

Revista Crítica Penal y Poder
2020, n° 19,
Marzo-Abril (pp.157-166)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



EMERGENCIA PENITENCIARIA Y EMERGENCIA SANITARIA. PROPUESTAS PARA MITIGAR LAS VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS EN LAS CÁRCELES ARGENTINAS

*PENITENTIARY EMERGENCY AND SANITARY EMERGENCY. PROPOSALS TO MITIGATE HUMAN
RIGHTS VIOLATIONS IN ARGENTINE PRISONS*

Gabriel I. Anitua¹

Universidad Nacional de José C. Paz. Argentina

RESUMEN

La cantidad de personas encarceladas es el producto de varias decisiones políticas y sociales. El acontecimiento mundial del COVID 19 y sus consecuencias debería permitir darnos este debate que como sociedad nos merecemos para buscar, durante la pandemia pero sobre todo luego de ella, la moderación necesaria para que nuestro sistema penal sea razonable. Como parte 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), elaboramos el siguiente documento. Es una invitación para reflexionar desde lo colectivo y para actuar desde lo político. Nuestras propuestas apuntan a los tres poderes del Estado para que, en conjunto, puedan mitigar un problema preexistente y que se agravará por la actual pandemia. Se trata de pensar políticas y medidas de descarceramiento que puedan disminuir la sobrepoblación.

Palabras clave: Prisiones, Sobrepoblación, Emergencia, COVID-19

¹ Director del equipo de Investigación: “Cambios en el castigo en la Argentina contemporánea: reforma legal y su impacto en la ejecución de la pena de prisión”

ABSTRACT

The number of people incarcerated is the product of various political and social decisions. The world event of COVID 19 and its consequences should allow us to have this debate that we as a society deserve to seek, during the pandemic but above all after it: the restraint necessary for our penal system to be suitable. As part of the Research Project "Changes in punishment in contemporary Argentina: legal reform and its impact on the execution of the prison sentence" (UNPAZ), we prepared the following document. It is an invitation to reflect from the collective and to act from the political. Our proposals point to the three branches of the State so that, taken together, they can mitigate a pre-existing problem that will be aggravated by the current pandemic. It is about thinking policies and measures of de-imprisonment that can reduce overpopulation.

Key words: Prisons, Overcrowding, Emergency, COVID-19

1. Una emergencia previa a la del COVID-19.

La República Argentina (y América Latina, como región) muestra desde hace varias décadas un notorio incremento en la población penitenciaria. Las leyes primero, y luego las agencias ejecutivas y judiciales han desarrollado una irresponsable tendencia al punitivismo provocando niveles inusitados de sobrepoblación².

Este crecimiento ya es algo más que una tendencia, y queda claro que no es un fenómeno circunstancial. No solamente es necesario denunciarlo, sino que es hora de abordar ese dato como uno estructural y también, en clave política, intentar resolverlo.

Las consecuencias de cárceles sobrepobladas están a la vista. Hacinamiento, falta de privacidad, merma en la salud, escasa alimentación, menores actividades educativas, laborales y recreativas, así como también el incremento de la violencia interpersonal e institucional, y el creciente deterioro de las instalaciones en general. Las cárceles creadas con un supuesto fin resocializador se convirtieron en un lugar de naturalización de la violencia y en donde se vulneran los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad.

Con cárceles de estas características, la emergencia sanitaria provocada por la pandemia del virus COVID-19 adquiere un matiz más preocupante aún.

² Sozzo, Máximo (compilador), *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*, Buenos Aires, CLACSO, 2016.

Sin embargo, son peligros que no tienen nada de coyuntural ni de excepcional. Mal podemos atacar esos “efectos” mirando la pandemia, sin atender las causas generales en las que se produce la misma y sus posibilidades de contagios dentro de una población sobreconcentrada en el contexto de encierro.

Es imperioso entonces asumir el dato estructural de sobrepoblación, para poder delinear respuestas efectivas que impidan el aumento de los niveles de conflictividad frente a la pandemia. En varias prisiones del país las personas encarceladas vienen sosteniendo reclamos exigiendo medidas urgentes frente al hacinamiento y las penosas condiciones sanitarias, ocurriendo en algunos casos con desenlaces fatales. Como ejemplo basta lo ocurrido en la provincia de Santa Fe a fines de marzo pasado, donde un reclamo de las personas encarceladas terminó con la muerte violenta de cinco de ellas³.

En el ámbito federal, la crisis de sobrepoblación carcelaria había ya desbordado sobre todo la capacidad de alojamiento de los establecimientos penitenciarios federales del área de la ciudad de Buenos Aires y de las localidades adyacentes a ella de la provincia de Buenos Aires, establecimientos que, recordemos, concentran en la actualidad más del 63% de la población carcelaria total en el ámbito federal.

Para el 2018, en la Argentina la tasa era de 213 personas detenidas cada 100.000 habitantes, poniendo al país en una situación más grave que si se compara con los números de otros países de la región como Paraguay o Venezuela.

A todo esto, deben sumarse las consecuencias de la sanción de la Ley 27.375 que modificó la ley 24.660 de ejecución de la pena, restringiendo la posibilidad de salidas anticipadas (en su artículo 30). Muchas de las personas detenidas deberán agotar la totalidad de la condena en un centro de detención con cada vez más ingresos. Las pocas que egresen no podrán ser controladas en el afuera.

Si aumenta el número de personas privadas de su libertad y aumenta la cantidad de tiempo que deben permanecer detenidos (falta de libertad anticipada), no es difícil predecir qué es lo que ocurrirá: la crisis actual solo puede ser peor.

Es por ello que la necesaria tarea de descender el número de la población reclusa, debe ser encarada por las instancias políticas: de los tres poderes, las instancias ejecutivas, legislativas y judiciales, en todos sus niveles, con la participación de las organizaciones de la sociedad civil, generando mecanismos participativos para las personas encarceladas y sus familiares. Si el presente de sobrepoblación penitenciaria fue producto de conjuntas pulsiones políticas,

³ Ver, al respecto, los comunicados efectuados por el Programa Delito y Sociedad (FCJS-UNL) y otras organizaciones universitarias y de la sociedad civil: <https://www.facebook.com/programadelitoysociedadunl/>.

y no por causas naturales, por las mismas vías se puede y se debe impedir la tendencia que ha generado.

Una política penitenciaria respetuosa de los derechos humanos debe ir en conjunto con una política criminal razonable, que no puede contradecir la política sanitaria y la política económica y, en definitiva, una política liberal, igualitaria y solidaria.

Esa política penitenciaria requiere de una previa tarea, conjunta, de descarceración. Debemos volver a pensar, en forma seria y honesta, cuáles conductas merecen realmente un castigo penal, y dentro de ellas, cuáles ameritan el castigo de prisión efectiva y cuáles ameritan la sanción de otro tipo de medidas.

Ello permitiría la sustitución de la pena privativa de la libertad, para la mayoría de los delitos, con penas alternativas a la prisión como los arrestos domiciliarios, la semi-libertad, la puesta a prueba y la suspensión de la pena, el cumplimiento de la pena en centros de reinserción social o en comunidades terapéuticas, los regímenes de semi-libertad y parecidos.

En materia procesal, debería reducirse al máximo el uso de la prisión preventiva. Y recurrirse a diferentes institutos, que eviten el mismo proceso, como la *probation*, la expulsión anticipada, etc. Esa “imaginación jurídica” debe utilizarse para poner en libertad a muchas personas, tanto en relación con la conducta reprochada, con lo que hayan realizado intramuros, o considerando algunas condiciones personales.

2. La emergencia sanitaria en ese contexto. Antecedentes en políticas de descarceración.

Como es sabido, este año 2020 será conocido como el año de la crisis coronavírica, y también por las consecuencias económicas y sociales de la principal herramienta para combatir la pandemia, que es la de implementar cuarentenas y severas medidas de distanciamiento físico entre personas.

La descarceración es una necesidad para posibilitar las medidas de distanciamiento social, pero ya era necesaria antes de la emergencia coronavírica.

La comparación con lo hecho en otros países en la actualidad nos da una idea de las posibilidades de reducción de este fenómeno. Países culturalmente distintos como Irán, Marruecos, Gran Bretaña, Francia, Italia y Alemania, han iniciado procesos de descarceración preocupados por la pandemia. En la República Islámica de Irán 70.000

personas dejaron la cárcel para continuar la ejecución de la pena en sus domicilios⁴. En Marruecos, como en Túnez, Argelia y Libia, la vía del indulto fue utilizada para liberar unos 5600 presos⁵. El Reino Unido de Gran Bretaña anunció la decisión de liberar 4000 personas⁶. En Italia un Decreto aprobado el 16 de marzo pasado extendió la detención domiciliaria permitiendo, al 27 de marzo, la salida de los muros de 2800 personas privadas de libertad. En Francia, y después de la constatación de 10 presos contagiados por Covid-19, el ejecutivo estudia la libertad de unas 5000 personas teniendo en cuenta la menor gravedad de sus delitos. El territorio de Rin del Norte - Westfalia (el más poblado de Alemania) anunció la libertad de 1000 presos para reducir el riesgo de infección (todos los que tengan menos de 18 meses restantes de pena para cumplir con la excepción de presos condenados por delitos contra la libertad sexual)⁷. Otros países, como Turquía⁸ y los EE.UU.⁹ (el más poblado fuera y dentro de las cárceles es California¹⁰), tienen planes de liberación masiva de espacios en cárceles.

Un panorama genérico del problema de la pandemia en las prisiones¹¹, lleva a la conclusión de la necesidad de liberar espacios. Ello es posible solamente liberando personas.

Pero, como dijimos, la pandemia es un problema que agrava uno estructural como es la sobrepoblación y la consecuente vulneración de Derechos Humanos en las cárceles. Prestemos atención a las respuestas frente a la emergencia de sobrepoblación que han llevado adelante otros Estados incluso antes de esta crisis.

Entre los países que han encarado el problema podemos mencionar, muy someramente, el caso de Chile, que el 22 de mayo de 2012 sancionó la Ley 20.588 que liberó a centenares de

⁴ Fuente: <https://www.france24.com/es/20200309-carceles-coronavirus-italia-motines-iran-presos>

⁵ Fuente: <https://elpais.com/internacional/2020-04-05/el-rey-de-marruecos-absuelve-a-5600-presos-a-causa-del-coronavirus.html>

⁶ Fuente: https://www.elnacional.cat/es/salud/coronavirus-reino-unido-libera-4000-presos_489171_102.html

⁷ Ver en Rivera Beiras, Iñaki “ALTERNATIVES A LA PRIVACIÓ DE LA LLIBERTAT DAVANT L'EMERGÈNCIA DEL COVID 19 AL SISTEMA PENITENCIARI” en http://www.ub.edu/ospdh/sites/default/files/documents/publicacions/mesures_alternatives_preso_covid_catala.pdf visualizado el 2 de abril de 2020.

⁸ Fuente: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200401/48259307839/turquia-propone-ley-liberar-presos-epidemia-coronavirus-excepto-periodistas-presos-politicos-detenidos.html>

⁹ Ver, para las distintas estrategias en diferentes Estados y Condados: <https://www.prisonpolicy.org/virus/virusresponse.html>

¹⁰ California, el mayor encarcelador norteamericano, anunció la liberación de 3500 personas. Fuente: <https://www.infobae.com/america/eeuu/2020/03/31/por-el-rapido-contagio-del-covid-19-en-las-prisiones-california-liberara-anticipadamente-a-3500-presos/>

¹¹ Ver gran cantidad de artículos y referencias mundiales en <https://www.prison-insider.com/es/articles>

personas; también la conmutación de penas dispuestas por la República del Ecuador el 12 de junio de 2013 en favor de jóvenes condenados por transporte de drogas, y que liberó a unas 3.000 personas; la conmutación de penas de Bolivia de diciembre de 2012, en beneficio del 12% de la población reclusa; y la decisión de Corte Suprema estadounidense en el caso “Brown vs Plata” (23 de mayo de 2011) que ordenó implementar medidas concretas para reducir la población penitenciaria en el Estado de California¹² (en los Estados Unidos, y tras años en los que la respuesta estatal al problema de la sobrepoblación fue la del “negocio” de construir más cárceles, se ha optado últimamente por reducir el número de presos, o no aumentarlo¹³).

También es pertinente un ejercicio de memoria sobre las soluciones a este problema en Argentina. La crisis de sobrepoblación resulta recurrente (cada diez años aproximadamente, se hizo necesario desencarcelar) y en varias ocasiones, que resultan no casualmente fundantes de nuevos períodos democratizadores, hubo que tomar decisiones liberatorias desde distintos poderes del Estado.

En 1973, el presidente recién electo dictó un indulto el mismo día de su asunción que liberó a los llamados presos políticos (varios días después se les dio mayor legitimidad a esas libertades por el Congreso Nacional al dictar una ley de amnistía.).

En 1984, una reforma legal –Ley 23.057- del Congreso recién constituido fue la que posibilitó la condena condicional hasta los tres años (en vez de dos, como hasta entonces) y esto permitió reducir, a través de la ley penal más benigna, la sobrepoblación en los niveles de entonces.

Para limitar la duración de la prisión preventiva a futuro, pero sobre todo para desencarcelar o reducir condenas de los ya detenidos, la Ley nro. 24.390, conocida como “Ley del Dos por Uno” fue sancionada en 1994, conjuntamente con la reforma constitucional. Ya en el artículo 18 de nuestra carta fundacional se asumía que la obligación que el Estado tomó no es otra que hacer que las cárceles de la Nación sean sanas y limpias, para seguridad y no para castigo,

¹² Se decidió en “Brown vs. Plata”, 563 U.S. 493 ss. (2011) [Docket n°. 09-1233], por entender que los niveles de densidad penitenciaria habían alcanzado tales límites que se producía una vulneración de la VIII Enmienda a la Constitución de los EEUU, que prohíbe las torturas y tratos inhumanos o degradantes. “Una prisión que priva a los reclusos del sustento básico, incluyendo un cuidado médico adecuado, es incompatible con el concepto de dignidad humana y no tiene sitio en una sociedad civilizada” y “si el gobierno fracasa en cumplir con esta obligación, los Tribunales tienen la responsabilidad de remediar la correspondiente vulneración de la octava Enmienda”.

¹³ Travis, J./Western, B./Redburn, S. (eds.), *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, Washington, D.C., Ed. National Academies Press, 2014 (disponible en www.nap.edu). Especialmente relevante sobre el papel del litigio y de las decisiones jurisprudenciales descarceladoras: Simon, Jonathan, *Juicio al encarcelamiento masivo*, Buenos Aires, Didot, 2019.

pero tras la reforma de 1994 la misma Constitución también tomaba conciencia que ello no resulta una mera declaración de intenciones, sino que su incumplimiento puede acarrear (como lo está haciendo) sanciones de tribunales internacionales. No resulta casual que contemporáneamente a esa reforma constitucional, y a la solución de emergencia del 2 por 1, los legisladores federales hayan participado del último intento de participar de una coherente política penitenciaria sancionando la ley 24.660, la cual entre otras cosas dispuso que "... el número de internos de cada establecimiento deberá estar preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento...", lo que implica lo que ahora se denomina "ley de cupo".

Finalmente, en 2004, con la reconstitución social y política tras la crisis económica del neoliberalismo, ocurrió una posible causa, seguramente con-causa, del freno relativo (en comparación con los otros países de la región, y con la evolución anterior y posterior a ese período) del aumento de la tasa de encarcelamiento argentino y bonaerense, que fue el fallo "Verbitsky", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁴.

En 2015, cuando por la sobrepoblación era cada vez mayor y más notable, resultaba necesario pensar en este tipo de soluciones. Sin embargo, se hizo todo lo contrario. No obstante, los ejemplos mencionados, así como otras experiencias puntuales y localizadas, invitan a poner nuestras esperanzas en el poder de las agencias judiciales para actuar en la actualidad.

Tanto en Argentina, cuya última experiencia exitosa fue la del fallo Verbitsky, como en el plano internacional, el fallo Brown vs. Plata en Estados Unidos, se ha utilizado la vía judicial para limitar la crisis señalada.

3. Una concreta propuesta de descarceración en la Argentina en crisis.

Ahora, también la crisis del COVID-19 parece despertar el reclamo de respuestas a la instancia judicial.

Así, se reclama de la cúpula del poder judicial algún tipo de solución, que debe pasar por declarar inconstitucionales algunas de las leyes y decretos que provocaron ese incremento, así como invalidar las decisiones judiciales que coadyuvaron a ello. Las instancias judiciales originarias también pueden y deben hacer cosas, entre otras, aplicando la Constitución

¹⁴ C.S.J.N. "Verbitsky, Horacio s/ Hábeas corpus", sentencia del 3 de mayo de 2005. Lo allí ordenado y la sanción de la ley provincial 13.449 que reformó el sistema de excarcelaciones bonaerense, tal como lo ordenó la CSJN en aquella sentencia, fueron determinantes para frenar un crecimiento de personas presas (el total del país era, en 1995, de 25.000 presos, en 1997 ya era de 29.000 presos; número que se dispara desde 1999 (31.683), 2000 (37.885), 2001 (41.007), 2002 (46.288), 2003 (51.008) y logra llegar a 54.472 en 2004), que volvió a aumentar desde 2009 y particularmente desde 2015, como ya se ha dicho, hasta ser actualmente el doble de esa cifra terrible (y con prácticamente idéntica capacidad edilicia).

nacional, los fallos y recomendaciones internacionales, e incluso leyes humanitarias y los mismos decretos del Ejecutivo, que por cierto también podrían hacer mucho más en ese sentido.

En estos días estamos asistiendo a puntuales planteos (incluso en forma directa o indirecta fomentados por las autoridades penitenciarias) para liberar a la población en riesgo ante los efectos del COVID 19. Más allá de su concreta utilidad, debe considerarse que la emergencia sanitaria implica ir mucho más allá de esa población, para poder imponer el distanciamiento necesario y la posible atención dentro de las cárceles. Esto implica **liberar a la población que no está en riesgo sanitario**, para colaborar con el desagotamiento de las unidades de detención.

El hacinamiento hace imposible mantener un mínimo de distancia personal, y cualquier contagio implicará el aislamiento de los contagiados, lo que resultará materialmente más dificultoso.

Ello lleva a realizar un análisis de proporcionalidad o ponderación de los intereses en juego. Frente a los que justifican el castigo o la restricción preventiva de la libertad de una persona sujeta al proceso, se encuentran las que hemos mencionado como consecuencias de la política sanitaria a nivel general, y específicamente dentro de las prisiones, como derivación del principio de dignidad de la persona, los derechos a la salud y seguridad.

Para decidir quiénes deben liberar las escasas plazas disponibles de acuerdo a la epidemia se han considerado los factores individuales de riesgo. Pero aquí se propone tener en cuenta otros parámetros (vinculados a la gravedad de las imputaciones y de las penas impuestas, así como también la cercanía del momento en que estaba previsto que las personas afectadas volvieran a sus hogares, luego de recuperar su libertad).

Solo la reducción significativa del número de personas privadas de libertad en dependencias federales permitirá evitar que, ante la expectativa de difusión de la enfermedad, puedan tomarse las medidas necesarias para evitar el contagio y garantizar, en lo esperable, la curación.

Y esa acción, si se pretende tenga algún sentido útil, debe ser emprendida a la brevedad, antes de que los primeros casos de contagio aparezcan entre la población privada de libertad. En este sentido, nuestras propuestas apuntan a los tres poderes para que, en conjunto, puedan mitigar un problema preexistente y que se agravará por la actual pandemia. En definitiva, se trata de pensar políticas y medidas de descarceramiento que puedan disminuir la sobrepoblación.

En relación al poder judicial, creemos que sus abordajes deben ser a partir de la discriminación de aquellas personas que se encuentran encarceladas preventivamente y quienes lo hacen cumpliendo una pena. Sobre las primeras, es tarea de la agencia judicial revisar las decisiones que dispusieron los encierros preventivos para establecer la necesidad y racionalidad de la medida. Consideramos que esto, sin embargo, tiene que ir acompañado de una mirada antipunitivista sobre esos casos concretos a partir de la utilización de mecanismos de justicia restaurativa como la conciliación o reparación, especialmente para los delitos contra la propiedad.

En cuanto a las personas que están cumpliendo sus condenas en prisión, creemos que la agencia judicial debe revisar y conceder todas aquellas salidas anticipadas solicitadas por cumplimiento del plazo de manera inmediata, así como evaluar medidas de arresto domiciliario no sólo para poblaciones de riesgo, sino también para mujeres con niños a cargo. Por otro lado, nuestra propuesta también consiste, como se ha anticipado, en extender el formato de libertad condicional (libertad condicional “ampliada”) para todos aquellos que hoy están en intramuros con penas no superiores a los cuatro años, o que les reste un período similar para finalizar esa pena.

Por su parte, la utilización del arresto o prisión domiciliaria como alternativa a la liberación, contemplada como forma de morigerar el encierro carcelario, no debe implicar un abandono material de las personas bajo ese régimen por parte del Estado. Esto supone que el estado continúa estando obligado a garantizar condiciones dignas de detención aun cuando esta adquiere la modalidad domiciliaria, debiendo garantizar el acceso a alimentación adecuada, asistencia médica, entre otros derechos.

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.

Desde esa dimensión política debería de asumirse la obligación estatal de cuidar dentro de la cárcel a las personas que tienen más riesgo de enfermarse en caso de contagio, y asumirse también, el costo político de liberar a las personas que ocupan espacio en prisión y tienen menos riesgos personales en el espacio libre.

Estas personas suelen pertenecer, por franja etaria, al universo de los condenados a menos años de prisión (delitos de drogas o contra la propiedad), y es por ello razonable dictar una *norma general* que los incluya.

Asimismo, será preciso agilizar los procesos burocráticos -informes y resoluciones- al interior de las administraciones penitenciarias para permitir al poder judicial realizar su tarea. Para ello resulta imprescindible contar con un cálculo acerca de cuántas personas pueden ser alcanzadas por las medidas a disponer (que puede variar la cantidad de años dependiendo de ese mismo alcance medido en cantidad de beneficiados), así como realizar un análisis definido a partir de variables ponderadas para exceptuar de las medidas liberatorias a algunas personas cuya soltura implique un riesgo concreto para sus víctimas, como podrían ser quienes sean autores de delitos sexuales, femicidios y sus tentativas.

La cantidad de personas encarceladas es el producto de varias decisiones políticas y sociales. Este acontecimiento mundial y sus consecuencias debería permitir darnos este debate que como sociedad nos merecemos y actuar en clave política para buscar, durante la pandemia, pero también luego de ella, la moderación necesaria para que nuestro sistema penal se mantenga con una “cantidad razonable de castigo”¹⁵.

¹⁵ De acuerdo con las propuestas de Nils Christie en *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004 (Traducción de Cecilia Espeleta y Juan Iosa). Edición original: *A Suitable Amount of Crime*, London, Routledge, 2004.