceleraron la concreción de un proyecto que la gestión de Víctor Hortel en la Dirección Nacional del SPF había estado planificando en relación con sus servicios psiquiátricos: la creación de una “comisión de desguace”, que se ocupó de “desafectar el uso penitenciario de los inmuebles del ex Servicio Psiquiátrico Central”; y la mudanza de la unidad al Ala Norte del Hospital Penitenciario Central (HPC) del Complejo Penitenciario Federal I (CPF I) de Ezeiza.

En consonancia con ello, se procedió a la creación PRISMA con el objetivo de que las internaciones y externaciones que allí se produjeran fueran realizadas exclusivamente por profesionales de la salud mental, y evitar que estas sean dispuestas por jueces penales (Poblet Machado y di Marín 2016), lo que posicionó a los profesionales penitenciarios bajo la autoridad de este flamante Programa. Para la atención de las mujeres tipificadas con padecimientos mentales, se realizaban traslados de los agentes de salud hacia el Complejo Penitenciario Federal IV (CPFIV) de la misma localidad, en el que ellas contaban con un espacio diferencial para su atención.

Como consecuencia del traslado de estas unidades, los servicios psiquiátricos del SPF dejaron de ser parte de la estructura hospitalaria de un neopsiquiátrico para convertirse en un módulo inserto en un complejo penitenciario de máxima seguridad.

Estas medidas implicaron transformaciones en la actividad de esos servicios y su puesta en funcionamiento requirió implementar una modalidad articulada de trabajo

² Debe aclararse que la noción de salud mental utilizada en estas páginas es una terminología institucionalizada con la asistencia de la Organización Mundial de la Salud (OMS), a partir del Instituto Nacional de Salud Mental (INSM) en 1957 (Lakoff, 2005).

en la que se pudiera llevar adelante la gestión, control y tratamiento de personas detenidas con padecimientos mentales. En el proceso de encuentro entre estos abordajes institucionales –el SPF y el PRISMA– se produjo un espacio peculiar donde convergieron distintos abordajes disciplinarios, discursos científicos y técnicos, valoraciones afectivas y morales, criterios políticos y ético-profesionales, que generaron un ámbito que difícilmente pueda compararse con otros servicios psiquiátricos penitenciarios, sean federales o provinciales (Mouzo y Rios 2018; Rojas Machado 2017).

Para su funcionamiento, se estipuló la delimitación de las tareas que debían llevar adelante el PRISMA y el SPF. Los profesionales civiles tenían a su cargo la evaluación, admisión y tratamiento de las personas alojadas en el pabellón. Contaban con un cuerpo de trabajadores conformado por más de sesenta personas: psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales y enfermeros. Cada destinatario tenía un equipo tratante interdisciplinario asignado y podía solicitar asistencia por guardia psiquiátrica de modo permanente. Además, la organización de la atención contaba con un área sociocultural a cargo de tres trabajadoras sociales que contemplaba diversas actividades semanales, como talleres de cine, revista, coro, emprendimientos socioproductivos, percusión, etc. En ese marco, recibían a personas externas a la institución que llevaban a cabo talleres semanales por medio de contratos de prestación de servicios.

Por su parte, el SPF contaba con personal administrativo propio y sus funciones involucraban únicamente tareas de vigilancia y seguridad: controlaban la circulación de todas las personas dentro del pabellón, los desplazamientos de los pacientes-internos hacia los espacios de trabajo, educación o visita, realizaban las requisas, vigilaban las salas de alojamiento, acompañaban a los profesionales a hacer la ronda de medicación, entre sus principales obligaciones.

Ahora bien, las definiciones sobre las potestades que el SPF y el PRISMA tenían dentro del pabellón se diluían cuando se las observaba en su actividad cotidiana. La admisión, el tratamiento psicoterapéutico y la seguridad no conformaban entidades independientes y autónomas. Por el contrario, su constante relación daba lugar a situaciones de conflicto entre ellas, que quedaban en evidencia cuando sucedían episodios de violencia entre pacientes, en las decisiones de alojamiento que involucraban aspectos clínicos y requerimientos securitarios al mismo tiempo, ante la ausencia de otros dispositivos federales adecuados para internos “conflictivos” con “padecimientos psiquiátricos” que estaban por fuera de los requisitos del Programa, etcétera³.

Por su parte, la población alojada también asumía características particulares que la diferenciaban de los internos penitenciarios y de los pacientes psiquiátricos del ámbito civil. Se distinguían de los primeros porque las calificaciones de conducta y concepto (Decreto

3 En el relato de los agentes, había una separación normativa y formal en la que distinguían dos lógicas, la psiquiátrico-terapéutica y la penitenciaria, una orientada a la atención de padecimientos psiquiátricos a cargo del personal civil y otra de seguridad que correspondía al personal penitenciario. En diferentes instancias de indagación, mostramos que la existencia de discursos de funcionamiento que separaban de manera categórica a miembros del PRISMA y el SPF en sus tareas no respondían necesariamente a las dinámicas observadas, sino que se podían advertir distintos niveles de cooperación y reciprocidad entre ellas, matizando sus fronteras (Lombrana 2014; Rojas Machado 2017, 2018, 2019). Por un lado, la creación del Programa supuso modificaciones en la dinámica cotidiana penitenciaria, que influyeron en todo un conjunto de prácticas y representaciones, como modificaciones en los protocolos penitenciarios y capacitaciones al personal de la institución. Por el otro, la presencia del personal penitenciario era vista como “necesaria” para los trabajadores civiles, en tanto participasen únicamente cuando emergía una situación que pusiera en peligro la integridad física de alguna persona.

Nº 396/1999, artículo 73) estaban suspendidas para esta población, dejándolos por fuera del sistema de progresividad de las penas, al igual que las visitas conyugales (ley Nº 24.660, artículo 68). Por otro lado, pese a recibir un tratamiento psiquiátrico-terapéutico intensivo, las dinámicas propias del ámbito penitenciario solían actuar en detrimento de la integridad física y psíquica de la población (Centro de Estudios Legales y Sociales 2013, 415-416). Por último, debe destacarse que no existía una categoría nativa unánime dentro del pabellón para nombrar a estas personas. Los profesionales solían hablar de “pacientes”, los agentes penitenciarios de “internos” o “presos”; y ellos tendían a identificarse con ambas de acuerdo a contextos específicos y a sus interlocuciones con miembros del PRISMA o del SPF. Por esa razón, utilizaré “paciente-interno” para distinguir a quienes se encuentran alojados dentro del pabellón del PRISMA de otros espacios carcelarios.

III. Las experiencias

En este apartado, indago los distintos modos de habitar el pabellón del PRISMA de los pacientes-internos para dar cuenta de los matices que presentan sus experiencias en la vinculación entre padecimiento mental y encierro penitenciario, y las consecuencias a nivel biográfico de su tránsito por la institución.

En términos generales, los sentidos atribuidos a un tratamiento psicoterapéutico y a la vinculación de los pacientes con los equipos profesionales distan de ser homogéneos en el relato de las personas (Barry, Stevenson, Britten, Barber y Bradley 2001; Mishler 1984; Thompson 1984). Dentro del PRISMA, podían registrarse diferencias en función del tiempo transcurrido en el pabellón y las formas en las se fueron vinculando con las y los trabajadoras/es de estos servicios. No obstante, a fines expositivos, propongo un sucinto

repertorio que permite ordenar las distintas formas en las que los pacientes-internos experimentaron el tratamiento y los distintos significados que le atribuían.

En su mayoría, consideraban que su ingreso a la institución había significado un punto de inflexión en sus trayectorias, sobre todo por la relación afectiva construida con sus equipos tratantes y la existencia de los talleres socioculturales. Habitualmente, describían a los profesionales como los únicos vínculos con los que contaban, o los más importantes. La ausencia de relaciones estables fuera de la institución, sumada a las estadías institucionales previas de los destinatarios del PRISMA, donde las condiciones eran difíciles de soportar, hacían del PRISMA un lugar “único que debía ser aprovechado”.

Nicolás, por ejemplo, era un interno del módulo tres del CPFI de Ezeiza (según decían, el módulo más peligroso), y la coordinadora del PRISMA, acompañada por otros profesionales, lo fueron a ver con el propósito de realizar unas entrevistas sobre reincidencia y trabajar ese aspecto dentro de su dispositivo. De acuerdo con su relato, ella se mostró interesada por su vida y asumió la responsabilidad de asistir regularmente a verlo y “trabajar juntos” en lo que le estaba pasando. Él notó con el tiempo algunos cambios en su conducta, consideró que estaba menos inmerso en conflictos violentos, por lo que ya no lo “mandaban a buzones” –celdas de aislamiento que el SPF continúa utilizando como castigo– con la misma frecuencia. Valoró especialmente sentir que ella se comprometiera y cumpliera con su palabra, iba a verlo con constancia y se ocupaba de darle una devolución.

Antes yo nunca quería hablar con la psicóloga del módulo porque me hacía tres preguntas, me obligaba firmar algo y listo. Era burocrático, no le importaba yo. Irina, en cambio, se re compromete. Ella venía

siempre a verme, se ocupó de hablar con mi mamá y mi hermana para que dejen de traerme drogas y para que me visiten, me dio una devolución siempre y me doy cuenta que cambié un montón desde que la conozco. Por ejemplo, yo antes vivía cheteando o en un momento de bronca me agarraba a puñaladas. Ahora como estoy en un lugar distinto, sé que no se puede, no me lo permito. Es como hacer leña del árbol caído, es un hospital, no una cárcel. Se me dificulta a veces porque no tengo a quien pegarle y estoy acostumbrado a vivir así. El servicio dentro de todo bien, yo los busco y ni me contestan. Como no encuentro con qué descargarme, me corto, me vengo lastimando yo últimamente. Antes le pegaba a otros, cheteaba a otros, me agarraba con la policía y me empastillaba a morir [...]. Es el manejo de vida que vengo teniendo, eso aprendí con el tratamiento de acá, que cuando tengo un problema mi forma de vida siempre fue agarrármela con otro, después terminar en buzones y un problema tapa a otro. Acá ya no lo hago más (julio de 2015).

Para Nicolás, el ingreso al PRISMA había significado una oportunidad. En primer lugar, le permitió tener un tipo de acompañamiento que siempre había subestimado, pero que en ese momento le resultaba significativo. Luego, encontró una transformación en sus acciones cotidianas, que repercutió en sus relaciones con otras personas y consigo mismo. Conceptualizar como hospital el lugar en el que estaba alojado había modificado prácticas de coacción que, para él, siempre habían sido un refugio ante la desazón y su principal forma de vincularse. En su condición de paciente-interno del Programa, consideraba que tenía que hacer “el máximo esfuerzo” para no desperdiciar el trabajo que su psicóloga estaba haciendo, y el lazo que habían construido.

Facundo, otro paciente de la planta baja, me contó que su equipo tratante lo ayudó en lo que él definió como “el peor momento”, cuando dejó de consumir drogas y empezaron los problemas con sus compañeros. Según relató, él solía ingresar las pastillas por intermedio de su novia, quien se las traía en la visita. Como parte de un proceso más amplio que estaba vinculado a un deseo de “dejar de *tumbear*, concentrarse en el tratamiento” y poder rehacer su vida cuando saliera en libertad, Facundo decidió separarse de su pareja y dejar de consumir. Sin preverlo, eso generó un quiebre con sus compañeros y casi su abandono del dispositivo. Según dijo, las tres profesionales que lo atendían se juntaron en uno de los consultorios y le llevaron su historia clínica para que viera en qué condiciones había ingresado al PRISMA y cómo había evolucionado con el tiempo. Dijo haber llorado horas y decidió quedarse, reconoció la necesidad de continuar con un tratamiento y supuso que, de haber llegado antes en su vida, tal vez no hubiese incurrido en el delito, en las “amistades tóxicas”, entre otras. Consideró que estar en el pabellón era una oportunidad que le había dado la vida: “yo nunca pensé que iba a tener gente que se interese por mí, que quiera que esté bien, nunca me imaginé que iba a tener una psicóloga, psiquiatra, trabajadora social para apoyarme. Me voy a quedar”.

Las maneras en las que Facundo y Nicolás hablaban de los profesionales del PRISMA, de sus equipos tratantes y de la importancia que el tratamiento tenía para ellos era el discurso más extendido entre pacientes-internos. En sus relatos, aparecían las consecuencias que las enfermedades crónicas tienen en la vida, el cuerpo y la identidad de las personas para hacer frente a la enfermedad relativa a la incertidumbre y la estigmatización (Becker y Kaufman 1995; Charmaz 1983, 1993; Conrad 1987; Grimberg 2002, 2003; Pecheny, Manzelli y Jones 2002): encontrarse sin recursos

emocionales para sobrellevar el día a día, la soledad y el dolor.

Era común escuchar que por primera vez sentían “contención y la posibilidad de repensar sus vidas y elegir otros caminos”, como señalaba otro de los pacientes-internos de la planta alta. En este sentido, y en relación con la postura de los profesionales, aparecía la *elección* como una referencia nativa constante, un requisito fundamental del abordaje terapéutico en relación con el compromiso. Ellos habían elegido quedarse, y habían modificado actitudes como demostración de compromiso con su tratamiento.

Muchos de ellos disfrutaban el espacio de los talleres y decían esperarlos todo el fin de semana. Señalaban que en esas instancias podían sentirse libres y olvidarse del lugar en el que estaban y de la crudeza de las condiciones en las que vivían. Algunos de más edad, ya acostumbrados a la vida institucionalizada, se ponían contentos sabiendo que podían ocupar su tiempo en escribir, cantar, actuar, cosas que jamás habían podido hacer. Por lo general, quienes sostenían esta premisa eran aquellos que mostraban mayor proclividad a “comprometerse adecuadamente con el proceso terapéutico”.

Para estas personas, el Programa había tenido una incidencia decisiva en sus vidas marcando una temporalidad nueva y una forma diferente de autopercebirse. Consideraban que, aunque hayan tenido dificultades al comienzo, habían aprendido a ser permeables a la terapia, a disponerse a hablar de sí mismos, a procurar despojarse de prácticas que pudieran “desviarlos de la posibilidad de elegir un nuevo camino”.

A pesar de que la apelación a la transformación subjetiva forma parte de los discursos de los que son objeto, me resultó interesante el modo en el que los pacientes-internos narraban su paso por el PRISMA y sus percepciones sobre cómo el tratamiento psicoterá-

péutico les había permitido la posibilidad de cambios y nuevos horizontes identificables con un sentimiento de esperanza.

Pese a la magnitud de pacientes-internos que posicionaban su pasaje por el PRISMA como un punto de inflexión en sus trayectorias, encontré otros sentidos sobre los equipos tratantes y la institución penitenciaria. Estaban quienes consideraban al pabellón como “un refugio” ante la hostilidad del ámbito carcelario y al PRISMA como “un aliado estratégico” frente a los agentes penitenciarios. Un día, mientras finalizaba uno de los talleres, Jaime me dijo:

Cuando me trajeron, yo no quería saber nada. Estuve varios días en el SEDE y dejé claro que me quería volver al módulo, no quería estar rodeado de locos, me quería ir a la mierda. Ya los gritos me ponían re mal. Después vi que me estaba sintiendo mejor y que acá no pasaban cosas que en la cárcel sí pasan. Acá la policía está controlada, no pueden hacer lo que quieren, las requisas están supervisadas, entonces no siempre te rompen todo, nadie te pega. El PRISMA es nuestro aliado estratégico, eso es lo que tenemos que entender. A mí, más que el tratamiento, que cumplo con lo básico, me importa estar en un lugar más tranquilo y que los otros presos no me tumben (octubre de 2015).

Jaime llegó al PRISMA por derivación de personal médico del SPF, era reincidente y había estado en varios establecimientos penitenciarios, tanto provinciales como federales. Los profesionales debieron lidiar con sus prejuicios y su resistencia durante las primeras semanas de ingreso, en las que solicitaba con insistencia volver a su pabellón de origen. Con el tiempo comenzó a apreciar la flexibilidad de circulación respecto de otros espacios de la cárcel, el comportamiento respetuoso de los agentes penitenciarios, y a agradecer la

persistencia con la que los profesionales civiles insistían en los juzgados cuando no respondían a sus llamados.

Dentro de esta relación estratégica con los equipos, estaban quienes simulaban consensuar el marco con los profesionales en un intento por sostener una situación interactiva que no los perjudique. Ellos entendían que tener un buen vínculo con los profesionales del PRISMA traía aparejadas algunas ventajas en relación con otros ámbitos penitenciarios. Sabían que el equipo supervisaba al SPF, y quienes tenían conflictos con las fuerzas de seguridad pensaban que “aliarse con los profesionales era un escudo”.

En algunos casos y respondiendo a las expectativas de los profesionales, había pacientes que reinterpretaban y reintegraban las categorías psiquiátricas y terapéuticas que aparecían en sus encuentros, dando lugar a marcos híbridos conformados por elementos de diversa índole. Como señala María Isabel Márquez Romero (2010), la mayoría de los sujetos, a la hora de referirse a su paso por la institución psiquiátrica, utilizaban como símbolo dominante la terminología psiquiátrica (tomada de sus encuentros con los profesionales). En el PRISMA, aparecían en la voz de los pacientes-internos términos como esquizofrenia, parafrenia, depresión, trastorno bipolar, que dotaban de significado a sus padecimientos y explicaban tramos de sus historias personales, aunque muchos de ellos no supieran lo que estas categorías significaban en el discurso biomédico. Este “uso profano de categorías diagnósticas” (Mantilla 2010, 175) no solamente emergía como mecanismo de comprensión autobiográfica, otras veces servía para ejercer poder de dominación en el interior de las salas o como argumento de defensa para quienes consideraban más vulnerables (especialmente, quienes tenían diagnósticos de retraso madurativo), como fue presentado otros trabajos (Lombraña y Rojas

Machado 2020; Rojas Machado 2017, 2019).

Por último, estaban quienes conservaban marcos opuestos a los que ofrecían los saberes profesionales y eran tipificados como “refugiados” o “caños” por los equipos del PRISMA, es decir, como pacientes que se resistían o que no cooperaban. Por lo general, los profesionales tendían a interpretar estas resistencias desde una lectura de sus trayectorias marcadas por la “cultura tumbera” y tomando la terminología del campo carcelario.

Independientemente de los matices expuestos, la mayoría de los pacientes-internos destacaban el valor del esfuerzo de los profesionales, su compromiso con el tratamiento, con la revinculación con sus familias, con el control que ejercían sobre los agentes penitenciarios. Si bien es posible encontrar cierto discurso performativo que parte de cómo los profesionales del PRISMA se presentan a sí mismos y al Programa, debe reconocerse la capacidad de los sujetos para reinterpretar estas definiciones y es ineludible que, para muchos de ellos, ingresar en este pabellón había representado la posibilidad de repensar sus propias vidas. Consideraban que la posibilidad de tener un espacio que promoviera el pensamiento y la palabra les había permitido observar su propia historia desde otro lugar y, tal vez, haya podido implicar “la oportunidad para elegir otras cosas y dejar de caer preso”.

Pese a la particularidad de cada trama narrativa, observé una construcción nativa que ubicaba al PRISMA como un punto de giro (Denzin 1989) a partir del cual podían ordenar percepciones y evaluaciones sobre su paso por la institución.

IV. Reflexiones finales

En estas páginas, procuré mostrar un aspecto menos evidente de las relaciones –un poco más horizontales– entre un dispositivo psiquiátrico-penitenciario y sus destina-

rios. Esto no implica negar o impugnar la tradición de estudios en torno a los espacios de encierro y los efectos de poder –propios de las relaciones verticales– sobre las personas confinadas, sino recuperar la perspectiva de los actores, con sus múltiples vivencias. De este modo, exhibir cómo un programa nacional pudo generar (pese a sus ambivalencias) un espacio de la prisión que no sea caracterizado por la preponderancia de la crueldad.

Las narrativas recuperadas de los pacientes-internos alojados en el PRISMA pueden entenderse como figuraciones y representaciones que buscaban dar cuenta del proceso mediante el que ellos se transformaron en lo que eran (Kvale 2014; Valles 2002), cómo se encontraron con la delincuencia, y cómo el tratamiento les proveía recursos para elegir.

En ese sentido, señalaban su ingreso a la institución como un acontecimiento que ordenaba sus relatos, que tomaba posicionamiento moral sobre sus recuerdos, y la representación de sí mismos como portadores de una nueva identidad, de un nuevo sujeto. Para ellos, la atención de su equipo tratante generó un cambio profundo en el modo de concebirse a sí mismos, de sus capacidades en términos de agencia: “ahora sí podemos elegir”.

Independientemente de las condiciones en las que funcione el PRISMA en la actualidad, es interesante recuperar los efectos de las prácticas implementadas en la valoración de las personas hacia las que estaba destinado, para colaborar con la comprensión de las políticas públicas en su funcionamiento cotidiano.

Bibliografía

Alagia, Alejandro, Javier De Luca y Alejandro Slokar. 2013. *Derecho penal N° 5. Delito, culpabilidad y locura*. Buenos Aires: Ediciones Infojus.

Barry, Christine, Fiona Stevenson, Nicky Britten, Nick Barber, Colin Bradley. 2001. “Giving Voice to the Lifeworld. More Humane, More Effective Medical Care? A Qualitative Study of Doctor-Patient Communication in General Practice”. *Social Science & Medicine* 53: 487-505. [https://doi.org/10.1016/S0277-9536\(00\)00351-8](https://doi.org/10.1016/S0277-9536(00)00351-8).

Becker, Gay, Sharon Kaufman. 1995. “Managing an Uncertain Illness Trajectory in Old Age: Patients’ and Physicians’ Views of Stroke”. *Medical Anthropology Quarterly* 9: 165-187. <https://doi.org/10.1525/maq.1995.9.2.02a00040>.

Centro de Estudios Legales y Sociales. 2013. *Derechos humanos en Argentina: Informe 2013*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Charmaz, Kathy. 1993. *Good Days, Bad Days: The Self and Chronic Illness in Time*. Edición: Reissue. New Brunswick: Rutgers University Press.

-----, 1983. “Loss of Self: a Fundamental Form of Suffering in the Chronically Ill”. *Sociology of Health & Illness* 5: 168-195.

Conrad, Peter. 1987. “The Experience of Illness: Recent and New Directions”. *Research in the Sociology of Health Care* 6: 1-31.

Defensoría General de la Nación. 2017. *Muertes en contexto de encierro bajo la custodia del Servicio Penitenciario Federal: salud, justicia y violencia del sistema penal*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.

Denzin, Norman. 1989. *Interpretive Biography*. Urbana: University of Illinois.

Faraone, Silvia. 2003. *La desinstitucionalización*

zación: un modelo alternativo para los abordajes en salud mental o una política de reducción económica-administrativa. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Instituto de Investigaciones en Salud Pública.

Fitzpatrick, John Hinton, Stanton Newman, Graham Scrambler, James Thomas. 1984. "Communicating with patients". *The Experience of Illness*: 87-108. Londres: Tavistock.

Foucault, Michel. 2010. *Los anormales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Grimberg, Mabel. 2003. "Narrativas del cuerpo. Experiencia cotidiana y género en personas que viven con VIH". *Cuadernos de Antropología Social*: 79-99.

-----, 2002. "VIH-Sida, vida cotidiana y experiencia subjetiva. Una revisión conceptual de las dimensiones de vivir con VIH". *Cuadernos Médico-Sociales* 82: 43-59.

Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos (GESPyDH), Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), Comisión Provincial de la Memoria/Comité contra la Tortura (CCT/CPM). 2012. *Registro nacional de casos de tortura y/o malos tratos. Informe Anual 2012*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Guber, Rosana. 2011. *La etnografía. Método, campo y reflexividad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Kvale, Steiner. 2014. *Las entrevistas en investigación cualitativa*. Madrid: Morata.

Lakoff, Andrew. 2005. *Pharmaceutical Reason: Knowledge and Value in Global Psychiatry*. Cambridge Studies in Society and the Life

Sciences. Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press.

Lombraña, Andrea y Mercedes Rojas Machado. 2020. "Los sentidos de la violencia. Un abordaje antropológico dentro de un pabellón psiquiátrico del Servicio Penitenciario Federal". *Sufrir, matar y morir. Contribuciones a la socio-antropología de las violencias y las muertes*, 61-89. Buenos Aires: Teseo.

Lombraña, Andrea. 2016. "Territorios psiquiátricos de la prisión: los servicios de salud mental en cárceles federales desde una perspectiva etnográfica". *Revista de historia de las prisiones* 3: 35-52.

-----, 2015. "Peligrosidad y encierro penal". *Revista ISEL*: 166-181.

-----, 2014. "Dispositivos penales de perdón: Modos de decir y hacer en torno a la emoción y el castigo". Tesis doctoral, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires.

Mantilla, Jimena. 2010. "De persona a paciente: Las prácticas y los saberes psiquiátricos y psicoanalíticos en un hospital de la Ciudad de Buenos Aires". Tesis doctoral (no publicada), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires.

Márquez Romero, María Isabel. 2010. "De las narrativas de la locura: ¡Yo no estoy loco! ¿Por qué estoy aquí? Aproximación a las narrativas de enfermedad en una unidad de salud mental". *Periferia: revista de investigación y formación en antropología* 12:1-25 <https://doi.org/10.5565/rev/periferia.537>.

Mental Disability Rights International, Cen-

tro de Estudios Legales y Sociales. 2007. *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos: Un informe sobre derechos humanos y salud mental en Argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Mishler, Elliot George. 1984. *The Discourse of Medicine: Dialectics of Medical Interviews*. Language and Learning for Human Service Professions. Norwood, N.J.: Ablex Pub. Corp.

Mouzo, Karina, Alina Lis Rios. 2018. "Programas de atención psiquiátrica y gobierno del espacio carcelario en el Servicio Penitenciario Federal Argentino". *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales*. Universidad Nacional de Jujuy 0: 13-37.

Pavarini, Massimo y Matilde Betti. 1999. "La tutela social de la locura. Notas teóricas sobre la ciencia y la práctica psiquiátricas frente a las nuevas estrategias de control social". *Delito y sociedad* 1: 93-110. <https://doi.org/10.14409/dys.v1i13.5823>.

Pitch, Tamar. 1999. "Responsabilidad penal y enfermedad mental. Justicia penal y psiquiatría reformada en Italia". *Delito y sociedad* 1: 111-138. <https://doi.org/10.14409/dys.v1i13.5824>.

Poblet Machado, Mariano. 2017. "La relación entre la salud mental y justicia penal. El impacto de la incorporación normativa de derechos humanos en salud mental en el sistema de administración de justicia penal del Poder Judicial de la Nación". Tesis de Maestría (no publicada), Buenos Aires: Universidad Nacional de Lanús (UNLA).

Poblet Machado, Mariano y Esteban di Marín. 2016. "Salud mental, Sistema Penitenciario Federal y Programa Interministerial de Salud Mental Argentino. Tensiones e inter-

venciones en problemáticas sociales complejas". *Revista Margen* 82: 1-6.

Rojas Machado, Mercedes. 2019. "Cuerpo y socialización: entre la cárcel y el hospital psiquiátrico". *Avá. Revista de Antropología* 34: 75-100.

-----, 2018. "Territorios, fronteras y permeabilidades. Un análisis espacial de las relaciones sociales dentro de un pabellón psiquiátrico-penitenciario de la República Argentina". *PUBLICAR-En Antropología y Ciencias Sociales* 0: 63-84.

-----, 2017. "Los dilemas de vivir juntos. Un estudio etnográfico en un pabellón psiquiátrico dentro de una cárcel federal de la provincia de Buenos Aires". Tesis de Maestría (no publicada), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto de Desarrollo Económico y Social (IDES)/ Instituto de Altos Estudios Sociales (IDAES)- Universidad Nacional de San Martín.

Sozzo, Máximo. 2015. *Locura y crimen: nacimiento de la intersección entre los dispositivos penal y psiquiátrico*. Buenos Aires: Didot.

-----, 1999. "A manera de epílogo. Cuestiones de responsabilidad entre dispositivo penal y dispositivo psiquiátrico: Materiales para el debate desde Argentina". *Delito y sociedad*: 163-182.

Thompson, James. 1984. "Communicating with Patients". *The Experience of Illness*. Roy

Pecheny, Mario Hernán Manzelli, Daniel Jones. 2002. *Vida cotidiana con VIH/ SIDA y/o Hepatitis C. Diagnóstico, tratamiento y proceso de expertización*. Buenos Aires: CEDES.

Valles, Miguel. 2002. *Entrevistas cualitativas*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

Valero, Ana y Silvia Faraone. 2016. “Lo punitivo y lo terapéutico. Una experiencia desinstitucionalizadora en salud mental en el ámbito penitenciario de la provincia de Santa Fe (Argentina)”. *Delito y sociedad* 1: 93-111. <https://doi.org/10.14409/dys.v1i31.5635>.

Vezzetti, Hugo. 1985. *La locura en Argentina*. Buenos Aires: Paidós.

Emergencia carcelaria, sobrepoblación y emergencia sanitaria

Marta Monclus Masó

Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesora adjunta (int.) de la Universidad Nacional de José C. Paz. Directora del Observatorio de Cárcenes Federales de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

I. Introducción

A raíz de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el coronavirus COVID-19 como una pandemia, el 12 de marzo de 2020 el gobierno nacional declaró la emergencia sanitaria y, pocos días después, decretó un Aislamiento Social Preventivo Obligatorio que se ha extendido por varios meses.

Este trabajo analizará la situación carcelaria en la Argentina en el contexto de la emergencia sanitaria por Covid-19. Y lo primero que debemos señalar es que la cantidad de personas privadas de libertad en las cárceles de nuestro país se encuentra en un máximo histórico sin precedentes. Según las últimas estadísticas penitenciarias disponibles, al 31 de diciembre de 2018, había 94.883 personas privadas de libertad en cárceles de la Argentina. Si a esta población, le sumamos las 8326 personas detenidas en dependencias policiales o de otras fuerzas de seguridad, la cifra de personas privadas de libertad en el país asciende a 103.209¹.

1 Ver Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación, Informe del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución Penal (SNEEP), disponible en <https://www.argentina.gob.ar/justicia/afianzar/sneep-2018>.

La presencia de personas presas en comisarías u otros lugares de detención no penitenciarios constituye uno de los problemas más graves del sistema carcelario argentino² y, junto con las tasas de sobrepoblación en establecimientos penitenciarios, demuestra que nuestro país sobrepasa los límites de población encarcelada que permite la infraestructura penitenciaria disponible.

Esto provoca graves vulneraciones a los derechos humanos y la violación de los compromisos internacionales en la materia asumidos por la Argentina, a la vez que manifiesta la ausencia de una planificación racional de la política criminal como política de Estado. Más bien se observa que el tema de la inseguridad frente al delito y el encarcelamiento como respuesta primordial a menudo es abordado desde enfoques de lo que se conoce como populismo punitivo, que apunta a lograr adhesión social y rédito electoral con promesas de severidad penal (Sozzo 2016).

Un ejemplo fue la ley 27.375, que modifica la Ley de Ejecución Penal 24.660, sancionada en julio de 2017 por el Congreso Nacional, pese a la opinión crítica de numerosos expertos, organismos oficiales y de la sociedad civil que participaron en las jornadas de debate en

el marco de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado. La nueva ley atenta abiertamente contra el régimen de progresividad de la ejecución penal, pues impide el acceso a salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida a todas las personas condenadas por una larga lista de delitos, que incluye los relacionados con drogas.

Podemos estimar que la eliminación de los egresos anticipados abarcará a más del 50% de los condenados que son alojados en las cárceles federales, teniendo en cuenta que en la actualidad cerca del 40% de los presos federales lo están por delitos relacionados con el tráfico o contrabando de drogas. Que se hayan incluido estos delitos entre los que impiden los egresos anticipados resulta sumamente criticable, especialmente porque no distingue ninguna escala de gravedad del delito, por lo que afecta a las personas condenadas por microtráfico o venta de drogas a pequeña escala, que suele constituir un delito que cometen personas en situación de extrema vulnerabilidad social que son atrapadas por redes organizadas. La experiencia nos indica que la inmensa mayoría de las personas detenidas por delitos de drogas –muchas de ellas son mujeres con hijos a cargo– no cumplen roles relevantes en la cadena de tráfico de drogas, sino que son usadas como último eslabón y son fácilmente sustituidas por otras personas en sus mismas condiciones al quedar detenidas.

En suma, la reforma de la Ley de Ejecución Penal conllevará, en muchos casos, el cumplimiento íntegro de las penas sin posibilidad de egresos anticipados, lo que en términos prácticos implica la eliminación del régimen de progresividad de la ejecución penal y el abandono del sistema basado en el discurso de la resocialización y reinserción social, que se reemplaza por el de la pura retribución³.

2 La detención prolongada de personas en comisarías y otros centros de detención no penitenciarios provoca graves violaciones a los derechos humanos. Al no estar integradas formalmente a ningún sistema penitenciario, estas personas detenidas se encuentran en una situación de especial indefensión, e incluso en riesgo de desaparición forzada, al no existir registros confiables que den cuenta de su situación. Además, las condiciones de detención de estos lugares suelen caracterizarse por su precariedad, lo que se traduce no solo en peores condiciones de alojamiento, sino también en la vulneración de sus derechos a la educación, al trabajo y, en general, a todos los derechos económicos, sociales y culturales. Si, además, se trata de personas que ya han recibido una condena penal, su situación se agrava por la imposibilidad de transitar un régimen penitenciario progresivo conforme lo prevé la Ley Nacional de Ejecución Penal.

3 Para un detallado y riguroso análisis de la reforma legal, me remito al trabajo de Alderete Lobo, quien señaló

Con toda probabilidad, esta reforma ha impactado en el incremento del encarcelamiento en Argentina y el agravamiento de la sobrepoblación. Además del efecto directo que pueda tener la reforma legal –cuyos resultados podrán empezar a evaluarse más adelante⁴–, esta tiene la capacidad de modificar de manera indirecta las prácticas de los operadores de la justicia penal, tanto de las fuerzas de seguridad policiales y penitenciarias como de los agentes del poder judicial.

Estos actores no resultan inmunes a los discursos mediáticos y de los representantes políticos, y a menudo reorientan sus prácticas y decisiones en función de ellos. Los discursos mediáticos punitivistas y el efecto aleccionador de los juicios políticos contra algunos jueces tachados de “garantistas” constituyeron un claro mensaje a favor de decisiones judiciales de mayor encarcelamiento. Si bien no podemos desconocer la existencia de demandas sociales de mayor seguridad antes de 2016, podemos afirmar que fueron fuertemente alentadas a través de discursos mediáticos y de dirigentes políticos que perseguían el desprestigio del “garantismo penal” y promovían el linchamiento mediático de los llamados jueces garantistas.

II. Escasez de información oficial sobre la situación carcelaria y la población privada de libertad

La crítica situación carcelaria de la Ar-

que: “Pocas veces en la historia del derecho penitenciario argentino se ha contado con una propuesta así de deficiente, de tan baja calidad técnica y autocontradictoria como la efectuada” (Alderete Lobo 2017: 2).

4 Teniendo en cuenta que la reforma es aplicable a las personas que hayan cometido un delito luego del 28 de julio de 2017, en aplicación del principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables, el impacto directo de esta modificación de la Ley de Ejecución Penal no debiera aun ser muy notorio.

gentina se agrava por la falta de información oficial actualizada sobre la cantidad total de personas privadas de libertad, los motivos de su detención y el lugar y las condiciones en las que se encuentran.

La cifra de 103.209 personas privadas de libertad citada más arriba corresponde al 31 de diciembre de 2018, es decir, hace ya un año y medio. El Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) no es un registro que pueda ser consultado para conocer la cantidad de las personas privadas de libertad en la Argentina en el momento actual, sino que es un censo al 31 de diciembre de cada año.

No existe, en nuestro país, un registro actualizado en tiempo real sobre la población privada de libertad. Ningún organismo del Estado está en condiciones de decir cuántas personas se encuentran detenidas en el momento actual, ni existe un registro de personas detenidas donde consultar si una persona está legalmente detenida a disposición de la justicia ni el lugar de detención donde se encuentra.

Un registro tal debería ser creado en la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación o de la Procuración General⁵, mediante un sistema informático nacional en el que todos los órganos judiciales de la Nación deban registrar una información básica de las personas detenidas, puesto que son los jueces

5 En la provincia de Buenos Aires, se creó el Registro Único de personas Detenidas (R.U.D.) mediante la ley 13.203 de mayo de 2004, a los fines de centralizar y ordenar la información correspondiente a las personas detenidas a disposición del poder judicial de esta provincia. Pero, hasta julio de 2020, el último informe estadístico disponible corresponde al año 2018. A nivel nacional, en el año 2017, la diputada Victoria Donda presentó un proyecto de ley de creación de un “Sistema Único de Información de Personas Privadas de la Libertad” en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Expediente 1927-D-2017), repuesto en 2019 (Expediente 0672-D-2019), aún pendiente de tramitación parlamentaria. Disponible en <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0672-D-2019>.

y tribunales los únicos que pueden decretar la privación de libertad de una persona. Dicho sistema, por otro lado, constituiría una garantía frente a las detenciones arbitrarias y a las desapariciones forzadas, acorde con los compromisos internacionales de la Argentina⁶.

III. Análisis de los datos disponibles sobre la población detenida en establecimientos penitenciarios de la Argentina

Teniendo en cuenta los señalamientos del apartado anterior, a continuación se analizará la información disponible sobre las personas privadas de libertad (PPL) en la Argentina.

Como hemos adelantado, el SNEEP constituye un censo de personas privadas de libertad a diciembre de cada año, y dada su metodología de recopilación de la información, se publica por lo general nueve o diez meses después de la fecha de corte, de modo que en julio de 2020 los últimos datos disponibles corresponden aun a diciembre de 2018.

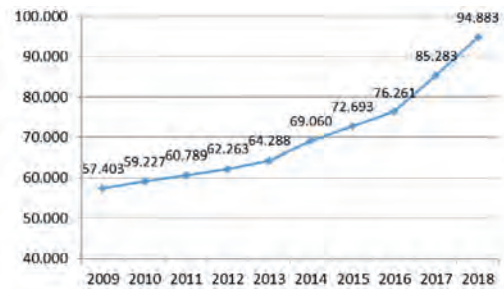
Los informes de SNEEP contienen datos sobre las características sociodemográficas, cuestiones procesales e información sobre las diversas circunstancias de la detención de las personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios, pero no incluye esa información sobre las personas detenidas en otros centros de detención no penitenciarios. Respecto de estas personas, solo alcanzan a

informar una cifra total de personas alojadas en comisarías o dependencias de otras fuerzas de seguridad.

Teniendo presente, entonces, que las personas detenidas en establecimientos penitenciarios no constituyen la totalidad de la población privada de libertad en la Argentina, a continuación analizaremos algunos datos del SNEEP 2018.

Las casi 95.000 personas detenidas en establecimientos penitenciarios a diciembre de 2018 son el resultado de un aumento sostenido de población detenida en los últimos 10 años, que se ha exacerbado a partir de 2016, con incrementos anuales superiores al 10%. Ello implicó aumentar en más de 22.000 personas la población reclusa en el trienio 2016-2018, lo que se acumula al incremento de 10.000 presos en el anterior trienio 2013-2015.

Gráfico: Evolución de la población privada de libertad en cárceles Argentinas (2009-2018)



Fuente: Elaboración propia en base a datos de SNEEP 2018.

⁶ El Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU en sus "Observaciones finales sobre el informe presentado por la Argentina en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención", del 12 de diciembre de 2013, expresó su preocupación por la ausencia de un registro único de detenidos y recomendó al Estado que "Adopte todas las medidas para asegurar de que el Registro Informatizado de Detenidos se implemente de manera urgente y a la mayor brevedad y se ajuste plenamente al artículo 17, párrafo 3, de la Convención" (CED/C/ARG/CO/1, parr. 29). Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2fC%2fARG%2fCO%2f1&Lang=es.

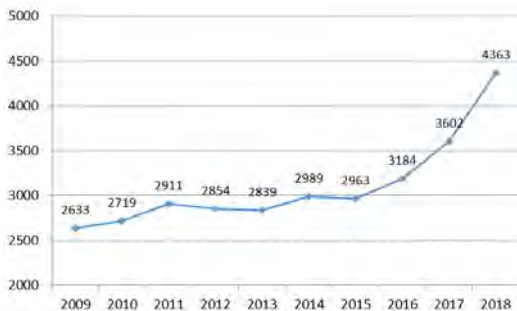
La composición de la población en cuanto a su género se ha mantenido estable a lo largo de los años, las mujeres constituyen el 5% de las personas privadas de libertad en Argentina.

El hecho de que las mujeres presas constituyan, a nivel histórico y comparado, un reducido porcentaje de las personas encarceladas provocó la invisibilización de los problemas y vulneraciones de derechos específicos que sufren. Las últimas dos décadas la criminolo-

gía feminista ha iluminado una realidad muy preocupante y en ascenso, puesto que la criminalización de las mujeres y la población trans recae sobre los colectivos más postergados a nivel socioeconómico (Almeda 2003; Nicolás y Bodelón 2009; CELS/PPN/DGN 2011).

La referida estabilidad porcentual de las mujeres presas en la Argentina a lo largo de los años se traduce en que la evolución de la curva de mujeres encarceladas ha acompañado a la de varones en sentido ascendente, incluso los incrementos han sido mayores: la población masculina aumentó el 11% en el año 2018 en relación con el año anterior, mientras que la población femenina aumentó el 21% y la población trans el 14%⁷. En consecuencia, se observa en términos absolutos un fuerte aumento de la cantidad de mujeres presas y de población trans.

Gráfico: Evolución de mujeres en prisión en Argentina (2009-2018)



Fuente: Elaboración propia en base a datos de SNEEP 2009-2018.

El 31 de diciembre de 2018, había 162 mujeres conviviendo con sus hijos menores de

4 años dentro de una cárcel. La cantidad de mujeres que conviven en prisión con sus hijos se ha mantenido estable en la última década, a pesar del aumento de mujeres encarceladas, lo que significa que, en términos porcentuales, ha descendido. Ello puede ser atribuido a la sustitución del encarcelamiento por arresto domiciliario en aplicación del art. 32 de la Ley de Ejecución Penal 24.660 (que, en este aspecto, fue modificada en diciembre de 2008 mediante la ley 26.472). Pese a todo, debemos señalar la extrema gravedad en términos de vulneración de derechos humanos que implica ingresar a niños en prisión, en vez de hacer egresar a sus madres, y la necesidad de buscar alternativas, como las unidades externas para los casos más complejos⁸.

Del total de personas presas en cárceles de la Argentina a fines de 2018, 42.460 estaban en cárceles del Servicio Penitenciario de la provincia de Buenos Aires, y 13.358 en cárceles federales. Si observamos la evolución de la población detenida en los distintos servicios penitenciarios del país, vemos que el Servicio Penitenciario Bonaerense es el que más incrementó su población en la última década, pero la tendencia inflacionaria de población reclusa se observa también en el resto de las provincias del país, y se verifica en las jurisdicciones con mayor cantidad de personas detenidas, como el Servicio Penitenciario Federal de Córdoba, Mendoza, Santa Fe, Salta y Entre Ríos⁹.

⁷ Las estadísticas del SNEEP empezaron a informar las cifras de la población trans encarcelada a partir del año 2015. En 2017, se informó acerca de 128 personas trans en el conjunto de las cárceles argentinas, que aumentaron, en 2018, a 146.

⁸ Me he referido específicamente sobre este tema en Monclús Masó, 2017 y 2018.

⁹ Todas ellas, con más de 2000 personas presas, según SNEEP 2018. Ver https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sneep_2018_final.pdf.

Tabla: Evolución PPL en los servicios penitenciarios con más de 2000 detenidos/as (2009-2018)

Jurisdicción	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2017	2017	2018
SPB	25660	26903	27749	27959	28273	31224	33482	33698	37.586	42.460
SPF	9.210	9.523	9.644	9.807	9.795	10.424	10.274	10.968	11.861	13.358
SP Córdoba	5.622	5.862	5.994	6.307	6.977	6.347	6.802	7.320	8.387	9.205
Mendoza	2.674	2.626	2.990	3.251	3.492	3.945	3.862	4.384	4.605	4.648
Santa Fe	2.516	2.572	2.580	2.679	2.813	2.923	3.027	3.480	4.931	5.759
Salta	1.870	1.925	1.894	1.993	2.164	2.416	2.602	2.774	2.962	3.266
Entre Ríos	779	772	776	916	1.060	1.260	1.489	1.748	2.158	2.486
Total Argentina	57403	59227	60789	62263	64288	69060	72693	76261	85283	94883

Fuente: Elaboración propia en base a datos de SNEEP 2018.

El SNEEP contiene una tabla con información relativa a la sobrepoblación en los distintos sistemas penitenciarios. Es fundamental señalar que se trata de datos construidos sobre la base de las plazas carcelarias que declara tener cada administración penitenciaria, sin que exista, en la Argentina, una ley que establezca criterios objetivos para la definición del cupo carcelario según estándares internacionales de derechos humanos. En la práctica, quienes definen la cantidad de plazas son los propios servicios penitenciarios, y modifican el cupo declarado de forma discrecional o, más bien, arbitraria. Se observa que la capacidad decla-

rada de los distintos establecimientos penitenciarios a menudo oscila sin criterio y sin que se hayan habilitado nuevas infraestructuras. Por consiguiente, lo que informa el servicio penitenciario en cuanto a niveles de sobrepoblación no es un dato confiable.

Teniendo esto en mente, vamos a observar la información que brinda el SNEEP, y que indica que a diciembre de 2018, en el conjunto de las cárceles de la Argentina, el promedio de sobrepoblación era del 22%, lo que significa que se ha multiplicado por 6 en los últimos 4 años, pues en diciembre de 2014 la sobrepoblación declarada era del 3,3%.

Tabla: Capacidad, población alojada y sobrepoblación en los servicios penitenciarios con más de 2000 detenidos/as (2018)

Jurisdicción	Capacidad	Población alojada	Sobrepoblación	% Sobrepoblación
SPB	29.388	42.460	13.072	44,5%
SPF	12.396	13.358	962	7,8%

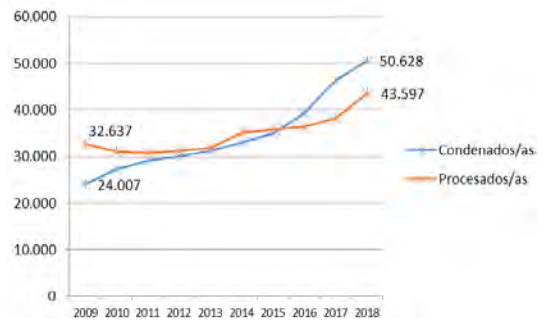
Jurisdicción	Capacidad	Población alojada	Sobrepoblación	% Sobrepoblación
SP Córdoba	9.757	9.205	-552	-5,7%
Mendoza	4.329	4.648	319	7,4%
Santa Fe	5.382	5.759	377	7,0%
Salta	2.305	3.266	961	41,7%
Entre Ríos	2.501	2.486	-15	-0,6%
Total Argentina	77.678	94.883	17.205	22,1%

Fuente: Elaboración propia en base a datos de SNEEP 2018.

Otra cuestión a destacar, al analizar la situación carcelaria de nuestro país, es que las estadísticas oficiales muestran que casi la mitad de las personas presas en la Argentina no tiene una condena firme, de modo que están detenidas en carácter de procesadas con prisión preventiva. Según datos de SNEEP de 2018, el 46% de las PPL son procesadas y el 53% condenadas.

Esto constituye un indicador del funcionamiento deficiente de la justicia penal, que se remonta a muchas décadas pasadas y que la Argentina no logra revertir. Si bien en los últimos tres años se ha señalado un cambio de tendencia, los datos no muestran una reducción de la cantidad total de personas con prisión preventiva. Las cifras de los últimos tres años muestran que el incremento de la población encarcelada ha sido mucho mayor en el caso de los condenados que en el de los procesados, pero esta última cifra también ha aumentado, de modo que la reducción del porcentaje de presos preventivos no se debe a una disminución absoluta de personas encarceladas sin condena firme en el país (por el contrario, de diciembre de 2015 a diciembre de 2018 han aumentado en 7.818), sino, más bien, al fuerte incremento de las personas condenadas (que han aumentado en 15.636 en el mismo período).

Gráfico: Evolución población condenada y procesada en cárceles de la Argentina (2009-2018)



Fuente: elaboración propia en base a SNEEP 2009-2018.

Resulta importante detenerse en los delitos por los que están detenidas las personas en las cárceles de la Argentina. De nuevo, hay que señalar que los datos son construidos por los servicios penitenciarios y no por el poder judicial, de manera que se reduce el grado de confiabilidad de la información, pues son agentes penitenciarios de seguridad, y no personal con la formación jurídica propia de un juzgado penal, quienes registran el delito que motiva la detención.

Con esta cautela en cuanto a la calidad de la información, los datos disponibles muestran que del total de población presa en Argentina, la mayor parte lo está por delitos contra la propiedad (robos y tentativas de ro-

bos), seguido por los delitos de drogas, que se sitúan por delante de los homicidios dolosos y de los delitos contra la integridad sexual¹⁰. El Informe Ejecutivo de SNEEP destaca que, en 2018, aumentó el 24% la población detenida por infracción a la ley 23.737¹¹, lo que se suma a los incrementos de años anteriores.

registro sobre la población detenida en las cárceles federales, y los datos estadísticos se encuentran publicados en la página web institucional. En diciembre de 2019, la cifra de presos federales superó las 14.000 personas, mientras que la capacidad declarada del SPF es de 12.778 plazas¹². La crisis carcelaria desa-

Tabla: Evolución delitos imputados a las PPL (2009-2018)

Jurisdicción	Capacidad	Población alojada	Sobrepoblación	% Sobrepoblación
SPB	29.388	42.460	13.072	44,5%
SPF	12.396	13.358	962	7,8%
SP Córdoba	9.757	9.205	-552	-5,7%
Mendoza	4.329	4.648	319	7,4%
Santa Fe	5.382	5.759	377	7,0%
Salta	2.305	3.266	961	41,7%
Entre Ríos	2.501	2.486	-15	-0,6%
Total Argentina	77.678	94.883	17.205	22,1%

Fuente: Elaboración propia en base a datos de SNEEP 2018.

IV. Situación de la población detenida en el Servicio Penitenciario Federal

En el caso del Servicio Penitenciario Federal, disponemos en la actualidad de un

tada por el aumento de población en los últimos años llevó a que, el 26 de marzo de 2019, el entonces titular del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos –Germán Garabano– declarase la “emergencia en materia penitenciaria” por el término de tres años (Resolución 184/2019).

¹⁰ Cabe señalar el importante aumento de PPL por delitos contra la integridad sexual en los últimos años (desde el año 2014 al año 2018, casi se han duplicado los detenidos por delitos de violación, en esos 4 años pasaron de 5590 a 11.547), lo que no debe ser leído como un aumento de este tipo de delitos, sino más bien como un incremento de las denuncias ante casos que hace unos años engrosaban la cifra oscura de la criminalidad. Lo cual, sin lugar a dudas, tiene una estrecha relación con el fortalecimiento del movimiento feminista y la visibilización de la violencia sexual. Al respecto, cfr. Pitch 2003; Bodelón 2012 y 2014; Di Corleto 2017.

¹¹ Ver Informe Ejecutivo SNEEP 2018, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_ejecutivo_sneep_2018.pdf.

¹² Según datos de diciembre de 2019, de las síntesis estadísticas elaboradas por la Dirección de Judicial del SPF y publicadas en la página web del SPF: <http://www.spf.gob.ar/www/estadisticas>.

Gráfico: Evolución histórica anual de personas detenidas y capacidad declarada en el SPF (2010-2019)



Fuente: Base de datos de Población y Alojamiento en el SPF de la PPN¹³.

El fuerte incremento de población detenida no fue acompañado por un aumento de la infraestructura penitenciaria que resultara suficiente¹⁴. Para alojar a la creciente cantidad de personas presas, en numerosos establecimientos penitenciarios federales se sumaron camas dobles a celdas individuales, se convirtieron en pabellones de alojamiento a espacios previstos para gimnasios o talleres laborales, y se sobrepoblaron los pabellones colectivos¹⁵, generando situaciones de hacinamiento que

13 Gráfico extraído del Informe Anual 2019 de la PPN, p. 48.

14 En el año 2018, se inauguraron el CPF V de Senillosa (provincia de Neuquén) y el CPF VI de Cuyo (provincia de Mendoza), y suman, entre los dos, una capacidad declarada de 1235 plazas según datos de diciembre de 2019. Cabe destacar que el 83% de las personas alojadas en el CPF V de Senillosa tenían como último domicilio la ciudad de Buenos Aires o su zona metropolitana, y su traslado a 1182 km de su lugar de residencia habitual vulnera el derecho al mantenimiento de los vínculos familiares y la protección de la familia, como lo declaró la Corte Interamericana de Derechos Humanos recientemente en el caso *López y otros vs. Argentina*. Sentencia de 25/11/2019, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf.

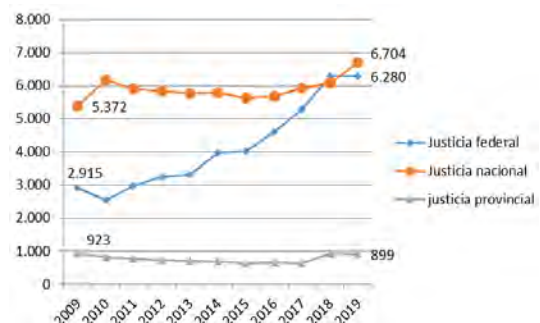
15 Ver, al respecto, Procuración Penitenciaria de la Nación, 2020, pp. 50-72.

antes ya se habían verificado en las cárceles bonaerenses y de otras provincias del país.

En las cárceles federales, en diciembre de 2019, la sobrepoblación reconocida era de 1289 personas detenidas, pero, como ya hemos advertido respecto del conjunto de sistemas penitenciarios de la Argentina, se trata de una información controvertida, ya que la administración penitenciaria altera discrecionalmente la capacidad de alojamiento declarada de los distintos establecimientos penitenciarios.

Las cárceles federales alojan a personas detenidas por orden de la justicia federal, por orden de la justicia nacional y, en menor medida, por orden de jueces pertenecientes a jurisdicciones provinciales o de la CABA. La evolución de la cantidad de personas encarceladas por cada una de las jurisdicciones ha sido diversa.

Gráfico: Evolución histórica anual de personas detenidas en el SPF por jurisdicción (2010-2019)



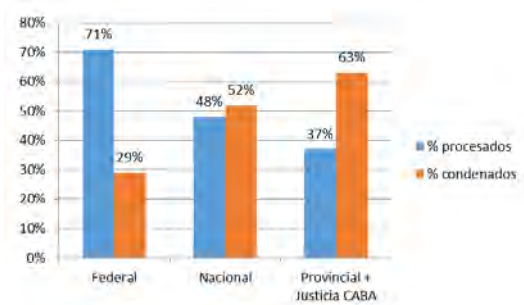
Fuente: Elaboración propia en base a datos de SNEEP 2010-2018 y estadísticas SPF de 2019.

* No se incluyeron en el gráfico los datos de personas detenidas por la justicia de CABA de los años 2016, 2017 y 2018, que fueron de 31, 12 y 63 respectivamente. Para el año 2019, se usaron las estadísticas del SPF que incluye esos datos dentro de la categoría de la justicia nacional.

Como se observa en el gráfico, mientras que la cantidad de población detenida en cárceles

federales a disposición de la justicia nacional y de las justicias provinciales se ha mantenido relativamente estable, la población encarcelada por la justicia federal se ha duplicado e, incluso, más. Al mismo tiempo, los jueces federales son los que muestran un mayor abuso de la prisión preventiva, con un porcentaje que alcanza al 71% de las personas que encarcelan. Entonces, la justicia federal es responsable de que en las cárceles federales la cantidad de personas procesadas supere a las condenadas.

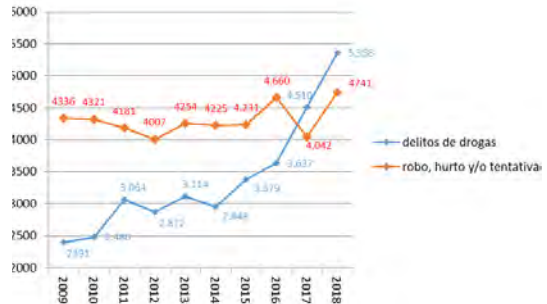
Gráfico: Porcentajes PPL detenidas en cárceles federales por jurisdicción, según situación legal (2018)



Fuente: Elaboración propia en base a datos de SNEEP 2018.

En cuanto a los delitos por los que están detenidas las personas en las cárceles federales, la principal categoría se refiere a delitos relacionados con drogas, con un total de 5358 casos, seguido de los delitos de robo o tentativa de robo, con 4228. Luego, a mucha distancia, le siguen los homicidios dolosos (781 casos) y los abusos sexuales (629 casos).

Gráfico: Evolución PPL en cárceles federales por delitos de drogas y delitos contra la propiedad (2009-2018)



Fuente: Elaboración propia en base a datos de SNEEP 2010-2018.

La evolución del encarcelamiento por delitos relacionados con drogas muestra, nuevamente, el desempeño de la justicia federal, y no puede desligarse de la “guerra contra el narcotráfico” que se pretendió librar en los últimos años desde el Ministerio de Seguridad de la Nación, lo que ha dado como resultado el encarcelamiento de una gran cantidad de personas que, por lo general, integran los últimos eslabones de la cadena de transporte y distribución de drogas.

Es sabido que las personas reclutadas para el transporte de drogas a nivel internacional, así como para la venta de menudeo, integran sectores sociales muy vulnerables, a menudo mujeres jefas de hogar con hijos a cargo que carecen de otros medios de subsistencia (Anitua y Picco 2012; Corda 2011; WOLA 2016). El encarcelamiento de estas personas no impacta en las redes y organizaciones de tráfico de drogas, pues las personas detenidas son rápidamente sustituidas por otras –en iguales condiciones de vulnerabilidad– que pasan a cumplir su función.

Esto es conocido por cualquier agente de policía o el más inexperto de los criminólogos, y no puede pasar desapercibido frente a los dirigentes políticos que deciden emprender una

“guerra contra las drogas”. En su libro *Malign Neglect*, Michael Tonry muestra cómo, a lo largo de la década de 1980, la justicia federal de EEUU se concentró cada vez más en esa “guerra contra las drogas”: mientras en 1979, el 25% de los presos federales habían caído por delitos de drogas; en 1991, ese porcentaje se situó en el 56%. Y el autor señala que el incremento de la población encarcelada, que en el caso de EEUU se concentró sobre los jóvenes negros de clases populares, no fue un resultado inesperado. Los responsables políticos de esas políticas criminales de “guerra contra las drogas”, sin duda, podían prever y anticipar sus resultados, pero los réditos electorales que tales políticas criminales ofrecían no podían ser subestimados (Tonry 1995).

V. La emergencia sanitaria por COVID-19 en el marco de la emergencia carcelaria

En este contexto de emergencia penitenciaria, sobrepoblación y hacinamiento nos encuentra la pandemia por Covid-19, con las mayores cifras de población reclusa que ha tenido la Argentina en la historia de sus prisiones.

Desde la declaración de la pandemia de la Organización Mundial de la Salud, el 11 de marzo de 2020, las voces más autorizadas de organismos internacionales y de derechos humanos llamaron la atención acerca del peligro de propagación del COVID-19 en las cárceles¹⁶, sobre todo en América Latina, dada sus

16 Ver Organización Mundial de la Salud (OMS), “Preparación, prevención y control de COVID-19 en las cárceles y otros lugares de detención”, Orientación provisional del 15 de marzo de 2020, <http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/prisons-and-health/publications/2020/preparedness.-prevention-and-control-of-covid-19-in-prisons-and-other-places-of-detention-2020>; alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), “Hay que tomar medidas urgentes para evitar que el CO-

elevadísimas tasas de sobrepoblación y hacinamiento; lo que puede llevar a un desastre humanitario. En función de este peligro, emitieron recomendaciones dirigidas a la reducción de la población detenida, las que siguieron distintos países, tanto de nuestra región como del resto del mundo¹⁷.

Desde la academia, también se emitieron comunicados alertando sobre la necesidad de reducir rápidamente la población detenida. Entre varios otros, el equipo de investigación que conformamos en la Universidad Nacional de José C. Paz¹⁸ planteó que, además de liberar

VID-19 ‘cause estragos en las prisiones”, 25 de marzo de 2020, <https://ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=S>; Subcomité de Prevención de la Tortura (SPT), “Recomendaciones del Subcomité de Prevención de la Tortura a los Estados Partes y Mecanismos Nacionales de Prevención relacionados con la pandemia de Coronavirus (adoptado el 25 de marzo de 2020)”, <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2020/03/RECOMENDACION-SPT-COVID-19-TRADUCCION-NO-OFICIAL.pdf>; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), comunicado de prensa del 31 de marzo de 2020, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>.

17 Al respecto, se puede consultar el documento emitido por el Comité Nacional de Prevención de la Tortura (CNPT) “COVID-19: Medidas tomadas por distintos países para reducir la población carcelaria en contexto de pandemia COVID-19”, 11 de mayo de 2020. Disponible en <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/05/Covid-19-Medidas-internacionales-para-descomprimir-las-ca%CC%81rceles.pdf>. Y el informe de CELIV y SOCLA “Los efectos del coronavirus en las cárceles de Latinoamérica”, junio 2020. Disponible en <https://criminologialatam.wordpress.com/2020/06/12/efectos-del-covid-19-carceles-de-latino-america/>

18 Equipo del Proyecto de Investigación “Cambios en el castigo en la Argentina contemporánea: reforma legal y su impacto en la ejecución de la pena de prisión”, “Emergencia penitenciaria y emergencia sanitaria. Propuestas para mitigar las violaciones a derechos humanos”, Revista Bordes, 23 de abril de 2020. Disponible en <http://revistabordes.unpaz.edu.ar/emergencia-penitenciaria-y-emergencia-sanitaria/>.

a población de grupos de riesgo, había que liberar población reclusa que no está en riesgo, para desagotar espacios en las cárceles a los fines de posibilitar, en su interior, el distanciamiento social y permitir el aislamiento sanitario en caso de contagios. El documento apelaba a los tres poderes del Estado, con el objeto de pensar políticas y medidas de desencarcelamiento que puedan disminuir la sobrepoblación, desde dispositivos generales de soltura, aprobados por las instancias ejecutivas (decretos) o legislativas, a revisiones judiciales de las prisiones preventivas y concesión de libertades anticipadas y de arrestos domiciliarios.

No obstante, el poder ejecutivo dejó en claro que no iba a disponer indultos ni conmutaciones de penas, ni siquiera para delitos menores de escaso daño social. Tampoco hubo discusión alguna acerca de medidas que podrían adoptarse desde el poder legislativo para reducir la población reclusa¹⁹. De este modo, pronto se asumió que la respuesta debía provenir del poder judicial, y algunos tribunales dictaron acordadas y recomendaciones que establecieron criterios para evaluar liberaciones²⁰.

Las revisiones judiciales que disponen libertades o arrestos domiciliarios y, sobre todo, el menor ingreso de nuevos detenidos como resultado de la disminución de los delitos y/o de las detenciones policiales han reducido la población privada de libertad, al me-

nos, en las cárceles federales, respecto de las que tenemos acceso de datos actualizados²¹.

Así, a partir de la pandemia, la población detenida en el SPF ha disminuido en más de 2000 personas. Según datos del SPF, en la actualidad hay 11.599 personas presas en cárceles federales²² y ha desaparecido el problema de la sobrepoblación. Pero, como hemos señalado, los datos de capacidad declarada del SPF son absolutamente discutibles, ya que se observa, por ejemplo, que la capacidad de alojamiento declarada de la cárcel de Devoto se redujo de 1683 a 1187 plazas de un día para el otro el pasado mes de junio, sin explicación alguna. Reducción de la capacidad declarada que, obviamente, debe ser bien acogida, puesto que los niveles de hacinamiento existentes en esa prisión son intolerables, a la vez que debemos enfatizar la necesidad de transparentar los procesos de definición del cupo carcelario con mecanismos de acreditación previa, como viene proponiendo la Procuración Penitenciaria desde hace años²³.

En esa cárcel, el 24 de abril de 2020 las personas privadas de la libertad llevaron a cabo una protesta para reclamar por la falta de medidas de prevención y de protección en el contexto de la pandemia. La medida de fuerza

19 Por ejemplo, si se redujese a 3 años el mínimo de la pena establecido para los delitos de tenencia y tráfico de estupefacientes, cabría la suspensión condicional de la pena para los condenados primarios, lo que permitiría egresar a muchas personas actualmente encarceladas por delitos de drogas, que representan aproximada el 15 % de la población carcelaria de la Argentina.

20 Acordadas que, si bien seguían las pautas de las recomendaciones internacionales mencionadas más arriba, fueron objetadas desde algunos sectores que acusaban al gobierno y a algunos jueces de llevar a cabo un plan sistemático de liberación de presos peligrosos, todo lo cual derivó en una absurda distorsión del problema con fines de política partidaria.

21 Ver, al respecto, los reportes estadísticos publicados por la PPN “La situación de la población privada de libertad (PPL) ante la emergencia sanitaria por COVID-19”, disponibles en <https://www.ppn.gov.ar/estadisticas/boletines-estadisticos>.

22 Según síntesis estadística del SPF del 31-07-2020, disponible en <http://www.spf.gov.ar/www/estadisticas>.

23 Ver el proyecto legislativo denominado “Ley para la Acreditación Funcional de Establecimientos para la Privación de la Libertad y Control de la Superpoblación”, el que ha sido presentado por la PPN ante el Congreso en dos oportunidades, sin que haya tenido tratamiento parlamentario. Disponible en <https://www.ppn.gov.ar/documentos/proyectos-legislativos/1799-presentacion-del-proyecto-de-ley-para-la-acreditacion-funcional-de-establecimientos-para-la-privacion-de-la-libertad-y-control-de-la-superpoblacion>

implicó la toma del penal, con imágenes de detenidos subidos a los techos reproducidas en todos los medios de comunicación. El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad del Servicio Penitenciario Federal dejó, como saldo, varios heridos, dos de ellos con balas de plomo, lo que constituye un hecho de extrema gravedad²⁴.

A pesar de la reducción de población en las cárceles federales, las medidas implementadas para hacer frente a la emergencia sanitaria han sido insuficientes, y a finales del mes de julio de 2020 se cuentan 182 casos confirmados de personas detenidas contagiadas de COVID-19, y 6 fallecidas en el ámbito del SPF²⁵.

VI. Conclusión

La gravedad de la situación carcelaria en el país, que resulta más evidente en el contexto de la emergencia sanitaria, debe llevarnos a reflexionar acerca de la necesidad de emprender una profunda reforma del sistema penitenciario argentino dirigida a garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas a quienes el Estado impone una pena o una medida cautelar privativa de libertad.

Para ello, es necesario convertir los servicios penitenciarios existentes en organismos civiles, reducir su autonomía, profesionalizar a sus funcionarios, transparentar y someter a escrutinio la gestión de las cárceles, pautar su funcionamiento según los estándares de las Reglas Mandela y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, entre otras cosas.

Pero ante todo, es necesario buscar formas

alternativas para la resolución de los problemas sociales, y recurrir al sistema penal, y en particular, a la pena privativa de libertad, solo ante los conflictos más graves.

Bibliografía

Alderete Lobo, Rubén. 2017. "Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina". *Estudios sobre jurisprudencia*. Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.

Almeda, Elisabet. 2003. *Mujeres encarceladas*. Barcelona: Ariel.

Anitua, G. I. y Valeria A. Picco. 2012. "Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres 'mulas'". Defensoría General de la Nación. *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2012.

Bodelón, Encarna. 2014. "Violencia institucional y violencia de género". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48: 131-155.

Bodelón González, Encarna (ed.). 2012. *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Buenos Aires: Editores Didot.

Centro de Estudios Legales y Sociales, Defensoría General de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación. 2011. *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Corde, Alejandro. 2011. *Encarcelamientos por delitos relacionados con estupefacientes en Argentina*. Buenos Aires: Intercambios y UBA.

24 Ver <https://www.ppn.gov.ar/institucional/noticias/2623-la-ppn-presento-una-denuncia-penal-por-dos-detenedos-con-presuntas-heridas-de-balas-de-plomo>.

25 http://www.spf.gov.ar/www/covid_diario/catcms/166/Reporte-diario-COVID-19, datos del 1 de agosto de 2020.

Di Corleto, Julieta. 2017. *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot.

Equipo del Proyecto de Investigación. 2020. "Cambios en el castigo en la Argentina contemporánea: reforma legal y su impacto en la ejecución de la pena de prisión", "Emergencia penitenciaria y emergencia sanitaria. Propuestas para mitigar las violaciones a derechos humanos", Revista *Bordes*, 23 de abril de 2020. Disponible en <http://revistabordes.unpaz.edu.ar/emergencia-penitenciaria-y-emergencia-sanitaria/>.

Monclus, Masó, Marta. 2017. "El arresto domiciliario como alternativa al encierro carcelario en el caso de mujeres embarazadas o madres de niños/as pequeños/as". Di Corleto, Julieta (comp.). *Género y justicia penal*, Buenos Aires: Didot, 371-395.

Monclus, Masó, Marta. 2018. "Mujeres con hijos en prisión. Comentario a los artículos 195 y 196". Zerbino, Larisa (dir.) *Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad comentada*, Asociación Pensamiento Penal. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/comentadas/comentadas46511.pdf>.

Nicolás, Gemma y Bodelón, Encarna (comps.). 2009. *Género y dominación*, Barcelona, Anthropos.

Pitch, Tamar. 2003. *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Procuración Penitenciaria de la Nación. 2020. *Informe Anual 2019. La situación de los Derechos Humanos en las Cárceles Federales de la Argentina*. Buenos Aires: PPN. Disponible en www.ppn.gov.ar.

Sozzo, Máximo. 2016. "Postneoliberalismo y política penal en la Argentina (2003/2014)". *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: CLACSO: 189-283.

Tonry, Michael. 1995. *Malign Neglect. Race, Crime and Punishment in America*. New York: Oxford University Press.

WOLA. 2016. *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe*. Disponible en: https://www.wola.org/sites/default/files/Guia.FINAL_.pdf.

SECCIÓN III

EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

Estándar interamericano sobre obligaciones en situaciones graves de hacinamiento y sobrepoblación

Carlos E. Gaio

Abogado (UFPR, Brasil), master en Relaciones Internacionales (Universidad de Essex, UK), Abogado Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010-2020), actualmente Senior Legal Officer en la organización Media Defence.

I. Introducción

La privación de libertad y las condiciones de cumplimiento de pena en América Latina son objeto de preocupación constante de algunos sectores de la sociedad civil y órganos estatales, pero no son una preocupación compartida por la comunidad en general. En prácticamente todo el continente americano tenemos ejemplos vivos y diarios de condiciones deplorables e inhumanas de detención. Algunas de esas situaciones llegaron a ser objeto de pronunciamientos por parte de la Comisión¹ y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que refleja, de alguna forma, los esfuerzos de diferentes actores por establecer estándares y exigirlos en casos específicos con repercusión general.

Antes de introducirnos en el análisis de algunos precedentes nacionales e internacionales recientes sobre el tema, es necesario tener presente algunos datos regionales que demuestran la gravedad de la situación y la urgencia de implementación de soluciones inmediatas y sostenibles.

¹ Para los pronunciamientos de la Comisión Interamericana sobre la materia, ver la página web de la Relatoría sobre Derechos de las Personas Privadas de Libertad, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/default.asp>.

Aunque la tendencia de crecimiento en la tasa de encarcelamiento es mundial, América Latina tiene un rol destacado en ese proceso. De acuerdo con un estudio global –actualizado hasta 2018 (World Prison Population List 2018)–, los países con mayor número de privados de libertad por cada 100.000 habitantes son Estados Unidos (655 por 100.000), seguido por El Salvador (604), Turkmenistán (552), Tailandia (526) y Cuba (510). En más de la mitad de los países (53%), esa tasa es inferior a 150 presos por 100.000 habitantes, y el promedio mundial estaría en 145 por 100.000.

En las Américas, la tasa media para América del Sur es de 233 mientras que para América Central es aún más alta: 316 presos por 100.000 habitantes. Por sí sola, esa cifra sería alarmante, pero los números son aún más preocupantes cuando se observa que, desde el año 2000, la población penitenciaria ha crecido el 24% en el mundo. Sin embargo, hay diferencias considerables entre los continentes. En Oceanía, esa cifra ha aumentado el 86%, en las Américas el 41%, en Asia, 38%, y en África, 29%. Solo en Europa la población carcelaria total ha disminuido en el 22%. Para lo que nos ocupa en ese artículo, se observa que la población carcelaria en América del Sur ha aumentado en el porcentaje exorbitante del 175% en los últimos 20 años (World Prison Population List 2018, 17).

En términos absolutos, por ejemplo, cuando se suma el número de personas privadas de libertad condenadas y en prisión preventiva, Argentina llega a más de 90.000 personas (Procuración Penitenciaria de la Nación 2020), Brasil tiene más de 750.000 (Departamento Penitenciario Nacional, Infopen, 2019), y Colombia alrededor de 108.000 (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, 2020). Las respectivas tasas de ocupación, que dan la medida del hacinamiento, son parecidas en Argentina (122%)² y Colom-

bia (133%)³, pero mucho más alta en Brasil (171%)⁴ (Departamento Penitenciario Nacional, Infopen, 2019).

Es evidente que tal exceso de ocupantes en espacios de convivencia previstos para una cantidad muy inferior de personas no respeta ningún estándar de derechos humanos, sea nacional o internacional. El hacinamiento se hace más grave cuando sumamos otras características comunes del sistema penitenciario de nuestra región: estructuras inadecuadas, degradadas y obsoletas; falta de insumos de higiene y de atención de salud; provisión de agua y alimentación deficiente y de mala calidad; falta de separación entre detenidos condenados y acusados; atención jurídica deficiente y la casi total ausencia de programas de readaptación social de los condenados, entre otros.

Más allá del artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o CADH) que protege el derecho a la integridad personal, es necesario recordar que su artículo 5.6 dispone que la pena debe tratar de obtener la reincorporación del penado a la vida civil en condiciones de desenvolverse en ella según los principios de la convivencia pacífica y con respeto a la ley⁵.

Todos esos factores fueron objeto de litigio y reivindicaciones en el ámbito nacional, y también han sido debatidos ante los órganos del

aproximadamente 80.000 plazas.

3 Colombia tiene una capacidad carcelaria de 81.000 plazas.

4 Brasil tenía aproximadamente 442.000 cupos carcelarios disponibles al final de 2019.

5 Al respecto, ver Corte IDH. *Asunto del Instituto Plácido de Sá Carvalho* respecto de Brasil. Resolución de Medidas Provisionales de 22 de noviembre de 2018, párr. 85; Corte IDH. *Caso López y otros vs. Argentina*. Sentencia de 25 de noviembre de 2019; CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, párr. 611, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>.

2 El número de cupos carcelarios en Argentina es de

sistema interamericano de derechos humanos, en especial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana o Corte IDH)⁶. El presente artículo propone debatir esas experiencias comparadas como antecedentes para una reciente resolución de medidas provisionales de la Corte Interamericana, que establece lo que se podría entender como el estándar interamericano sobre la obligación de actuar frente a situaciones graves de sobrepoblación y hacinamiento, dentro de un contexto regional e internacional de búsqueda de soluciones estructurales para violaciones masivas de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. El pronunciamiento de la Corte IDH en el asunto del Instituto Plácido de Sá Carvalho trae posturas innovadoras, pero consolidadas en el derecho comparado e internacional.

II. Experiencia comparada

La Resolución N° 184/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina⁷, que inspira la presente edición de la *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, se inserta en un contexto de iniciativas probadas en algunos países de las Américas. Así, antes de analizar lo que considero el estándar interamericano para situaciones graves de hacinamiento, es relevante repasar, aunque brevemente, algunas experiencias comparadas en Colombia, Argentina, Brasil, Perú y Estados Unidos de América, de modo a identificar la génesis del razonamiento de la Corte IDH y cómo este puede ser utilizado como parámetro para las medidas de prevención, acciones

disponibles y reformas legales que deben implementarse para resolver el hacinamiento carcelario en Argentina (y otros países).

II.1. Colombia

En Colombia, es conocido el desarrollo del llamado “estado de cosas inconstitucional” (Jaramillo et ál. 2017)⁸, que se utilizó en asuntos penitenciarios, entre otros, debido a fallas estructurales en políticas públicas relativas a un gran número de personas (Corte Constitucional colombiana, Sentencias T-153/98, T-388/2013 y T-762/2015).

Se ha entendido que ese concepto solo se utiliza en situaciones excepcionales, en las que, más allá de las violaciones graves y generalizadas de derechos humanos, la intervención del poder judicial es esencial para poner en marcha la resolución del problema, entre otros (Jaramillo et ál. 2017, 19). Obviamente, aquí se requiere la intervención amplia y directa de los jueces en la esfera de políticas públicas y en la asignación de presupuesto, normalmente reservadas a otros poderes.

Para reconocer el estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional colombiana estableció los siguientes criterios: a) violación masiva y generalizada de los derechos fundamentales de un número significativo de personas; b) incumplimiento prolongado por parte de las autoridades de sus obligaciones de garantizar y promover los derechos; c) la adopción de medidas complejas por parte de una pluralidad de agentes, que implican cambios estructurales, que pueden depender de la asignación de recursos públicos, la corrección de las políticas públicas existentes o la formulación de nuevas políticas, entre otras medidas; y d) potencial de congestión de la justicia, si todos aquellos cuyos derechos han sido viola-

⁶ La jurisprudencia de la Corte IDH sobre los derechos de las personas privadas de libertad está sistematizada de forma muy detallada en el Cuadernillo de Jurisprudencia No. 9, disponible en: <https://corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo9.pdf>.

⁷ Resolución 184/2019 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, RESOL-2019-184-APN-MJ, Buenos Aires, 25 de marzo de 2019.

⁸ Esta técnica ha sido utilizada por la Corte Constitucional colombiana en una decena de casos desde 1997.

dos acuden al poder judicial individualmente (Observatorio de Política Criminal 2017).

La acción que interesa para ese análisis (sentencia T-153/98) requería la resolución de situaciones específicas de hacinamiento de las cárceles Bellavista y Modelo, ubicadas, respectivamente, en Medellín y Bogotá. Sin embargo, el fallo ultrapasó esas dos situaciones específicas y abordó el sistema penitenciario del país en su conjunto. La Corte Constitucional señaló que:

[...] las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos [lo que representa un estado de cosas inconstitucional y del que] se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. (Corte Constitucional, Sentencia T-153/98).

En palabras de la Corte Constitucional: “la situación descrita anteriormente [...] confirma [...] el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción”. Esa Corte subrayó, por otro lado, que, a pesar del conocimiento general de la situación por parte de las autoridades, no ocupa “un lugar destacado dentro de la agenda política”. En este entorno, el papel del juez constitucional sería como el vocero “de las minorías olvidadas” (Corte Constitucional, Sentencia T-153/98).

La decisión impuso una serie de medidas dirigidas a numerosas agencias del Estado y poderes públicos, pero fue criticada por ha-

ber priorizado la construcción de nuevas cárceles, sin enfrentar la situación y el proceso que, justamente, generan hacinamiento o sobrepoblación (Jaramillo et ál. 2017, 19 y ss.), como, por ejemplo, el exceso de aplicación del derecho penal y de las prisiones preventivas.

Posteriormente, ante nueva situación de emergencia y hacinamiento, en 2013 nuevamente la Corte Constitucional señaló que, a pesar de la gravedad que implica el hacinamiento, eso no implica una liberación automática de la persona privada de libertad, sino que exige una ponderación de “todos los valores, reglas, principios y derechos constitucionales que se encuentran en tensión” (Corte Constitucional, Sentencia T- 388/2013). Asimismo, afirmó que, para enfrentar la grave crisis penitenciaria y carcelaria, en particular la situación de hacinamiento:

[...] es necesario incluir políticas que favorezcan la libertad y la excarcelación, incluso de forma masiva. El uso desmedido y exagerado de la política criminal y penitenciaria, es insostenible en un estado social y democrático de derecho, por los costos que implica a los derechos fundamentales, a la cohesión social y a los escasos recursos públicos que se cuenta para cumplir los variados y múltiples cometidos y funciones estatales.

Como consecuencia, ordenó que se implementaran políticas “que lleven a que ciertas personas tengan el derecho a ser excarceladas” a través de un estudio caso a caso (Corte Constitucional, Sentencia T- 388/2013).

II.2. Argentina

Un antecedente notable desde Argentina es el *habeas corpus* colectivo a favor de todas las personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires que estaban detenidas en establecimientos de policía superpoblados

en el conocido caso “Verbitsky” (CSJN, “Verbitsky Horacio c/ s/ Habeas Corpus”, Fallos 328:1146, 3 de mayo de 2005).

En el fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) reconoció una situación de violación de derechos e impuso varias medidas de carácter inmediato, pero también la elaboración de un plan por parte de la provincia de Buenos Aires, en diálogo con la sociedad civil. Dicho plan debería contemplar cambios en las políticas criminales y de prisión, de modo de adecuar la situación de los detenidos a las normas mínimas sobre el tratamiento de los presos establecidas por Naciones Unidas (Reglas Mandela; Courtis 2005).

II.3. Brasil

A través de una Interpretación Vinculante (*Súmula Vinculante*)⁹, la N° 56, el Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño estableció que “la falta de establecimiento penal adecuado no autoriza el mantenimiento del condenado en un régimen carcelario más duro”. Según el STF, los jueces de ejecución penal, por lo tanto, “podrán evaluar los establecimientos destinados a los regímenes [de cumplimiento de pena] semi-abierto y abierto”, y:

[...] habiendo déficits de cupos [en dichos establecimientos], deberán determinar (i) la salida anticipada del sentenciado en el régimen que no dispone de vacantes; (ii) la libertad monitoreada electrónicamente;

⁹ Las “súmulas vinculantes” están previstas en el artículo 103-A de la Constitución Federal de Brasil y fueron reglamentadas a través de la ley N° 11417/2006. La súmula vinculante es de competencia exclusiva del Supremo Tribunal Federal y tiene carácter obligatorio para todos los jueces, tribunales y órganos de la Administración Pública. Su contenido resume, de manera objetiva, precedentes jurisprudenciales del STF. Cualquier decisión judicial u acto de la Administración Pública en sentido contrario a una súmula vinculante resultará nulo.

(iii) el cumplimiento de penas restrictivas de derecho [...] al condenado que progresa al régimen abierto. Hasta que sean estructuradas las medidas alternativas propuestas, podrá ser deferida la prisión domiciliar al sentenciado” (Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante N° 56, de 8 de agosto de 2016).

En otra iniciativa, pensada desde la óptica del estado de cosas inconstitucional colombiano, el Partido Socialismo y Libertad (PSoL) interpuso una acción difusa de constitucionalidad (*Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental –ADPF–*) solicitando la intervención judicial en el sistema penitenciario en su conjunto (Supremo Tribunal Federal. ADPF 347, 0003027-77.2015.1.00.0000). Esa acción busca la declaración de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y la adopción de medidas destinadas a superar los mismos problemas identificados en las sentencias T-153 y T-388 de Colombia (Supremo Tribunal Federal. ADPF 347, petición inicial). La ADPF 347 todavía se encuentra en trámite.

II.4. Perú

El Tribunal Constitucional del Perú reconoció la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de las personas que sufren enfermedad mental, entre las que se encuentran las personas sujetas a medidas de internación. En ese sentido, señaló que cualquier persona o personas que estén en la misma circunstancia, “podrán acogerse a los efectos de la [...] sentencia o a la doctrina constitucional sentada por este Tribunal, no siendo necesaria la interposición de nueva demanda de hábeas corpus” (Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia en el Expediente No 03426-2008- PHC/TC, de 26.08.2010).

En la parte dispositiva, el Tribunal Constitucional ordenó: a) al Ministerio de Eco-

nomía, que adoptara las medidas necesarias que permitan el incremento gradual del presupuesto destinado al Ministerio de Salud y, concretamente, a los centros hospitalarios de salud mental de país; b) al Poder Judicial, que adoptara las medidas correctivas para que todos los jueces del país emitan pronunciamientos oportunos sobre los informes médicos que les remiten las autoridades de salud, que recomiendan el cese de la medida de seguridad de internación; c) además, exhortó al Congreso de la República para que apruebe una ley que regule el tratamiento, supervisión, procedimiento, ejecución y cese de las medidas de seguridad de internación, y d) al Poder Ejecutivo, que adoptara las medidas necesarias para superar de manera inmediata y eficaz las situaciones de hecho que dan lugar al quebrantamiento de la Constitución, fortaleciendo los niveles de coordinación con el Ministerio de Justicia, Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y Finanzas, etcétera.

II.5. Estados Unidos de América

En 2011, en el caso *Brown vs. Plata* (Suprema Corte de los Estados Unidos, 2011, No. 09-1233, “Brown vs. Plata”), la Suprema Corte de los Estados Unidos mantuvo una decisión dictada por un tribunal en California, que había determinado la liberación de 46.000 prisioneros poco peligrosos, debido al hacinamiento crónico de las cárceles en ese Estado (en ese momento, California tenía alrededor de 156.000 presos, con una capacidad de aproximadamente 80.000 vacantes).

Los jueces californianos determinaron, con base en este hallazgo, que el gobierno del Estado formulara un plan para reducir el hacinamiento hasta un máximo del 137,5% de su capacidad carcelaria. Como los planes no fueron suficientes, hubo una determinación judicial de liberar a los presos, basada en la 8ª Enmienda a la Constitución de Estados Unidos, que pro-

hibe los castigos crueles e inusuales. Esta decisión fue confirmada por la Suprema Corte, que concluyó que hubo una ponderación adecuada entre los derechos de los presos y el interés del Estado en garantizar la seguridad pública.

Al ordenar esa reducción de la población carcelaria “de barrido y extensión sin precedentes”, la sentencia de la Suprema Corte estableció que “el Estado puede emplear medidas, incluidos los créditos de buen tiempo y el desvío de delinquentes de bajo riesgo y violadores técnicos de libertad condicional a programas basados en la comunidad, que mitigarán el impacto de la orden” (Suprema Corte de los Estados Unidos, 2011). Así lo sostuvo, en virtud de que “el hacinamiento es la ‘causa principal de la violación de un derecho federal’, [...] específicamente el maltrato severo e ilegal de los presos a través de una prestación de salud médica y mental sumamente inadecuada para su cuidado” (Suprema Corte de los Estados Unidos, 2011).

Como se ve, la idea de considerar las condiciones degradantes de cumplimiento de la pena, de modo a reducir la sentencia en la fase de ejecución, no es inédita en el derecho comparado, incluso en otros sistemas jurídicos que no son analizados en este artículo¹⁰.

10 En Europa, el caso paradigmático sobre sobrepoblación en centros penitenciarios es *Torregiani y otros vs. Italia*, de 2013. La tasa de hacinamiento de las cárceles italianas en ese momento alcanzaba 151%. En su sentencia piloto, el TEDH reconoció que las malas condiciones de detención probadas en el caso no eran una situación aislada, “sino se debían a un problema sistémico resultante del mal funcionamiento crónico del sistema penitenciario italiano”. Asimismo, el gran número de peticiones interpuestas contra Italia ante el TEDH sobre la misma temática demostraban la naturaleza estructural del problema. En ese caso, por primera vez, el TEDH ordenó al Estado italiano la creación de “una apelación o una combinación de apelaciones que tengan efectos preventivos y compensatorios y, de hecho, garanticen un remedio efectivo para las violaciones a la Convención resultantes del hacinamiento en las prisiones en Italia”. Entre las diversas medidas adoptadas por el gobierno italiano, se dispuso que el juez de ejecución

Y fue, justamente, a partir de algunos de los precedentes citados que la Corte Interamericana adoptó una de sus resoluciones más garantistas en materia criminal y penitenciaria al analizar la situación de un centro de privación de libertad de Brasil (Corte IDH, Instituto Plácido de Sá Carvalho 2018; Corte IDH, Complejo Penitenciario de Curado 2018).

III. El estándar interamericano de obligaciones frente a situaciones de hacinamiento que violan el artículo 5 de la Convención Americana

En los asuntos del Instituto Plácido de Sá Carvalho (IPPSC) y del Complejo Penitenciario de Curado, la Corte IDH halló situaciones de hacinamiento de aproximadamente el 200%, que no habían sido resueltas a pesar de años de supervisión de medidas provisionales y de solicitudes de elaboración de diagnósticos técnicos y planes de contingencia (Corte IDH, Instituto Plácido de Sá Carvalho, 2018, 2017 y 2017 bis; y Complejo Penitenciario de Curado, 2018, 2016, 2015 y 2014).

En relación con ello, ambos centros presentaban condiciones materiales salvajes de

detención, como infraestructura incompatible para un lugar de detención, iluminación y ventilación inadecuada, alimentación insuficiente e insalubre, pésimas condiciones de higiene, atención médica insuficiente o inexistente, número de muertes exorbitantes, entre otras (Corte IDH, Instituto Plácido de Sá Carvalho, 2018 y Complejo Penitenciario de Curado, 2018). Además, estos dos centros de privación de libertad fueron objeto de un mecanismo inédito: las dos primeras –y, hasta el día de hoy, las únicas– diligencias in situ de la Corte IDH para verificar el cumplimiento de medidas provisionales¹¹.

Por primera vez en su jurisprudencia en materia de medidas provisionales, la Corte IDH reconoció expresamente que las condiciones de:

[...] ejecución de penas privativas de libertad o de detenciones preventivas en el IPPSC eventualmente violaría el artículo 5.2 de la Convención Americana, situación que no se ha superado y tampoco atenuado desde que la Corte IDH dispusiera la medida y llevara a cabo la visita *in situ* (Corte IDH, Instituto Plácido de Sá Carvalho, 2018, párr. 83).

Además, estableció que, sumada a la pena por lo menos degradante, dichas condiciones de detención “también eventualmente violarían el artículo 5.6 de la Convención Americana, pues las penas así ejecutadas nunca podrán cumplir con la reforma y readaptación social del condenado, tal como lo prescribe el citado dispositivo convencional como objetivo principal de esas penas” (Corte IDH, Instituto Plácido de Sá Carval-

penal, como medida compensatoria, debe eliminar un día de condena por cada 10 días que hayan sido cumplidos en condiciones consideradas degradantes, a la luz de la Convención Europea de Derechos Humanos. Cfr. TEDH, *Caso Torreggiani y otros vs. Italia*, No. 43517/09, 8 de enero de 2013, párrs. 88 y 99. Para más información sobre las sentencias piloto, ver TEDH, *The Pilot-Judgment Procedure, Information note issued by the Registrar*, disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_ENG.pdf. Otro precedente notable se dio en Israel, donde la Corte Suprema, en una sentencia de 2013, redujo de 15 a 10 meses la pena de prisión por robo impuesta a una transexual, debido al hecho de que la mantenían aislada, como un medio de protección frente a amenazas de otros detenidos. El tribunal israelí consideró que las condiciones de la prisión eran especialmente severas. Cfr. Israeli Supreme Court, *CrimA 5833/12 Roe v. Israel* (Sep. 12, 2013) Nevo Legal Database.

11 La visita *in situ* al Complejo Penitenciario de Curado tuvo lugar el 8 de junio de 2016; y la visita al Instituto Plácido de Sá Carvalho fue realizada el 19 de junio de 2017.

ho, 2018, párr. 85; Corte IDH, *López y otros vs. Argentina*, 2019).

Una vez que estableció el marco fáctico específico del IPPSC y confirmó el reiterado incumplimiento del Estado en adoptar medidas concretas para reducir el hacinamiento y brindar condiciones mínimas de detención, de modo a interpretar cuáles serían las obligaciones concretas del Estado para proteger y garantizar los derechos en riesgo a la luz de la Convención Americana y de la obligación prevista en el artículo 63.2 de ese instrumento en “casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas”, la Corte IDH realizó un análisis de derecho comparado sobre el hecho de que la pena, en la situación bajo estudio, imponía “un dolor o aflicción que exced[ía] en mucho el que es inherente a toda pena o privación de libertad”. Por lo tanto, construyó un estándar que no procede a la liberación automática o directa de presos sujetos a penas degradantes a través de prisión domiciliaria u libertad monitoreada electrónicamente (como es la situación de la *Súmula Vinculante* N° 56)¹², sino que propone la ponderación de derechos y riesgos o peligrosidad caso a caso, para promover la disminución de la población carcelaria y reconocer, en la práctica, una rebaja de pena en razón de las condiciones degradantes y violatorias de detención a las que estuvieron sometidos. Esta solución tiene como objetivo hacer cesar la situación ilícita de los establecimientos carcelarios según la Convención Americana.

Sin perjuicio de afirmar que su pronunciamiento se refería a un establecimiento en particular, y no a la situación penitenciaria general en Brasil, es evidente que la obligatoriedad

convencional de sus resoluciones, así como la doctrina del control de constitucionalidad implican en que los Estados deben observar dicho estándar cuando enfrenten situaciones similares (García Ramírez 2014; González Domínguez 2017).

En resumen, la Corte IDH dio legitimidad a una solución heterodoxa, pero necesaria y urgente, para interrumpir un ilícito internacional (desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos) y garantizar los derechos fundamentales mínimos a la integridad personal de las personas privadas de libertad que estuvieron alojadas por mucho tiempo en condiciones inhumanas o degradantes.

En ese sentido, es relevante citar el razonamiento de la Corte IDH:

En principio, y dado que es innegable que las personas privadas de libertad en el IPPSC pueden estar sufriendo una pena que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenderse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución. Las penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional. Lo anterior es concordante con el *mandamus* del Supremo Tribunal Federal establecido en la *Súmula Vinculante* N° 56.

Dado que está fuera de toda duda que la degradación en curso obedece a la superpoblación del IPPSC, cuya densidad es del 200%, o sea, que duplica su capacidad, de ello se deduciría que duplica también la

12 La Corte IDH explica que la lógica jurídica de esa decisión es garantizar que la pena del condenado no sea ilícita o viole los derechos fundamentales de la individualización de la pena y la integridad personal del preso.

inflicción antijurídica sobrante de dolor de la pena que se está ejecutando, lo que impondría que el tiempo de pena o de medida preventiva ilícita realmente sufrida se les computase a razón de dos días de pena lícita por cada día de efectiva privación de libertad en condiciones degradantes (Corte IDH, Instituto Plácido de Sá Carvalho, 2018, párrs. 120 y 121).

En concreto, lo que la Corte IDH ordenó a Brasil, y que resulta especialmente replicable y debería servir de referencia obligatoria para los tribunales latinoamericanos, se puede resumir de la siguiente forma:

- la reducción del tiempo de prisión compensatoria de la ejecución antijurídica, en el caso de imputados o condenados por delitos contra la vida, la integridad física o sexuales, deberá quedar supeditada en cada caso a un examen o peritaje técnico criminológico que indique, según el pronóstico de conducta resultante y, en particular, con base a indicadores de agresividad de la persona: si corresponde la reducción del tiempo real de privación de libertad en la forma señalada del 50%, si este no es aconsejable en razón de un pronóstico de conducta totalmente negativo, o si debe abreviarse en menor medida que el 50% (Instituto Plácido de Sá Carvalho, 2018, párr. 129);

- el Estado deberá arbitrar los medios para llevar a cabo estos exámenes o peritajes criminológicos, de forma diligente y prioritaria, y organizar para ello un equipo de profesionales. Dicho equipo deberá ser compuesto por psicólogos y asistentes sociales –entre otros– de probada experiencia y adecuada formación académica, que deberá actuar al menos en grupos de tres expertos, sin que sea suficiente la opinión de un profesional único. La pluralidad de expertos evitará o reducirá la eventualidad de decisiones que respondan a favoritismos o preferencias arbitrarias, e in-

cluso a posibles actos de corrupción (Instituto Plácido de Sá Carvalho, 2018, párr. 130);

- la aplicación de este cómputo no exime al Estado de la obligación de redoblar los esfuerzos para lograr condiciones dignas de ejecución penal para la población que no alcance la libertad, pese a computársele como pena o prevención la parte antijurídica de su ejecución (Instituto Plácido de Sá Carvalho, 2018, párr. 125);

- no se excluye la posibilidad de que el Estado arbitre también otros medios sustitutos de la privación de libertad para contribuir a resolver la sobrepoblación (Instituto Plácido de Sá Carvalho, 2018, párr. 126).

En paralelo a las medidas de reducción de la pena indicadas, la Corte IDH insistió en la necesidad de elaboración e implementación de un plan de contingencia y reforma estructural (Instituto Plácido de Sá Carvalho, 2018, párr. 134)¹³.

13 Dicho plan debería contener, como mínimo: a) la remodelación de todos los pabellones, celdas y espacios comunes; b) a reducción sustancial del número de internos a través de la aplicación de la Súmula Vinculante N° 56 y de los criterios establecidos en la resolución; c) la ampliación del uso de monitoreo electrónico; d) la capacidad máxima de internos debe ser determinada atendiendo a los indicadores concretos establecidos en la normativa interna; d) la implementación de las recomendaciones de los órganos internos de seguridad en relación con el sistema de iluminación de emergencia, sistema de detección de incendio o sistema de alarma o avisadores; elaboración de un manual de seguridad con mantenimientos preventivos y correctivos, y plan de escape; reforma de las mangueras e hidrantes; puertas con herrajes antipánico; y entrenamiento de los funcionarios para situaciones de emergencia; e) la previsión de un número de agentes penitenciarios ajustado a las personas privadas de libertad del establecimiento; f) medidas orientadas directamente a proteger los derechos a la vida e integridad de los beneficiarios, particularmente en relación con las deficientes condiciones de acceso a la salud, así como con las condiciones de seguridad y controles internos, y g) el Plan debe ser implementado en carácter prioritario, sin que el Estado pueda alegar dificultades financieras para justificar el incumplien-

IV. Conclusión

El hacinamiento carcelario es un problema común de América Latina, que viola varios derechos humanos al tiempo que incita a la violencia y reproduce delincuencia. Toda la sociedad sufre a raíz del trato inhumano que reciben las personas privadas de su libertad. En varios países, se han propuesto medidas estructurales para reducir el hacinamiento, pero siempre por medio del poder judicial. Aparentemente, no hay confianza en las políticas públicas y se busca en los jueces la determinación de actos y medidas concretas para proteger los derechos de estas personas en situación de vulnerabilidad.

Los ejemplos de derecho comparado referidos a Argentina, Brasil, Colombia, Perú y Estados Unidos tienen en común la falencia casi absoluta del poder ejecutivo en mantener condiciones dignas de privación de libertad, ante lo que los jueces de altas cortes, entonces, han impuesto soluciones enérgicas. La Corte IDH aplica un conjunto de estándares nacionales que establecen los parámetros regionales que deben cumplir los Estados miembros del tratado regional. Para ello, se nutrió de experiencias de la región y de otros sistemas jurídicos con el fin de interpretar las obligaciones de la Convención Americana a partir del principio de mayor protección para la persona. No se trata de una reinención de la Convención Americana, sino de su interpretación adecuada a los tiempos y desarrollos tanto jurídicos como de las circunstancias fácticas que se presentan. La situación de hacinamiento carcelario en América Latina es una de las más graves, sostenidas y transparentes violaciones de derechos humanos de nuestros tiempos, que no cuenta con una salida sencilla o, al menos, consensual.

to de sus obligaciones internacionales.

El precedente de la Corte IDH en el asunto del IPPSC abre una ventana de oportunidades para los que reivindican cambios estructurales y una corrección en el funcionamiento del sistema penal en el contexto actual, donde el hacinamiento persiste a pesar de las soluciones insuficientes o incompletas que han sido ordenadas. Si las condiciones de detención son inhumanas, la pena determinada en la sentencia no podrá ser cumplida y su objetivo estará frustrado. Ante esa situación, es inevitable reformar nuestros sistemas penales, pero, sobre todo, repensar el uso desmedido y exagerado de la política criminal y penitenciaria de forma que el castigo y la pena privativa de libertad sean la única solución para la delincuencia y otros problemas sociales.

La iniciativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina mencionada al inicio de ese artículo proporciona una oportunidad de alto nivel para debatir y precisar cuáles modelos de reducción de la población carcelaria pueden ser más efectivos para Argentina, dadas las circunstancias específicas del país. Lo que no se puede obviar, jurídicamente, es el estándar de la Corte IDH que debe guiar las acciones de prevención, protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en el continente.

Bibliografía

Courtis, Christian. 2005. "El caso 'Verbitsky': ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?". Abramovich, Víctor. *Colapso del sistema carcelario*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

García Ramírez, Sergio. 2014. "Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales): Algunas cuestiones relevantes". *El futuro del sistema interamericana-*

no de los derechos humanos, documento de trabajo N° 3. Indiana: University of Notre Dame.

Golash, Deirdre. 2005. *The Case against Punishment Retribution: Crime Prevention, and the Law*. New York: New York University Press.

González Domínguez, Pablo. 2017. "La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad". *Estudios constitucionales*, 1: 55-98.

Jaramillo, Juan Fernando; Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo. 2017. "Intervención judicial en cárceles". Juan Fernando Jaramillo Pérez (comp.). *Constitución, democracia y derechos*. Bogotá: DeJusticia.

Jurisprudencia nacional

CSJN, "Verbitsky Horacio c/ s/ Habeas Corpus", Fallos 328:1146, 3 de mayo de 2005.

Jurisprudencia extranjera

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762/2015, 16 de diciembre de 2015. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388/2013, 28 de junio de 2013. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-153/98, 28 de abril de 1998. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>.

Israeli Supreme Court, CrimA 5833/12 Roe v. Israel (Sep. 12, 2013) Nevo Legal Database.

Suprema Corte de los Estados Unidos, Brown vs. Plata, 563 U.S. 493 (2011).

Supremo Tribunal Federal (Brasil), Súmula Vinculante N° 56, de 8 de agosto de 2016; RE 641.320, relator ministro Gilmar Mendes, 11 de mayo de 2016, DJE 159 de 1 de agosto de 2016, Tema 423.

Supremo Tribunal Federal (Brasil), ADPF 347, No. 0003027-77.2015.1.00.0000. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>.

Supremo Tribunal Federal (Brasil), Petición inicial ADPF 347. <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>.

Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia en el Expediente No 03426-2008- PHC/TC, de 26 de agosto de 2010. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html>.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH. *Asunto del Instituto Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil*. Resolución de Medidas Provisionales de 22 de noviembre de 2018.

Corte IDH. *Asunto del Instituto Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil*. Resolución de Medidas Provisionales de 31 de agosto de 2017.

Corte IDH. *Asunto del Instituto Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil*. Resolución de Medidas Provisionales de 13 de febrero de 2017.

Corte IDH. *Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil*. Resolución

CARLOS E. GAIO

de Medidas Provisionales de 28 de noviembre de 2018.

Corte IDH. *Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil*. Resolución de Medidas Provisionales de 15 de noviembre de 2017.

Corte IDH. *Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil*. Resolución de Medidas Provisionales de 23 de noviembre de 2016.

Corte IDH. *Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil*. Resolución de Medidas Provisionales de 7 de octubre de 2015.

Corte IDH. *Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil*. Resolución de Medidas Provisionales de 22 de mayo de 2014.

Corte IDH. *Caso López y otros vs. Argentina*, Sentencia de 25 de noviembre de 2019.

TEDH, *Caso Torreggiani y otros vs. Italia*, No. 43517/09, 8 de enero de 2013.

Documentos de organismos nacionales

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2019. Resolución 184/2019, RESOL-2019-184-APN-MJ, Buenos Aires, 25 de marzo de 2019.

Procuración Penitenciaria de la Nación. 2020. *Informe Anual 2019: la situación de los derechos humanos en las cárceles Federales de la Argentina*, Buenos Aires. <https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/Informe-anual-2019.pdf>.

Documentos de organismos extranjeros

Departamento Penitenciario Nacional. 2019. Infopen, Levantamiento Nacional de

Informações Penitenciárias-Período de julho a dezembro de 2019, Brasília. <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODAxMmM0YmZiLWI4M2ltN-DU2ZmlyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiO-GRhNmJmZThlMSJ9>.

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. 2020. Estadísticas Series Históricas, junio de 2020. Bogotá. https://www.inpec.gov.co/documents/20143/960615/SERIES+HIST%C3%93RICAS_JUNIO.xlsx/7d40a1d1-76fe-c367-56c2-d5ae43a8dfba?version=1.0&download=true.

Observatorio de Política Criminal, Ministerio de Justicia. 2017. “Mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia”. <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/cosas%20institucional.pdf>.

Documentos y normas de organismos internacionales

Asamblea General de Naciones Unidas. 2015. “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)”, UN Doc A/RES/70/175, 18 de julio de 2015. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada por Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (OEA), B-32, 22 de noviembre de 1969.

CIDH. 2011. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. Washington: CIDH. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>.

Corte IDH. 2010. “Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de libertad: Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. San José.

TEDH, The Pilot-Judgment Procedure, Information note issued by the Registrar. https://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_ENG.pdf.

Corte IDH. 2020. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 9: Personas privadas de libertad. San José. <https://corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo9.pdf>.

World Prison Population List. https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf.

El principio de resocialización según la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso *López vs. Argentina*

Martina Gómez Romero

Abogada especializada en Derecho Internacional Público y docente de la Facultad de Derecho (UBA). Magíster en Derecho Penal y Política Criminal por la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Coordinadora del Área de Legislación y Derecho Comparado del Instituto de Estudios Jurídicos de Ejecución Penal (INEJEP) de la Universidad de Palermo.

I. Introducción

El 25 de noviembre de 2019, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictó sentencia en el caso *López vs. Argentina*. El fallo representa un gran avance del tribunal para la interpretación del artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que establece que las penas privativas de la libertad tendrán, como finalidad esencial, la reforma y la readaptación social de los condenados.

Si bien la Corte IDH ya había hecho numerosos pronunciamientos relacionados con el principio de integridad personal durante la privación de libertad, lo cierto es que hasta el caso “López” no había muchas sentencias que construyeran doctrina en torno al principio de readaptación social¹. Este principio, siguiendo lo establecido en la norma convencional, no es ni más ni menos que la finalidad constitucional de la ejecución de las penas privativas de libertad en

¹ Destacamos, fundamentalmente, los casos *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241, párrs. 60 y 69; y *Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 165 y 166.

nuestro ordenamiento (art. 75, inc. 22 CN)².

La dificultad de definición y de dotación de contenido de los conceptos de readaptación social, reinserción social o resocialización generan este especial interés en analizar la interpretación y el alcance que les da la Corte Interamericana. En efecto, entrañan una ambigüedad que admite que, bajo dichos preceptos, puedan justificarse prácticas diametralmente opuestas y contradictorias. Un ejemplo es el caso de los traslados de las personas privadas de libertad. Con la excusa de la reinserción social, puede admitirse el traslado de una persona de un establecimiento penitenciario a otro –incluso ubicado a miles de kilómetros del ámbito comunitario de la persona condenada– con la finalidad de proporcionar un mejor y más individualizado tratamiento penitenciario. En sentido opuesto, con la misma excusa de reinserción social, puede rechazarse dicho traslado a fin de garantizar la cercanía de la persona con sus vínculos familiares y sociales³.

El caso “López” versa, justamente, sobre la alegada responsabilidad internacional del Estado por los traslados de Néstor Rolando López, Miguel Ángel González Mendoza, José Heriberto Muñoz Zabala y Hugo Alberto Blanco a centros de detención ubicados a distancias entre 800 y 2000 kilómetros de sus familias, de las autoridades judiciales a cargo de la ejecución de la pena y de sus defensores.

Tanto la Comisión Interamericana como los representantes de las víctimas considera-

ron que el Estado argentino violó el derecho a una pena con fines de resocialización (art. 5.6 CADH), así como el derecho a la protección de la familia (arts. 11.2 y 17.1 CADH) y el principio de no trascendencia penal (art. 5.3 CADH). Además, concluyó que el Estado violó el derecho a un trato digno y a respetar la integridad psíquica y moral de las presuntas víctimas (art. 5.2 CADH). Por último, adujo el incumplimiento de garantías judiciales y la protección judicial (arts. 8.1 y 25.1 CADH).

El Estado argentino, por su parte, defendió su accionar sosteniendo que los traslados respondieron a la adopción de mejores condiciones de cumplimiento de la pena con vistas a la readaptación social de los condenados, e incluso, en algunos casos, a garantizar su seguridad. Asimismo, justificó dicha práctica en la falta de establecimientos penitenciarios propios en la provincia de Neuquén y el convenio celebrado en consecuencia con el Servicio Penitenciario Federal para alojar a las personas condenadas por los tribunales provinciales en las prisiones federales⁴. Por último, alegó haber garantizado el efectivo acceso a la justicia mediante las acciones de *habeas corpus* de modalidad correctiva interpuestas por los condenados y las distintas instancias recursivas disponibles y agotadas por los denunciantes.

Este trabajo propone analizar la decisión y argumentos de la Corte y medir su impacto en materia de ejecución de las penas. Para ello, comenzaremos por exponer los hechos del caso (II). Seguidamente, repasaremos el con-

2 La finalidad de la ejecución de las penas queda determinada constitucionalmente por el artículo 5.6 de la CADH mencionado y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que indica que: 3. “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados [...]”.

3 El ejemplo es recurrentemente dado por el profesor Rubén A. Alderete Lobo en sus cursos sobre Régimen de Ejecución de la Pena.

4 En los cuatro casos, los tribunales provinciales sostuvieron que la manda constitucional (5.6 CADH) significaba el derecho a obtener un adecuado tratamiento penitenciario con miras a la readaptación social; tratamiento penitenciario que, en el caso concreto, se estimó que la provincia de Neuquén no estaba en condiciones de ofrecer, por lo que hubo que disponer la internación de los condenados en dependencias del Servicio Penitenciario Federal.

tenido que tanto la doctrina como la jurisprudencia interamericana han dado al concepto de reinserción social (III), para luego abocarnos a la sentencia y al alcance que la Corte IDH le ha dado al artículo 5.6 de la CADH en el caso (IV). Por último, determinaremos los estándares establecidos por la Corte IDH en el fallo tanto en materia de reinserción social como de traslados y alojamiento penitenciario de personas condenadas a penas privativas de libertad (V). Para concluir, repasaremos la deuda pendiente que tiene el Estado argentino tras la sentencia (VI).

II. Hechos del caso López vs. Argentina

Néstor Rolando López, Miguel Ángel González Mendoza, José Heriberto Muñoz Zabala y Hugo Alberto Blanco fueron condenados por la justicia provincial de Neuquén a penas privativas de libertad. A lo largo del cumplimiento de sus condenas, sufrieron múltiples traslados a prisiones federales alrededor del país. Dichos traslados tuvieron lugar en el marco de un convenio entre la provincia de Neuquén y el Servicio Penitenciario Federal, el que preveía que, hasta que la provincia tuviera condiciones económicas para construir y habilitar sus propios establecimientos carcelarios, el órgano federal se encargaría de prestar el servicio de guardia y custodia de los condenados y procesados.

Particularmente, Néstor Rolando López ingresó al Servicio Penitenciario Federal el 7 de diciembre de 1995 y, a pesar de que sus familiares residían en la ciudad Neuquén, fue trasladado en cinco oportunidades entre las Unidades 9 del SPF (Neuquén), la Unidad N° 6 del SPF (Rawson), la Unidad N° 7 (Resistencia) y la Unidad N° 5 (Gral. Roca).

Miguel Ángel González Mendoza tuvo varios ingresos al Servicio Penitenciario Federal entre el año 1993 y el año 2006, y fue trasladado, en total, dieciséis veces entre distintas

unidades alejadas de su núcleo familiar, que residía en la ciudad de Neuquén: (Unidad N° 9 (Neuquén), Unidad N° 6 (Rawson), ex Unidad N° 2 (CABA), Unidad N° 7 (Resistencia) y la Unidad N° 5 (Gral. Roca). En su última condena, que duró de mayo de 2004 a noviembre de 2006, sufrió un total de ocho traslados entre el CPF I (Ezeiza), la Unidad N° 11 finalmente creada por el Servicio Penitenciario de Neuquén, la Unidad N° 7 (Resistencia), el CPF N° II (Marcos Paz), la Unidad N° 6 (Rawson) y la Unidad N° 9 (Neuquén).

Por su parte, José Heriberto Muñoz Zabala registró varios ingresos y egresos al ámbito penitenciario entre los años 1987 y 2011. Entre el año 1996 y 2011 fue trasladado, en total, cinco veces. Fue alojado en la Unidad N° 9 (Neuquén), la Unidad N° 6 (Rawson), la Unidad N° 5 (Gral. Roca), el CPF N° I (Ezeiza), la Unidad N° 7 (Resistencia) y la Unidad N° 11 del Servicio Penitenciario de Neuquén.

Finalmente, Hugo Alberto Blanco, si bien inicialmente cumplió su condena en la Unidad N° 11 del Servicio Penitenciario de Neuquén, denunció haber sufrido golpizas y malos tratos por parte del personal, por lo que se inició una investigación penal que motivó su traslado a la Unidad N° 9 del SPF para evitar represalias. Sin embargo, mientras estaba en la unidad federal, Blanco denunció haber sido objeto de amenazas, sanciones y golpizas debido a la denuncia que había efectuado en la unidad provincial, lo que conllevó que, entre los años 2002 y 2006, lo trasladaran en once oportunidades entre la ciudad de Neuquén y unidades alejadas de su centro de vida.

A raíz de dichos traslados, que significaron el alejamiento de sus familias en una distancia que rondaba entre 800 y 2000 kilómetros, dependiendo el caso, interpusieron numerosas acciones de habeas corpus correctivos con el objeto de lograr alojarse en algún establecimiento ubicado en la ciudad de Neuquén, cerca de sus familias. La justicia de Neuquén

rechazó las acciones por entender que, como las personas condenadas estaban sometidas al régimen del Servicio Penitenciario Federal, era este el que debía determinar el lugar de alojamiento de acuerdo a las disponibilidades existentes y al tipo de tratamiento carcelario que se estimara adecuado en cada caso.

Las defensas interpusieron los recursos correspondientes y, en todos los casos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibles las quejas presentadas.

El 8 de abril de 1998, la Comisión Interamericana (CIDH) recibió una petición presentada por trece personas en contra de Argentina, quienes se identificaron como habitantes de la provincia de Neuquén. Posteriormente, las comunicaciones de los peticionarios fueron presentadas por Gustavo Vitale y Fernando Diez (representantes de las víctimas). El 5 de enero de 2011, la CIDH aprobó el Informe de Admisibilidad N° 3/11⁵ y declaró procedente la petición de López, González Mendoza, Muñoz Zabala y Blanco⁶. Finalmente, el 26 de enero de 2017, la CIDH aprobó el Informe de Fondo N° 1/17, y el 11 de enero de 2018, sometió el caso a la Corte IDH, la que finalmente dictó sentencia el día 25 de noviembre de 2019.

III. El principio de reinserción social según la Corte Interamericana

Hemos tenido oportunidad de conocer la abundante jurisprudencia del tribunal interamericano en relación con el derecho a la integridad personal del artículo 5° de la Con-

vención, en la que se refiere al respeto a la integridad física, psíquica y moral de las personas privadas de libertad y el no sometimiento a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (incisos 1° y 2°)⁷. Incluso también existe un gran desarrollo del principio de no trascendencia penal (inciso 3°). Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del alcance del inciso 6°; esto es, el principio que establece que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

A partir del surgimiento, en los años cincuenta, de las teorías criminológicas “re” dirigidas al tratamiento de la persona delincuente –y no ya a su mero castigo– es que desde la doctrina se han ensayado definiciones a fin de poder dotar de contenido a la idea de resocialización. El concepto fue incluido en constituciones nacionales e instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, a primera vista, pareciera que –tal como suele ser formulado– insinúa una finalidad preventiva especial positiva de la pena, lo que lleva a pensar en la idea de reforma, de cambio en la personalidad del individuo. En consecuencia, surge la necesidad de delimitar su alcance para que no colisione con los principios constitucionales de reserva y no injerencia del Estado sobre las personas. De allí nace la importancia de su definición y saber de qué hablamos cuando hablamos de resocialización.

5 CIDH, Informe No. 3/11, Petición 12.804, Admisibilidad, Néstor Rolando López y otros, Argentina, 5 de enero de 2011.

6 La CIDH declaró la inadmisibilidad del caso respecto de diez peticionarios: dos por violación del plazo de seis meses para la presentación y ocho en razón de falta de información sobre el agotamiento de los recursos internos.

7 La Corte tradicionalmente ha establecido el parámetro de que las afectaciones inherentes a la prisión y a la pena no vulneran en sí mismas la Convención Americana. Sin embargo, si los padecimientos propios de la pena devienen en sufrimientos excesivos, pueden conllevar afectaciones a las garantías previstas en el artículo 5 de la Convención. Cfr. Corte IDH caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 88; caso *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 169, entre muchos otros.

En este escenario, ya no se trata simplemente de definir un concepto criminológico, sino la finalidad misma de la ejecución de la pena⁸ y, en consecuencia, determinar el test de constitucionalidad que tendrán que superar las normas y/o reglamentaciones para ser válidas.

Frente a las críticas de índole práctica al momento de su implementación en los años sesenta y setenta, y en el afán de desentrañar su contenido, la doctrina redefinió el concepto de reinserción social, dando nacimiento a la idea de obligación del Estado frente al derecho del condenado.

Muñoz Conde (1979) hace este camino y reformula el concepto afirmando que “[...] el objetivo de la resocialización sería [...] el respeto y la aceptación por parte del delincuente de las normas penales con el fin de impedirle cometer en el futuro nuevos delitos”. Por consiguiente, afirma, el fin de la ejecución de la pena sería restablecer el respeto por esas normas básicas en la persona condenada, y hacer que, en el futuro, responda a las expectativas contenidas en ellas, evitando así la comisión de nuevos delitos, es decir, la reincidencia.

De igual modo, Mir Puig (1994) parte de una crítica de la resocialización, tanto del concepto en sí como de su legitimación y de sus posibilidades prácticas. No obstante, en vez de promover su abandono, opta por una concepción limitada de la resocialización: lejos de una labor de adoctrinamiento, debe consistir en ofrecerle al condenado los me-

dios –de carácter asistencial y material– que le hagan más fácil una vida futura sin delitos. De este modo, se resguarda una consideración de la persona condenada como un sujeto de derechos con libre autodeterminación, y no como un objeto a reformar.

Por su parte, Zaffaroni (1995) sigue la misma línea y entiende que el fracaso de las ideologías “re” no significa que haya que, entonces, vaciar de contenido la cláusula constitucional, sino reinterpretarla en forma progresiva. Y, en este sentido, debe entenderse como el ofrecimiento que le debe hacer el Estado al condenado de herramientas dirigidas a remover las causas de la prisionización, es decir, remover las causas de la vulnerabilidad de ciertas personas frente a la selectividad del sistema penal.

Ahora bien, una vez que se adopta una concepción progresiva de la resocialización que limita las injerencias del Estado sobre la persona del condenado, resta la necesidad de definir y dotar de contenido a las herramientas que el Estado ofrece al condenado para perseguir este fin. Y es, en este sentido que, a nuestro modo de ver, la Corte IDH ha dado un gran avance con la sentencia en el caso “López”.

Hasta entonces, respecto del alcance de la finalidad de reinserción social, la Corte había llegado a establecer, en el caso *Mendoza vs. Argentina*, que las penas privativas de la libertad tienen como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados y que, en consecuencia, las penas impuestas a niños por la comisión de delitos deben perseguir la reintegración del niño a la sociedad⁹.

Además, en el caso *Pacheco Teruel vs. Honduras*, la Corte aceptó el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado respecto de la vulneración del artículo 5.6 de la

8 Zaffaroni (1995) distingue la finalidad de la pena de la finalidad de la ejecución de la pena. Y, en este sentido, entiende que la disposición de la CADH se refiere a esta última. En primer lugar, sostiene que si fuera el fin de la pena, en el caso de que la persona esté resocializada, dicha pena ya no sería legítima y debería darse por cumplida. En segundo lugar, la disposición de la CADH debe ser entendida en forma armónica con el artículo 10.3 del PIDCP, que claramente se refiere a la ejecución de la pena. Y, en tercer lugar, un instrumento internacional no puede imponer a todos los países de la región una determinada concepción del fin de las penas.

9 Corte IDH caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 165 y 166.

Convención, al no haberles permitido a ciertos internos realizar actividades productivas¹⁰.

En lo que hace al contacto de las personas privadas de libertad con sus familiares y lazos sociales, a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte IDH lo había desarrollado en el marco del artículo 17.1 de la CADH; esto es, como derecho a la protección de la familia, pero no como contenido del artículo 5.6¹¹. En efecto, en el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, estableció que la separación de personas privadas de la libertad de sus familias de forma injustificada implica una afectación al artículo 17.1 de la Convención¹².

En particular, la Corte estableció que las visitas de los familiares a las personas privadas de libertad constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia, tanto de la propia persona privada de libertad como de sus familiares, no solo porque representa una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares durante la ejecución de la condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico. Por lo tanto –sostuvo la Corte– los Estados, como garantes de los derechos de las personas sujetas a su custodia,

tienen la obligación de adoptar las medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares¹³.

Este criterio tiene un giro en “López” por cuanto, por primera vez, la Corte IDH encuadra el distanciamiento de la persona condenada de sus familiares no solo como una afectación al derecho a la protección de la familia, sino como la violación a un componente intrínseco del principio de readaptación social del artículo 5.6 de la CADH.

IV. Los argumentos de la sentencia: el test tripartito aplicado por la Corte

En “López”, la Corte Interamericana concluye que la disposición del artículo 5.6 respecto de que “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, aplicada al caso, redundante en el derecho de la persona privada de libertad, y la consecuente obligación del Estado, de garantizar el máximo contacto posible con su familia, sus representantes y el mundo exterior¹⁴.

Si bien remarca que no se trata de un derecho absoluto, establece los factores que deberán tener en cuenta tanto la autoridad administrativa como la judicial que dispongan el lugar de alojamiento para el cumplimiento de la pena.

Para llegar a esa conclusión, parte de un desarrollo de los estándares establecidos en su jurisprudencia sobre el derecho a la integridad personal de personas privadas de la libertad, en particular, en relación con que la pena no puede trascender a la persona del delincuente (artículo 5.3 CADH) y la finalidad esencial de reforma y readaptación del condenado (artí-

10 Corte IDH caso *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241, párrs. 60 y 69.

11 El TEDH, en cambio, desde el año 2006 construyó doctrina respecto de la importancia del mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos sociales de las personas condenadas como eje fundamental del principio de rehabilitación social. Ver, por ejemplo, el caso *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*. Apps. No. 11082/06 y 13772/05. Primera Cámara. Sentencia del 25 de octubre de 2013, párr. 837. O también, *Polyakova y otros vs. Rusia*, sentencia del 7 de marzo de 2017.

12 Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014, párrs. 406 a 410.

13 Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*, párr. 407.

14 Considerando 118.

culo 5.6 CADH). Asimismo, recoge sus parámetros en torno al derecho de no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada o de la familia (artículo 11.2 CADH) y al derecho a la familia (artículo 17.1 CADH). Seguidamente, invoca las disposiciones de instrumentos internacionales que colaboran para interpretar las normas convencionales aplicables al caso. Finalmente, analiza el caso concreto mediante la aplicación de un test tripartito de restricción de derechos a fin de identificar si las prácticas del Estado –tanto las de la autoridad penitenciaria como judicial– superaron los parámetros de: 1) legalidad, 2) legitimidad del fin perseguido, y 3) idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En relación con el derecho a la integridad personal, subraya, en primer lugar que, en contextos de personas privadas de libertad, los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano¹⁵.

En segundo lugar, recuerda la posición especial de garante del Estado –y las responsabilidades que de ella se desprenden– en función de la relación e interacción especial de sujeción caracterizada por la intensidad particular con que el Estado puede regular los derechos y obligaciones de la persona privada de libertad y por las circunstancias propias del encierro¹⁶.

En tercer lugar, alude a su criterio relativo a que la afectación a derechos colaterales a la

pena –y no los alcanzados directamente por ella– debe ser limitada de manera rigurosa¹⁷. En igual sentido, invoca sus estándares relacionados con el principio de no trascendencia de la pena, y advierte que el Estado debe garantizar a los familiares visitas en los centros penitenciarios¹⁸.

En cuanto al alcance de la finalidad de reinserción social, se limita a recordar sus estándares, mencionados en el apartado anterior (casos *Mendoza vs. Argentina* y *Pacheco Teruel vs. Honduras*). Sin embargo, trae a estudio la doctrina del TEDH relacionada con la necesidad del mantenimiento de los vínculos familiares por los efectos que tienen en la rehabilitación social de personas en prisión (casos *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia* y *Polyakova y otros vs. Rusia*).

Por último, la Corte hace referencia al derecho a no ser víctima de injerencias en la vida familiar y al derecho a la protección de la familia (artículos 11.2 y 17.1 de la CADH). En ese sentido, indica que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y consolidación del núcleo familiar y que, por ende, está obligado a realizar acciones positivas y negativas para proteger a las personas en contra de injerencias arbitrarias o ilegales en su familia. En consecuencia, la Corte entiende que los Estados deben, en la medida de lo posible, facilitar el traslado de los reclusos a los centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residan sus familiares.

Sumado a ello, la Corte menciona todas las reglas de instrumentos internacionales que establecen los estándares aplicables al caso,

15 Corte IDH, caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 85, y caso *Pacheco Teruel vs. Honduras*, párr. 67.

16 Corte IDH, caso *Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 152.

17 Corte IDH, caso *Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay*, párr. 154, y caso *Wong Ho Wing vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 279, párr. 294.

18 Corte IDH, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 58, y caso *Pacheco Teruel vs. Honduras*, párr. 67.

tanto en el sistema universal¹⁹, como en el interamericano²⁰, el europeo²¹ y el africano²².

Por último, se aboca al análisis del caso concreto. Para ello, comienza por afirmar que los traslados de López, González, Muñoz y Blanco implicaron una restricción de derechos²³. Tomando como base esta afirmación,

19 ONU, Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977 (párr. 37, 61, 79 y 80); ONU, Reglas Nelson Mandela, Resolución A/RES/70/175, aprobada el 17 de diciembre de 2015 por la Asamblea General (reglas 3, 43.3, 58, 59, 68, 106 y 107); ONU, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Resolución A/RES/43/173 aprobada el 9 de diciembre de 1988 por la Asamblea General (p. 16.1, 19 y 20; y ONU, 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). Resolución A/RES/65/229 aprobada el 16 de marzo de 2011 por la Asamblea General (reglas 4, 43, 23, 27, 28, 45 y 52).

20 CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008 (principios IX y XVIII).

21 Consejo de Europa, Recomendación No. R (87) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada el 12 de febrero de 1987 (párr. 43, 68). También en la versión revisada en 2006 (párr. 17, 24).

22 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Directrices de Robben Island" (*Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa*), 32º sesión, 17-23 de octubre 2002, Banjul (Gambia) (párr. 31).

23 Determinante fue, en esta dirección, el informe de la perita Marta Monclús, citado en forma reiterada por la Corte IDH, el que daba cuenta de la particular problemática argentina relativa al alojamiento de las personas condenadas por tribunales provinciales en establecimientos federales, distribuidos en todo el país, debido a la falta de cárceles provinciales y convenios celebrados por los servicios penitenciarios. En este sentido, señaló

el tribunal aplica un test tripartito que consiste en determinar si esa restricción estaba prevista en la ley; si perseguía un fin legítimo; y si cumplió con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

IV.1. Test de legalidad

A fin de efectuar el análisis de legalidad²⁴, la Corte IDH examina las normas que regulan los traslados de las personas condenadas en el sistema normativo nacional argentino. Así, advierte que la regulación aplicable al caso se concentra exclusivamente en los artículos 72 y 73 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad N° 24.660, que disponen que, al momento de darse un traslado, este debe ser comunicado, junto con sus razones, al juez competente (artículo 72), y que el traslado debe ser informado a terceros designados por la persona privada de libertad (artículo 73).

Dichas normas, a criterio del tribunal interamericano, no superan el test de legalidad porque no establecen parámetros a tener en cuenta en el momento de decidir sobre el traslado de las personas privadas de libertad de una prisión a otra, o bien criterios que guíen a

que un porcentaje muy elevado de las personas detenidas en cárceles federales son oriundas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su zona metropolitana (70% en 2017). Y ello, a su vez, causa que las unidades federales de las provincias estén sobrepobladas y las personas condenadas en dichas provincias deban ser trasladadas a penales lejanos de sus centros de vida.

24 La Corte advierte que conforme el principio de legalidad (artículo 30 CADH) cuestiones tales como los traslados de personas privadas de la libertad de una cárcel a otra que generan afectaciones a la integridad personal o que separan a las familias, deben ser previstas en la normativa interna del Estado. En este sentido, el TEDH ha ido aún más lejos, estableciendo que las medidas de traslado de una cárcel a otra deben estar reguladas de manera tal que se restrinja el uso arbitrario de la facultad de traslado por parte de las autoridades (cfr. TEDH, caso *Polyakova y otros vs. Rusia*, párrs. 91-101).

la autoridad en su desarrollo. De este modo, la norma da un margen de discreción muy amplio y no permite que las personas privadas de libertad, sus familiares o abogados defensores puedan prever las actuaciones de la administración. Además, ello puede dar lugar a que el traslado a otro establecimiento se aplique como sanción encubierta, simplemente motivado en razones de “técnica penitenciaria”.

Asimismo, la ley dispone que la posibilidad de cuestionar el traslado solo pueda hacerse a *posteriori*, con lo que no se contempla un mecanismo de control previo que tenga en cuenta consideraciones fundamentales, como los efectos que pueda tener en la rehabilitación de la persona privada de libertad o en su familia²⁵.

Entonces, el Tribunal concluye que la falta de especificidad del artículo 72 de la ley 24.660 respecto del margen de acción de las autoridades estatales ha permitido un uso discrecional excesivo de la facultad de traslados, incumpliendo, de esta forma, con el requisito de legalidad.

IV.2. Test de legitimidad

Al analizar el fin legítimo que el Servicio Penitenciario Federal persiguió cuando dispuso los traslados, la Corte toma nota de que

²⁵ Al respecto, la perita Monclús señaló que los traslados de detenidos “no responden a razones de tratamiento penitenciario válidas y no son sometidos a control judicial” y que son comunicados a los jueces uno o dos días antes de materializarse, pero que, en muchas ocasiones, se informa incluso después del traslado. Agregó que ni las personas privadas de libertad, ni los defensores ni sus abogados son notificados del traslado. Expresó que, a menudo, los traslados funcionan como “una práctica de castigo encubierto a los detenidos considerados como ‘problemáticos’”. Añadió que el marco legal relativo a los traslados es muy deficiente, pues no hay ningún Decreto Ejecutivo que lo reglamente ni establezca un procedimiento de oposición. Además, comentó que no se toma en consideración si el traslado implica un alejamiento de la persona respecto al núcleo familiar y las decisiones se limitan a mencionar razones de gestión y plazas disponibles.

el Estado lo fundó en la discrecionalidad del Servicio Penitenciario Federal para establecer, al no haber establecimientos adecuados en la provincia de Neuquén, las mejores condiciones de ejecución de la pena, en atención a su fin de readaptación social, propio del cumplimiento de las penas. Por su parte, las autoridades judiciales también sostuvieron que los traslados estaban justificados por la falta de establecimientos carcelarios o de infraestructura necesaria en la provincia y que, por ende, se dispusieron los traslados con miras a la rehabilitación efectiva de los reclusos, lo que entendieron como un derecho protegido.

Es en este plano que la Corte IDH concede al Estado argentino la validez de los argumentos brindados y considera que:

[...] la razón que motivaba tanto el traslado de las prisiones provinciales a las federales, como la que justificó para los jueces de sede interna, el traslado entre prisiones federales, fue justamente la necesidad de darles “mejores condiciones”, “condiciones propias” o “seguridad” para el cumplimiento de pena a las personas privadas de la libertad, atendiendo, al menos formalmente, al fin de readaptación de los condenados, de manera que la legitimidad del fin explícito de los traslados se encontraba satisfecha.

Con lo cual, a primera vista, parecería que, para la Corte, los fundamentos del Estado sobre las condiciones adecuadas para el cumplimiento de la pena, sumados a las razones de seguridad, integran la manda del artículo 5.6 de readaptación social. En efecto, el tribunal sostiene que los traslados persiguieron el fin legítimo de buscar mejores condiciones de cumplimiento de la pena con vistas a la readaptación social, o incluso garantizar la seguridad²⁶.

²⁶ Considerando 151.

Sin embargo, si bien la legitimidad de la medida se cumplía en virtud de las facultades generales de la autoridad penitenciaria de trasladar personas privadas de libertad por las condiciones de ejecución de la pena y el fin de readaptación del condenado, la Corte resalta que el Estado omitió analizar de manera individualizada cada caso concreto para determinar de qué modo la ejecución perseguía la readaptación social (idoneidad, necesidad y proporcionalidad).

IV.3. Test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad

En esta línea, la Corte observa que las decisiones respecto de las solicitudes de traslado de regreso a la provincia de Neuquén y de los recursos de *habeas corpus* interpuestos, así como las respectivas decisiones de casación, usaron como argumento las condiciones de cumplimiento de la pena de manera general e, incluso, se reiteraban los argumentos en todos los casos, sin importar la circunstancia fáctica o jurídica de cada uno. Es decir, a criterio de la Corte IDH, el Estado no hizo un examen particular respecto de las condiciones carcelarias en las que cada una de las víctimas se encontraba.

Por otro lado, el tribunal interamericano entiende que el alejamiento del grupo familiar ocasionado por el traslado no se ve remediado por los traslados temporales por visita familiar, ya que se dieron en lapsos muy cortos, y podían pasar años entre cada uno de ellos. Así, esta medida fue absolutamente insuficiente para salvaguardar los derechos tanto de las presuntas víctimas como de sus familiares.

En este último aspecto, la Corte afirma que, en las resoluciones judiciales, no existió una valoración real y concreta sobre las afectaciones a la familia de los peticionarios. No se tuvieron en cuenta, en ningún momento,

las distancias que los familiares debían recorrer, no se escuchó a niños en los casos donde sus derechos se veían afectados, ni se estudiaron los posibles efectos que podía tener esta medida en la vida familiar y en el proceso de readaptación social de las personas condenadas. Tampoco se tuvo en consideración el impacto en el contacto con sus abogados defensores y con el juzgado de ejecución de la pena, todas cuestiones que fueron alegadas por las presuntas víctimas en sus reclamos.

En cuanto al traslado de Blanco, dirigido –según el Estado– a garantizar su integridad personal por las denuncias de maltratos que había efectuado en la Unidad provincial N° 11, la Corte sostiene que, si bien la medida perseguía un fin legítimo, no era idónea ni necesaria, dado que resultó perjudicado por denunciar maltratos presuntamente cometidos por funcionarios. Una medida más adecuada y menos gravosa para el señor Blanco hubiera sido iniciar una investigación en razón de la denuncia, retirar de modo preventivo a los funcionarios acusados de amenazar y atacarlo, resguardando así no solo su integridad personal, sino la de todas las personas reclusas en ambas unidades.

De esta forma, ante la falta de análisis concreto y objetivo de la situación de las cárceles en la provincia de Neuquén, así como la falta de análisis detallado y específico sobre la situación personal y familiar de los señores Muñoz, López, González y Blanco al momento de trasladarlos a centros de privación de libertad ubicados entre 800 y 2000 km de distancia y durante el control judicial, la Corte concluye que dichos traslados carecieron de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

IV.4. Responsabilidad estatal

En función de todo lo expuesto, el tribunal concluye que el Estado argentino, al trasladar a los señores López, Blanco, González y Mu-

ño a cárceles lejanas de la ciudad de Neuquén, sin una evaluación previa ni posterior de los efectos en su vida privada y circunstancias familiares, violó el derecho a una pena con fines de resocialización (artículo 5.6) e incumplió la obligación de realizar acciones para proteger a las personas contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y familiar, así como la obligación de favorecer el respeto efectivo de la vida familiar (artículos 11.2 y 17.1) y el principio de no trascendencia penal (artículo 5.3). Además, afirma que los continuos traslados produjeron afectaciones en el bienestar físico y psicológico de las personas privadas de libertad (artículo 5.2).

Asimismo, la Corte declara que la regulación argentina en materia de traslados y alojamiento penitenciario no supera la manda de legalidad (artículo 30), lo que hace igualmente responsable al Estado. Y, por último, sostiene que se incumplieron las garantías judiciales y la protección judicial durante la ejecución de la pena (artículos 8.2 y 25.1)²⁷. Ello, en función de que la lejanía física entre las víctimas y sus abogados defensores y el juzgado de ejecución de la pena representó un obstáculo insuperable para comunicarse de modo libre y privado con ellos²⁸. Además, la insuficiente motivación de las resoluciones objeto de análisis

27 En este sentido, la Corte IDH enuncia que las solicitudes de traslado, los *habeas corpus* interpuestos y los subsiguientes recursos en contra de decisiones denegatorias deben ser analizados como posibles violaciones al debido proceso penal durante la etapa de ejecución de la pena.

28 La Corte afirma que en casos que se refieren a la materia de ejecución de la pena, la exigencia de contar con un abogado que ejerza la defensa técnica para afrontar adecuadamente el proceso implica que esta pueda “compensar adecuadamente la desigualdad procesal en la que se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, así como la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, y garantizarles un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios”.

en el presente caso, las que no realizaron un examen individual y detallado de la situación y circunstancias personales y familiares de los peticionarios, no era acorde a las obligaciones que se desprenden de la Convención.

V. Estándares del fallo en materia de reinserción social, traslados y alojamiento penitenciario

El caso “López” representa un avance en la interpretación de la Corte Interamericana sobre la finalidad de reinserción social de la ejecución de las penas. Vimos que este principio fue utilizado tanto por las víctimas para fundar su petición de alojamiento cerca de sus familias como por el Estado para justificar los traslados de las personas condenadas a unidades ubicadas miles de kilómetros de sus centros de vida. Sin embargo, la Corte entiende que mientras que el servicio penitenciario no efectúe un análisis individualizado sobre cómo –en el caso concreto– cierta medida beneficiará la readaptación social de la persona condenada, no actúa conforme a la manda convencional del artículo 5.6 de la CADH.

En esta dirección, la Corte resaltó que, en ningún momento, ni la administración pública ni los juzgadores llegaron a dar contenido a la expresión “readaptación de los condenados” usada para justificar los traslados²⁹. En la opinión de la Corte, dicha expresión fue usada sin que se justificara cómo cada traslado resultaría positivamente en la readaptación de las víctimas, sobre todo cuando se encontrarían lejos de sus familias, hijos, abogados y del juzgado de ejecución de la pena. Por ende, la Corte considera que no se dio lugar a una ponderación entre la facultad de la administración federal de ubicar a los condenados, el alegado fin de readaptación y el derecho de los mismos condenados e, incidentalmente,

29 Considerando 220.

también de sus familiares, de que se mantenga, en la medida de lo posible, el contacto con la familia y el mundo exterior.

Asimismo, el fallo aporta estándares específicos en materia de traslados y alojamiento penitenciario. La Corte concluye que al adoptar la decisión administrativa o judicial que establece el lugar de cumplimiento de pena o el traslado de la persona privada de libertad, es necesario tener en cuenta, entre otros factores, que: a) la pena debe tener como objetivo principal la readaptación o reintegración del interno; b) el contacto con la familia y el mundo exterior es fundamental en la rehabilitación social de personas privadas de libertad (esto incluye el derecho a recibir visitas de familiares y representantes legales); c) la restricción a las visitas puede tener efectos en la integridad personal los privados de libertad y de sus familias; d) la separación de personas privadas de la libertad de sus familias de forma injustificada implica una afectación al artículo 17.1 de la Convención y, eventualmente, también al artículo 11.2; y e) en caso de que la transferencia no haya sido solicitada por la persona privada de libertad, se debe, en la medida de lo posible, consultarla sobre cada traslado de una prisión a otra y establecer la posibilidad de control judicial previo al traslado en caso de oposición.

VI. Conclusiones y deudas pendientes

Entre las medidas de reparación impuestas, la Corte Interamericana determinó que el Estado argentino debe adoptar todas las medidas necesarias de orden legislativo, administrativo o judicial para regular e implementar los traslados de personas privadas de libertad condenadas de conformidad con la CADH y los estándares establecidos en la sentencia.

El artículo 72 de la Ley 24.660 no cumple, para la Corte, con el requisito de legalidad establecido en la Convención y, por ello,

impuso al Estado que, en el plazo de un año, deberá regular legislativamente en materia de traslados y alojamiento penitenciario bajo los parámetros del fallo.

Cabe destacar, en este sentido, la regulación propuesta en materia de traslados en el *Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica*, que se redactó sobre la base de los parámetros dados por la Corte Interamericana en *López vs. Argentina* y representa un significativo avance no solo respecto de la legislación argentina, sino de todas las de la región.

Para concluir, cierto es que, para adecuar las normas y prácticas a los estándares de la Corte en materia de traslados y alojamiento penitenciario, la Argentina aún debe resolver el inmenso problema que le representa la incapacidad de alojar a todas las personas oriundas y condenadas en el Área Metropolitana de Buenos Aires en unidades penitenciarias cercanas a sus domicilios y familias.

Bibliografía

Alderete Lobo, Rubén y Gustavo Plat (dirs.). 2020. *Proyecto de Ley de Ejecución Penal modelo para Latinoamérica*, Instituto de Estudios Jurídicos de Ejecución Penal (INEJEP). Buenos Aires: Editores del Sur.

Juliano, Mario Alberto. 2016. “¿Existe el deber de resocializarse?”. *Revista Pensamiento Penal*, 1-8. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43665-existe-deber-resocializarse>.

Muñoz Conde, Francisco J. 1979. “La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito”. *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 31: 91-106.

Mir Puig, Santiago. 1994. *El derecho penal*

en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona: Ariel.

Zaffaroni, E. R. 1995. "Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales". *El derecho penal hoy: Homenaje al profesor David Baigún*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Jurisprudencia internacional

CIDH, Informe No. 3/11, Petición 12.804, Admisibilidad, Néstor Rolando López y otros, Argentina, 5 de enero de 2011.

Corte IDH, *Asunto María Lourdes Afuni respecto de Venezuela*. Medidas provisionales. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 2010.

Corte IDH, caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

Corte IDH, caso *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de febrero de 2016.

Corte IDH, caso *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

Corte IDH, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

Corte IDH, caso *López y otros vs. Argentina*. Sentencia de 25 de noviembre del 2019.

Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

Corte IDH, caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

Corte IDH, caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

Corte IDH, caso *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Sentencia de 27 de abril de 2012.

Corte IDH, caso *Wong Ho Wing vs. Perú*. Sentencia de 30 de junio de 2015.

TEDH, caso *Khodorkovsky y Lebedev vs. Rusia*, sentencia del 25 de octubre de 2013.

TEDH, caso *Polyakova y otros vs. Rusia*, sentencia del 7 de marzo de 2017.

ONU, Comité de Derechos Humanos, caso *Morales Tornel y otros vs. España*. 24 de abril de 2009.

Documentos y normas de organismos internacionales

CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Adoptados por la Comisión durante el 131º periodo ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "Directrices de Robben Island" (Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa), 32º sesión, 17-23 de octubre 2002, Banjul (Gambia).

Consejo de Europa, Recomendación Rec. (2006) 2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada el 11 de enero de 2006.

MARTINA GÓMEZ ROMERO

Consejo de Europa, Recomendación No. R (87) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada el 12 de febrero de 1987.

ONU, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Resolución A/RES/43/173 aprobada el 9 de diciembre de 1988 por la Asamblea General.

ONU, 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). Resolución A/RES/65/229 aprobada el 16 de marzo de 2011 por la Asamblea General.

ONU, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela). Resolución A/RES/70/175, aprobada el 17 de diciembre de 2015 por la Asamblea General.

ONU, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

ONU, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Asamblea General, Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

La medida cualitativa de prisión en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comentario a “Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”

Pablo Andrés Vacani

Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires. Defensor público oficial de la provincia de Buenos Aires. Profesor de posgrado en la Universidad de Buenos Aires, Universidad del Comahue y Universidad Católica de Salta

I. Introducción

La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o la Corte) en su resolución *Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Medidas provisionales respecto de Brasil*, del 22 de noviembre de 2018, ha sido una de las más trascendentes en el último tiempo. La Corte puso en claro aquella verdad de Perogrullo –pero tan silenciada–, según la pluma de quien aventuró el primer trabajo sobre la temática: las penas crueles son penas (Zaffaroni 1994, 1996). Y fue más allá de la imposición de medidas al Estado parte, pues señaló concretamente los efectos jurídicos que esas condiciones arbitrarias que constató en el Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC) deben tener, en general, sobre la pena legal cuando han sobrepasado el marco jurídico que determinó tal pena. De manera novedosa, frente a la idea tradicional de que la ejecución penal se encuentra regulada exclusivamente por un valor homogéneo expresado en tiempo lineal (es decir, concebida desde una perspectiva cuantitativa), la resolución considera que la superpoblación es una pena degradante (cualitativa) y, como tal, un indicador de cómputo compensable de pena ilícita durante el proceso de su vigencia.

Claro que la entidad de la decisión de la

Corte tiene varios significados posibles que escapan a este comentario. La decisión se destaca por su creatividad y, a la vez, por su moderación, en el sentido de que recoge algunos precedentes tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Corte Europea) como de los tribunales de otros países (Colombia y EEUU) y, en particular, del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Sobre todo, la compensación por pena ilícita permite a la Corte IDH brindar con precisión una solución jurídica tendiente a reducir la población penal del IPPSC (luego de que el Estado brasileño incumpliera medidas provisionales anteriores, dictadas el 31 de agosto de 2017¹), aunque resta saber de qué manera y mediante qué procedimientos se hará efectiva.

La resolución, por lo tanto, es un avance sustancial en el extenso recorrido que la Corte Interamericana tiene en materia de medidas provisionales desde que fueran adoptadas por primera vez en el contexto de los casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz* o *Fairén Garbi*, a finales de los ochenta (Méndez y Dulitzky 2004), e incluso respecto de las ya adoptadas para Brasil (Pochak 2002, 607 y ss.). Sin dudas, resulta ser un precedente de impacto directo en la región, y vital para considerar su aplicación práctica en situaciones de litigio concreto, ya que releva las múltiples implicancias que

las condiciones de encierro deben tener sobre la definición de la ejecución del castigo (Fairchild 1984; Feeley 1989) y, concretamente, de qué modo las implicancias de un penal superpoblado exigen variar los significados que solo regulan una pena formal

II. Las variables cualitativas de la superpoblación y la definición en pena ilícita

La resolución de la Corte nos permite llamar la atención sobre cómo la superpoblación carcelaria se erige como un obstáculo estructural que distorsiona el régimen penitenciario que la ley prevé y, de esta manera, configura variables que cualitativamente convierten en más gravosa la pena impuesta. Desde la perspectiva del litigio de casos, consideramos que esta es la idea más relevante de la decisión de la Corte. Sería interesante que el análisis excediera la cuestión de fijar un cupo delimitado o de aumentar la oferta de plazas² y, al contrario, canalizara la política de encarcelamiento masivo en la alternativa de reducir cuantitativamente el modo antijurídico de castigo que la cárcel conlleva.

Teniendo en cuenta las medidas provisionales que dictó la Corte el 31 de agosto de 2017 ante la situación crítica del IPPSC, el proceso de análisis y evaluación del caso, sin dudas, se pueden establecer como metodología aplicable a cualquier prisión con superpoblación que se aleja de toda política dirigida a la reducción cuantitativa de la población, y la aumenta de tal modo que configura una política condenatoria regida por el gobierno carcelario mediante los usos de la violencia y de muertes aleatorias.

La política carcelaria, en este caso, no solo no redujo cuantitativamente –en menos

¹ En la Resolución del 31 de agosto de 2017, la Corte resolvió que compete al Estado, de inmediato: a) adoptar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la integridad personal de todos los privados de libertad alojados en el Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho; b) erradicar concretamente los riesgos de muerte y de atentados contra la vida y la integridad personal de las personas privadas de libertad en el centro penitenciario; c) elaborar un diagnóstico técnico y, con base en los resultados de ese diagnóstico, un plan de contingencia para la reforma estructural y de reducción de la superpoblación y hacinamiento en el Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho; d) presentar un informe periódico, cada tres meses, con las medidas adoptadas de conformidad con esa decisión.

² De ello, surgen las propuestas del Estado parte, cfr. consid. 6 punto I y II de la resolución.

presos–, sino que, en el mismo gesto, impuso cualitativamente una pena más gravosa, en la que se destaca el aumento progresivo del encarcelamiento en regímenes cerrados³, problemas estructurales de infraestructura (ausencia de colchones, ventilación, etc.) y de seguridad frente a incendios, y un sistema penitenciario sin suficiente personal capacitado para asegurar el adecuado y efectivo control, custodia y vigilancia (9 penitenciarios para 3800 detenidos).

En situaciones como estas, el control del poder penitenciario deriva en la gestión o libre autonomía de los presos, con lo que se puede cuestionar si el poder que ejercen los directivos de la prisión, o incluso guardias que intervienen en la conformación de las dinámicas intramuros, resulta un factor propio de la estructuración violenta del espacio dominado por la reconfiguración de la violencia física a través de la acción de los detenidos hacia ellos mismos⁴. Desde ya hace muchos años, los estudios que –desde Donald Clemmer (1940) y Gresham Sykes (1958)– marcaron la sociología del encarcelamiento y sus posteriores lecturas críticas, *Governing Prisons*, de John Dilulio (1987) y *The Penitentiary in Crisis*, de Mark Colvin (1992), pusieron en claro un nuevo modelo de relación entre la administración penitenciaria y el orden social de la prisión, definido por el

3 De las 51 unidades penitenciarias, 8 están originalmente destinadas a condenados en régimen semiabierto. Esas unidades tienen el 24% del total de plazas del sistema estadual. La Corte enfatizó que el cumplimiento de la pena y el régimen de ejecución de más de 50 mil personas privadas de libertad son supervisados por solo 7 jueces de ejecución penal en el estado de Río de Janeiro (consid. 9, 10 y 72).

4 La Corte también expresó preocupación en relación con las condiciones materiales de detención del establecimiento, como la ausencia de colchón para todos los detenidos, uniformes, calzado, ropa de cama y toallas, además de iluminación y ventilación adecuada en las celdas (cfr. consid. 68).

gobierno neoliberal como un encarcelamiento masivo y la prisión-depósito (Simon 2000, 2019; Sozzo 2007)⁵.

Concebida así, la prisión se destaca por la precaria función correccional ligada a la reinserción social y, a la vez, exige variar la interpretación de las categorías jurídicas a las que aluden las leyes penitenciarias y centrar su análisis previo en delimitar una concepción material de las condiciones de detención que rigen en la cárcel.

La Corte enfatiza el proceso de tercerización de la violencia en los considerandos 81 y 82. Interpreta cómo la violencia física ha derivado en un proceso que ha logrado tercerizar la vigilancia en la propia población reclusa y, por lo tanto, ha permitido dividirla en condiciones de fuerza y poderes asimétricos relacionados con valores aceptados por la autoridad en la gestión de diversos enclaves territoriales que garantizan y aseguran la circulación de bienes, recursos y personas, apelando a la segregación, neutralización e incapacitación de los detenidos⁶.

La experiencia de este encarcelamiento no solo estructura el espacio carcelario, sino que también define el tiempo de prisión.

En el marco de esa cualidad, la Corte destaca que en el IPPSC regía una situación de superpoblación crítica, alrededor del 200%, y ello se traduce en ciertas consecuencias que caracterizará en seis factores concretos de castigo arbitrario: atención médica ínfima, mortalidad superior a la de la población libre, ausencia de información acerca de las causas de muerte, carencia de espacios dignos para el descanso nocturno, con hacinamiento en dormitorios y, por último, doble inseguridad

5 Cuestionando su alcance local respecto del modelo norteamericano, ver Gual (2015, 158).

6 Al respecto, para un análisis de este fenómeno respecto de las cárceles argentinas, ver Vacani y Andersen (2018).

–personal y física– resultante de la desproporción de personal en relación con el número de presos y la inseguridad física por imprevisión de incendios (consid. 79).

Define, entonces, el modo en que la superpoblación conlleva, de acuerdo con sus efectos, una pena degradante que definió en tales circunstancias fácticas concretas. Destaca, de este modo, que:

[...] cuando las condiciones del establecimiento se deterioran hasta dar lugar a una pena degradante como consecuencia de la sobrepoblación y de sus efectos antes señalados, el contenido aflictivo de la pena o de la privación de libertad preventiva se incrementa en una medida que deviene ilícita o antijurídica (consid. 92).

Así, la medida provisional de la Corte no se redujo, entonces, al problema de la capacidad poblacional del IPPSC o del Estado de Río de Janeiro –tal como lo presenta Brasil–, sino que analiza su efecto sobre un régimen de excepción legal caracterizado por variables de pena ilícita, permitiendo un análisis no lineal de la información, sino *relacional* del trato arbitrario dirigido a consagrar consecuencias jurídicas concretas.

En tal sentido, lo *relacional* no incluye un solo dato de naturaleza cuantitativa, sino que comprende variables vinculadas entre sí de los distintos factores considerados como *principios reguladores del espacio carcelario*. Así, la arbitrariedad del trato punitivo es considerada, a través del estudio de las propias regularidades que existen en prisión, como un *espacio social relativamente autónomo de las mediaciones formales y de los límites normativos* con los que se garantiza un trato digno⁷.

Dicho esto, la noción de trato punitivo de-

viene relevante en el análisis de las condiciones de existencia en la prisión como objeto de un saber penal que permita informar sobre la unidad de tiempo que se cuantifica. Por lo tanto, como lo analiza la resolución de la Corte, la cantidad de castigo no se reduce al tiempo cronológico de la pena determinada en tiempo lineal, sino que se vuelve indeterminada ante un castigo más gravoso que el que aparece definido. Así, la remisión de las condiciones carcelarias al tiempo existencial del trato aplicado permite revelar que la pena, en su ejecución, está sujeta a un sistema de límites normativos que si afectan el trato digno, redefinen el tiempo cuantificado en su perspectiva legal.

Por un lado, la decisión de la Corte enfatiza el modo en el que el encierro en el IPPSC se cumple sometiendo a los presos a violencia, amenazas y menoscabo a la integridad de las personas detenidas y de los propios penitenciarios, y reitera la posición de garantes de estos últimos al exigir de forma inmediata medidas de prevención y custodia para proveer una vida digna a los detenidos. Por otro, resalta el papel que debe cumplir el Poder Judicial para combatir el hacinamiento, recordando que tanto este como el Estado están obligados a velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Convención Americana y a observar las medidas ordenadas por la Corte.

Por lo tanto, que la población del IPPSC haya seguido aumentando y que no hayan mejorado las condiciones de los detenidos ni generado efectos a favor del cese de las medidas de privación de libertad es una responsabilidad que compete tanto al Estado como al Poder Judicial.

III. Condiciones carcelarias, reinserción social y debido proceso legal

El punto de partida que supone un debido proceso en materia de encierro carcelario es garantizar un trato humano y digno, pues, sin

⁷ Para la noción relacional en la metodología del trato arbitrario en prisión, ver Vacani (2015, 63 y ss.).

tal presupuesto, no se puede realizar el principio de reinserción social⁸. La decisión de la Corte enfatiza este punto en los considerandos 83 a 89. Señala que no solo las condiciones de encierro del IPPSC violaría el artículo 5, inc. 2, de la Convención Americana (la superpoblación implica una pena degradante), sino que tal situación implica la violación del artículo 5, inc. 6, de la Convención Americana, “pues las penas así ejecutadas nunca podrán cumplir con la reforma y readaptación social del condenado” (consid. 85).

Destacó que los principios de convivencia pacífica y de respeto a la ley eran objetivos imposibles si la custodia está sometida a los grupos de fuerza, los que, por su naturaleza, “imponen pautas de conducta violentas que, tanto en los grupos que ejercen el poder como en los que se deben someter a ellos, son claramente proclives a condicionar nuevas desviaciones de conducta en su futura vida libre” (consid. 86). En consonancia con ello, se los condiciona a la introyección de normas de convivencia violentas que son contrarias a los objetivos pautados (en nuestro caso, art. 1 de la ley 24.660).

La decisión deja en claro, de este modo, que el principio de reinserción social, como principio rector del sistema, supone una política penitenciaria previa que garantice normas de trato respetuosas de la dignidad de las

personas privadas de libertad⁹. Es decir, depende del alcance de protección que provea el Estado, en su posición de garante, el núcleo conceptual de interpretación sistemática.

Por lo tanto, partiendo de la base que los principios de derechos humanos configuran una unidad interpretativa, no sería posible interpretar la reforma del penado o la reintegración social si el Estado ha trascendido las limitaciones en el modo de castigar y se ha excedido en su contenido, con lo que la pena se torna ilícita por la forma de ejecución.

Por lo tanto, el proceso debe comprenderse a través de una interpretación sistemática del art. 5 de la Convención Americana, permitiendo su análisis *mediante una consideración exegética y preordenada de cada una de sus cláusulas*, las que comprenden y permiten un análisis sistemático con las demás, dirigido a una interpretación no contradictoria y razonable de las leyes penitenciarias.

La existencia de un trato humano se circunscribe al principio de legalidad ejecutiva, en tanto supone un trato que sea respetuoso de la integridad física, psíquica y moral del condenado (art. 5, inc. 1) y, en tal sentido, suponga la exclusión de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 5, inc. 2) o que, sin serlo, sea lesivo, trascendiendo a terceros (art. 5, inc. 3); sobre estos supuestos, adquiere significado la contención y el resguardo mismo que conlleva la reintegración en el medio social (art. 5, inc. 6).

Además, considera que este último principio no puede estar sujeto a un procedimiento

8 Por tal razón, y en resguardo de tal principio, la Corte Interamericana ha considerado como estándar general que la persona privada de la libertad debe “vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal”. Caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*, 19 de enero de 1995, párr. 60; caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, 30 de mayo de 1999, párr. 195; caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, 16 de agosto de 2000, párr. 78; caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, 18 de agosto de 2000, párr. 87; caso *López Álvarez vs. Honduras*, 1 de febrero de 2006, párrs. 105 y 106 y caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, 5 de julio de 2006, párr. 86, entre otros.

9 “Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar irregularidades, de nada sirve las políticas preventivas del delito ni menos aun las que persiguen la reinserción social de los detenidos; es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituyen en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa” (CSJN, “Badin”, 19/10/1995, 318:2002).

arbitrario, porque en relación con el artículo 7.3 de la Convención –por el que se establece que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”–, la Corte IDH ha expresado que se está en presencia de una condición según la que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como “incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”¹⁰.

Si el Estado incumple esas normas que rigen su posición de garante, el debido proceso debe garantizar ciertas consecuencias jurídicas para evitar la equiparación de una pena ilícita en otra lícita, sujetas a los principios que rigen un castigo legal cuando devino arbitrario. Esto indica que, pese a la consagración legal que delimita la forma de individualización penitenciaria de la administración, en modo alguno su aplicación puede estar exenta de las “garantías procesales” que definen el debido proceso ni, por lo tanto, consagrar formas de ejecución que sean incompatibles con el derecho del imputado a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

IV. Política judicial de compensación por castigo más gravoso: ¿sumar o restar la pena ilícita?

A partir del considerando 90, la Corte analiza las alternativas aplicables como solución jurídica y, concretamente, tiene en cuenta dos: la directa liberación de presos, dado que la prohibición de penas degradantes haría cesar las formas de ejecución o medidas preventivas impuestas en esas condiciones; o bien, provocar una disminución de la po-

blación penal mediante un cálculo de pena que abrevie la condena computando el mayor contenido aflictivo producto de la sobrepoblación penal.

La Corte opta por la segunda alternativa. Argumentó que su criterio no era aislado, sino que tenía el apoyo de otros precedentes de orden internacional. Si bien no podríamos extendernos en el análisis de cada uno, sí debe destacarse que el criterio justificado luego conlleva aspectos de los cuatro fallos citados y sostiene, en términos generales, una política judicial de compensación de penas ilícitas acorde a su activismo y no reducida al orden interno.

En relación con el primero de ellos –sentencia de la Corte Constitucional de Colombia–, adopta criterios tendientes a una decisión judicial que se funde en el caso concreto, con el propósito de evitar decisiones incriminadas o automáticas que asimilen el hacinaamiento a un derecho excarcelatorio. El criterio a adoptar debe ser razonable y sometido a cada caso concreto.

Respecto de la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (*Brown vs. Plata*, 23 de noviembre de 2011), considera el modo en que la valoración como pena ilícita de las deficiencias constatadas permite, en términos generales, reducir la población carcelaria, lo que resultaría compatible con un plan de cumplimiento realizable que considere el análisis de los casos particulares que integran la población del IPPSC.

Por otro lado, respecto de la sentencia del TEDH (*Torreggiani y otros vs. Italia*, 8 de enero de 2013), destaca el carácter estructural y no aislado de la situación, y la necesidad de garantizar como remedio efectivo “una apelación o combinación de apelaciones [remedios jurídicos] que tenga efectos preventivos y compensatorios”.

Por último, tal como lo había destacado en el párrafo 71, hace referencia a la mencio-

¹⁰ Corte IDH, caso *Gangaram Panday vs. Surinam*, sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 47.

nada *Súmula Vinculante* N° 56 del Supremo Tribunal Federal de Brasil¹¹, que considera la sobrepoblación como una violación a los principios de individualización de la pena y de la legalidad –que impiden un régimen penitenciario más gravoso–; conforme a ello, en particular, dispone como efecto jurídico una serie de alternativas aplicables con miras a determinar la salida anticipada del preso, su libertad monitoreada electrónicamente o prisión domiciliaria.

En la línea de estos precedentes jurisprudenciales, la Corte consideró que el medio más idóneo para hacer cesar la ejecución de penas ilícitas es compensarlas a través del tiempo de prisión y, como efecto, posibilitar la reducción de la población penal del IPPSC.

Seguidamente, a partir del párrafo 120, la Corte adopta las decisiones de mayor relevancia para el dictado de nuevas medidas provisionales.

Desde un primer análisis, resulta de utilidad destacar en qué términos debe traducirse esa pena ilícita en un cómputo aplicable durante el proceso de ejecución penal. En tal sentido, en varios pasajes la Corte utiliza indistintamente los términos “reducir” o “compensar” como sinónimos, pero en realidad es importante considerar de qué modo formular el criterio de aplicación cuantificable respecto del castigo más gravoso.

Está claro que la evaluación del caso concreto someterá a la operación jurídica a un primer cómputo de pena en tiempo lineal. Tras ello, ineludiblemente, el juez de ejecución deberá evaluar el tiempo de encierro en el IPPSC

y, en particular, las condiciones en que esa pena fue ejecutada durante ese período.

Una vez hecho esto, no admite mayores discusiones que el cómputo privilegiado se traduce solo respecto de aquel tiempo real ejecutado en el IPPSC, de modo que se traducirá como doble ese tiempo de prisión en forma compensatoria, según la decisión que adopta la Corte y que comentaremos en el siguiente punto.

Ahora bien, es ese el tiempo que deberá sumarse al tiempo lineal que el sujeto venía ejecutando de pena, como traducción cuantitativa de la doble punición. De tal modo, el tiempo que se reduce es el de agotamiento de la pena legal por efecto compensatorio de la pena ilícita cuyo resultado es adelantar en términos de tiempo lineal ese período por mayor valor cuantificable al de la privación temporal de libertad ambulatoria.

V. La densidad poblacional como parámetro cierto de cualidad aflictiva

La Corte afirmó que la pena degradante en curso en el IPPSC es producto de una superpoblación que, lejos de menguar desde la última medida provisional, las condiciones empeoraron, al punto de acelerarse el número de muertes en dicho penal. A esta afirmación, le siguió otra: la cantidad de densidad poblacional. Considerando que esta alcanzaba un 200%, la Corte atribuyó este valor a la entidad de cualidad aflictiva de la pena más gravosa.

En tal sentido, estableció un parámetro cierto y objetivo susceptible a un cálculo razonable que permita medir la compensación de la pena ilícita durante el período en que persistieran esas condiciones degradantes “a razón de dos días de pena lícita cada día de efectiva de privación de libertad en condiciones degradantes” (párr. 121).

Lo que se destaca aquí es el modo en que el valor estructural de sobrepoblación se puede

11 De este modo, el principio de individualización de la pena en ejecución penitenciaria no puede estar sometida a requisitos equivalentes si las condiciones de aplicación son degradantes, en tanto ello implica el ejercicio arbitrario de mantener a los condenados en regímenes carcelarios más gravosos que los previstos legalmente. Al respecto, ver nota al pie 27 del fallo, párr. 93, I apartado.

utilizar como medición de la parte antijurídica de ejecución. No obstante, considerando lo dicho en cita del fallo de la Corte Colombiana (párrs. 97 a 99), no es el objetivo de la resolución de la Corte establecer parámetros abstractos de cuantificación que permitan soluciones generales o automáticas, sin evaluar cada caso en concreto.

Si bien lo novedoso de su decisión ha sido trasladar el indicador de superpoblación como variable de medición de la parte antijurídica de la pena ilícita, este proceso de cuantificación no debería reducirse a ello. Es tan solo un indicador de cualidad aflictiva traducible cuantitativamente por la cantidad de lesión que se deriva objetivamente de la densidad poblacional constatada. No obstante, podrían sumarse otros indicadores constatados, por ejemplo, el número mínimo de penitenciarios disponibles para la custodia de los presos o las muertes provocadas en ese penal durante el período de detención, ya que estos datos objetivos también son relevados por la Corte con cierta particularidad.

En tal sentido, el cálculo razonable no debe necesariamente corresponderse a una operación matemática o automática. En materia de medida cualitativa del tiempo de pena ilícita, ese valor deberá corresponderse a la medición de las circunstancias objetivas relacionadas con las condiciones de encierro (para lo que la Corte adopta el valor de sobrepoblación como una medición precisa), y también subjetivas, relacionadas con la trascendencia de estas en circunstancias personales del prisionero.

VI. Resultado del cómputo de pena ilícita y tiempo lineal restante: ciertas posibilidades de una pena agotada

La Corte es clara en cuanto considera que la compensación de la pena ilícita no reduce la solución jurídica al cómputo. Avanza sobre

este punto, más allá de considerar la obligación del Estado de lograr condiciones dignas de ejecución penal para la población que no alcance la libertad (párr. 125), pues, en caso de no cesar esa situación, se plantean dos hipótesis: arbitrar otros medios sustitutivos de la privación de libertad, lo que implicaría optar por otros dispositivos de trato que no sean el de encierro carcelario (párr. 126); y valorar, en el caso particular, los efectos cualitativos que la pena provocó en sentido inverso a los objetivos de reinserción que determinan la ejecución penitenciaria (párr. 127). Nos detendremos en este último supuesto.

A partir de lo que sostiene la Corte, se puede colegir que los efectos de la pena degradante pudieron haber sido tan gravosos que, una vez compensada la pena ilícita y pese a restar tiempo lineal para el agotamiento, no resultarían vigentes los objetivos de su ejecución por la vulnerabilidad provocada al haberse neutralizado toda perspectiva resocializable en tiempo real.

Entonces, explica que, al devenir ilícita la pena por el modo de su ejecución, el castigo aplicado no resultaría correlativo de un tratamiento penitenciario cuando las condiciones que imperaron fueron degradantes. Si ello no encuentra reflejo alguno en el tratamiento penitenciario, resulta coherente, desde una comprensión armoniosa e integral de los principios de ejecución de la pena, que tampoco puedan persistir sus objetivos aun cuando reste tiempo real por cumplirse.

Esta hipótesis resulta del tiempo suspendido o estancado respecto de aquel objetivo no aplicado durante el proceso de pena degradante.

El legislador presume *iuris tantum* que la ejecución se corresponderá a condiciones legales de encierro y, además, que sobre estas se valora, en tiempo lineal, la perspectiva de un tratamiento penitenciario cuya finalidad resulta objetivada temporalmente en la ley. De tal modo, estructura el proceso de reinser-

ción social en términos temporales (mitad de la condena, seis meses antes de los dos tercios, dos tercios y seis meses antes del agotamiento). Si, durante este tiempo, esos objetivos se suspendieron por tratos arbitrarios, no es posible identificarlos luego en el tiempo lineal restante (plausible de lograrlos), sino que exige cuantificar ese proceso de suspensión, por lo que deberá considerarse cualitativamente sus efectos irreversibles con relación a la finalidad de la pena.

Se abre aquí un nuevo proceso que deriva en redefinir el alcance de los efectos cualitativos de cada caso mediante un juicio hipotético para evaluar la posibilidad concreta de reparar la situación del trato más lesivo continuando o no con el tratamiento penitenciario y, por ende, si subsisten todavía los objetivos de una pena legal. Se trata de traducir, en términos materiales, los daños producto de la pena ilícita considerando, desde el trato temporal que resta, la posibilidad fáctica de revertir sus efectos.

Esto último dependerá de la duración de la pena y también de los medios que la cárcel tendría si se generan cambios estructurales en el sistema. Deberá evaluarse tanto la capacidad de estos medios para aplicar los objetivos del tratamiento (qué medios tiene la unidad, cómo se relacionan para revertir la situación antes provocada y qué grado de satisfacción causaría en términos de una perspectiva resocializable), como si los plazos de su aplicación para satisfacerlo se corresponden o no con el que resta para obtener algún beneficio de pena alternativa al encierro (libertad condicional, por ejemplo).

Esta medida cuantificable por valoración cualitativa del castigo gravoso ya cuantificado es una operación jurídica que debe tener en cuenta parámetros de calidad aflictiva y su traducción respecto del tiempo disponible previo al agotamiento. En cuanto a estos parámetros, ya hemos considerado –entre otros–

el grado de ofensividad de las lesiones producto de la pena ilícita (lesiones a la integridad física), la recurrencia o prolongación de ese trato arbitrario (se deben tener en cuenta las características físicas y personales del sujeto) y la trascendencia que esos tratos más gravosos tuvieron respecto de sus familias (pérdida del vínculo familiar, quebrantamiento de derechos laborales o de perspectivas económicas, mayor cantidad de gastos para solventar los efectos del trato arbitrario)¹².

Si solo contara el agotamiento como tiempo restante, excluiría entonces el derecho del privado de libertad a un régimen progresivo de la pena, es decir, al medio aplicable para una pena con el fin de reinserción social. Por lo tanto, se impone una doble medición: la compensación por pena ilícita efectivamente ejecutada y la exclusión de la pena legal restante porque la ejecución penal carece de proporcionalidad desde la perspectiva de progresividad, ante la ineficacia de cualquier tratamiento.

Esto último, como alcance propio de los efectos de la pena ilícita ya ejecutada, impediría al Estado hacer aplicable algún sustituto de pena alternativa mediante prisión domiciliaria, cambio de régimen o tareas comunitarias, pues su aplicación tendría un efecto de retribución incompatible con la finalidad constitucional de las penas.

Para la valoración de la aplicación de cada criterio de calidad aflictiva, resulta útil considerar el grado de lesión en relación con el trato arbitrario definido como degradante, inhumano o cruel, incorporando a estos conceptos el alcance de la afectación a la dignidad y/o integridad personal, por la afectación conglobante que la serie de hechos hayan tenido provocándole a la persona sentimientos de miedo (seguridad física), angustia (maltrato psicológico o alteraciones psíquicas) o

¹² Al respecto, ver Vacani (2015, 427-455).

inferioridad (permanencia de sometimientos crueles). Resulta necesario añadir a ello la imputación del trato inhumano derivado de un intenso sufrimiento físico (hacinamiento) o sexual (víctima de abusos), mientras que la crueldad es la figura más grave por la intensidad del sufrimiento. Para ello, deben considerarse todas las circunstancias de la historia vivencial del sujeto a fin de medir también la conculcación de su proyecto de vida (grado de vulnerabilidad en la realización personal del individuo)¹³.

VII. Atemperar la alarma social mediante el uso de la peligrosidad: críticas al criterio diferenciador por delito cometido

Los párrafos 127 a 130, sin dudas, deslucen la contundencia del fallo.

La necesidad política de que lo que sostuvo hasta allí surta efecto implicó que la Corte utilizara una pauta no automática para su aplicación respecto de quienes hayan sido condenados o imputados por delitos o supuestos delitos contra la vida, la integridad física o de naturaleza sexual, considerando que a ellos (quienes padecieron las mismas condiciones degradantes de encierro) les puede corresponder una menor reducción compensatoria de tiempo de encierro, o ni siquiera serle cuantificada, si un examen o peritaje técnico criminológico así lo considera.

Mientras que ese dictamen no es exigible para los otros presos, para aquellos imputados o condenados de estos delitos sí opera tal intervención pericial. De ese modo, todo aquello sobre lo cual justifica la decisión respecto de condiciones degradantes de detención y su efecto compensable de doble punición, en la última parte, queda neutralizado con la referencia a la peligrosidad.

¹³ Al respecto, ver Vacani (2015, 427-455).

Pensamos que el motivo no es razonable y, por lo tanto, arbitrario. Más aún, fortalece la consideración de la ejecución penal bajo las tipologías de derecho penal de autor al centrar el criterio de liberación no en las manifestaciones conductuales del sujeto respecto de los medios aplicados y la eficacia de estos para el tratamiento penitenciario¹⁴, sino en el delito cometido para, con ello, hacer uso de la clásica herramienta del pronóstico criminológico según la idea de peligrosidad social¹⁵.

La Corte reconoció que la propia situación de hacinamiento y desatención afectó el art. 5.6, es decir, que:

[...] las condiciones del IPPSC, lejos de promover la reinserción social de los presos en vistas a una convivencia pacífica y respetuosa de la ley y de los derechos de los otros habitantes, en muchos casos habría operado en sentido contrario, reforzando la desviación de conducta de las personas sometidas a las observadas condiciones degradantes (párr. 127).

Pero considera que debe establecerse una:

[...] medida de contención para aquellos a los que considera que las que condiciones degradantes de ejecución de privaciones de libertad ponen en peligro los derechos y bienes jurídicos del resto de la población, porque genera en alguna medida un efecto

¹⁴ Expresamente, lo consagra así nuestra legislación: "Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado, a la evolución del régimen progresivo y a las disposiciones de la ley", (art. 8, ley 24.660).

¹⁵ En tal sentido, Patricia Ziffer considera que no hay prevención especial sin criterios de peligrosidad (2009, 495).

reproductor de delincuencia por los que impone diverso tratamiento (párr. 128).

Mientras, en primer término, releva la situación en beneficio de todos los condenados alojados en el IPPSC –sin distinción alguna–, en segundo término, tiende a perjudicar a aquellos autores de los delitos distinguidos, cuando la garantía de trato digno en unos y otros es el consecuente del cálculo compensable y la razón de la propia afectación (efecto reproductor de delincuencia), que se produce no por actos del sujeto frente a un tratamiento penitenciario, sino por circunstancias ilícitas impuestas por el propio Estado.

La regla de que toda garantía implica consagrar consecuencias jurídicas favorables para quien esté resguardado por el principio afectado (Ferrajoli 2000, 43), aquí la subvierte en qué delito el autor cometió o por el que se encuentra imputado; ello afecta la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en las mismas circunstancias¹⁶.

En consecuencia, el criterio de la Corte viola el principio de igualdad puesto que priva de una garantía constitucional prevista para toda persona detenida (prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes) por medio de la aplicación de un pronóstico de peligrosidad.

Con ello, se ignora que si para todos la pena fue degradante, carece de validez el pronóstico criminológico que solo se puede supeditar a un peritaje psicológico o médico que forman parte de un tratamiento penitenciario aplicado durante cierto proceso. El resultado no es más que un juicio arbitrario de valor sobre la persona¹⁷.

16 Sobre ello, ver los antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 123:106; 180:149, de aplicación en “Napoli” (321:3630) y “Veliz” (del 15/6/2010 s/causa n° 5640, V. 210. XLI).

17 Fue en el fallo “Gramajo”, del 5/9/2006, en donde –

De este modo, la Corte introduce valoraciones relativas a “indicadores de agresividad” y “pronósticos de conducta” que, en cierta medida, involucran el criterio de peligrosidad refutado en el caso “Fermín Ramírez” de la propia Corte por la relevancia que tiene respecto de la impugnación del principio de exterioridad del acto y el debido proceso¹⁸. En tal sentido, la Corte no plasmó razones objetivas de diferenciación para considerar que la discriminación no fuera arbitraria, pues solo se apoya en la naturaleza del delito imputado en contra de la persona, sin descripciones específicas que justifiquen dicha distinción, volviendo a contrariar su propia doctrina¹⁹.

Podría haber sido apropiado aplicar alguna razón objetiva de diferenciación, por ejemplo, si un grupo determinado de condenados por los delitos de abuso sexual, contra la vida o integridad física realizara actos más violentos que los demás (prenden fuego en su sector, realizan secuestros o huelgas violentas), frente a lo que podría considerarse

supeditado por lo que la Corte IDH expuso en “Fermín Ramírez”, la CSJN sentó la doctrina de que “la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor, que es como se maneja en el derecho penal” (considerando 24). Sobre su comentario, ver Pitlevnik (2007).

18 Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, 20 de junio de 2005, consid. 95 y 96.

19 Corte IDH, *Suarez Rosero vs. Ecuador*, sentencia del 29 de mayo de 1999, en donde se consideró que la fórmula del derecho penal ecuatoriano en sí asigna a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, pero establece una excepción a dicho derecho, con ello “despoja a parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados” (párr. 98).

que tal distinción resulta razonable. También, en caso de intervención de medios por parte del Estado, podría considerarse el rechazo o problemas de inobservancia a los tratamientos aplicados. Pero la Corte no indicó la existencia de un motivo sustancial para que tales personas sean catalogadas en grupos distintos más que el delito imputado, y ello, por sí solo, no puede considerarse una base razonable para operar la distinción²⁰.

El derecho de todo condenado a que el Estado provea condiciones necesarias para su reinserción social y le imponga, para ello, un trato digno, no prevé a nivel convencional o constitucional restricciones basadas en el mero reproche o condena social que pueden tener determinadas conductas, por más graves que puedan resultar.

Si tal derecho fue afectado por el Estado en su forma de ejecución del castigo, en modo alguno su consecuencia puede estar atemperada o regulada por un pronóstico criminológico propio de aquel proceso que le fuera

negado. Así también, la sola invocación del delito cometido, sin referencia a exteriorizaciones de actos propios que resulten contrarios a modalidades de tratamiento aplicadas, cristaliza un criterio de distinción arbitrario.

VIII. Conclusiones

El fallo de la Corte es novedoso y hemos expuesto principales razones para afirmarlo.

Por primera vez, atribuye como solución jurídica, en una medida provisional, reducir el tiempo de encierro de la población sometida a condiciones de trato degradantes debido al mayor valor de sufrimiento antijurídico que ello implica respecto de la pena legal determinada. De tal modo, utiliza la información estructural de una unidad penal para asignar consecuencias jurídicas a cada preso que estuviera allí alojado durante el período en que esas condiciones persistieran. Más aún, indica que el nivel de sobrepoblación puede tenerse en cuenta para definir el cálculo razonable de cuantificación de pena ilícita.

Asimismo, rompe el binomio de identificación lineal entre el tiempo de prisión –que formalmente está relacionado a la operatividad de un tratamiento penitenciario– y la reinserción social. No solo se colige de ello que, ante condiciones de encierro degradantes, no hay relación entre ambos (por ende, no debería regir el parámetro temporal respecto de salidas anticipadas); sino que rige una relación inversa, es decir: a más tiempo de encierro en condiciones degradantes, mayor valor cuantitativo tendría la pena ilícita y, además, mayor incidencia contraria respecto del proceso de reinserción social.

Entonces, las consecuencias jurídicas atribuidas pueden identificarse del siguiente modo:

Se equipara las condiciones ilícitas de detención a una pena material más severa que requiere compensación en términos de cómputo en la medida en la que fue cumplida con

20 Respecto de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es posible que obviemos que la diferencia no fuera arbitraria, sino que opera una circunstancia objetiva de discriminación (Fallos: 301:381, 1094; 304:390); causas objetivas de diferenciación que resulten razonables, y la existencia de un “motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos” (doctrina de Fallos: 138:313; 147:402). Sin embargo, la Corte consideró que la limitación “de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas –por más aberrantes que puedan ser– como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad” (Fallos: 303:267, considerando 8, segundo párrafo).

un plus no definido en la sentencia. Así, el considerando 120 reconoce:

(a) “que las personas privadas de libertad en el IPPSC pueden estar sufriendo una pena que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad”;

(b) que, en las condiciones dadas, resulta “equitativo reducir su tiempo de encierro”;

(c) que “esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución”;

(d) que las “penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas” y deben ser cuantificadas como pena cumplida (consid. 123); y que, para ello, debe “atenerse a un cálculo razonable” definido como 2x1 según la ocupación del 200% alcanzada en la medida, en la que “duplica también la inflicción antijurídica sobrante de dolor de la pena que se está ejecutando”;

(e) que el deterioro de las personas privadas de libertad opera en ellas de modo totalmente inverso al señalado en la Convención Americana (art. 5.6); lejos de promover la reinserción social de los presos en vistas a una convivencia pacífica y respetuosa de la ley y de los derechos de los otros habitantes, en muchos casos habría operado en sentido contrario (consid. 127).

De este modo, la Corte rompe el esquema de pena formal identificada entre el tiempo lineal y la pena determinada en la sentencia cuando estructuralmente rigen condiciones de superpoblación y déficit material de condiciones de detención. Estas condiciones imponen una pena indeterminada y cualitativamente más gravosa si las condiciones de encierro fueron degradantes; su resultado, entonces, debe supeditarse al cálculo razonable que cuantifique ese mayor castigo aplicado, y su prohibición no impide sumar al *quantum* definido en la sentencia esa pena devenida en ilícita durante su ejecución.

Por otra parte, que la Corte haya condicionado los resultados de la consecuencia jurídica asignada a determinados delitos resulta irrazonable, por estar sujeta a la misma motivación que es consecuencia del efecto jurídico atribuido (positivo) –a unos les reconoce su condición reparable, mientras que a otros, no, por deteriorarlos más, tanto que su propia peligrosidad los perjudica–. A la vez, impone una discriminación no susceptible de diferenciación objetiva en tanto no es atribuible a los resultados de un tratamiento penitenciario –única causa legítima de la que puede derivar un pronóstico de reincidencia (o peligrosidad)– y, por ende, se ha valido de un criterio sustancialista, cuya causa no es más que una política tendiente a atemperar la alarma social que puede provocar la decisión.

Bibliografía

Andersen, María Jimena y Pablo Andrés Vacani. 2018. “Gresham Sykes y Michel Foucault visitan las cárceles argentinas. Tensionando analíticas del poder para pensar el gobierno de la prisión”. Ponencia presentada en el Workshop Internacional “La sociedad de los cautivos: límites y posibilidades para pensar la prisión contemporánea en América Latina”, Buenos Aires, Facultad de Derecho (UBA), 28 de julio.

Clemmer, Donald. 1940. *The Prison Community*. New York: Rinehart.

Colvin, Mark. 1992. *The Penitentiary in Crisis. From Accommodation to Riot in New Mexico*. Albany State: University of New York Press.

Dilulio, John. 1987. *Governing Prisons*. New York: Free Press.

Fairchild, Erika. 1984. “The scope and stu-

dy of prison litigation issues". *The Justice System Journal*, 9 (3): 325-343.

Feeley, Malcolm. 1989. "The Significance of Prison Conditions Cases: Budgets and Regions". *Law & Society Review*, 23 (2): 273-282. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/3053717>.

Ferrajoli, Luigi. 2000. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Gual, Ramiro. 2015. "Visiones de la prisión. Violencia, incomunicación y trabajo en el régimen penitenciario federal argentino", Tesis de Maestría en Criminología, Universidad Nacional del Litoral. Disponible en <http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/tesis/handle/11185/763>.

Luna, Diego. 2011. "Proyecto existencial y condiciones de detención. Apuntes iusfilosóficos en torno del daño al proyecto de vida". Leonardo Pitlevnik (dir.). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 11: 245-290. Buenos Aires: Hammurabi.

Méndez, Juan E. y Ariel Dulitzky. 2004. "Medidas cautelares y provisionales". *Revista argentina de derechos humanos*, 2: 207-224.

Pitlevnik, Leonardo. 2007. "El fallo 'Gramajo' y la reclusión por tiempo indeterminado a multirreincidentes". Leonardo Pitlevnik (dir.). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 2: 121-148. Buenos Aires: Hammurabi.

Pochak, Andrea. 2002. "Las medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Urso Blanco'". *Nueva Doctrina Penal 2002/B*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Simon, Jonathan. 2019. "De las Big Houses a las prisiones depósito. Repensar las prisiones y el gobierno estadual en el siglo XX". Ignacio Anitua y Ramiro Gual (comps.). *Privación de la libertad. Una violenta práctica punitiva*: 23-49. Buenos Aires: Didot.

Simon, Jonathan. 2000. "The 'Society of Captives' in the Era of Hyper-Incarceration". *Theoretical Criminology*, 4 (3): 285-308.

Sozzo, Máximo. 2007. "¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y 'prisión-depósito' en Argentina". *Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 1: 88-116. Disponible en: <http://revistas.flacoandes.edu.ec/urvio/article/view/88-116/967>.

Sykes, Gresham. 2017, (1958). *La sociedad de los cautivos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Vacani, Pablo. 2020 (et. ál). *Derecho penal y penas ilícitas. Hacia un paradigma pospandemia*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Vacani, Pablo. 2015. *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa. Prisión preventiva*, tomo 1. Buenos Aires: Ad Hoc.

Zaffaroni, Eugenio. R. 1996. *Lecciones y ensayos. Dossier cárceles*, 66. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires.

-----, 1994. "Las penas crueles son penas". *Nuevo Foro Penal*, 12-26.

Ziffer, Patricia. 2009. "La idea de la 'peligrosidad' como factor de la prevención especial. El caso 'Fermín Ramírez'". Daniel Pastor

(dir.) y Nicolás Guzmán (coord.). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Jurisprudencia nacional

CSJN, “Aráoz, Alfredo c/ Provincia de Salta, Lucini, Humberto Julio”, 1982. Fallos: 304:390.

CSJN, “Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”; B. 142. XIII, rta. 19/10/1995.

CSJN, “Brocaioli, Héctor José”, 1938. Fallos: 180:149.

CSJN, “Frontera, Carlos Guillermo”, 1979. Fallos: 301:381.

CSJN, “Jewish Colonization Association c/ Provincia de Santa Fe”, 1926. Fallos: 147:402.

CSJN, “Lectoure, Juan Carlos y otros”, 1981. Fallos: 303:267.

CSJN, “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C.P.”; N 284 XXXII, rta. 22/12/1998. Fallos: 321:3630.

CSJN, “Sánchez Viamonte, Julio en autos con Giustinian, Emilio”, 1916. Fallos: 123:106.

CSJN, “Unanue, Ignacio y otros c/ Municipalidad de la Capital”, 1923. Fallos: 138:313.

CSJN, “Veliz, Linda Cristina s/ causa No. 5640”; V. 210. XLI, Recurso de Hecho, rta. 15/6/2010.

CSJN, “Viera, Eduardo Sergio Ricardo y otra”, 1979. Fallos: 301: 1094.

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil*. Resolución de Medidas Provisionales, de 22 de noviembre de 2018.

Corte IDH. *Asunto del Instituto Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil*. Resolución de Medidas Provisionales de 31 de agosto de 2017.

Corte IDH, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000.

Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999.

Corte IDH, caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000.

Corte IDH, caso *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989.

Corte IDH, caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005.

Corte IDH, caso *Gangaram Panday vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de enero de 1994.

Corte IDH, caso *Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989.

Corte IDH, caso *López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006.

Corte IDH, caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excep-

PABLO ANDRÉS VACANI

ción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006.

Corte IDH, caso *Neira Alegria y otros vs. Perú*, Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995.

Corte IDH, caso *Suarez Rosero vs. Ecuador*. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones. Sentencia de 29 de mayo de 1999.

Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Documentos y normas de organismos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969.

Emergencia carcelaria y sanitaria en los sistemas penitenciarios de América Latina. Algunas notas para el caso argentino

Alejandro Forero Cuéllar

Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad de Barcelona. Coordinador del Sistema de Registro y Comunicación de la Violencia Institucional del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la misma Universidad.

I. Introducción. La asentada normalidad de los sistemas penitenciarios en América Latina: el hacinamiento

Es de común conocimiento, y tristemente asentado, que las prisiones de América Latina están en crisis desde hace décadas. Este periodo tan prolongado hace, incluso, dudar si “crisis” es la mejor definición, pues la situación de hacinamiento y de incumplimiento sistemático de los más mínimos estándares de derechos humanos se ha convertido en la *normalidad*.

A pesar de que en la última década algunos países del mundo han reducido su población penitenciaria (España, Holanda, algunos Estados de los EEUU, Ucrania e incluso algún país de América Latina, como México), si observamos de manera global la situación de la región, asistimos a sistemas que han batido casi todos los récords de crecimiento a nivel mundial. Desde el año 2000, mientras a nivel global la población encarcelada ha crecido el 24% en promedio, en América Latina ha crecido el 121%: el 67% en los países de América Central y un espectacular 175% en América del Sur¹.

Este aumento exponencial en las tasas

¹ Ver el informe World Prison Population List, 2018.

de encarcelamiento no es, sin embargo, una cuestión exclusiva de la región de América Latina y el Caribe (ALyC). La realidad es que el punitivismo ha aumentado a nivel global y eso se refleja en las tasas de encarcelamiento de todos los continentes, que en 2015 han alcanzado récords en muchos países. Y aunque es una realidad mundial, la región que presenta datos más preocupantes es la de ALyC. Así, si la tasa de encarcelamiento media a nivel mundial, según datos de Naciones Unidas (ONU) es de 144 por 100.000, en América del Sur es de 233, en América Central, de 316, y constituye la región que presenta la mayor tasa de crecimiento a nivel global. De los 25 países con tasas de encarcelamiento más alta, más de la mitad (14) están en ALyC. En el caso de América Central y del Sur: Brasil (324), Belice (356), Costa Rica (374), Panamá (390), y El Salvador (604, segundo país del mundo con la tasa más alta). Los datos de algunos países del Caribe son todavía más alarmantes: San Vicente y las Granadinas (426), Granada (435), Bahamas (438), Islas Vírgenes del Reino Unido (470), Cuba (510), y las Islas Vírgenes de EEUU (542)².

Respecto de las mujeres, aparece un fenómeno preocupante: su encarcelamiento ha subido en todos los continentes. A nivel mundial, mientras se estima que la población total ha aumentado, en el siglo XXI, el 21%, las mujeres encarceladas han aumentado mucho más, el 53%³. Lo preocupante es que el número de mujeres encarceladas en Centro América y algunos países de Sur América se ha disparado exponencialmente en el siglo XXI: en Colombia se ha multiplicado casi por 3, en Brasil 4,5 veces, en Guatemala, 5 veces, y en El Salvador, el número de mujeres presas ha aumentado casi 10 veces.

2 World Prison Population List, 2018.

3 Ver el informe World Female Imprisonment List, 2018.

Pero la tasa de encarcelamiento por sí sola no brinda datos de las condiciones carcelarias, como sí lo hace la tasa de hacinamiento, uno de los problemas más importantes que tienen los sistemas penitenciarios de ALyC. El hacinamiento corresponde a niveles de sobrepoblación críticos. Países como Costa Rica han adoptado el criterio del Comité Europeo para los Problemas Criminales que asume que más del 120% de ocupación se considera sobrepoblación crítica. Así, países de la región alcanzan los primeros puestos del ranking mundial de densidad, con Haití como el país con la mayor sobreocupación del planeta (454%), y con otros países con porcentajes altísimos como Guatemala (372%), Perú (234%), o El Salvador (215%)⁴.

Junto con el hacinamiento o, más bien, como causa de él, está otro grave problema que arrastran los sistemas penitenciarios de la región: el relativo a los/as presos/as preventivos/as. A comienzos de los años ochenta, en la mayoría de los países de la región el porcentaje de presos/as preventivos/as superaba el 50%, que llegó al caso extremo de Paraguay, donde se alcanzaron cifras superiores al 90%. A partir de los años noventa, con la introducción de una serie de reformas penales y procesales como la introducción del sistema acusatorio en muchos países, las tasas empezaron a reducirse.

No obstante, continúa siendo un grave problema en la región (Carranza 2015). Países como Bolivia y Paraguay siguen por encima del 70%, mientras que otros 11 países, Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay, Honduras, República Dominicana, Nicaragua, El Salvador, Venezuela, Perú y Guatemala superan el 50% (ILANUD 2020, 7). No en vano, en 2017, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó un informe temáti-

4 Ver World Prison Brief <https://www.prisonstudies.org/>.

co sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva, que identifica como una de las principales causas de la crisis de los sistemas penitenciarios de la región.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que el problema no es solo de tipo *cuantitativo*, sino *cualitativo*, ya que a esa falta extrema de espacio se suman graves carencias de tipo sanitario, alimenticio y de seguridad, generando ambientes insalubres donde, precisamente, resulta fácil la propagación de enfermedades y donde, además, los conflictos entre personas presas y entre estas y el personal penitenciario hacen de las cárceles lugares donde la violencia institucional es normal. No en vano asistimos a tristes noticias de motines e incendios en cárceles que se saldan con la muerte de decenas o cientos de personas: San Pedro Sula en 2004 (107 personas muertas), Santiago del Estero en 2007 (más de 30 personas muertas), cárcel de San Miguel en Chile en 2010 (81 personas muertas), Barranquilla, Colombia en 2014 (17 personas muertas), o el incendio en Comayagua, Honduras, en 2012 (375 personas muertas).

Durante lo que llevamos del siglo XXI, en varios países, como Brasil, Costa Rica o Colombia (allí, un poco antes, ya en 1998) se ha llegado a declarar oficialmente la *situación penitenciaria como de "emergencia carcelaria"* o de "estado de cosas inconstitucional". Decisiones judiciales han determinado la necesidad de reducir el colapso de las prisiones estableciendo cupos carcelarios, impidiendo que se condene a una persona a una cárcel con sobrepoblación crítica, o asegurando que deben salir más personas de las que entran en las cárceles. Sin embargo, a pesar de estas importantes declaraciones, la situación no parece mejorar.

En el caso argentino, la situación de crisis de las prisiones llevó a que recientemente el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MJDH) declarara la situación de emergencia carcelaria en el país (Resolución N° 184/2019,

del 25 de marzo de 2019). En dicha resolución, el Ejecutivo realiza un diagnóstico de la situación de los centros penales del Sistema Penitenciario Federal (SPF), en el que se ha producido un incremento significativo de personas presas en los últimos años, donde se habría producido un aumento del 35%, alcanzando una sobrepoblación del 12%. La resolución explica que "aunque en los últimos años ha descendido el porcentaje de población presa preventiva, se sitúa sobre el 57%, situación que suele extenderse en el tiempo a raíz de la prolongada duración de los procesos".

La resolución es terminante al afirmar que, dadas las últimas reformas penales y procesales que en buena parte han producido ese aumento (por ejemplo, la ley N° 27.375 que modifica la ley N° 24.660, y que restringe la posibilidad de salidas anticipadas y establece un procedimiento específico para los casos de flagrancia), se prevé que *dicho porcentaje seguirá incrementándose sustancialmente*.

Es importante que el MJDH reconozca que el déficit habitacional "puede afectar las condiciones de salubridad y añadir factores de violencia intracarcelaria". Por todo ello, y justificándose en el ineludible papel de garante que tiene el Estado respecto del cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales de las personas privadas de libertad, declaró la situación de emergencia penitenciaria.

Para hacer frente a esta situación, el MJDH ha impulsado una política penitenciaria que prevé grandes inversiones en infraestructura carcelaria, como el paso de los servicios penitenciarios del Complejo Devoto al Complejo Penitenciario Federal V de Marcos Paz, el traslado de internos/as a otras infraestructuras, o la construcción de nuevos centros penales. Junto con ello, el MJDH quiere impulsar una mayor aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad, en especial, para grupos vulnerables como mujeres embarazadas, adultos mayores, personas

con problemas de salud o con discapacidad, sobre todo por medio del aumento del uso de dispositivos de vigilancia electrónica.

II. La “nueva normalidad”: sistemas penitenciarios y la emergencia del COVID-19

Si el panorama descrito anteriormente ha llevado a decir que las cárceles de la región se han convertido en una bomba de relojería, dado que su colapso no permite ni siquiera garantizar el derecho a la vida o a la integridad física y mental de sus habitantes, la aparición de la pandemia del coronavirus solo llega para dar el último empujón al contador. Las paupérrimas condiciones higiénico-sanitarias de las prisiones son el caldo de cultivo perfecto para una catástrofe sanitaria.

Como indica Peiró (2020), “un estudio del BID en 14 países muestra realidades alarmantes como que el 20% de los presos no tiene suficiente acceso a agua potable o que solo el 37% cuenta con jabón. Dos elementos imprescindibles para evitar la propagación de enfermedades transmisibles”. Algunos países, en abril de 2020, empezaron a registrar casos en sus cárceles, los que han ido en aumento.

En Brasil, los datos oficiales del Ministerio de Justicia del 30 de abril arrojaban la cantidad de 228 contagiados y 10 muertes (Wolff 2020, 289). Para la misma fecha, según datos oficiales de Chile, la cifra de contagios era de 344 (Aedo y Romero 2020, 295). A mediados de junio, en Colombia ya se contaban 1290 casos positivos –742 solo en la cárcel de Villavicencio– y 4 fallecimientos (Telesur 2020). En el caso de Perú, muy alarmante, se contaban, a mediados de junio, 2606 personas presas contagiadas de las que habrían fallecido 249 (Arciniegas 2020).

En el caso de Argentina, según datos del Sistema Penitenciario Federal, el 8 de agosto se

acumulaban 245 positivos y 9 fallecimientos⁵.

Estos son algunos ejemplos de una realidad que, probablemente, represente cifras mucho más elevadas que las reconocidas oficialmente.

Pero la situación de alerta no se produce únicamente por lo que puede producir el virus en estos ambientes insalubres, sino también por las consecuencias que puede tener la gestión política para contener la propagación del virus. Así, tras las primeras decisiones de aislar las prisiones y prohibir las visitas familiares y salidas de presos/as, empezaron a producirse numerosas protestas y motines, lo que se propagó por todo el continente.

Ya el 21 de marzo, en la cárcel La Modelo de Bogotá murieron 23 presos después de una noche de protesta masiva en varias de las prisiones de Colombia, en la que los presos pedían mayores medidas de protección contra el coronavirus. Como indica Estepa (2020) “al menos 82 presos más han resultado heridos en la prisión capitalina, tras la intervención policial. Dos reclusos murieron en los motines que estallaron en otras 12 prisiones”. El 1° de mayo se produjo una protesta en la prisión de Los Llanos, en Venezuela, al parecer por falta de alimentos (hay que tener en cuenta que a la difícil situación estructural, con la prohibición de visitas familiares se restringe aún más la posibilidad de los/as presos/as de conseguir alimentos), que resultó en 47 presos muertos y 50 heridos. Una semana antes, se produjo un motín en la cárcel peruana de Miguel Castro Castro, que resultó en 9 internos muertos.

En Argentina, también se produjeron protestas en diferentes penales del país, como el caso de las 1400 personas presas que se estaban en huelga de hambre a finales de abril, reclamando ser reclusos en sus casas por miedo al contagio y, tras producirse un motín la semana anterior, resultaron heridos varios

5 Ver http://www.spf.gob.ar/www/covid_diario/catcms/166/Reporte-diario-COVID-19.

internos (Estepa 2020). Tal y como relata el mismo autor: “el pasado 21 de abril, un motín en la prisión de Corrientes dejó un preso muerto a manos de las fuerzas de seguridad y 14 heridos, dos de los cuales eran funcionarios de prisiones. En marzo, cinco presos murieron en motines en reclusorios de la provincia de Santa Fe”.

El 24 de abril se produjo otro motín en el penal de Devoto, donde los internos reclamaban excarcelaciones ante el miedo a contagiarse. En uno de estos motines, jugó un papel letal la desinformación o la información falsa. Al parecer, el grave motín de la cárcel argentina de Florencio Varela, en la que terminó muerto un interno con marcas de postas de goma, se inició por un audio falso de *WhatsApp* en el que un supuesto médico del SPF anunciaba que si el virus entraba en la cárcel, todos morirían (Fahsbender 2020). El derecho al acceso a una información suficiente y veraz, como se verá más adelante, es uno de los pilares en que debe basarse una buena gestión de la pandemia.

Estos son algunos ejemplos de una situación muy grave y que puede repetirse con facilidad. Tal como llamó la atención la portavoz de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) de la ONU:

La gravedad de los incidentes parece indicar que en algunos casos los Estados no han tomado medidas apropiadas para prevenir la violencia en estas instalaciones penitenciarias, y que han ejercido un excesivo uso de la fuerza para intentar recuperar el control de éstas (Agencia EFE 2020).

III. Recomendaciones internacionales y sistemas de protección

Ante la evidente situación de emergencia humanitaria que se ha relatado, numerosos organismos internacionales han emitido re-

comendaciones llamando la atención de los Estados para evitar la catástrofe en sus sistemas penitenciarios. Todas las resoluciones ponen el foco en tres temas principales: 1) la reducción drástica de la población penitenciaria; 2) el reforzamiento de los sistemas de salud de las cárceles; 3) que las políticas de contención del virus tengan como centro el respeto de los derechos humanos.

En este sentido, se refirió el propio Secretario General de la ONU el 23 de abril. Aunque, con anterioridad, ya se produjeron los pronunciamientos más importantes, que guiarían los que se sumarían después⁶. La Organización Mundial de la Salud (OMS) publicó una *Guía* dirigida a los Estados alertando sobre la amenaza de la rápida propagación del virus, por lo que señalaba que estos deberían considerar adoptar y priorizar medidas no privativas de libertad. Desde entonces, todos los organismos internacionales pusieron el énfasis sobre el mismo punto.

En la misma fecha, la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos realizó una declaración y un video urgiendo la toma de medidas por parte de los Estados para evitar que el COVID-19 “cause estragos en las prisiones”. Las principales medidas señaladas por Michelle Bachelet se refieren a poner en libertad a las personas especialmente vulnerables al COVID-19, a las de mayor edad, enfermas, y aquellas de menor peligrosidad. Además, indicó que las autoridades deben seguir atendiendo las necesidades específicas en materia de salud de las mujeres, de aquellas que están embarazadas, de quienes presenten capacidad reducida y de los menores de edad. UNICEF, por su parte, también emitió una

⁶ Buena parte de lo descrito a continuación está basado en el informe “Recomendaciones internacionales, estatales y nacionales sobre la gestión del coronavirus en las prisiones. Marzo-mayo ‘20” (Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos 2020).

nota técnica el 8 de abril respecto a la protección de las personas menores de edad privadas de libertad.

El 27 de marzo, la misma Oficina de la Alta Comisionada, junto con la Organización Mundial de la Salud, publicaron un documento preliminar llamado *COVID-19: Atención especial a las personas privadas de libertad*⁷, donde se plasman los principales mensajes y actividades, ya referidos dos días antes por la Alta Comisionada. El documento va dirigido a otros organismos de las Naciones Unidas, gobiernos y autoridades competentes, instituciones nacionales de derechos humanos y entidades de la sociedad civil.

El 30 de marzo, el Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura emitió recomendaciones detalladas sobre acciones que pueden realizar los gobiernos y los órganos de monitoreo independientes para proteger a las personas privadas de libertad durante la pandemia de COVID-19.

El Comité Internacional de la Cruz Roja señaló, el 6 de abril, que los lugares de detención son focos principalmente vulnerables ante la propagación del COVID-19, por lo que instó a las autoridades penitenciarias a que tomaran diversas medidas, sobre todo de control y prevención, como, por ejemplo, mejorar el acceso al agua y a artículos de higiene. Asimismo, señaló la importancia de reducir la población carcelaria, y animó a que se utilizaran otras formas de comunicación (teléfono o videollamada) entre las personas privadas de libertad y sus familiares.

Por su parte, la UNODC, OMS, ONUSIDA y ACNUDH realizaron una declaración conjunta el 13 de mayo sobre la COVID-19

en prisiones y otros centros de detención⁸. En el documento, establecen la necesidad de que el sector de justicia y sanidad realicen un trabajo coordinado, informando oportunamente a los profesionales de los centros penitenciarios y teniendo como base el respeto de los derechos humanos en dicho contexto.

Para el contexto latinoamericano y del Caribe, resultan también muy importantes los pronunciamientos y llamados que se han realizado desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte IDH emitió una declaración el 9 de abril llamando la atención sobre los problemas y desafíos que presenta el COVID-19, los cuales deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. En este sentido, el magistrado de la Corte IDH, Raúl Zaffaroni, respondió en una entrevista que:

[...] aquí se juegan miles de vidas humanas y nadie podrá alegar en el futuro que lo ignora, puesto que todos tenemos plena conciencia de la ilicitud de esas penas en esas condiciones de cumplimiento, y si no se procede a hacer lo correcto, es porque dolosamente se está consintiendo la posibilidad de muerte de miles de personas, más de la mitad de las cuales, en nuestros países, ni siquiera están condenadas. Estamos ante la inminencia de una hecatombe y los Estados que permitiesen la muerte de miles de personas en sus prisiones superpobladas, serían responsables internacionalmente, sin perjuicio de que sus autoridades resultasen responsables de delitos masivos de abandonos de personas. [...] No nos olvidemos que dejar morir a miles de personas, con

7 Disponible en: <https://interagencystandingcommittee.org/system/files/2020-05/IASC%20Interim%20Guidance%20on%20COVID-19%20-%20Focus%20on%20Persons%20Deprived%20of%20Their%20Liberty%20%28Spanish%29.pdf>

8 Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/13-05-2020-unodc-who-unajids-and-ohchr-joint-statement-on-covid-19-in-prisons-and-other-closed-settings>.

clara consciencia de que inevitablemente ese sería el resultado de su inacción, omitiendo las medidas urgentes reclamadas por todos los órganos responsables del mundo, sería una conducta típicamente dolosa de abandono masivo de personas, claramente caracterizada como crimen de lesa humanidad (Forero y Rivera 2020).

Es también relevante que la Corte IDH decidiera el *Cuadernillo jurisprudencial* número 28 a destacar su jurisprudencia acerca del derecho a la salud y otros derechos convencionales relacionados con este⁹.

Respecto de la Comisión IDH, el 10 de abril emitió la Resolución 1/2020, donde fijó estándares y recomendaciones para orientar a los Estados sobre las medidas que deberían adoptar para atender y contener la pandemia, de conformidad con el pleno respeto a los derechos humanos. Ante el avance de la pandemia y el agravamiento de la crisis sanitaria, económica y social de la región, la CIDH adoptó la Resolución 4/20, del 27 de julio, que tiene como objetivo establecer Directrices Interamericanas sobre los “Derechos Humanos de las Personas con COVID-19”¹⁰. La CIDH advierte y enfatiza que “las personas con COVID-19 corren un especial riesgo de no ver asegurados sus derechos humanos, en particular a la vida y a la salud, mediante la adecuada disposición de instalaciones, bienes y servicios sanitarios o médicos”, y vuelve a recordar que los Estados se encuentran en una posición especial de garante con respecto a las personas que requieran atención de salud.

Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud (OPS), el 21 de abril, también se pronunció recomendando la liberación de

internos/as de las cárceles de la región, poniendo el foco en las personas que estuvieran condenadas por delitos menores, que tuvieran problemas de salud, que aún no tuvieran condena, o que estuvieran próximos a obtener su libertad (Beresovsky 2020).

IV. Oportunidades para los sistemas penitenciarios de la región

Bien es cierto que la situación descrita de crisis de hacinamiento y humanitaria junto con la nueva crisis sanitaria no deja mucho margen para el optimismo. Pero, tal vez, sea este el contexto que, de una vez por todas, impulse la toma de decisiones radicales por parte de los Estados de cara a resolver, aunque sea en parte, lo que es -ni más ni menos-, que una situación de detención ilegal masiva.

Hay algunas decisiones que han tomado algunos países que invitan al optimismo, respecto de la aplicación de regímenes de cumplimiento extra penitenciarios y de aumento y flexibilización de mecanismos para la comunicación entre presos/as y sus familias. Así, las decisiones de varios países, del poder ejecutivo o judicial, como en Argentina, Brasil, Costa Rica, Colombia, o Panamá (ILANUD 2020) han seguido la línea de reducir la población penitenciaria. Países como Chile, Colombia, Ecuador y Brasil han excarcelado a miles de presos. El Senado mexicano ha aprobado una ley de amnistía que prevé la excarcelación de unos 10.000 presos, para evitar la propagación del virus (Estepa 2020).

En el caso de Argentina, el juez de la casación, Víctor Violini, resolvió el 8 de abril un *habeas corpus* colectivo que otorgaba la prisión domiciliaria a unos 2300 presos/as pertenecientes a grupos vulnerables como mayores de 65 años, con problemas de salud, mujeres con hijos pequeños y embarazadas, siempre que no hubieran cometido delitos violentos (Kollmann 2020).

9 El cuadernillo puede ser consultado en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo28.pdf>.

10 Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf>.

Por su parte, la Defensoría General de la Nación también está jugando un papel importante al promover, como explica el defensor oficial Nicolás Laino, pedidos y *habeas corpus* para excarcelaciones o arrestos domiciliarios para mejorar la situación sanitaria (Devanna 2020). Como explica Laino, fue uno de estos escritos el que motivó que la Cámara Federal de Casación Penal recomendara a los tribunales inferiores otorgar medidas alternativas a la cárcel, que justificó aludiendo a las recomendaciones de la CIDH. Desafortunadamente, como también reconoce Laino, esta junto con otras iniciativas han resultado del todo insuficientes para paliar la situación carcelaria general. Y es que la situación necesita del concurso de muchos actores, donde la judicatura también debe jugar un papel fundamental tomando acciones y decisiones que, como indican los organismos internacionales, pongan a las personas y a los derechos humanos en el centro y huyan de los discursos securitarios¹¹.

Es cierto que estas medidas no están teniendo un impacto determinante en la reducción del hacinamiento carcelario. Tampoco son, en su mayoría, medidas estrictamente de excarcelación, sino que suponen una detención domiciliaria (relacionada siempre con la posibilidad de volver a la cárcel ante un incumplimiento de las condiciones) y, en muchos casos, son probablemente medidas temporales, mientras dure la pandemia o lo peor de ella.

Es importante recordar aquí que las medidas de reducción de población penitenciaria, por sí mismas, solo resuelven en el muy corto plazo el problema de la falta de espacio

en las prisiones. La causa de los aumentos exponenciales de la población penitenciaria se encuentra en los permanentes cambios legislativos que endurecen las leyes penales y procesales, así como en ciertos sectores de la judicatura reticentes a la adopción de medidas no penitenciarias de cumplimiento o de protección como *habeas corpus*. Si no se corta el número de entradas a la cárcel, así como la duración de las penas y los regímenes restrictivos de cumplimiento, de nada sirve sacar, en un momento dado, a cientos o miles de presos. Las cárceles, irremediamente, se volverán a llenar, seguirán superpobladas y seguirá existiendo la misma violación del derecho a la salud y, en general, del derecho a la vida. Porque, además, como sabemos, el problema no tiene que ver solo con la cantidad, sino con la calidad del encierro. De nada sirve descongestionar las prisiones si quienes quedan dentro no tienen condiciones higiénico-sanitarias y de alimentación que cumplan con estándares mínimos.

En este punto, se puede criticar parte de las medidas anunciadas por la resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de 2019 para solucionar la crisis de sobrepoblación. La idea reiterada de muchos gobiernos de construir más cárceles para resolver el problema de cupos no soluciona, por los motivos que se han expuesto, el problema del hacinamiento. Además de ser una medida que supone un esfuerzo presupuestario significativo, lo único que se generarían son sistemas penitenciarios más grandes. Por esta razón, las medidas que se están tomando ahora para reducir población carcelaria debido a la pandemia del COVID-19 pueden mostrar un camino más adecuado, mientras no se cambie la ley que causa los ingresos masivos y cumplimiento de penas largas.

Es evidente que las medidas que se están tomando distan mucho de lo recomendado por todos los organismos internacionales y

11 El papel de una defensoría pública comprometida con los derechos humanos y activa en estos momentos es fundamental. Al igual que en Argentina, otras defensorías oficiales como las de Costa Rica o Chile están tomando importantes medidas al respecto. Para el caso de Chile, puede consultarse Aedo y Romero (2020, 308-309).

las organizaciones de la sociedad civil, pero también es verdad que, en parte, se ha roto el discurso y la tendencia sobre asuntos como la imposibilidad de aplicar detenciones domiciliarias a varios cientos o miles de presos/as (dependiendo del país), o de utilizar telefonía celular (de manera oficial) y videollamadas por parte de los/as presos/as.

V. Conclusión

Esta situación puede y debe servir para volver a llamar la atención sobre la situación de emergencia carcelaria decretada antes de la pandemia en algunos países, o para que los demás definitivamente lo hagan. Es lo que sucedió en el caso de Brasil, donde el Consejo Nacional de Justicia, el 17 de marzo, emitió la Recomendación N° 6224 de medidas a adoptar para prevenir la propagación del virus en el sistema penal. Lo relevante es que la recomendación se justifica en “la alta aglomeración de personas; la insalubridad de las unidades; las dificultades para garantizar la observación de los procedimientos mínimos de higiene y aislamiento, [...] insuficiencia de equipos de salud”, considerando, como explica Wolff (2020, 286), que tales cuestiones son inherentes al “estado de cosas institucional del sistema penitenciario brasileño”.

La pandemia no está llamada a desaparecer en el corto plazo y, por lo tanto, esas primeras medidas que se tomaron en los primeros meses deben ser mejoradas y ampliadas, y no solamente pensando en que la pandemia puede durar muchos meses más, sino pensando en que son medidas que ayudan a mejorar o resolver en alguna medida la crisis en la que se encuentran muchos sistemas penitenciarios de la región, a la vez que los hace más abiertos.

Otra oportunidad que puede aparecer en este contexto se genera desde la Defensoría General de la Nación. El 22 de mayo, la defensora general emitió la Resolución N° 445

de 2020¹² mediante la que aprobada la implementación de un Sistema de Registro, Comunicación y Atención Integral a Víctimas de Violencia Institucional (SIRCAIVI) para Argentina. Dicho Sistema, que nace de la *Guía regional de atención integral a víctimas de violencia institucional en las prisiones de América Latina*, aprobada por el Consejo General de AIDEF en septiembre de 2018, gracias al apoyo del Programa EUROsociAL+ de la Unión Europea, pretende instaurar una nueva política pública para promover un verdadero acceso a la justicia y a la salud (física y psíquica) de quienes puedan padecer torturas o malos tratos en las cárceles.

Si ya entonces el proyecto era importante para cumplir con esa finalidad, la actual emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 lo convierte en una prioridad, si consideramos que la estancia en prisión en las actuales circunstancias puede comportar el sometimiento de las personas presas a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Para finalizar, el SIRCAIVI podría adaptar sus herramientas respecto del COVID-19 en dos ámbitos concretos. Por un lado, respecto de su registro de violencia institucional carcelaria, monitorizando el cumplimiento de las recomendaciones internacionales, tales como el número de medidas de excarcelación, penas de cumplimiento domiciliario o similares que se adopten; las medidas penitenciarias que se hayan tomado para asegurar el mantenimiento de un espacio físico que haga posible el distanciamiento físico; o las medidas de reforzamiento del personal sanitario y facultativo en los centros penitenciarios y de los equipos de protección, prevención y detección.

Y, por otro lado, el SIRCAIVI podría refor-

12 <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/4983-argentina-adopto-la-guia-regional-de-atencion-integral-a-victimas-de-violencia-institucional-en-las-prisiones-de-america-latina>.

zar su Servicio de Atención a Víctimas y Familiares para mantener canales de información veraz y completa sobre la situación de la pandemia, así como de las medidas que se toman para contenerla y que podrían ayudar a evitar graves incidentes dentro de las prisiones y situaciones de mucha angustia e incertidumbre por parte de los presos/as y sus familias.

Bibliografía

Aedo Rivera, Marcela y Laura Romero Rojas. 2020. "Cárcel, pandemia y mujeres privadas de libertad: algunas reflexiones desde la experiencia en Chile". Rivera (coord.) *PANDEMIA. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempos de coronavirus)*, 293-310. Barcelona: Tirant lo Blanch.

Carranza, Elías. 2015. *Las cárceles en América latina y el Caribe. ¿Qué hacer?, ¿qué no hay que hacer?* ILANUD.

Rivera, Iñaki y Alejandro Forero. 2018. *Guía regional de atención integral a víctimas de violencia institucional en las prisiones de América Latina* Herramientas Eurosocial 06, Cohesión social en la práctica. Programa EUROsocial y Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP) <https://eurosocial.eu/biblioteca/doc/guia-regional-de-atencion-integral-a-victimas-de-violencia-institucional-en-las-prisiones-de-america-latina/>.

Wolff, María Palma. 2020. "Prisiones y Covid-19 en Brasil: de la pandemia a lo pandemonio". Rivera (coord.) *PANDEMIA Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempos de coronavirus)*, 271-292. Barcelona: Tirant lo Blanch.

Artículos en periódicos

Agencia EFE. 2020. "La ONU alerta de la rápida expansión del COVID-19 en las cárceles americanas", *EFE*, 5 de mayo. <https://www.efe.com/efe/america/sociedad/la-onu-alerta-de-rapida-expansion-del-covid-19-en-las-carceles-americanas/20000013-4238379>.

Arciniegas, Yurany. 2020. "Lurigancho, la mayor cárcel de Latinoamérica donde los presos se unen para vencer al Covid-19", *France24 - EFE* <https://www.france24.com/es/20200623-carceles-covid19-peru-coronavirus-contencion-hacinamiento>.

Beresovsky, Alejandra. 2020. "La OPS recomienda que algunos presos dejen las cárceles para evitar hacinamientos". *La Voz*, 22 de abril.

Devanna, Cecilia. 2020. "Si los presos se enferman, van al hospital público". *Perfil*, 24 de abril. <https://www.perfil.com/noticias/actualidad/coronavirus-si-los-presos-se-enferman-van-al-hospital-publico.phtml>.

Estepa, Héctor. 2020. "Hacinamiento, crimen y virus: la historia detrás de las fotos de presos en El Salvador". *El Confidencial*, 2 de mayo. https://www.elconfidencial.com/mundo/2020-05-02/presos-pandilleros-carceles-salvador-coronavirus_2573676/.

Fahsbender, Federico. 2020. "El brutal motín en el penal de Florencio Varela donde mataron a un preso se disparó por un audio falso de WhatsApp". *Infobae*, 23 de abril.

Forero, Alejandro e Iñaki Rivera. 2020. "La COVID-19 y el sistema penitenciario en América Latina". *El Blog de la FIIAPP*, 11 de junio. <https://www.fiiapp.org/la-covid-19-y-el-sistema-penitenciario-en-america-latina/>.

Guterres, António (secretario general de la ONU). 2020. “We are all in this Together: Human Rights and COVID-19 Response and Recovery”, 23 de abril. <https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/we-are-all-together-human-rights-and-covid-19-response-and>.

Kollmann, Raúl. 2020. “Coronavirus: Casación otorgó domiciliaria a 2300 presos que integran grupos de riesgo”. *Página 12*, 10 de abril. <https://www.pagina12.com.ar/258586-coronavirus-casacion-otorgo-domiciliaria-a-2300-presos-que-i?amp=1>.

Peiró, Patricia. 2020. “Cómo mantener alejado el coronavirus de más de un millón y medio de presos”. *El País*, 20 de abril. https://elpais.com/elpais/2020/04/14/planeta_futuro/1586883088_873135.html.

Telesur. 2020. “Crisis sanitaria por Covid-19 se agrava en cárceles de Colombia”, 9 de junio. <https://www.telesurtv.net/news/aumentan-contagios-con-coronavirus-carceles-colombia-20200609-0008.html>.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2020. “Entrevista a E. Raúl Zaffaroni – En torno a la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos, ‘COVID-19 y Derechos Humanos’”, Por Conrado Yasenza. *La Tecl@ Eñe*. <https://lateclaenerevista.com/entrevista-a-e-raul-zaffaroni-en-torno-a-la-declaracion-de-la-corte-interamericana-de-derechos-covid-19-y-derechos-humanos-por-conrado-yasenza/>.

Documentos y normas de organismos nacionales

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República de Argentina. Resolución N° 184/2019, de 25 de marzo de 2019 <https://>

www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/204115/20190326.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH. 2020. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 28: Derecho a la salud*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo28.pdf>.

Documentos y normas de organismos internacionales

ACNUDH y OMS, 2020. “Directriz provisional. COVID-19: Atención especial a las personas privadas de libertad”, 27 de marzo. Disponible en: <https://interagencystandingcommittee.org/system/files/2020-05/IASC%20Interim%20Guidance%20on%20COVID-19%20-%20Focus%20on%20Persons%20Deprived%20of%20Their%20Liberty%20%28Spanish%29.pdf>.

Comisión IDH, “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, Resolución 1/2020, del 10 de abril de 2020.

Comisión IDH, “Derechos Humanos de las Personas con COVID-19”, Resolución 4/20, de 27 de julio de 2020. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/180.asp>.

Comisión IDH. 2017. *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.163, Doc. 105, 3 julio 2017.

Corte IDH. 2020. “COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones in-

ternacionales (Declaración 1/20)”, 9 de abril. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>.

Instituto de Investigación de Política Criminal, Birkbeck College, Universidad de Londres. 2018. *World Prison Population List*. (12º edición) https://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27.

Instituto de Investigación de Política Criminal, Birkbeck College, Universidad de Londres. 2018. *World Female Imprisonment List*, 2018 (4º edición) https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf.

Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD). 2020. *El sistema penitenciario ante la encrucijada producto de la crisis provocada por el covid-19*. [https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/ILANUD%20COVID-19%20\(1\).pdf](https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/ILANUD%20COVID-19%20(1).pdf).

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos (OSPDH). 2020. *Recomendaciones internacionales, estatales y nacionales sobre la gestión del coronavirus en las prisiones*. Marzo-Mayo '20, http://www.ub.edu/ospdh/sites/default/files/documents/publicacions/recomendaciones_compressed.pdf.

UNICEF. 2020. *Technical Note: COVID-19 and Children Deprived of their Liberty*. 8 de abril. https://alliancecpha.org/en/system/tdf/library/attachments/covid-19_and_children_deprived_of_their_liberty_v1_lowres_0.pdf?file=1&type=node&id=37911.

UNODC, OMS, ONUSIDA y ACNUDH, 2020. “Declaración conjunta sobre la COVID-19 en prisiones y otros centros de detención”, 13

de mayo. Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/13-05-2020-unodc-who-un aids-and-ohchr-joint-statement-on-covid-19-in-prisons-and-other-closed-settings>.

SECCIÓN IV

ENTREVISTA

“No vamos a permitir que los jueces pongan sus manitas en las prisiones”

Profesor Miguel Sarre

Profesor del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y miembro del Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura de México.

Por Rubén A. Alderete Lobo

Abogado (UBA), máster en Derecho Penal (UP), profesor adjunto (int.) de Derecho de Ejecución Penal (UBA) y de Posgrado (UP). Director del Instituto de Estudios Jurídicos de Ejecución Penal (INEJEP). Secretario letrado de la Defensoría General de la Nación.

RAL: ¿Cómo ve la situación carcelaria mexicana en relación con la realidad penitenciaria de la región?

*MS: Para bien y para mal, al interior de cada país de la región, incluyendo a México, en el aspecto de administración carcelaria no predominan modelos “estandarizados” de la prisión, por lo que las diferencias entre cada una de ellas, en cada Estado nacional, suele ser abismal; de ahí, la pertinencia de aproximarse a la cuestión con parámetros referenciales de condiciones edilicias (incluyendo las problemáticas de su ubicación geográfica y el hacinamiento interno); equipamiento; servicios y suministros, y gobernanza (incluyendo su régimen ordinario y disciplinario), entre los más significativos. Si con estos elementos se pudiese reflejar una especie de silueta nacional ponderando todas sus prisiones, seguramente que cada uno de nuestros países formaría una estrella con puntas muy similares; en ningún caso se observaría algo semejante a una esfera. La “tentación” de establecer un *ranking* global se estrellaría –para utilizar la misma figura– con la insuperable dificultad de ponderar, por ejemplo, el derecho a la protección de la salud de las personas privadas de la libertad con el derecho al centro natural (que comprende la cercanía geográfica al lugar en el que se encuentra el núcleo afectivo de la persona en prisión).*

En el aspecto jurídico de la realidad carcelaria (finalmente, la prisión no es un fenómeno natural, sino una *criatura constitucional*), los Estados son menos heterogéneos hacia su interior y, a la vez, los elementos que conforman la silueta que se forma aquí –a diferencia de la referida facticidad de cada prisión y cada país– responde a un modelo más identificable y, por ende, más comparable.

En el sentido apuntado –no sin el riesgo de simplificar– puede afirmarse que el sistema mexicano corresponde a un *modelo de debido proceso en la ejecución penal*, con los siguientes elementos: una regulación legal sustantiva y adjetiva propia, justiciabilidad ordinaria y, solo subsidiariamente, en vía constitucional (amparo) de los derechos; consideración de la persona privada de la libertad como una persona con una problemática definida por su situación jurídico-penal (visión secular), alejada de concepciones de corte clínico o moral; carácter de la administración de los centros de reclusión como auxiliares de la justicia; consideración de la prisión como un espacio que forma parte de lo *público*; igualdad procesal entre la administración de la cárcel y las personas reclusas; especialización de la justicia de ejecución penal, que incluye funciones específicas para la defensa y el Ministerio Público; incorporación de sujetos procesales distintos a los de la instancia declarativa (como los visitantes y los observadores de la sociedad civil).

En contraste con el modelo brevemente descrito, en los países de la región prevalecen los que pueden ser denominados como modelos “de gestión” que, si bien están sujetos a controles judiciales (predominando el uso de recursos extraordinarios, como el *habeas corpus* que, por sus propias características, resultan, en muchos casos, estériles), no conciben a la prisión como parte de un *subsistema de justicia de ejecución penal*. Una manifestación de esta distinción está dada por el hecho de que, en el sistema mexicano, la satisfacción

de los derechos propios de la reclusión, en el marco de un sistema de debido proceso, está cifrada –al igual que en todo juicio– en que se haga justicia y se cumpla con lo resuelto, sin que –como en cualquier otro proceso penal– el juez o la jueza de ejecución deban atener el sentido de su decisión a la *voluntad política* de una de las partes procesales subordinadas a su jurisdicción.

RAL: Usted participó en el diseño y en el proceso de aprobación de la Ley Nacional de Ejecución Penal mexicana. ¿Cómo evalúa los avances de su implementación?

MS: Permítanme sintetizar este proceso con una descripción de las circunstancias que culminaron dos décadas de gestación de la Ley. Sobre la vigencia de la Ley

Como fruto de una concesión de último momento en el Senado a los poderes ejecutivos que se oponían a la aprobación de la Ley (la Secretaría de Gobernación y la entonces Procuraduría General de la República), se redactaron algunas de sus disposiciones transitorias “para darle tiempo” a las autoridades administrativas a prepararse para su cumplimiento. El resultado fue una confusión en su *vacatio legis* que, finalmente, fue superada.

A lo anterior, se sumaron diversos conflictos competenciales agravados por la complejidad del sistema federal mexicano, la naturaleza diferenciada de controversias planteadas ante la justicia de ejecución, especialmente en los casos en que, por distintas razones, las personas cumplen una pena en un lugar distinto a su centro de origen. Las personas juzgadas no siempre han comprendido que –a diferencia de la instancia declarativa que tiene un carácter secuencial *lineal*– la materia de reclusión es una rama propia y autónoma, donde se pueden accionar distintos tipos de controversias con competencias diferenciadas respecto de una misma persona, de manera que, por ejemplo, las cuestiones relativas

a la temporalidad de la pena se ventilan ante un tribunal, mientras que las sanciones administrativas impuestas a la misma persona se impugnan ante uno distinto. Afortunadamente –no sin avances y retrocesos–, la Suprema Corte va desarrollando criterios que permiten decantar las competencias, garantizando la seguridad jurídica requerida.

Un componente de detracción judicial para asumir plenamente este control tuvo su origen en un lenguaje ambiguo de la Ley que resultó de la inercia arrastrada por posturas que fueron superándose en las discusiones de los órganos legislativos, que reconocieron competencia a los jueces tanto respecto de personas procesadas como sentenciadas (por ello, es Ley Nacional de Ejecución Penal, y no “de Penas”). Al respecto, en esta materia pueden identificarse tres generaciones de personas juzgadoras: las de *primera generación*, que negaban la apertura del proceso de ejecución respecto de las personas en prisión provisional, considerando que la ejecución empezaba “a partir de la sentencia”; las de *segunda generación*, quienes empezaron a ejercer jurisdicción sobre las personas procesadas, pero únicamente para resolver cuestiones materiales de su internamiento, tales como los problemas de los servicios de salud; y la *tercera generación*, constituida por quienes llegaron a la conclusión de que los *presos sin condena* son acreedores de justicia de ejecución penal, no solo para cuestiones materiales, como los servicios de salud referidos, sino también sobre las situaciones jurídicas que se susciten durante los meses o años previos a la sentencia, tales como las controversias respecto del cómputo de la pena¹ en abono a una eventual

libertad anticipada. Los jueces y las juezas de *primera generación* ya se han extinguido casi totalmente; sin embargo, son pocas las personas juzgadoras que se ubican en la *tercera generación*.

Sobre la operatividad de la Ley

El diseño institucional de la Ley –al igual que el del proceso penal– supone la interacción de los distintos sujetos procesales legitimados, bajo el esquema adversarial, de manera que, como regla general, se requiere el impulso procesal de las partes. A la fecha, ha sido muy exigua la presencia de organizaciones de la sociedad civil, desaprovechando el espacio que la Ley les reconoce como observadores y como sujetos legitimados para accionar. Lo mismo puede afirmarse del Ministerio Público (fiscales), responsables de combatir los privilegios *de hecho* (materiales o inmateriales) como formas de impunidad en la prisión.

Estos déficits conjugados contribuyen a explicar por qué los derechos garantizados en la norma no han llegado plenamente *a los patios de las prisiones*. Destaca el papel de las y los jueces de ejecución, quienes, en algunos casos, representan el motor del cambio; mientras que en otros, su freno. Lo mismo podría afirmarse de las instancias de mayor jerarquía jurisdiccional, locales y federales.

RAL: La nueva ley mexicana busca abandonar los tradicionales sistemas progresivos premiales que suelen constituir herramientas de control de la población carcelaria. ¿Cómo ha reaccionado la administración penitenciaria frente a estos cambios?

MS: Las autoridades administrativas, en

¹ El cómputo mencionado es el resultado de una obligación procedimental a cargo de la autoridad administrativa de la prisión que debe emitir, año tras año, un informe en el que conste el tiempo que la persona lleva privada de la libertad. Se compone por un elemento cuantitativo, el tiempo en sí mismo, y uno cualitativo,

la conducta, traducida en la imposición (o no) de sanciones disciplinarias. Estas sanciones, en algunos casos graves, pueden tener un efecto en el abono del tiempo y generarán, en consecuencia, un retrimiento proporcional en la materialización de los beneficios constitucionales de libertad.

general, han cumplido con el cambio en la legislación en cuanto al abandono de *los estudios de personalidad* como instrumento central de medición del sistema abolido, que regulaba el grado de progresión de las personas privadas de la libertad. Sin embargo, ante el “síndrome del nido vacío” resultante, las áreas técnico-criminológicas, sin la debida conducción, frecuentemente han reaccionado con valoraciones respecto a la definición y el cumplimiento del *plan de actividades*. Esta clase de actuación no responde ni a los postulados de la Ley ni a las necesidades de gobernanza de los centros, sino a la persecución del *arrepentimiento y propósito de enmienda* de la persona privada de la libertad. Dicha práctica distorsiva puede apreciarse en la actuación de los representantes de los centros ante la justicia de ejecución penal, a partir de la cual, para determinar la procedencia de los reductivos de la pena de prisión, es frecuente la invocación de elementos referidos a valoraciones sobre la futura vida extramuros, ajenos a los *bienes jurídicos propios de la reclusión*, como es el caso de los pronósticos de reincidencia o de “efectiva readaptación social”. En tales supuestos, se expresan, de manera anómica, resistencias e inercias del sistema abrogado.

En general, ha habido una reluctancia por parte de las autoridades administrativas al control judicial de la ejecución penal, especialmente en materia de traslados de personas internas. Ello se ve reflejado en una expresión coloquial utilizada por un alto funcionario estatal cuando se discutía la Ley: “No vamos a permitir que los jueces pongan sus manitas en las prisiones”.

RAL: El fenómeno de la pandemia generado por el COVID-19 ha afectado a todos los sistemas penitenciarios a nivel global. ¿Cuál ha sido el impacto en México y qué medidas se han adoptado para proteger a la población carcelaria?

MS: Las medidas preventivas por parte de las autoridades responsables de la administración de los centros consistieron en campañas informativas, la restricción del régimen de visitas y el incremento de medidas de higiene. Entre las medidas reactivas, están la atención médica al interior de los centros, la creación de “Zonas COVID” para personas que han sido contagiadas y, excepcionalmente, su internamiento en unidades hospitalarias externas.

No tengo conocimiento de resoluciones de los poderes judiciales con impacto significativo ante controversias de orden general sobre el incremento de riesgos para la salud ante la conjugación del maltrato por hacinamiento y la pandemia en los espacios de reclusión. En algunos casos, se han “acelerado” los procesos para la materialización de beneficios de libertad para personas que ya se encontraban en posibilidad de acceder a ellos.

RAL: ¿Cuál es el estado de situación en México frente a la necesidad de administrar las prisiones con perspectiva de género y de brindar protección a personas especialmente vulnerables frente a la privación de libertad, como las pertenecientes al colectivo LGBTI?

MS: La participación de organizaciones de la sociedad civil especializadas en estos temas ha estado menos ausente tanto en los espacios carcelarios mismos como en los foros académicos, lo que ha favorecido el cambio cultural contra de la discriminación. Entre los grupos vulnerables cuyas necesidades especiales continúan siendo invisibilizadas o desatendidas en reclusión, están las personas con discapacidad física y mental, así como las personas pertenecientes a comunidades indígenas.

RAL: ¿Cuál es su opinión respecto de autorizar el uso de dispositivos de tecnología móvil en los establecimientos penitenciarios?

MS: Las nuevas tecnologías de la información tienen un carácter ambivalente en los

espacios reclusión, así como en su aplicación para el cumplimiento de sustitutivos penales. Es decir, por un lado, pueden ser utilizadas para avanzar en propósitos legítimos, como sería favorecer la gobernanza de los centros sin menoscabo de los derechos de la población reclusa, bajo el concepto que podría denominarse de *smart prison* (que incluiría el control electrónico de las esclusas internas, permitiendo, con ello, la instrumentación de un sistema de *tiempos y movimientos* que ubique con precisión a cada persona en el interior del centro, en tiempo real).

Sin embargo, por otro lado, cabe advertir respecto de usos ilegítimos o irracionales; entre los primeros, la invasión injustificada de la privacidad de las personas presas; entre los segundos, la utilización de las pulseiras o tobilleras electrónicas bajo modelos de libertad vigilada, que no superan un test de proporcionalidad en cuanto costos (sociales y económicos) frente a beneficios (riesgo de sustracción a la justicia).

RAL: Las penas de larga duración, indeterminadas o perpetuas son un problema aún no abordado suficientemente por el sistema interamericano de derechos humanos. En ocasiones, este tipo de sanciones implica de facto una sentencia que irremediamente se agota solo con la muerte de la persona en prisión. ¿Cuál es la situación en México, a nivel legal y jurisprudencial, respecto de este tema?

MS: Nominalmente, no existe la “cadena perpetua”; sin embargo, el monto de las penas impuestas, frente a la expectativa de vida de muchas personas en reclusión, constituye de hecho y de derecho una imposición de condenas de por vida, lo que trasciende al núcleo afectivo cercano y a las propias instituciones de salud de los sistemas de prisiones y estatales. La recuperación de la libertad se ha limitado a los casos *in articulo mortis*. Es un tema que debe ser asumido por el siste-

ma interamericano de derechos humanos; de lo contrario, puede relativizarse el desarrollo civilizatorio que implica la superación de la pena de muerte.

RAL: Para finalizar, ¿cuáles son, a su criterio, los desafíos más importantes que enfrentan los sistemas carcelarios de la región en los próximos años?

MS: Percibo, en primer lugar, la necesidad de superar los obstáculos de orden cultural-conceptual, mediante la participación de la sociedad civil y de la academia, para centrarse en conseguir *una prisión con ley* –en tiempo presente– que distinga y, en su caso, relacione su problemática concreta con otros factores y debates; en segundo lugar, el desarrollo de mecanismos de acceso a la justicia y la asunción plena de las funciones procesales por parte de los órganos jurisdiccionales –de justicia ordinaria y, subsidiariamente, de *habeas corpus* o amparo, y de control de constitucionalidad y de convencionalidad–, así como de cada una de las partes intervinientes en la justicia de ejecución penal; y, en tercer lugar, una gestión auxiliar idónea que respete plenamente los derechos del personal, a la vez que se le sujete tanto al control judicial en torno a los efectos procesales de sus acciones u omisiones, como a los controles disciplinarios que les impone su calidad de servidores públicos de la rama ejecutiva.