

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

---

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

## TOMO II

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

**COORDINADORES:**  
MAXIMILIANO RAIJMAN  
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba  
2020

## COVID-19 Y CÁRCELES ARGENTINAS

GUSTAVO A. AROCENA<sup>1</sup>

*“El coronavirus está poniendo a prueba nuestro sistema”*<sup>2</sup>

I. El 31 de diciembre de 2019, en Wuhan (China), fue notificada por primera vez la existencia de una enfermedad causada por coronavirus, a la que dio en llamarse “COVID-19” y que, por la facilidad de su propagación, fue declarada por la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) como generadora de una situación de *emergencia de salud pública de importancia internacional* tan solo un mes después, el 30 de enero de 2020. No mucho tiempo después, el 11 de marzo, ese organismo internacional declaró al brote del nuevo coronavirus como una *pandemia*, luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegara a 118.554, y el número de muertes a 4.281, afectando hasta ese momento a 110 países.

Se sabe que los coronavirus son una familia de virus que pueden causar enfermedades en los humanos, que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS), pasando por la COVID-19, que es provocada por el más reciente de los coronavirus que se ha descubierto.

Como se acaba de anotar, la COVID-19 se propaga con notable sencillez, por contacto de una persona con otra que esté infectada por el virus, a través de las gotículas procedentes de la nariz o la boca que salen des-

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular Ordinario de Derecho Penal, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>2</sup> BYUNG-CHUI Han, “La emergencia viral y el mundo de mañana”, en AA.VV., *Sopa de Wuhan –Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia-*, Editorial ASPO, 2020, p. 97.

pedidas cuando la primera tose o exhala, y la segunda las inhala o las toca tras haber caído sobre los objetos y superficies y luego se palpa los ojos, la nariz o la boca.

Esta circunstancia ha determinado a muchísimos países a adoptar medidas preventivas, como, por ejemplo, el cierre de sus fronteras<sup>3</sup>, el aislamiento social obligatorio, total o parcial, por tiempo determinado o indeterminado (fue lo que, en la República Argentina, dispuso el presidente de la Nación por **decreto de necesidad y urgencia 297/2020**, del 19/03/2020), o, aun, el distanciamiento social, con igual carácter preventivo y obligatorio (es la situación vigente hoy en nuestro país, por virtud del **decreto de necesidad y urgencia 605/2020**, del 18/07/2020).

No es necesaria mayor reflexión para advertir que, justificados o no, legítimos o no, razonables o no, el aislamiento forzado, primero, y el distanciamiento compulsivo, después, han materializado la *restricción al libre ejercicio de derechos constitucionales*, como el derecho de trabajar y el derecho a la libertad ambulatoria, tutelados por el artículo 14 y los artículos 14 y 14 bis, respectivamente, de nuestra Ley Suprema.

Sobre el punto, habremos de coincidir con *Gargarella* en el sentido que “...podemos aprobar muchas de las decisiones tomadas por el Gobierno en este tiempo en cuanto a restricciones de derechos y cuarentenas, pero sin dejar de recordar nunca una historia regada de enseñanzas, sobre los riesgos propios de: 1) centralizar el poder al extremo, en un contexto de desigualdad; 2) limitar derechos constitucionales en nombre de alguna emergencia; y 3) dejar el espacio público en manos de las fuerzas de seguridad”<sup>4</sup>. Pero, prioritariamente, haremos nuestras las palabras del constitucionalista argentino, en cuanto que, aunque la “emergencia de

---

<sup>3</sup> En nuestro país, por **decreto de necesidad y urgencia 274/2020**, del 16/03/2020, el presidente estableció la prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de quince (15) días corridos, de personas extranjeras no residentes en el país, a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso, prescribiendo que dicho plazo podrá ser ampliado o abreviado por el Ministerio del Interior, previa intervención de la autoridad sanitaria nacional, conforme a la evolución de la situación epidemiológica. El término, efectivamente, fue ampliado, y se encuentre vigente a la fecha de culminación de la elaboración de este *paper*, con fecha 17/04/2020.

<sup>4</sup> GARGARELLA, Roberto, “Coronavirus: Los problemas del estado de emergencia en América Latina”, en diario La Nación, sección Opinión, 30 de marzo de 2020, disponible en World Wide Web: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/coronavirus-los-problemas-del-estado-emergencia-america-nid2348990> (accedido el 17 de abril de 2020).

salud” sea, tal vez, la excusa más perfecta para justificar restricciones drásticas de derechos, “...tenemos razones para pensar sobre la cuestión con mayor cuidado. Primero, **resistir la idea de que la emergencia exige («naturalmente») la concentración de poderes**; y segundo, **analizar con extrema prudencia cualquier llamado a intercambiar «protecciones de salud» por «derechos básicos»**. [...L]as libertades básicas (que incluyen derechos políticos, de reunión, petición o queja) gozan de una «prioridad lexicográfica» frente a los restantes: en principio, no deben limitarse nunca, en nombre de necesidades sociales, económicas o de otro tipo. La razón no es oscura: se trata de derechos no «intercambiables» por constituir el «sostén» de todos los demás derechos. Si ellos se ponen en riesgo, toda la estructura de derechos entra en crisis”<sup>5</sup>.

En esta orientación, la **Oficina de la Alta Comisionada de la Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos** ha publicado en su página web oficial, con fecha 6 de abril de 2020, una serie de directrices sobre “COVID-19 y su dimensión de derechos humanos”<sup>6</sup>, en el marco de las cuales se puntualiza:

“Los gobiernos deben tomar decisiones difíciles para responder al COVID-19. El derecho internacional permite la adopción de medidas de urgencia en respuesta a amenazas de gran entidad, pero **a condición de que esas medidas sean proporcionales al riesgo previsto, sean necesarias** y se apliquen de forma no discriminatoria. Esto significa que dichas medidas deben **tener una orientación y una duración específicas**, y que han de **aplicarse de la manera menos invasiva posible**, con miras a proteger la salud pública”.

Para luego, sin solución de continuidad, añadir:

“En lo tocante al COVID-19, **los poderes de emergencia deberán utilizarse con fines legítimos de salud pública (...). Algunos derechos no pueden derogarse**, entre otros el principio de no devolución, la prohibición de la expulsión colectiva, **la prohibición de la tortura y los malos tratos**, y la protección contra el uso de la detención arbitraria”. El estándar principal que –con innegable tino– procura dejar sentado la Alta Comisionada es, pues, aquel según el cual el respeto de los derechos humanos en

<sup>5</sup> GARGARELLA, “Coronavirus”, con negritas incluidas en el texto original.

<sup>6</sup> Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “COVID-19 y su dimensión de derechos humanos”, directrices relativas a COVID-19, 06/04/2020, disponible en World Wide Web: <https://acnudh.org/directrices-relativas-a-covid-19/> (accedido el 20 de abril de 2020).

todo su espectro —que abarca tanto a los derechos económicos y sociales como a los civiles y políticos— será fundamental para el éxito de la respuesta de la sanidad pública<sup>7</sup>. En pocas palabras: cualquier respuesta de emergencia al coronavirus —por parte de los Estados—, si se pretende legítima, debe ser proporcionada, necesaria y no discriminatoria.

Pero no es éste el tópico que pretendemos abordar en este artículo. Antes bien, habremos de proponer algunas premisas de insoslayable consideración, a la hora de analizar la **específica situación** de un colectivo especialmente vulnerable, como lo es el de las *personas privadas de su libertad en un establecimiento penitenciario*, ya sea en carácter de condenados o en condición de encarcelados cautelarmente para preservar los fines del proceso penal.

Es que, si el advenimiento de la (ya reconocida como) pandemia y la imposición del aislamiento y el distanciamiento social, preventivos y obligatorios, pusieron “patas para arriba” la cotidianeidad de la población del mundo libre y suscitaron una explosión de reflexiones en orden a las posibles tensiones entre la obligación inalienable del Estado de proteger la salud pública y los derechos individuales y sociales de todos, sus repercusiones en el mismo ámbito de la vida de los reclusos y en el terreno del respeto al ejercicio de todos sus derechos no afectados por la condena o por la ley (arg. art. 2 ley 24.660) o las necesidades cautelares de tipo procesal, son inabarcables.

Lo expresado es así, al fin y al cabo, porque la ejecución de la pena privativa de la libertad en instituciones totales como las cárceles —al menos, la gran mayoría de las de América Latina, con sus condiciones de **superpoblación**<sup>8</sup>, **higiene precaria** e **infraestructura arcaica**— tornan dificultosa la práctica regular y estricta de las medidas de protección básicas contra el nuevo coronavirus, tales como, por ejemplo, el lavado de manos con un

---

<sup>7</sup> Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “COVID-19 y su dimensión de derechos humanos”.

<sup>8</sup> Para que la afirmación que realizamos en el texto principal no se consolide como una mera afirmación dogmática, y aunque luego volveremos sobre este punto, puede consultarse, a este respecto, el informe sobre la sobrepoblación penitenciaria en los países de América Latina incluido en el texto del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), *El sistema penitenciario ante la encrucijada producto de la crisis provocada por el Covid-19*, San José (Costa Rica), 2020, p. 7. De allí surge, entre otras cosas, que en el año 2016 el sistema penitenciario argentino albergaba en sus establecimientos un número de 9.151 personas superior a la capacidad de alojamiento ideal del sistema.

desinfectante de manos a base de alcohol, o con agua y jabón (elementos que no suelen proveerse con habitualidad a nuestros reclusos), o el **distanciamiento de al menos un (1) metro entre las personas** (que difícilmente puede llevarse a cabo en instituciones que albergan muchas más personas que las permitidas por su capacidad de alojamiento ideal)<sup>9</sup>.

Son –todo debe ser dicho- **medidas elementales para la preservación de un derecho**, como el de la **salud**, cuya protección tiene también raigambre constitucional (art. 42 C.N), y que –como se acaba de puntualizar- en modo alguno se ve afectado por la condena o por la ley respecto de las personas condenadas a una pena privativa de la libertad, en tanto verdaderos sujetos de derechos que aquellas son (arg. art. 2 ley 24.660<sup>10</sup>);

<sup>9</sup> Organización Mundial de la Salud, Coronavirus (COVID-19), Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19), Cómo protegerse, Medidas de protección básicas contra el nuevo coronavirus, disponible en World Wide Web: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public> (accedido el 19 de abril de 2020).

<sup>10</sup> Sobre el artículo 2 de la ley penitenciaria argentina, hemos tenido oportunidad de aseverar: “La disposición legal establece expresamente la vigencia del **principio constitucional de reserva** (artículo 19 C.N.) en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Se recepta, en sede de ejecución penitenciaria, la máxima según la cual ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

“Puede decirse que la disposición que examinamos es, de alguna manera, una **derivación lógica del principio constitucional de legalidad** del artículo 18 de la Ley Suprema, ya que el ámbito de reserva que se pretende amparar está determinado por todos aquellos derechos que no han sido perjudicados en forma legítima y de modo expreso por la resolución jurisdiccional que pone término al proceso o por la ley.

“... [E]ste último principio presupone no sólo que el delito y la pena estén determinados por una ley con carácter previo al hecho en que se funda la sentencia condenatoria, sino también que el cumplimiento de esa pena se verifique en el modo exactamente previsto por el pronunciamiento jurisdiccional que la establece. Se trata, como podrá advertirse, de la **legalidad ejecutiva** (...).

“... ”

“Por virtud del principio de reserva, el condenado a una pena privativa de la libertad es un **sujeto de derechos**, y no alguien que se encuentra en una **relación de sujeción especial** respecto de la Administración penitenciaria según la cual –por tratarse de un terreno de libre conformación por parte de ésta, sustraído a la tutela del derecho- están habilitadas indeterminadas afectaciones a los derechos fundamentales del recluso. Deberá reconocérselo, pues, como titular de los mismos derechos que las personas libres, pudiendo tales derechos ser afectados sólo por las **limitaciones previstas por la ley** como inherentes a la resolución jurisdiccional que dispuso la medida de encierro carcelario” (v. AROCENA, Gustavo A., *Hacia la definitiva consideración del recluso*

menos aún, claro está, en orden a las personas privadas de su libertad con exclusivos fines de tutela procesal.

Veamos, pues, las premisas que deben ser tenidas cuenta en este particular terreno, y en este singular contexto de emergencia.

## II

1. Corresponde, en primer término, abreviar en las normas jurídicas vigentes del ordenamiento jurídico argentino.

Es sabido que, por imperio del **artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional**, distintos tratados internacionales de derechos humanos —entre los que se encuentra la **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes** (Ginebra, 1984), y a los que luego se añadirían otros- **han adquirido jerarquía constitucional**.

Como consecuencia de ello, estos instrumentos internacionales, aunque no se han incorporado materialmente al “cuerpo” de la Constitución formal, han pasado a integrar junto con ésta el llamado “**bloque de constitucionalidad federal**”, que se ubica en la cúspide del orden jurídico interno del Estado y se erige, así, en **principio fundante y de referencia** para la validez de las restantes normas del sistema.

En lo que a la ejecución de las penas privativas de la libertad se refiere, este bloque de constitucionalidad federal contiene pautas de política penitenciaria y reglas sobre la situación jurídica de las personas privadas de la libertad que conforman un verdadero **programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario** al que debe adaptarse la normativa inferior sobre la materia.

Desde luego, este programa comienza con el fundamental artículo **18 de la Ley Suprema Argentina**.

En lo aquí interesa, la citada disposición legal prescribe:

“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”.

---

*como sujeto de derechos*, ConTexto, Resistencia, 2014, pp. 30 a 32, con negritas que obran en el original.

Se trata de una norma que, según la tesis a la que adherimos, consagra el **principio de humanidad en la ejecución de las penas privativas de la libertad**, que constituye la máxima que debe regir todo el sistema de ejecución de la pena de encierro.

Como explica *Núñez*, el objeto de la cláusula, que introduce una trascendental pauta de política penitenciaria de jerarquía constitucional, es "...proscribir toda medida de crueldad o excesivo rigor que pudiera emplearse contra los presos mientras permanezcan en las celdas. El castigo para el encarcelado –añade el jurista– no debe ser otro que la pena misma con arreglo a su propia manera de ser legal. **Las cárceles en sí mismas –concluye– por sus condiciones materiales, higiénicas y de salubridad, no deben agravar el mal inherente a la pena**, ni las autoridades ejecutarlas en forma que aumenten ese mal"<sup>11</sup>.

Por otro lado, el orden jurídico constitucional del país, y el programa que él instituye en materia de ejecución del encierro carcelario, incluyen, esta vez por medio de los tratados internacionales elevados a la jerarquía de la Carta Magna, disposiciones igualmente relevantes a los fines del tópico que abordamos en el presente texto.

En este sentido, merece la pena mencionar aquí la ya citada **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su **Resolución 39/46**, de 10 de diciembre de **1984**.

El **artículo 16** de este conjunto normativo, en su **apartado 1.**, estipula:

"Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción ...**actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes** y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona".

**2.** A estas reglas integrantes del programa constitucional relativo a la ejecución del encierro carcelario se añaden otras, no ya de raigambre constitucional, sino legal.

---

<sup>11</sup> V. NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960, t. II, p. 361.

En efecto, la **ley argentina 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad**, trae prescripciones vinculadas con el *trato* que ha de dispensarse a los reclusos y con su *derecho a la salud*, comprendido entre los múltiples derechos de los que aquél es titular, y que no resultan limitados por la sentencia que dispuso su condena ni por la ley.

Así, el **artículo 58** de la ley penitenciaria argentina señala:

“El régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello se implementarán **medidas de prevención**, recuperación y rehabilitación **de la salud y se atenderán especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos**”.

Y el **artículo 143** agrega:

“El interno **tiene derecho a la salud**. Deberá brindársele oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescritos”.

### III

¿Por qué es importante tener presente el artículo 18 de la Constitución y el derecho a la salud de los reclusos, cuando debemos reflexionar sobre la situación de los reclusos en contextos de emergencia sanitaria?

La jurisprudencia puede ayudarnos a responder el interrogante.

Efectivamente, la propia **Corte Suprema de Justicia de la Nación**, en el magnífico precedente “**Badín**”<sup>12</sup>, ha tenido oportunidad de subrayar:

“...un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas, proscribiendo toda medida «que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija» (art. 18 de la Constitución Nacional). Tal postulado, contenido en el capítulo concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa tradición en nuestro país ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 a más de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación a los derechos humanos. Aunque la reali-

---

<sup>12</sup> C.S.J.N., “Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 19/10/1995, en Fallos: 318:2002, con negritas agregadas.

dad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la **cláusula tiene contenido operativo**. 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**".

La idea, pues, es bastante clara: en virtud de la particular situación en la que se encuentran las personas que cumplen una pena privativa de la libertad en una institución total –en la que el interno se no puede proveer a sí mismo de los bienes y servicios que satisfagan eficazmente sus necesidades básicas-, el Estado tiene una **posición de garante** respecto de la vida y la salud de tales personas, que lo obliga a adoptar las medidas imprescindibles para evitar cualquier situación lesiva o riesgosa para tales bienes jurídicos de los sujetos prisionizados. El Estado, pues, por su especial posición institucional, es garante de la preservación de la vida y la salud de los reclusos, pesando, sobre aquél, **expectativas normativas derivadas de su rol**, cuya defraudación deriva en la responsabilidad –incluso, o *principalmente*, penal- de esta agencia oficial.

Para expresarlo en otros términos, y recurriendo, ahora, a Jakobs, en cuanto alude a la posición de garante que surge:

“...de roles especiales, que obligan a su respectivo titular a configurar el mundo en común con el sujeto favorecido y, por tanto, a hacer llegar a un ámbito de organización ajeno determinadas prestaciones, siempre que estas sean necesarias y con independencia de dónde resida la causa de esta necesidad. En este grupo se trata de las instituciones sociales imprescindibles que obligan a la solidaridad, esto es, ...de las prestaciones estatales elementales, en particular, ...los principios fundamentales del Estado de derecho en sentido material y formal”<sup>13</sup>.

El Estado, en definitiva, con respecto a las personas que guarda en sus cárceles, desempeña un **rol institucional que genera expectativas normativas** que forman parte de su rol, y que lo obligan a **evitar resultados de lesión o de peligro para la vida o la salud de aquéllas**, bajo de riesgo

---

<sup>13</sup> Cfr. JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»”, en Jakobs, Günther, Estudios de Derecho penal, traducción al castellano y estudio preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM Ediciones – Civitas, Madrid, 1997, pp. 212 y 213.

de ser legítima y legalmente reprochado, incluso penalmente, en caso de no hacerlo.

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos** ha reafirmado esta concepción, aun en forma más categórica:

“Frente a las **personas privadas de libertad**, el **Estado se encuentra en una 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 e interacción especial de sujeción entre la persona privada de 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.

“...Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último **debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse** o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar”<sup>14</sup>.

La invocación de la jurisprudencia del tribunal con sede en San José de Costa Rica no es, desde luego, azarosa.

Es que, la **jurisprudencia** de órganos internacionales -como, justamente, la citada Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>15</sup>-, al igual

---

<sup>14</sup> Corte I.D.H., **Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay**, Sent. de 02/03/de 2004, nm. 152 y 153.

<sup>15</sup> En este sentido, en el precedente “**Gioldi**”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que “...la «jerarquía constitucional» de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, «en las condiciones de su vigencia» (art. 75, inc. 22, párr. 2º, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y *considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*” (C.S.J.N., 07/04/1995, “**Gioldi**”, en Fallos: 318:514. La bastadilla es nuestra).

que la *opinión* de agencias internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>16</sup>, deben **servir de guía** para la interpretación de los preceptos de los instrumentos sobre derechos humanos de tipo convencional: concretamente, y en el caso de estas dos instituciones, de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>17</sup>.

Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”, O.E.A., 1969)<sup>18</sup>, en *sintonía con el referenciado programa constitucional de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, prevé, entre otros, el **derecho a la vida** (art. 4.1), el **derecho a la integridad física y psíquica** (art. 5.1), y el **derecho a no ser sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes** (art. 5.2), consagrado para todas las personas en general, sin distinción de carácter de inocentes o condenadas legítimamente por la comisión de un hecho delictuoso.

#### IV

No está de más añadir, por otra parte, que también las normas del *soft* o *weak law*<sup>19</sup>, *aluden a la posición de garante del Estado respecto de las personas que guarda en sus cárceles.*

*Más allá de la falta de vigencia normativa vinculante de esta clase de disposiciones, nadie discute su relevancia, derivada de la ascendencia y representatividad de la agencias de las cuales ellas provienen.*

---

<sup>16</sup> Lo sostiene la Corte Suprema en el caso “**Bramajo**”: “La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [señala el cimero tribunal argentino] *deben servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*” (C.S.J.N., 12/09/1996, “**Bramajo**”, en Fallos: 319:1840, con cursiva agregada).

<sup>17</sup> Sobre esto, v. CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 11.

<sup>18</sup> Conjunto normativo de jerarquía constitucional, por virtud del artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación Argentina.

<sup>19</sup> Para un análisis global del tema del *soft law*, v. AA.VV., *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Dinah Shelton (editor), Oxford University Press, New York, 2000. Sobre los aspectos generales de aquel concepto, v. Baxter, R. R., “International law in «her infinite variety»”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, octubre, 1980, pp. 549 a 566.

*En este terreno, podemos traer a colación las llamadas “Reglas Mandela”<sup>20</sup>, cuya directriz 24 se ocupa de los servicios médicos en los siguientes términos:*

“1. La **prestación de servicios médicos a los reclusos es una responsabilidad del Estado**. Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica.

“2. Los servicios médicos se organizarán en estrecha vinculación con la administración del servicio de salud pública general y de un modo tal que se logre la continuidad exterior del tratamiento y la atención, incluso en lo que respecta al VIH, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas, y la drogodependencia

Como puede advertirse, la regla se orienta en la exacta misma dirección que la concepción ya expuesta en orden a la posición de garante del Estado en relación con las personas alojadas en establecimientos penitenciarios.

## V

Sentado todo esto, podemos avanzar interrogándonos sobre qué circunstancias corresponde tener en cuenta a la hora de reflexionar sobre los **requisitos para el correcto desempeño del Estado en su rol de garante de los reclusos**, ante una enfermedad como la COVID-19, que –como hemos visto- se transmite fácilmente de una persona a otra a través de las gotas procedentes de la nariz o la boca que salen despedidas cuando el infectado tose, estornuda o habla, o cuando un tercero toca superficies u objetos contaminados, y que –como también hemos anotado- fue declarada por la Organización Mundial de la Salud como “pandemia”, el 11 de marzo de 2020.

La propia **Organización Mundial de la Salud**, en una *Guía Interna* elaborada el 15 de marzo, puntualizó en torno a este asunto:

“Las **personas privadas de libertad**, como las que se encuentran en prisiones y otros lugares de detención, **son generalmente más vulnerables**

---

<sup>20</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por la Asamblea General, por resolución 70/175, del 17 de diciembre de 2015.

a la enfermedad del Coronavirus (COVID-19) que la población general debido a las **condiciones de confinamiento en las que viven juntas durante prolongados períodos de tiempo**. Además, la experiencia demuestra que las prisiones, las cárceles y otros lugares similares en los que las personas están reunidas con mucha proximidad pueden actuar como fuente de infección, amplificación y propagación de enfermedades infecciosas dentro y fuera de las prisiones. Por consiguiente, la **salud en las cárceles se considera en general como salud pública**. La respuesta al COVID-19 en las prisiones y otros lugares de detención es particularmente difícil, ya que requiere un enfoque de todo el Gobierno y de toda la sociedad...”<sup>21</sup>.

...

“...las personas recluidas en prisiones suelen tener una **mayor carga subyacente de enfermedad y peores condiciones de salud que la población en general**, y con frecuencia se enfrentan a una mayor exposición a riesgos como el tabaquismo, una higiene deficiente y una débil defensa inmune debido al estrés, mala nutrición o prevalencia de enfermedades coexistentes, como los virus de transmisión sanguínea, la tuberculosis y los trastornos relacionados con el consumo de drogas”<sup>22</sup>.

...

---

<sup>21</sup> World Health Organization (WHO), “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance”, 15 March 2020, p. 1, disponible en World Wide Web: [http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf) (accedido el 9 de mayo de 2020). El documento obra solo en lengua inglesa. Textualmente, la guía señala: “People deprived of their liberty, such as people in prisons and other places of detention, are likely to be more vulnerable to the coronavirus disease (COVID-19) outbreak than the general population because of the confined conditions in which they live together for prolonged periods of time. Moreover, experience shows that prisons, jails and similar settings where people are gathered in close proximity may act as a source of infection, amplification and spread of infectious diseases within and beyond prisons. Prison health is therefore widely considered as public health. The response to COVID-19 in prisons and other places of detention is particularly challenging, requiring a whole-of-government and whole-of-society approach”. La traducción es nuestra.

<sup>22</sup> World Health Organization (WHO), “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons”, p. 2. En el texto, en lengua inglesa, se lee: “...people in prisons typically have a greater underlying burden of disease and worse health conditions than the general population, and frequently face greater exposure to risks such as smoking, poor hygiene and weak immune defence due to stress, poor nutrition, or prevalence of coexisting diseases, such as bloodborne viruses, tuberculosis and drug use disorders”. La traducción nos corresponde.

**“El marco de los derechos humanos proporciona principios rectores para determinar la respuesta al brote de COVID-19. Deben respetarse los derechos de todas las personas afectadas, y todas las medidas de salud pública deben llevarse a cabo sin discriminación de ningún tipo. Las personas en prisiones y otros lugares de detención no sólo son más vulnerables a la infección por COVID-19, sino que también son especialmente vulnerables a las violaciones de los derechos humanos”<sup>23</sup>.**

...

“... la OMS reitera los importantes **principios que deben respetarse en la respuesta al COVID-19 en las cárceles y otros lugares de detención**, que se basan firmemente en las normas internacionales de derechos humanos y en las reglas y normas internacionales de prevención del delito y justicia penal:

“La prestación de servicios de atención de la salud a las personas que se encuentran en prisiones y otros lugares de detención es una **responsabilidad del Estado**.

“Las personas reclusas en prisiones y otros lugares de detención deben gozar de los **mismos estándares de atención de la salud que están disponibles en el mundo libre**, sin discriminación por razón de su condición jurídica. (...)”<sup>24</sup>.

En síntesis, el Estado, para desempeñar adecuadamente su posición de garante de las personas que guarda en sus cárceles, *especialmente en*

<sup>23</sup> World Health Organization (WHO), “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons”, p. 3. El original, en términos textuales, manifiesta: “The human rights framework provides guiding principles in determining the response to the outbreak of COVID-19. The rights of all affected people must be upheld, and all public health measures must be carried out without discrimination of any kind. People in prisons and other places of detention are not only likely to be more vulnerable to infection with COVID-19, they are also especially vulnerable to human rights violations”. Nuevamente, la traducción es de nuestra autoría.

<sup>24</sup> World Health Organization (WHO), “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons”, p. 3. El texto original aduce: “WHO reiterates important principles that must be respected in the response to COVID-19 in prisons and other places of detention, which are firmly grounded in human rights law as well as the international standards and norms in crime prevention and criminal justice:

“The provision of health care for people in prisons and other places of detention is a State responsibility.

“People in prisons and other places of detention should enjoy the same standards of health care that are available in the outside community, without discrimination on the grounds of their legal status. (...)”. La traducción es nuestra.

*contextos de una pandemia fácilmente transmisible entre las personas que están en contacto estrecho durante largos períodos, debe velar por la vida y la salud de ellas*, teniendo en cuenta que integran un **colectivo especialmente vulnerable**, cuyos derechos deben ser **atendidos especialmente**, teniendo en cuenta que merecen los **mismos estándares de atención de la salud** que aquéllos a los que pueden acceder las personas en el medio libre. Y todo esto, aun, desde la perspectiva que impone el debido respeto a los derechos humanos en relación con un problema reconocido como de “salud pública”.

## VI

Pero, acerquémonos más a la específica situación de la República Argentina.

Como punto de partida básico, parece incontestable que la configuración de una política penitenciaria que —en estas particulares coyunturas (y, en rigor de verdad, en *toda* coyuntura)- no se pretenda enajenada de la realidad y, por ello, ineficaz, sino razonablemente idónea, **debe reparar en la realidad de nuestras prisiones**.

Desde luego que no podemos realizar en este texto una descripción exhaustiva de los rasgos definitorios de las cárceles argentinas, pero sí podemos, sobre la base de evidencia empírica, dar cuenta de un dato estructural<sup>25</sup> de los establecimientos penitenciarios de nuestro país, a saber: **la sobrepoblación reclusa**. Las cárceles argentinas, prácticamente en su casi totalidad, *alojan más personas que la cantidad que la capacidad del sistema tolera*.

---

<sup>25</sup> “El hacinamiento es uno de los principales problemas de los lugares de privación de libertad en América Latina y en muchas otras partes del mundo. La extrema sobrepoblación redundante en una grave y continua vulneración de la dignidad y derechos humanos de las personas privadas de libertad, requiriéndose reformas estructurales para su gestión” (cfr. Centro de Estudios Legales y Sociales [CELS] – Conectas. Derechos Humanos, “Aportes para el proceso de revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas”, en CELS, Cárceles y Sistema Penal, 16/11/2013, p. 34, disponible en World Wide Web: [https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/01/CELS-y-Conectas\\_Aportes-al-proceso-de-revision-de-las-Reglas-Minimas-para-el-Tratamiento-de-los-Reclusos.1.pdf](https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/01/CELS-y-Conectas_Aportes-al-proceso-de-revision-de-las-Reglas-Minimas-para-el-Tratamiento-de-los-Reclusos.1.pdf) -accedido el 12 de mayo de 2020-).

Para apoyar el aserto en un dato concreto, digamos que, en 2016, en un sistema carcelario cuya capacidad (institucionalmente declarada) permitía el alojamiento de **67.110 reclusos**, había albergadas **76.261 personas**<sup>26</sup>, o sea, **casi 10.000 individuos más; concretamente, y como vimos precedentemente en nota al pie de página, 9.151 reclusos más** que los que el sistema admitía. El “Informe Anual” del Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Penal (SNEEP) de 2018<sup>27</sup> no modifica sustancialmente esta información<sup>28</sup>, pero aporta otro dato significativo, sobre el que luego volveremos, a saber: de las 94.883 personas privadas de su libertad en establecimientos carcelarios, el 53% son condenados, y el 47%, procesados o retenidos en alguna otra condición. Para que se entienda: casi la mitad de nuestros reclusos son personas que han sido condenadas por la comisión de un hecho delictuoso, o sea, en términos jurídicos, inocentes.

A esto añade que la **alta selectividad** de la criminalización secundaria de los países latinoamericanos conduce a que las personas prisionizadas sean, en su enorme mayoría, hombres jóvenes, con escasa formación educativa, sin mayores competencias para el desarrollo de actividades laborales lícitas, desocupados, y que cometen prioritariamente delitos contra la propiedad en forma torpe, pues –también en la mayor parte de los casos–, son sorprendidos en flagrancia. Son personas emplazadas por debajo de la línea de la pobreza o de la indigencia, cuyo estado de salud –mediocre, precario– ordinariamente se corresponde con una ali-

---

<sup>26</sup> Para estos datos, v. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), *El sistema penitenciario ante la encrucijada producto de la crisis provocada por el Covid-19*, p. 7.

<sup>27</sup> El informe puede consultarse en Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Afianzar la Justicia, SNEEP 2018, disponible en World Wide Web: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sneep\\_2018\\_final.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sneep_2018_final.pdf) (accedido el 10 de mayo de 2020).

<sup>28</sup> En esta orientación, la Procuración Penitenciaria de la Nación, en su Informe Anual 2018, puntualiza en relación con la sobrepoblación carcelaria: “Se trata de un fenómeno presente a nivel local, y que en los últimos años se ha extendido en los diversos servicios penitenciarios del país. En el caso del SPF, desde el 2011 opera con un promedio de más del 90% de plazas ocupadas y desde hace ya tres años que se registran focos de sobrepoblación en algunos establecimientos y **sobrepoblación general de todo el sistema penitenciario**” (v. Procuración Penitenciaria de la Nación, “Informe Anual 2018”, p. 41, disponible en World Wide Web: <https://www.ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/Sobrepoblacion/Capitulo-Sobrepoblacion-Informe-Anual-2018.pdf> (accedido el 10 de mayo de 2020). Las negritas son nuestras.

mentación deficiente y los más bajos estándares que supone un acceso acotado a sistemas de salud eficaces<sup>29</sup>.

Ahora bien, ¿por qué el problema de la sobrepoblación carcelaria –y la salud precaria de un número importante de reclusos- resulta trascendente al momento de concebir una política penitenciaria para tiempos de emergencia penitenciaria por Covid-19?

La respuesta es simple.

La sobrepoblación carcelaria, que –como sabemos- consiste en el alojamiento de personas por encima de la capacidad funcional, declarada o constatada, de un establecimiento de encierro, “...conlleva una grave vulneración de derechos, al producir hacinamiento, obstaculizar el acceso a derechos básicos y profundizar las pésimas condiciones materiales en las que se desarrolla la privación de la libertad”<sup>30</sup>.

Lo entiende de igual manera, por ejemplo, Salinas:

<sup>29</sup> En la misma sintonía, Rodríguez Yagüe señala con respecto a la población prisionizada: “...son dos las características que hacen de la población reclusa un colectivo especialmente vulnerable ante el contagio y expansión de una enfermedad infecciosa de tan elevado contagio como el coronavirus. Por un lado, es una **población muy masificada, en muchos casos en condiciones de verdadero hacinamiento**. (...) Pero además es una **población cuya salud suele estar muy quebrada**, ya por las mismas condiciones del aislamiento, ya por la edad o la prevalencia de determinadas enfermedades físicas (toxicomanía, VIH, hepatitis, ...) y mentales.

“Esa vulnerabilidad además puede agudizarse en países con **sistemas penitenciarios con condiciones de cumplimiento muy precarias e insalubres**, sin acceso a agua corriente, luz o alimentación e higiene adecuadas, con graves problemas de hacinamiento y/o un acceso a la asistencia sanitaria deficiente o directamente inexistente” (v. RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, “Covid-19 y prisiones: Un desafío no sólo sanitario y de seguridad, también humanitario”, en Revista General de Derecho Penal n° 33, mayo 2020, en prensa, pp. 2 y 3. Las negritas no obran en el original).

<sup>30</sup> Procuración Penitenciaria de la Nación, “Informe Anual 2018”, p. 41. Es que, en rigor de verdad, la sobrepoblación, que aparece cuando el nivel de alojamiento de una unidad excede las plazas penitenciarias, no se corresponde exclusivamente “...con el espacio físico indispensable para la supervivencia de las y los detenidos, sino que **implica un concepto más amplio, como el conjunto de condiciones necesarias para asegurar la vida digna de las personas privadas de su libertad**. Consecuentemente, además del espacio físico del que cada detenido debe ser dotado, la noción de “espacio de vivienda individual” –utilizada para medir la capacidad de las instituciones de encierro debe garantizar determinados servicios y provisiones como calefacción, baños, luz, espacios al aire libre, ventilación, acceso a servicios médicos y oportunidades de estudiar y trabajar” (cfr. Centro de Estudios Legales y Sociales, *Tortura en las cárceles. ¿Por qué no son efectivas las políticas de prevención de la violencia en la Argentina?*, CELS, Buenos Aires, 2017, p. 9, con negrita agregada).

“...el concepto de hacinamiento depende de un juicio normativo sobre de los estándares mínimos que debe observar determinado ámbito de alojamiento para resultar respetuoso de la dignidad humana.

“La cuestión se encuentra regulada en numerosos instrumentos cuando se reconoce la dignidad e igualdad de las personas y su estatus jurídico, personalidad y derechos y se establecen los tratos debidos y prohibidos, proscribiéndose la supresión de la vida y aquellos de naturaleza cruel, inhumana o degradante y que superen lo autorizado legalmente o trasciendan a la persona afectada. **Las condiciones de detención tienen un impacto directo en múltiples derechos.** Afectan la vida, integridad e inviolabilidad, salud, medio ambiente sano, alimentación, vestimenta, educación, seguridad personal, libertad, privacidad, intimidad, protección de la familia e intrascendencia, trabajo y desarrollo personal, entre otros. La ausencia de respuestas judiciales efectivas lesiona la legalidad, la tutela y el debido proceso vaciando de contenido al sistema que garantiza el respeto de los derechos reconocidos por la Constitución, las convenciones internacionales y las leyes<sup>31</sup>.

Sobrepoblación reclusa equivale a hacinamiento, y éste, a su vez, a la ineludible afectación a derechos fundamentales de los internos. Pero, incluso, la ecuación se amplifica exponencialmente, cuando el fenómeno se produce en contextos de una enfermedad, como el Covid-19, que se transmite fácilmente a través del contacto estrecho entre las personas. Es dable sostener, pues, que la pandemia se muestra, así, como un **problema que agrava otro, estructural, como es la sobrepoblación**, que inexorablemente va acompañada de la vulneración de derechos humanos fundamentales de la población reclusa<sup>32</sup>; más aún si se trata de personas con estándares de salud que, ciertamente, no son óptimos.

---

<sup>31</sup> SALINAS, Raúl, *Sobrepoblación penitenciaria y derechos humanos*, tesis de maestría en derechos humanos, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, s/f, pp. 40 y 41, disponible en World Wide Web: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/61025/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/61025/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (accedido el 12 de mayo de 2020).

<sup>32</sup> El 5 de mayo de 2020, el Portavoz de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos presentó una nota informativa sobre las condiciones de las prisiones en América, que da cuenta de los problemas estructurales a los que hacemos referencia en el texto principal. Así, el Portavoz señala:

“Las condiciones en muchas cárceles en la región de las Américas son sumamente preocupantes. Problemas estructurales pre-existentes, tales como el hacinamiento crónico

En este sentido, el **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” (UNPAZ)**, enfatiza:

“Es imperioso ... **asumir el dato estructural de sobrepoblación [de las cárceles de Argentina y de América Latina]**, para poder delinear respuestas efectivas que impidan el aumento de los niveles de conflictividad frente a la pandemia”, puesto que: “Con cárceles de estas características [sobrepobladas y, por consiguiente, con hacinamiento, falta de privacidad, merma en la salud, escasa alimentación, menores actividades educativas, laborales y recreativas, pero también con incremento de la violencia interpersonal e institucional, y un creciente deterioro de las instalaciones en general], la emergencia sanitaria provocada por la pandemia del virus COVID-19 adquiere un matiz más preocupante aún”<sup>33</sup>.

Si el hecho de la sobrepoblación carcelaria impide la adopción de medidas básicas para la prevención de una enfermedad de fácil contagio y que puede llevar a la muerte, como el Covid-19, resulta imperiosa, a la vez que urgente, la **adopción de medidas que modifiquen este estado de**

---

y las malas condiciones de higiene, aunados a una falta de acceso adecuado a servicios de salud, han facilitado la propagación del COVID-19 en muchos centros.

“Miles de reclusos y de personal penitenciario han sido infectados en Norteamérica y en Sudamérica. En muchos países, el creciente miedo al contagio y la falta de servicios básicos – tales como el suministro regular de alimentos - debida a la prohibición de visitas familiares – ha provocado protestas y motines.

“Algunos de estos incidentes en centros de detención resultaron extremadamente violentos. El último de estos incidentes ocurrió el 1º de mayo en el centro penitenciario de Los Llanos en Venezuela, donde un motín habría dejado como saldo la muerte de 47 reclusos. Cuatro días antes, el 27 de abril, un motín en el penal de Miguel Castro Castro en Perú, resultó en la muerte de nueve reclusos. El 21 de marzo, 23 reclusos murieron luego de la intervención de las fuerzas de seguridad para reprimir un motín en la cárcel de La Modelo en Colombia. Otros incidentes, incluyendo intentos de fuga, se registraron en centros de detención en Argentina, Brasil, Colombia, México y Estados Unidos” (v. Portavoz de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Rupert Colville, “Nota informativa sobre las Américas / Condiciones en prisiones”, 05/05/2020, disponible en World Wide Web: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25864&LangID=S> (accedido el 10 de mayo de 2020).

<sup>33</sup> 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” (UNPAZ), Gabriel Ignacio Anitua (director), “Propuestas para mitigar las violaciones a derechos humanos”, en revista Bordes, Universidad Nacional de José C. Paz, 23/04/2020, disponible en World Wide Web: <http://revistabordes.unpaz.edu.ar/emergencia-penitenciaria-y-emergencia-sanitaria/> (accedido el 10 de mayo de 2020).

**cosas. Debe disminuirse la cantidad de personas prisionizadas, para, así, estrechar el problema del hacinamiento carcelario.**

En la misma dirección, Riso manifiesta:

“A la hora de analizar la preocupante situación en la que se encuentran las personas privadas de su libertad frente al riesgo que implica el COVID-19 y la reacción de algunos presos ante ello, es conveniente recordar que las cárceles argentinas desde hace décadas están en abierta tensión con la Constitución Nacional, la cual dispone en su art. 18 que *«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»*. Son varias las conclusiones que pueden extraerse y análisis que se derivan de la cláusula citada, pero ahora, en clima de urgencia, me limitaré a lo siguiente:

“Digamos que la irrupción de la *pandemia no vino a generar un problema donde no lo había, sino que su aparición no hizo más que echarle vinagre a esa herida constitucional abierta en el sistema penitenciario desde hace muchísimo tiempo.*

“Ahora bien, más allá de una situación estructural, lo extremo de las actuales circunstancias, nos obliga a recordar e insistir fuertemente con el mandato constitucional según el cual la pena de privación de libertad que establece un juez no puede ser agravada por las condiciones de la detención, y lo cierto es que en un sistema con altísimos niveles de hacinamiento y sobrepoblación, la amenaza de la pandemia es un indiscutible agravamiento de esas condiciones si no se toman a tiempo los cuidados necesarios y las medidas de higiene y distanciamiento social. En consecuencia, esta situación de total anormalidad urge a que se diferencie entre situaciones especiales para mitigar el hacinamiento y garantizar el distanciamiento necesario...”<sup>34</sup>.

Ha de recordarse que, como hemos visto, recientemente la Organización Mundial de la Salud ha remarcado que los reclusos tienen derecho a los **mismos estándares de atención de la salud** que están disponibles en el mundo libre, **sin discriminación por razón de su condición jurídica**; y la población del medio libre, hoy, en Argentina, vive un **distanciamiento social, preventivo y obligatorio**, dirigido a *evitar el contacto estrecho*

---

<sup>34</sup> V. RISSO, Guido I., *Covid-19. Reflexiones jurídicas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, pp. 11 y 12.

entre las personas, durante períodos significativos. Esto último, como es evidente, es empíricamente imposible en el escenario de nuestras cárceles sobrepobladas.

Es imprescindible –dijimos- una **reducción de la población reclusa** que conduzca a la superación o, el menos, una morigeración sensible del problema del hacinamiento carcelario<sup>35</sup>. Puede pensarse en la sustitución del encierro por carcelario por algunas de las **alternativas para situaciones especiales** que prevé la ley penitenciaria (p. ej., prisión domiciliaria, prisión discontinua –en la medida en que su implementación no perjudique los objetivos perseguidos a través de la emergencia sanitaria declarada por el Poder Ejecutivo Nacional-, etc.), a través de la aplicación analógica *in bonam partem* de estos institutos, su cumplimiento en establecimientos abiertos o regidos por el principio de autodisciplina o la concesión de salidas transitorias que disminuyan los lapsos de convivencia penitenciaria en condiciones de cercana proximidad personal. Y todo esto, desde luego, con arreglo a **criterios razonables** que impidan situaciones injustas o –*sit venia verbis*- moralmente intolerables (v. gr., el favorecimiento de condenados por crímenes aberrantes), como, *verbi gratia*, los relacionados con el reducido monto de la pena, la proximidad de su agotamiento, la condición no violenta del delito cometido y, principalmente, la inclusión del recluso dentro de *colectivos especialmente vulnerables*<sup>36</sup>, como el de las personas con asma, diabetes, cáncer, enfermedades coronarias, discapacidad o

---

<sup>35</sup> El Subcomité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes lo entiende de igual modo, desde que ha recomendado: “Reducir la población carcelaria y otras poblaciones detenidas, en la medida de lo posible, mediante la aplicación de regímenes de puesta en libertad anticipada, provisional o temporal para los detenidos en condiciones de seguridad, teniendo plenamente en cuenta las medidas no privativas de libertad indicadas en las Reglas de Tokio” (Subcomité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, “Advice of the Subcommittee on Prevention of Torture to States Parties and National Preventive Mechanisms relating to the Coronavirus Pandemic”, 25/03/2020, p. 3, con traducción nuestra, disponible en World Wide Web: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/AdviceStatePartiesCoronavirusPandemic2020.pdf> (accedido el 15 de mayo de 2020). El texto, en lengua inglesa, no tiene traducción a la lengua española. En el original, se lee: “Reduce prison populations and other detention populations wherever possible by implementing schemes of early, provisional or temporary release for those detainees for whom it is safe to do so, taking full account of non-custodial measures indicated as provided for in the Tokyo Rules”.

<sup>36</sup> Sin perjuicio de esto, la situación de encierro carcelario en condiciones de hacinamiento emplaça a la totalidad de la población reclusa en la condición de “colectivo

*VIIH / sida y baja inmunidad, o el de los adultos mayores de 60 años y las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, entre muchos otros criterios posibles. También puede repararse, y quizá en mayor medida, en la especial situación de los “presos sin condena”, cuya condición de personas jurídicamente inocentes reclama –en contextos de pandemia, aunque también en *todo tiempo*- un trato como tales, que limite al máximo la utilización del encierro cautelar, y acuda, en lugar de éste, a **medidas de coerción menos gravosas pero igualmente eficaces para conjurar todo riesgo para los fines del proceso** (p. ej., cauciones, prohibición de abandonar determinados lugares, obligación de reportarse periódicamente ante el órgano judicial –incluso por medios tecnológicos que no conspiren contra el distanciamiento social, preventivo y obligatorio-, etc.), o a la aplicación de institutos como la suspensión de proceso a prueba o la expulsión anticipada, entre otros. Probablemente en este ámbito, el de los presos sin condena, sea donde mayor énfasis deban poner las instancias judiciales dispuestas a reducir la población reclusa, ante el constatado uso extendido, y excesivo, de la prisión preventiva, en América Latina, en general, y en la Argentina, en particular.*

Señalados esos criterios puntuales, quizá pueda proponerse, como **“criterio razonable” de consulta obligatoria** para emprender una necesaria reducción de la población reclusa en este contexto de emergencia sanitaria por Covid-19 – siempre, desde luego, partiendo del reconocimiento del interno como sujeto de derechos y del Estado como garante de la preservación de su vida y su salud-, el ya referenciado principio de **“equivalencia de cuidado”** o, más específicamente, **“equivalencia de estándares de atención sanitaria”** entre las personas del medio libre y los privados de libertad.

Con todo, conviene señalar también que esta necesaria reducción de la población reclusa no sólo reclama respuestas, como las anotadas, que corresponden a las administraciones penales, sino también acciones concretas de las restantes agencias estatales.

En este sentido, coincidimos con el **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” (UNPAZ):**

---

vulnerable”, pues impide la implementación de medidas elementales –como el distanciamiento social- para la prevención del contagio y la rápida dispersión del Covid-19.

“No debe perderse de vista al proyectar medidas liberatorias, que **las alternativas judiciales tienen un límite**, que también está vinculado a las mismas lógicas de la jurisdicción, así como de las demandas que realicen desde la instancia penitenciaria. Para ir más allá de aquéllas es que **resulta necesario complementar dichas medidas con dispositivos generales de soltura que solo pueden surgir de las instancias ejecutivas (decretos) o legislativas**”<sup>37</sup>.

En esta sede de análisis, cabe recordar que el problema del Covid-19 y las prisiones, constituye —en la ya mencionada concepción de la mismísima Organización Mundial de la Salud— un asunto de “**salud pública**”, y, como tal, debe ser abordado por *todas las agencias estatales idóneas para contribuir en la configuración de una política criminal respetuosa de los derechos de los reclusos*, a través de los aportes de todos los operadores estatales con incidencia en un tratamiento multidisciplinario de esta coyuntura especialmente compleja que atraviesan nuestras cárceles.

## VII

Podrá alguien aseverar que la concepción que defendemos en este escrito adolece de prudencia, aun cuando se la pueda reconocer fundada en las disposiciones del ordenamiento jurídico argentino que hemos citado.

Ante esto, además de remitirnos a todo cuanto hemos desarrollado, añadiremos que en la misma sintonía se expiden la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** y la **Organización de las Naciones Unidas**.

Precisamente, la **Corte**, en su **declaración 1/2020**, del 9 de abril del corriente<sup>38</sup>, señala:

“**Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos** económicos, sociales, culturales y ambientales **deben ser garantizados sin discriminación** a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, **a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad**, como son ...las personas privadas de la libertad”.

---

<sup>37</sup> Equipo del Proyecto de Investigación “Cambios en el castigo en la Argentina contemporánea”.

<sup>38</sup> Corte I.D.H., Declaración 1/2020, del 9 de abril de 2020, “COVID-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, disponible en World Wide Web: [http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\\_1\\_20\\_ESP.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf) (accedido el 10 de mayo de 2020).

Para luego agregar:

“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”.

Por su lado, la **Oficina para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**, en un documento datado en abril de 2020, concluye:

“Los gobiernos tienen la **obligación legal internacional de proteger y tratar a los reclusos que permanecen bajo custodia**. Además de aquellas **personas que deberían ser puestos en libertad de inmediato, como personas en prisión preventiva por delitos de bajo nivel o no violentos o que no presenten un riesgo significativo de fuga**, los Estados deberían considerar **alternativas a la detención para las personas con mayor riesgo para la salud**, como las personas mayores, las mujeres embarazadas y las niñas, las personas con discapacidades que pueden ponerlas en mayor riesgo de complicaciones de COVID-19 y las personas con inmunidad comprometida o afecciones crónicas como enfermedades cardíacas, diabetes, enfermedades pulmonares, y VIH; personas con responsabilidades de cuidado acusadas o condenadas por delitos no violentos, incluidas mujeres encarceladas con sus hijos; personas en instalaciones semi-abiertas que trabajan en la comunidad durante el día; y personas condenadas por delitos cercanos al final de sus sentencias.

“La suma de los argumentos mencionados en el presente documento demuestra que **la situación actual en muchas cárceles de la región produciría vulneración de los derechos humanos principalmente el derecho a la salud y el derecho a un debido proceso, pero también de la protección contra tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes en casos más graves**. El Alto [La Alta] Comisionado[a] de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos considera que la **liberación de algunos grupos de personas es la respuesta adecuada** en el marco de las medidas anti-pandemia”<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Oficina para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “COVID-19: Argumentos que justifican medidas para reducir la población privada de libertad”, abril de 2020, p. 21, con negritas nuestras.

## VIII

Llegados a este punto, ha de quedar bastante claro que la gestión de la pandemia ocasionada por el COVID-19 en un ámbito tan sensible como el de las prisiones "...es descomunal"<sup>40</sup>, y también que el objetivo prioritario en este terreno es preservar los derechos fundamentales de los reclusos no afectados por la condena o por la ley; en especial, su derecho a la salud.

También ha sido debidamente subrayado que es el Estado quien debe evitar la lesión o concreta puesta en peligro de la vida o la salud de los reclusos, pues ocupa una posición institucional de garante respecto de las personas que guarda en sus instituciones totales.

El Estado, en definitiva, tiene la obligación de proteger a las personas que se encuentran en prisión, garantizándoles el mismo estándar del derecho a la salud que las personas del medio libre.

Sin perjuicio de todo esto, concurren circunstancias adicionales, que deben igualmente ser atendidas en una gestión legítima, a la vez que eficaz, del problema del Covid-19 en estos contextos.

Por un lado, la tutela de la vida, la salud y la integridad física y moral de los reclusos no puede el Estado procurarla, si se pretende legítima, por medio de la (exclusiva y excluyente) restricción de sus derechos, toda vez que esto importaría –como se dijo- **limitar derechos del condenado** –y, obviamente, del preso preventivo- **no afectados por la condena o por la ley** (p. ej., derecho al trabajo –art. 106 ley 24.660-, hoy, paralizado en la casi totalidad de nuestras cárceles, para evitar el contacto estrecho de los internos; derecho a la educación –art. 133 ley 24.660-, actualmente en la misma situación, por iguales razones; y el derecho a las relaciones familiares y sociales –art. 158 y ss. ley 24.660-, severamente restringido en esta coyuntura, atento la restricción de visitas<sup>41</sup> dispuesta para evitar los contactos interpersonales, entre otros). Estas afectaciones de derechos del recluso, a su vez, conduce a otro problema delicado, a saber: la **"... generación de problemas de seguridad como respuesta de los internos a ...las restricciones de derechos**, particularmente en sus contactos con el exterior, adoptadas por las Administraciones penitenciarias de diferentes

<sup>40</sup> En estos términos, RODRÍGUEZ YAGÜE, "Covid-19 y prisiones", p. 4.

<sup>41</sup> "...las restricciones al régimen de visitas... [entre otras medidas] constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana" (Corte I.D.H., "**Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú**", Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

países”<sup>42</sup>. De este modo, la seguridad en las cárceles se convierte en un segundo objetivo prioritario en la gestión de la crisis del COVID-19 en el ámbito penitenciario.

Por otra parte, si bien el objetivo prioritario es, hoy, es proteger a las personas que se encuentran en prisión, este colectivo ha de interpretarse incluyendo no solo a los internos, sino también al **personal penitenciario**, en relación con el cual deben igualmente preverse medidas necesarias para evitar la entrada, contagio y propagación del virus en los establecimientos y en los entornos familiares de los servidores públicos, detectando y aislando los casos positivos y garantizando una asistencia sanitaria adecuada de los infectados.

Por todo esto, y como ha quedado suficientemente expresado, pensamos que:

“La tutela de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral bajo el paradigma del respeto a la dignidad humana exige una actuación proactiva de las administraciones penitenciarias, que va más allá de la prevención de los tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de su personal o de otros internos, y que se proyecta en la **obligación de articular un sistema de condiciones de encarcelamiento apropiadas así como en el establecimiento de los medios adecuados para proteger la salud** de las personas privadas de libertad. Y, **de no poder responder de manera adecuada**, debe comportar la **adopción de medidas de excarcelación** cuando la continuación de la privación de libertad pueda suponer un riesgo para la vida o la dignidad del que la sufre”<sup>43</sup>.

## IX

La jurisprudencia, de alguna manera, se ha hecho eco de estas razones.

Así, a modo de ejemplo, podemos puntualizar que la **Sala I del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires**, a cargo de Víctor Violini, por resolución del **08/04/2020**, en los autos “**Personas privadas de la libertad en el Servicio Penitenciario, Alcaldías y Comisarías de la Provincia de Buenos Aires**”, hizo lugar a un hábeas corpus colectivo presentado para que las **personas detenidas por delitos leves y que se encuentren en situación de riesgo por edad o por patologías preexistentes** —entre ellas,

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, “Covid-19 y prisiones”, p. 3.

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, “Covid-19 y prisiones”, pp. 4 y 5, con negritas agregadas.

mujeres embarazadas o madres con hijos menores- accedan al **arresto domiciliario**.

Originalmente, la acción de Hábeas Corpus había sido interpuesta por distintos Defensores Generales de los Departamentos Judiciales de la mencionada provincia, ante las condiciones de hacinamiento e inhabilitación de las dependencias penitenciarias y policiales, agravadas por la crisis actual del Coronavirus COVID-19. En ese sentido, pusieron de resalto la particular situación de vulnerabilidad que afrontan las personas mayores de sesenta y cinco años, quien presentan enfermedades preexistentes y las mujeres embarazadas o con hijos y menores.

En su resolución, el Juez Violini **encomendó también a los Juzgados de Ejecución** que **consideren** de manera extraordinaria y por única vez, conceder la **detención domiciliaria de aquellas personas que tengan a su disposición detenidos sin condena firme y que estén a 6 meses de obtener la libertad** asistida o condicional.

Respecto a las personas detenidas por delitos graves, el magistrado dispuso que cada Juzgado deberá evaluar la necesidad y oportunidad del arresto domiciliario, o en su defecto, asegurar el distanciamiento sanitario dentro de la Unidad Penitenciaria donde se encuentren.

Por otra parte, Casación autorizó para que los jueces revean de oficio las prisiones preventivas cuyo plazo excedan los 2 años y recordó la prohibición absoluta de mantener alojadas en Comisarias a las personas mayores de 65 años.

## X

### *Podemos ir más allá todavía*

Es que no sólo razones humanitarias aconsejan, e incluso imponen, la reducción de la población reclusa, para posibilitar una prisionización que no vulnere intolerablemente los derechos de los internos.

Según se sabe, los códigos penales prevén, como consecuencia jurídica que ha de seguir a cada hecho delictuoso, escalas penales que se corresponden proporcionalmente con la respectiva gravedad del derecho lesionado por el entuerto.

En lo tocante a este tema, Zaffaroni señala:

“Las **escalas penales están fijadas en tiempo de privación de libertad**, que conlleva un **sufrimiento** inherente a ésta, y dentro de su máximo

y mínimo el juez sigue la misma regla para individualizar la pena para cada caso concreto, es decir, precisa la proporcionalidad en el caso individual.

“La **relación delito-pena se establece, pues, por el legislador y se particulariza en cada caso por el juez** conforme al *principio de proporcionalidad* (+ delito o lesión = + pena = + tiempo de prisión).

“La **proporcionalidad se altera y la pena se vuelve desproporcionada cuando el sufrimiento aumenta**, lo que de por sí sucede con la **superpoblación penal**, pero ahora **se suma a ella la amenaza de muerte** (y aún más su materialización), lo que excede de modo abismalmente desproporcionado el de la mera privación de libertad y sus inevitables consecuencias, que fue el que tuvieron en cuenta el legislador al establecer la escala y el juez al individualizar la pena”<sup>44</sup>.

Pues bien, sentado esto, existen *buenas razones* para considerar que, ante una enfermedad como el Covid-19, de muy fácil transmisión y con idoneidad para causar la muerte de las personas infectadas, un encierro carcelario que impida la adopción de medidas básicas para evitar el contagio (p. ej., distanciamiento mínimo entre las personas), **altera la proporcionalidad de la pena individualizada por el juez al dictar la condena**, pues el sufrimiento no es ya solo el inherente a la privación de la libertad con arreglo a su propia manera de ser legal, sino también el derivado del peligro cierto de afección a la salud por el contagio, e incluso, de muerte.

Dice Zaffaroni:

“En este momento dramático, la pandemia altera la proporcionalidad de modo astronómicamente insólito, dado que la *mortificación* del art. 18 CN es de tal magnitud que pasa a ser una amenaza de muerte inminente”<sup>45</sup>.

Desde otro costado, es pertinente añadir que la sobrepoblación carcelaria, con la consiguiente **limitación excesiva del espacio personal correspondiente a cada recluso** —y la restricción de derechos básicos que ello conlleva—, ha sido considerada por distintos tribunales internacionales, como configurativa de un “**trato degradante**”, proscripto por normas supremas argentinas, conforme lo hemos visto al hacer referencia a la “constitucionalización”, entre otros instrumentos, de la **Convención contra la**

<sup>44</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, “La hora de los jueces”, en revista La Tecl@ Eñe, 30/03/2020, disponible en World Wide Web: <https://lateclaenerevista.com/la-hora-de-los-jueces-por-e-raul-zaffaroni/> (accedido el 11 de mayo de 2020).

<sup>45</sup> ZAFFARONI, “La hora de los jueces”.

## Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Ginebra, 1984)<sup>46</sup>.

Ha quedado anotado, e incluso acabamos de reiterarlo, que la proscripción de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no surge, en relación con el ordenamiento argentino, de reglas del llamado “*soft law*”, sino de prescripciones de la máxima jerarquía del universo normativo jurídico de nuestro país.

Es, justamente, por esto, que el **Comité Nacional para la Prevención de la Tortura** de nuestro país ha elaborado la Recomendación 02/2020, del 25 de marzo de este año, que –bajo el rótulo “**Recomendaciones para organismos judiciales para reducir la población en situación de encierro**”, ha tenido oportunidad de expresar:

“...el Comité insiste en realizar un llamado a los Señores Jueces y Fiscales a tener presente la especial situación por la que atraviesa el país y el mundo, así como la **imposibilidad del Estado de garantizar la integridad física de muchas de las personas privadas de la libertad**, antes de dictaminar en forma negativa o resolver rechazando lo peticionado. Para ello, se recomienda tomar en cuenta prioritaria a las personas que se

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, en el caso “**Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela**”, ha sostenido: “La Corte toma nota de que según el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante «el CPT»), una prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario”, para acto seguido añadir que el alojamiento de los reclusos con singularmente poco espacio por cada interno “...es a todas luces inaceptable y **constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante**, contrario a la dignidad inherente del ser humano y, por ende, violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana” (Corte I.D.H., “**Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas**”, Sentencia de 5 de julio de 2006. A su vez, y como lo indica la propia Corte Interamericana, la **Corte Europea de Derechos Humanos** se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido que el alojamiento de los reclusos en condiciones de hacinamiento es “**cuestionable**”, e incluso, **inaceptable**, a la luz del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuanto prescribe: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. En este sentido, v. Corte E.D.H., casos “**Kalashnikov v. Russia**”, 15/07/2002; “**Ostrovar v. Moldova**”, 13/09/2005; “**Peers v. Greece**”, 19/04/2001; y “**Karalevicius v. Lithuania**”, 07/04/2005, entre otros.

encuentran privadas de su libertad por delitos menores. A su vez, la crisis sanitaria puede ser también una oportunidad para generar mecanismos de justicia restaurativa que eviten la recurrencia a la privación de la libertad como sanción, especialmente respecto de aquellas ofensas que no hay implicado daños a las personas<sup>47</sup>.

Y, en una recomendación posterior –la 05/20, del 7 de abril de 2020-, el organismo de monitoreo, control y seguimiento de los lugares donde se encuentran personas en situaciones de encierro, añade:

“La pandemia de Coronavirus COVID-19 resulta una amenaza concreta y extrema a la salud y la vida de las personas privadas de su libertad, que crece proporcionalmente con los niveles actuales de superpoblación y hacinamiento.

“A la extrema gravedad que reviste la posibilidad de contagio dentro de centros de detención que suelen caracterizarse por la falta de elementos básicos en materia de higiene, salubridad, y deficiente infraestructura, una enorme superpoblación y hacinamiento, se suman los dramáticos eventos sucedidos en las prisiones de Santa Fe y Coronda el 23 y 24 de marzo, con resultados dañosos de muertes y heridos en una cifra que no se había producido en dicha provincia desde hace quince años. Es por ello que, siguiendo las recomendaciones ya emitidas, consideramos indispensable avanzar urgentemente en decisiones destinada a reducir los volúmenes de población privada de su libertad, tanto en sedes penitenciarias como policiales.

“La crisis real que puede desatarse a causa del riesgo de contagio, y el menoscabo al derecho a la vida, a la salud y la integridad personal de las PPL [personas privadas de libertad], se suma el riesgo potencial de la violencia que puede desplegarse ante la impotencia de evitar el contexto patogénico. En este escenario, el Comité destaca las medidas urgentes que se están tomando en relación con la prevención y la atención de la salud en diversas jurisdicciones. No obstante, advierte que dichas medidas pueden resultar ineficaces si no se adoptan decisiones concretas para avanzar en la reducción de los niveles de superpoblación y hacinamiento, tal como se viene adoptando en diversos países como Estados Unidos, Inglaterra y Gales, Italia, España, Chile, Egipto, Argelia, Etiopía, Irán, Marruecos, en

---

<sup>47</sup> Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, Recomendación CNPT 02/2020, “Recomendaciones para organismos judiciales para reducir la población en situación de encierro”, 25/03/2020, p. 1, con negrita agregada, disponible en World Wide Web: <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/04/Medidas-o%CC%81rganos-judiciales-CNPT-.pdf> (accedido el 15 de mayo de 2020).

sintonía con las recomendaciones efectuadas por los más relevantes organismos internacionales y por este CNPT<sup>48</sup>.

Ante esto, la sentencia de Zaffaroni no parece descabellada, ni carente de asidero jurídico:

“...la emergencia plantea una *disyuntiva judicial* férrea: *o se aplica el derecho penal conforme a los principios constitucionales, o bien los jueces se convierten en autores mediatos de torturas, también conforme al derecho penal y a la Constitución*”<sup>49</sup>.

Por su parte, tampoco carece de asidero la invocación de la posible aplicación de la figura del abandono de persona (art. 106 del Código Penal argentino), en cuanto reprocha al que *pone en peligro la vida o la salud de otro, abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar*, e incluso consagra castigos calificados cuando, a consecuencia del abandono, resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima, o su muerte. Con arreglo a todo cuanto hemos desarrollado en el presente texto, nos permitimos la pregunta retórica: ¿No es, acaso, el recluso, una persona que –por su encierro en una institución total<sup>50</sup>- se encuentra incapacitado para proveerse a sí mismo de todo lo necesario para preservar adecuadamente su vida y su salud? Si esto es así, ¿no debe el Estado, en función de su rol institucional, y en cumplimiento de la posición de garante que deriva de él, brindarle al interno los cuidados y contribuciones indispensables para evitar cualquier resultado de lesión o de peligro concreto para su vida o su salud? La respuesta afirmativa para ambos interrogantes es evidente. Tal vez podrá discutirse que tal abandono a su suerte del incapaz en virtud de su prisionización no pueda imputarse a un comportamiento doloso del magistrado o funcionario, conforme lo requiere la figura delictiva, que, ciertamente, no reprocha el comportamiento negligente. Pero no es esta circunstancia algo que derrumbe, de plano, toda posibilidad de analizar la eventual conducta penalmente re-

---

<sup>48</sup> Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, Recomendación CNPT 05/20, 07/04/2020, pp. 1 y 2, disponible en World Wide Web: <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/04/MEDIDAS-PARA-REDUCIR-HACINAMIENTO-COVID19.pdf> (accedido el 15 de mayo de 2020).

<sup>49</sup> Cfr. ZAFFARONI, “La hora de los jueces”.

<sup>50</sup> Por “institución total” entendemos el lugar de alojamiento o residencia donde un gran número de individuos, en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, que es administrada formalmente por una autoridad o centro de decisión institucional centralizado.

prochable del agente, que deberá ser examinada en cada caso concreto, y en función de las circunstancias verificadas en el mismo y conocidas por el servidor público.

Sobre esto, aduce Rusconi:

“...La aplicación de esta norma [la del art. 106 del digesto criminal argentino], que regula el delito de abandono de persona, es una estructura omisiva, es decir, no requiere una acción, requiere que el juez no cumpla con su deber de salvar la salud o la vida del sometido a encierro. Los jueces ya están enterados de lo que implica ese encierro en el marco de una pandemia. Ya lo saben. Han recibido miles de alertas.

“El día de mañana se analizará si esas afecciones de la salud, si esas muertes en el marco de la pandemia se han debido solo al delito de abandono de personas, o también se han realizado a través de decisiones que han sido prevaricatos”<sup>51</sup>.

Todo cuanto hemos expresado en orden a los jueces, desde luego, sin perjuicio de la responsabilidad que también le cabe, en esta especial coyuntura, a la restantes agencias del Estado.

## XI

Arribamos el final de estas reflexiones, acaso demasiado extensas.

Esperemos –tal el desiderátum que las inspiró– que ellas hayan transmitido, en forma clara, a la vez que fundada, una idea simple, a saber: la reducción de la población reclusa alojada en cárceles superpobladas y, con ello, hacinadas, no pareciera resultar una *mera opinión* de algunos aficionados, como nosotros, al Derecho penal.

Por el contrario, la disminución de la cantidad de internos hasta, al menos, alcanzar la capacidad de alojamiento ideal de cada establecimiento penitenciario es, en todo tiempo, pero en particular en contextos de una pandemia fácilmente transmisible e idónea para causar la muerte –como el Covid-19–, una *imposición de nuestro ordenamiento constitucional*, en cuanto prescribe que las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos guardadas en ellas; que estos son sujetos de dere-

---

<sup>51</sup> Vid. RUSCONI, Maximiliano, “¿Jueces irresponsables? No! Jueces responsables penalmente”, en *Identidad Colectiva*, 19/04/2020, disponible en World Wide Web: [https://identidadcolectiva.com.ar/jueces-irresponsables-no-jueces-responsables-penalmente/#\\_ftnref1](https://identidadcolectiva.com.ar/jueces-irresponsables-no-jueces-responsables-penalmente/#_ftnref1) (accedido el 15 de mayo de 2020).

chos, a quienes la sentencia de condena –y, en caso de sujetos procesados, las necesidades de tutela procesal- solo priva de su derecho a la libertad ambulatoria, y no de los restantes derechos de los que goza la totalidad de la comunidad; y que, por último, entre los derechos no afectados por la condena o por la ley se encuentra el derecho a la salud, del que los encarcelados son titulares con los mismos estándares de calidad, eficiencia y atención que las personas del medio libre.

Probablemente la pandemia –aseveramos, no sin advertir lo naíf de la conjetura-, entre las muchas consecuencias negativas que ha acarreado, traiga una derivación plausible, al hacernos repensar muchas de nuestras prácticas sociales, culturales y jurídicas, y obligarnos, en este último terreno, a *poner manos a la obra* para la rectificación de deficiencias estructurales de nuestra “justicia penal”, que pretende garantizar la convivencia pacífica, a través del encierro del delincuente en instituciones cuya sobrepoblación y condiciones materiales, no sólo imposibilitan insalvablemente su pretendida “reinserción social”, sino que también producen una intolerable violación de múltiples derechos del recluso no afectados por la condena o la ley.

El Covid-19, desde esta perspectiva, y según aduce Žižek, puede ser visto quizá como una:

“...amenaza global [que] da lugar a la solidaridad global, [y hace que] nuestras pequeñas diferencias se vuelv[an] insignificantes, [y] todos trabaj[emos] juntos para encontrar una solución... . El punto no es disfrutar sádicamente el sufrimiento generalizado en la medida en que ayuda a nuestra causa; por el contrario, el punto es reflexionar sobre un hecho triste de que necesitamos una catástrofe para que podamos repensar las características básicas de la sociedad en la que nos encontramos. En Vivo”<sup>52</sup>.

¿Será el Covid-19, la catástrofe natural que necesita nuestro sistema de justicia penal, para hacerse cargo de algunos de los problemas estructurales que arrastra desde hace años?

---

<sup>52</sup> Cfr. ŽIŽEK, Slavoj, “Coronavirus es un golpe al capitalismo al estilo de «Kill Bill» y podría conducir a la reinención del comunismo”, en AA.VV., *Sopa de Wuhan – Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia-*, Editorial ASPO, 2020, p. 24.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Dinah Shelton (editor), Oxford University Press, New York, 2000.
- Arocena, Gustavo A., *Hacia la definitiva consideración del recluso como sujeto de derechos*, ConTexto, Resistencia, 2014.
- Baxter, R. R., “International law in «her infinite variety»”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, octubre, 1980.
- Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- Centro de Estudios Legales y Sociales, *Tortura en las cárceles. ¿Por qué no son efectivas las políticas de prevención de la violencia en la Argentina?*, CELS, Buenos Aires, 2017.
- Centro de Estudios Legales y Sociales – Conectas. Derechos Humanos, “Aportes para el proceso de revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas”, en CELS, *Cárceles y Sistema Penal*, 16/11/2013, p. 34, disponible en World Wide Web: [https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/01/CELS-y-Conectas\\_Aportes-al-proceso-de-revision-de-las-Reglas-Minimas-para-el-Tratamiento-de-los-Reclusos.1.pdf](https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/01/CELS-y-Conectas_Aportes-al-proceso-de-revision-de-las-Reglas-Minimas-para-el-Tratamiento-de-los-Reclusos.1.pdf) -accedido el 12 de mayo de 2020-).
- Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, Recomendación CNPT 02/2020, “Recomendaciones para organismos judiciales para reducir la población en situación de encierro”, 25/03/2020, disponible en World Wide Web: <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/04/Medidas-o%CC%81rganos-judiciales-CNPT-.pdf> (accedido el 15 de mayo de 2020).
- , Recomendación CNPT 05/20, 07/04/2020, disponible en World Wide Web: <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/04/MEDIDAS-PARA-REDUCIR-HACINAMIENTO-COVID19.pdf> (accedido el 15 de mayo de 2020).
- Corte I.D.H., Declaración 1/2020, del 9 de abril de 2020, “COVID-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, disponible en World Wide Web: <http://www.corteidh>.

or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\_1\_20\_ESP.pdf (accedido el 10 de mayo de 2020).

- Gargarella, Roberto, “Coronavirus: Los problemas del estado de emergencia en América Latina”, en diario La Nación, sección Opinión, 30 de marzo de 2020, disponible en World Wide Web: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/coronavirus-los-problemas-del-estado-emergencia-america-nid2348990> (accedido el 17 de abril de 2020).
- Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), *El sistema penitenciario ante la encrucijada producto de la crisis provocada por el Covid-19*, San José (Costa Rica), 2020.
- Jakobs, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»”, en Jakobs, Günther, Estudios de Derecho penal, traducción al castellano y estudio preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM Ediciones – Civitas, Madrid, 1997.
- Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “COVID-19 y su dimensión de derechos humanos”, directrices relativas a COVID-19, 06/04/2020, disponible en World Wide Web: <https://acnudh.org/directrices-relativas-a-covid-19/> (accedido el 20 de abril de 2020).
- Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960.
- Organización Mundial de la Salud, Coronavirus (COVID-19), Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19), Cómo protegerse, Medidas de protección básicas contra el nuevo coronavirus, disponible en World Wide Web: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public> (accedido el 19 de abril de 2020).
- Oficina para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “COVID-19: Argumentos que justifican medidas para reducir la población privada de libertad”, abril de 2020.
- Risso, Guido I., *Covid-19. Reflexiones jurídicas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020.
- Rodríguez Yagüe, Cristina, “Covid-19 y prisiones: Un desafío no sólo sanitario y de seguridad, también humanitario”, en Revista General de Derecho Penal n° 33, mayo 2020, en prensa.

- Rusconi, Maximiliano, “¿Jueces irresponsables? No! Jueces responsables penalmente”, en *Identidad Colectiva*, 19/04/2020, disponible en World Wide Web: [https://identidadcolectiva.com.ar/jueces-irresponsables-no-jueces-responsables-penalmente/#\\_ftnref1](https://identidadcolectiva.com.ar/jueces-irresponsables-no-jueces-responsables-penalmente/#_ftnref1) (accedido el 15 de mayo de 2020).
- Salinas, Raúl, *Sobrepoblación penitenciaria y derechos humanos*, tesis de maestría en derechos humanos, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, s/f, disponible en World Wide Web: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/61025/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/61025/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (accedido el 12 de mayo de 2020).
- Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Penal (SNEEP), “Informe Anual 2018”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Afianzar la Justicia, SNEEP 2018, disponible en World Wide Web: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sneep\\_2018\\_final.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sneep_2018_final.pdf) (accedido el 10 de mayo de 2020).
- World Health Organization (WHO), “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance”, 15 March 2020, p. 1, disponible en World Wide Web: [http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf) (accedido el 9 de mayo de 2020).
- Zaffaroni, E. Raúl, “La hora de los jueces”, en revista *La Tecl@ Eñe*, 30/03/2020, disponible en World Wide Web: <https://lateclaenerevista.com/la-hora-de-los-jueces-por-e-raul-zaffaroni/> (accedido el 11 de mayo de 2020).
- Žižek, Slavoj, “Coronavirus es un golpe al capitalismo al estilo de «Kill Bill» y podría conducir a la reinención del comunismo”, en AA.VV., *Sopa de Wuhan –Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia-*, Editorial ASPO, 2020.