

# DEL AFORO (CUPO) Y LA SALUD EN LAS CÁRCELES ARGENTINAS. LO QUE LA SUPERACIÓN DE LA PANDEMIA PERMITE CONCLUIR PROVISORIAMENTE

GABRIEL IGNACIO ANITUA<sup>1</sup>

La República Argentina (y América Latina como región) muestra desde hace varias décadas un notorio incremento en la población penitenciaria. Como en todos los casos de hiperencarcelamiento, ello solo sucede al tomarse decisiones políticas (aunque guiadas a veces por presiones sociales y mediáticas) de encerrar población que no estaría en esas condiciones ni por la gravedad de los hechos cometidos ni por situaciones individuales excepcionales.

Las consecuencias de cárceles sobrepobladas están a la vista. Hacinamiento, 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 de la COVID-19 obligó a pensar en esa población sobreconcentrada en un contexto de encierro.

En estas breves notas quiero concentrarme en dos aspectos que se relacionan directamente con la salud física de las personas detenidas, que tienen que ver con la pandemia pero que van más allá de eso. Me refiero a quienes deben encargarse de su salud, y de la situación concreta del lugar en que son alojadas estas personas y también los profesionales que les atienden.

El concepto de salud, según la Organización Mundial de la Salud, comprende “...*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades...*”<sup>2</sup>.

---

1 Abogado (UBA) y licenciado en sociología (UBA), Doctor en Derecho (Universitat de Barcelona) y ha investigado y escrito obras sobre teoría criminológica, derecho procesal, y análisis de instancias policiales, judiciales y penitenciarias. Es profesor de Derecho penal y Criminología (UNPaz/UBA) y director del Doctorado en DD. HH. en UNLa.

2 Adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946 y firmada el

Definido el concepto, se observa que también tiene recepción jurídica en la Constitución Nacional argentina, es decir, que es un derecho exigible al Estado en determinadas circunstancias. Es así que, la salud como derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos de raigambre constitucional y convencional.

Hasta la modificación de la Constitución Nacional en 1994, previo a que entonces se incorporasen los tratados internacionales sobre derechos humanos otorgándoles jerarquía constitucional no había en el texto constitucional una declaración expresa sobre el derecho a la salud. Sin embargo, tal concepción fue tomada por la doctrina y por la jurisprudencia como un derecho implícito derivado del derecho a la vida (art. 33 de la Constitución). Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había dejado claro que existe un deber que pesa sobre el Estado de “*proteger la salud pública*”<sup>3</sup> o la “*obligación impostergable de garantizar con acciones positivas la preservación de la vida*”<sup>4</sup>. Y que “...*el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida —garantizado por la CN—, y se halla reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) en el art. 12, inc. c) del PIDESC; inc. 1º, arts. 4º y 5º de la CADH e inc. 1º del art. 6º del PIDCP...*”<sup>5</sup>

Ese criterio tiene más fuerza desde que en el año 1994 se otorga jerarquía constitucional a los siguientes preceptos que reconoce a la salud como un derecho: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 1 y 11); en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 3 y 25); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, incs. 1º y 2º, ap. d); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4, inc. 1º y 5º, inc. 1º) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 6, 23, 24 y 25).

El Estado argentino posee la responsabilidad *subsidiaria* en la prestación de los servicios de salud que se les atribuyen a las obras sociales y a los entes locales, pero *primaria* y *principal* en la articulación de las políticas sanitarias, en la supervisión y fiscalización de aquellas obligadas y en la respuesta urgente cuando las prestadoras del Servicio de Salud incumplen la prestación.

Esa obligación primaria se traduce por tanto directamente en lo que tienen que ver con la política penitenciaria o sobre los castigos, que excluye toda

---

22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (*Official Records of the World Health Organization*, nº 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

3 CSJN-Fallos, 31:273, “*Los Saladeristas Podestá c. Provincia de Buenos Aires*”, del 14/ 5/ 87.

4 Gelli, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 4º ed., 2013, p. 493.

5 CSJN, “*Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ Amparo ley 16. 986*”, CSJN-Fallos, 323:1339.

vulneración a la vida y la salud ya desde la formulación constitucional de 1853 que disponía 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 aquella exija, hará responsable al juez que la autorice” (artículo 18 Constitución).

Además de ello, solamente por el hecho de tener a una persona bajo su responsabilidad de manera forzada o contra su voluntad, implica la contraprestación de hacerse responsable, también, por su salud física y mental.

Por estas dos vías y aplicando también los mencionados instrumentos internacionales de derechos humanos es que la legislación argentina en materia penitenciaria reconoce ese derecho de distintas formas. Por ejemplo, la Ley sobre la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley 24.660) en su art. 58 dispone que: “*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*”. A su vez, en su art. 143 expresa que: “*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...*”. Además en el art. N° 148 señala que: “*El interno podrá requerir, a su exclusivo cargo, la atención de profesionales privados. La autoridad penitenciaria dará curso al pedido, excepto que razones debidamente fundadas aconsejen limitar este derecho. Toda divergencia será resuelta por el juez de ejecución o juez competente*”. Y el art. 185 dispone que: “*Los establecimientos destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad, atendiendo a su destino específico, deberán contar, como mínimo, con los medios siguientes:... c) Servicio médico y odontológico acorde con la ubicación, tipo del establecimiento y necesidades...*”.

La específica regulación internacional en la materia da más sustento a lo legislado ya que en los “Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos”<sup>6</sup> se dispuso en el punto 2 que “...los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica...”. Y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos<sup>7</sup> establecen en su regla 26 que en el caso particular de los profesionales de la salud, deberán efectuarse inspecciones regulares para informar y asesorar respecto de “...a) La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b) La higiene y el aseo de los establecimientos y los reclusos; c) Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación; d) La calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos; e) La observan-

6 Adoptados por la Asamblea General en su Res. 45/ 111, que data del 14/ 12/ 90.

7 Adoptadas en el “Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”, celebrada en Ginebra en 1955.

*cia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado... ”.*

Más allá de que en algunos casos el cumplimiento de esas premisas fue exigido desde los Tribunales (a través de acciones de habeas corpus o amparos) no parece casual que el Estado argentino haya sido declarado responsable, por la CIDH en el caso “*Hernández vs. Argentina*”<sup>8</sup>, por las violaciones a diversos derechos en perjuicio de Hernández por las condiciones de su detención y la falta de atención médica adecuada. Esos fundamentos son útiles de cara al futuro pues se dijo allí que “*la obligación general de protección a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso a las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como también de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población... ”.*

Lo que estoy queriendo adelantar aquí es uno de los dos principales argumentos de este breve escrito. En medio de la pandemia de COVID 19 el principal reclamo de las personas presas en Argentina tuvo que ver con su salud, y ello evidentemente iba más allá de la provisión de mascarillas y elementos de higiene, primero, y vacunas, luego.

Los reclamos, incluso en forma de motines, exigían unos cambios necesarios a la hora de pensar la salud de las personas privadas de la libertad en las cárceles, y esa demanda debe ser tomada en cuenta una vez que ya pasó la pandemia.

Un importante estudio que está realizando la Procuración Penitenciaria de la Nación argentina da cuenta de un panorama desolador. Pero también realiza propuestas para realizar cambios.

Señalan en ese estudio<sup>9</sup> las deficiencias estructurales de la gestión de la salud en el encierro y de la necesidad de que se implementen políticas públicas orientadas a promover mejoras en la atención a la salud de las personas presas.

Remarcan que la dependencia funcional del sistema de salud dentro del Servicio Penitenciario es un problema. Aparece como una traba institucional central para la posibilidad de contar con un sistema de salud respetuoso de los derechos humanos de las personas presas. Otra cuestión general a remarcar son las graves deficiencias en la gestión cotidiana de la salud en el encierro, y esto se combina con malas condiciones de trabajo del personal de salud, y en especial, falta de formación, seguimiento y capacitación específica respecto del trabajo que realizan en contexto de encierro. La opacidad que caracteriza a la gestión peni-

---

8 Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2019, Srie C, N° 39. 513.

9 PPN (2023) “La atención a la salud en las cárceles federales. Percepciones de las personas detenidas, diagnóstico y recomendaciones” en [https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/ediciones-especiales/PPN\\_La\\_atencion\\_a\\_la\\_salud\\_en\\_las\\_carceles\\_federales\\_resumen\\_ejecutivo.pdf](https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/ediciones-especiales/PPN_La_atencion_a_la_salud_en_las_carceles_federales_resumen_ejecutivo.pdf)

tenciaria, se advierte también en relación al sistema sanitario, que depende del mismo sistema penitenciario.

También que faltan seguimientos a los internos como si fuesen “pacientes” o siquiera personas que tienen una historia clínica y problemas específicos. Si bien la inmensa mayoría de las personas fueron atendidas por algún médico en el último año, de las encuestas y entrevistas en profundidad realizadas surge que este nivel de contacto con el sistema de salud es superficial y motivado en alguna necesidad burocrática y que no hay un seguimiento.

La atención suele provenir de esos requisitos burocráticos, o a demanda o por una emergencia de la persona privada de la libertad, que normalmente no es informada del resultado de esa atención médica.

Se destaca el uso extendido de psicofármacos recetados con un paralelo descuido en la atención psicológica o sobre salud mental, especialmente en lo que hace a tratamientos o ayuda de consumos problemáticos de sustancias químicas.

Finalmente, destacan que existen problemas estructurales en materia de atención médica, y que ello se relaciona con problemas previos al ingreso a prisión pero también con aspectos vinculados a la alimentación e higiene intramuros.

Esos resultados, junto a lo que es posible percibir de las visitas a las prisiones y comunicaciones personales con personas privadas de la libertad, con trabajadores penitenciarios y abogadas y abogados, permiten que aún en forma provisoria pueda formular unas pequeñas conclusiones sobre este aspecto de la cuestión de la privación de la libertad, vinculado al respeto al derecho de la salud física y mental. Sobremanera tras la enseñanza que es posible adoptar de las medidas adoptadas en la epidemia de COVID-19.

También me las dejo sugerir por algunas noticias sobre los motines o protestas que se realizaron en cárceles argentinas durante el tiempo en que dicha epidemia obligó a tomar duras decisiones sobre las personas privadas de la libertad (como la suspensión de salidas o de contactos con sus familiares por las visitas).

Numerosas agencias periodísticas dieron cuenta de que en abril de 2020 comenzaron los “motines” en la Cárcel de Villa Devoto, de la ciudad de Buenos Aires, que luego tuvieron réplicas en distintas partes del país. Lo más lamentable fue lo ocurrido en la provincia de Santa Fe a fines de marzo de 2020, donde un reclamo de las personas encarceladas terminó con la muerte violenta de cinco de ellas<sup>10</sup>. A partir de entonces, las protestas se expandieron a toda la geografía

---

10 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/](https://www.facebook.com/programadelitoysociedadunl/)

carcelaria, en gran medida al compás de las medidas adoptadas por los poderes ejecutivos (de contención y cuidado y no de liberar) de los tribunales (erráticas) y las ausentes y en espera de los poderes legislativos. Los medios de comunicación aumentaban la presión y dificultaban, ciertamente, esa obligada toma de decisiones liberatorias<sup>11</sup>.

El objetivo expreso de las protestas era concreto y tenía que ver, más que con la posibilidad de lograr salidas de acuerdo a lo que entonces señalaba como deseable la misma Organización Mundial de la Salud, con la toma de acción para la prevención de la expansión del virus dentro de la arquitectura del Sistema Penitenciario.

Se logró controlar la situación con formas de reemplazo de las visitas (comunicaciones telefónicas), con la implementación de protocolos sanitarios de cuidado (la entrega de productos elementales de higiene), la promesa de pensar en excarcelaciones en casos puntuales y sobre la cuestión del cupo penitenciario. Pero principalmente cuando las autoridades del Ministerio de Salud se acercaron a las prisiones. Esto permite sacar unas provisorias conclusiones.

## 1. PRIMERA CONCLUSIÓN PROVISORIA

En efecto, esas protestas, y más allá de la forma que adoptaron, manifestaban su preocupación por condiciones edilicias, de higiene y alimentación. Hacían notar las afectaciones a la salud consecuencia de la sobrepoblación en los lugares de encierro. Y también señalaban que las personas presas querían ser atendidas por profesionales de la salud ajenos a la disciplina del servicio penitenciario.

Como he dicho, esta es una de las principales aportaciones del Estudio desarrollado este año por la Procuración Penitenciaria de la Nación<sup>12</sup>. En lo que se ha hecho notar más arriba, parece haber una cierta pulsión entre la necesidad de que las personas presas tengan acceso a la misma satisfacción del servicio de salud que quienes no están detenidos, pero que a la vez haya una consideración a la especificidad de su situación.

---

11 Para una buena descripción de las medidas de los sistemas penitenciarios bonaerense y federal, así como de los mecanismos de control, y también decisiones judiciales: Rubén A. Alderete Lobo (ed.) y Gustavo Plat, Lorena Cvitanich, Martina Gómez Romero, Martiniano Terragni, Luis López Lo Curto, Natalia Belmont, María Paz Álvarez y Agustina Orozco, *Emergencia carcelaria y pandemia en Argentina: Estado de situación y propuestas*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2021. [https://www.palermo.edu/Archivos\\_content/2020/derecho/mayo/documento-inejep/INEJEP-emergencia-carcelaria-y-pandemia-en-argentina.pdf](https://www.palermo.edu/Archivos_content/2020/derecho/mayo/documento-inejep/INEJEP-emergencia-carcelaria-y-pandemia-en-argentina.pdf)

También, dando cuenta de las obligaciones internacionales y decisiones de las Cortes internacionales de Derechos Humanos: Fleitas, Pablo, *El Covid 19 y la población carcelaria argentina: recomendaciones internacionales, reducción de la población carcelaria, responsabilidades y jurisprudencia*, Buenos Aires, Autores Argentinos, 2020.

12 PPN (2023) “La atención a la salud en las cárceles federales. Percepciones de las personas detenidas, diagnóstico y recomendaciones” en [https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/ediciones-especiales/PPN\\_La\\_atencion\\_a\\_la\\_salud\\_en\\_las\\_carceles\\_federales\\_resumen\\_ejecutivo.pdf](https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/ediciones-especiales/PPN_La_atencion_a_la_salud_en_las_carceles_federales_resumen_ejecutivo.pdf)

Sin embargo, el remarcable problema de la “doble función” del personal médico-penitenciario se impone para dar cuenta de la ventaja de que el sistema de salud dentro de las cárceles esté formando parte de la política sanitaria común a todas las personas. La desconfianza de las personas privadas de la libertad se muestra como fundada frente a problemas de salud ocasionados por el mismo sistema penitenciario (extremo de torturas o malos tratos, pero también como consecuencia de la falta de alimentación, higiene o la propia atención médica).

Esto, como ya se ha dicho, fue asumido en Argentina por las autoridades ministeriales. Y así, en la Resolución N° 11/21 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Salud de la Nación, del 28 de junio de 2021, se aprobó el Plan Estratégico de Salud Integral en el SPF 2021-23, estableciendo que *“es el Estado el principal responsable del cuidado y la protección del derecho a la salud de las personas privadas de su libertad (...) corresponde al SPF asegurar y promover la salud de las personas privadas de la libertad...”*.

Todavía es temprano para evaluar su efecto, pero hay un tiempo suficiente para indicar que las personas privadas de la libertad deben ser tratadas por personal médico dependiente del Ministerio de Salud o sus similares y tener un seguimiento, información y hacer valer sus derechos del mismo modo que las personas no privadas de su libertad.

## **2. SEGUNDA CONCLUSIÓN PROVISORIA**

Una segunda conclusión parece incluso más obvia y se relaciona con la necesidad de implementar políticas arquitectónicas de higiene en lo que hace al espacio intramuros. Esta segunda conclusión se vincula con la necesidad de tener menos ocupadas las prisiones para responder a la lógica del aforo.

Tras la pandemia, y como también en otros ámbitos, se ha hecho costumbre la simple tarea de pensar previamente cómo es el lugar en el que se va a juntar personas y en la capacidad (o aforo) del mismo en condiciones seguras.

No es posible juntar 200.000 personas en la cancha de River, ni introducir mil personas en un colectivo, ni invitar libremente a presenciar una clase en un aula de la Facultad que tiene 25 bancos.

También nuestras cárceles tienen una capacidad limitada, cuyo dato debe precisarse en una ley. Y esa, y no más, es la cantidad de personas detenidas que es posible albergar en esos lugares.

Lo que digo, además, ya fue recomendado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando en 2008 adoptó los “Principios y Buenas prácticas

sobre la protección de las personas privadas de libertad”<sup>13</sup>: incluye allí una norma concreta que procura atender el problema del hacinamiento en las cárceles. El principio XVII intitulado “Medidas contra el hacinamiento”, establece que: *“La autoridad competente definirá la cantidad de plazas disponibles de cada lugar de privación de libertad conforme a los estándares vigentes en materia habitacional. Dicha información, así como la tasa de ocupación real de cada establecimiento, deberá ser pública, accesible y regularmente actualizada. La ley establecerá los procedimientos a través de los cuales las personas privadas de libertad, sus abogados, o las organizaciones no gubernamentales, podrán impugnar los datos acerca del número de plazas de un establecimiento, o su tasa de ocupación, individual o colectivamente, previéndose en los procedimientos de impugnación la intervención de expertos independientes. La ocupación de un establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley y cuando de ello se produzca la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante”*.

En Argentina ya se ha superado esa cifra (en 2019 se declaró al Sistema Penitenciario federal en “emergencia penitenciaria”<sup>14</sup>). Creo que aún sin una concreta ley de cupo es de derecho no atentar contra la salud de las personas privadas de la libertad encarcelando por sobre del cupo permitido. Frente a eso se abren dos posibilidades: construir más cárceles o encerrar menos personas. Razonables argumentos presupuestarios y también las razonables prioridades, a la que también la crisis del COVID obliga a pensar en adoptar, llevan a descartar la primera opción.

Es por ello necesaria la tarea de descender el número de la población reclusa, que debe ser encarada por las instancias políticas en todos sus niveles, con la participación de las organizaciones de la sociedad civil. Si el presente de sobrepoblación penitenciaria fue producto de conjuntas pulsiones políticas, 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. Esa debería de ser una primera enseñanza de las crisis sanitaria y carcelaria del presente.

---

13 Resolución 1/ 08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

14 Me refiero a la “emergencia en materia penitenciaria” declarada por el término de tres años a partir de la publicación de la resolución 184/ 2019 dictada por el Poder Ejecutivo nacional en marzo de 2019.

Se debe 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.

Como frente a las necesidades de la vida pandémica, resulta necesario usar la imaginación en la Argentina posterior a ella. Esa “imaginación jurídica” debe utilizarse para poner en libertad a muchas personas, lo que debe hacerse en forma razonable y poniendo ello en relación con la conducta reprochada, con lo que hayan realizado intramuros, o considerando algunas condiciones personales<sup>15</sup>.

---

15 Sobre la misma cuestión, con más detalle: Anitua, Gabriel Ignacio “Emergencia penitenciaria y emergencia sanitaria” en José Geraldo de Sousa Junior, Tálita Tatiana Dias Rampin e Alberto Carvalho Amaral (eds.) *Direitos Humanos e Covid-19: grupos sociais vulnerabilizados e o contexto da pandemia*, Belo Horizonte/ Sao Paulo, Editora D’Plácido, 2020, pp. 321 a 331.