

Algunos apuntes en relación al derecho (esencial) a la salud de las personas privadas de libertad

Claudio V. Pandolfi¹

INTRODUCCION

Cuando uno observa las diversas situaciones que en relación a su salud viven las personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires surgen a primera vista fuertes interrogantes que deberían interpelar a todos los actores involucrados con diversos grados de responsabilidad:

- ¿Es el derecho a la salud un derecho humano esencial?
- ¿Qué visión recogen en relación al derecho a la salud los actores involucrados en el tema?: Lo ven como la mera respuesta a una situación de enfermedad que hay que atender puntualmente ó por el contrario toman la concepción integral señalada hace más de 50 años por la OMS?
- ¿Por qué la seguridad condiciona el acceso al derecho a la salud?
- ¿Por qué el Ministerio de Justicia es el que se encarga de las políticas de salud y no el Ministerio de Salud?
- ¿Por qué el acceso al sistema de salud pública no es un derecho garantizado en forma efectiva tal cual señala la CoIDH en amplia jurisprudencia?
- ¿Por qué siempre es, en la mayoría de los casos, justificable que el SPB no cumpla las órdenes judiciales en relación a garantizar el derecho a la salud de las personas privadas de libertad?
- ¿Por qué se tolera sin ningún tipo de interpelación incumplimientos del área de salud del SPB que extra muros serían considerados, prima facie, hechos susceptibles, al menos, de una mínima investigación judicial?²
- ¿Por qué el acceso al servicio de salud de la persona privada de libertad siempre es susceptible de esperar un nuevo turno sin importar que dolencia presenta?³.
- ¿Por qué aquellos que deberían poner límites a estas conductas estando llamados a garantizar la plena vigencia de los derechos de las personas, léase Poder Judicial, en la mayoría de los casos solo se limitan a tomar nota del incumplimiento, sin tomar medidas efectivas para hacer cesar el mismo?

El presente trabajo, que en modo alguno puede considerarse como una presentación acabada, busca aportar al debate sobre algunas de las cuestiones, antes expuestas, vinculadas al derecho a la salud de las personas privadas de libertad tomado en su concepción amplia conforme la OMS, teniendo en cuenta la situación de encierro, el corte transversal que realiza la seguridad penitenciaria sobre él mismo llevándolo al extremo de desconocer, en la práctica, su vigencia, el gobierno de la penalidad que incluye no solo al SPB sino también a otros actores que se apropian o son apropiados por ese discurso y esa práctica (operadores judiciales, profesionales

¹ Abogado. Secretario de DDHH del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora. Integrante del área de litigio del Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires. Maestrando de maestría en criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lomas de Zamora y de la primera cohorte de la Maestría en DDHH de la Universidad Nacional de Lanús. Docente adjunto de la Cátedra de Derecho Constitucional Argentino de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

² Carencia de insumos imprescindibles, falta de personal, incumplimientos de los deberes inherentes a la profesión, estado edilicio de los lugares destinados a la atención y tratamiento de pacientes, dudosas causas de fallecimiento que nunca se investigan, etc. Conforme se puede constatar en los informes anuales del Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires.

³ Es habitual recibir información del SPB o denuncia de familiares o la misma persona privada de libertad informando que se debió pedir un nuevo turno en el lugar de atención habida cuenta que no fue traslado en día y hora por diverso motivos como ser: "carencia de personal", "falta de unidad de traslado", "falta de ambulancia", "el personal llevo tarde al horario asignado", etc, etc.

de la salud de los equipos de salud del SPB, los profesionales de la salud dependientes del sistema de salud pública, etc), para desde allí partir en busca de alternativas que permitan romper dichas prácticas penitenciarias de forma tal que el derecho a la salud sea la cuestión prioritaria y esencial del ser humano que, eventualmente, enfrenta una situación de encierro, y también lo sea para todos los actores que de una u otra forma tienen responsabilidad sobre esa situación de encierro y/o sobre la situación de salud.

En búsqueda de aportar a dicho debate haré, en las páginas que siguen, una aproximación teórica sobre que lo que se debe entender por derecho a la salud conforme los Tratados Internacionales de DDHH y los organismos de seguimiento e interpretación que estos crearon, nuestro derecho interno y alguna jurisprudencia de la CSJN, para luego tratar de llevar ese marco teórico a algunas cuestiones que, entiendo, pueden ser puestas en práctica en forma más o menos inmediata en casos concretos por todos los operadores del sistema tanto penal como de salud sin tener que, para ello, esperar cambios estructurales.

Por el contrario, creo que, algunas de estas propuestas al ponerse en práctica pueden impulsar el inicio de dichos cambios estructurales.

IMPLICANCIAS DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Como punto de partida podemos señalar que la privación de libertad no implica la pérdida de la condición de ser humano y por ende tampoco implica la pérdida de la dignidad inherente al mismo, la titularidad de derechos, su reconocimiento y protección.

“Nada que haga la persona la hará perder su dignidad y quedar desposeída de derechos”⁴

No hay discusión teórica al respecto, como tampoco existe oposición en cuanto a que, conforme señala la CoDH: **la privación de libertad solo implica privación de libertad y no la privación de otros derechos, en este caso el derecho a la salud, más allá de la mínima afectación que debería implicar la privación de la libertad ambulatoria.**

“El fundamento básico de la protección de las personas privadas de libertad...radica en la condición de personas de los reclusos, estatuto que no pierden por el hecho de ser condenados a cumplir medidas que restringen otros derechos (como la libertad personal), por la comisión de determinados delitos. Los Tribunales de justicia u otros organismos judiciales que han visto sus casos ordenaron que fuesen privados de libertad, pero no de su calidad humana. Es, en definitiva, su condición de persona humana la que determina la obligación de que sean tratados de forma digna por todos, incluyendo la situación de reclusión...”⁵

Esta idea surge palmariamente desde la jurisprudencia del máximo Tribunal de DDHH regional (también se plasma en la jurisprudencia de la Corte Europea de DDHH y otros Tribunales regionales e internacionales) y de allí se expande sin cuestionamientos hacia todos los ámbitos académicos, filosóficos e incluso judiciales y penitenciarios.

A modo de ejemplo podemos citar párrafos de diversas resoluciones de la CoDDHH que sostienen lo expuesto:

“...77... De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva...”⁶

⁴ Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH en Colombia

⁵ Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones. Cesano, José Daniel y Reviriego Picón, Fernando. Coordinadores. Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires. 2010

⁶ Suarez Rosero vs Ecuador Sentencia de 12 de Noviembre de 1997

“...150. De conformidad con ese precepto toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal⁷. En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal⁸. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos⁹....”

155. La Corte Europea ha sostenido que según [el artículo 3 de la Convención], el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida¹⁰....”¹¹

“...86. La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa¹². Asimismo, el Estado debe asegurar que la manera y el método de ejecución de la medida no someta al detenido a angustias o dificultades que excedan el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén adecuadamente asegurados.

97. Este Tribunal considera que las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del artículo 5 de la Convención Americana, dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad....”¹³

Cabe señalar por otra parte que la plena vigencia de todos los Tratados Internacionales de DDHH para las personas privadas de libertad está consagrada en **los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas**¹⁴ cuando en su Principio I señala que: “Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.”

⁷Cfr. *Caso Bulacio*, *supra* nota 129, párr. 126; y *Caso Cantoral Benavides*, *supra* nota 139, párr. 87.

⁸ Cfr. *Caso Cantoral Benavides*, *supra* nota 139, párrs. 85 al 89; y *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 58.

⁹Cfr. *Caso Bulacio*, *supra* nota 129, párr. 126.

¹⁰ Cfr. *Kudla v. Poland*, No. 30210/96, párr. 93-94, ECHR 2000-XI.

⁸ *Tibi vs. Ecuador* Sentencia de 07 de septiembre de 2004

¹² Cfr. *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 105; *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*, *supra* nota 127, párr. 154, y *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 116

¹³ *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006.

¹⁴ Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008) y cuya aspiración es que se transforme en una nueva convención regional específica en la materia

A su vez dicha vigencia es reafirmada cuando en su Principio II señala que “...Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia¹⁵. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad.

Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad...”

Asimismo en el Principio VIII se ratifica la igualdad en el goce de los derechos consagrados en los Tratados Internacionales de DDHH cuando se señala que: “...Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad....”

De lo expuesto podemos arribar a las siguientes conclusiones

- 1.- La privación de libertad no implica de manera alguna la privación de otros derechos consagrados en los Tratados Internacionales de DDHH.
- 2.- El goce de los derechos consagrados en los Tratados Internacionales de DDHH solo pueden ser limitados de manera restrictiva y excepcional en cuestiones que tengan que ver con la medida de seguridad tomada como privación de libertad y no como es tomada por el SPB en tanto seguridad implica imposibilidad de garantizar los derechos por falta de personal suficiente o imposibilidad de cumplir con la debida custodia, etc, pero además cabe señalar que en forma alguna puede ser limitados, restringidos o afectados como parte constitutiva de la pena en sí misma.
- 3.- El Estado es el obligado indiscutido a garantizar dichos derechos ya de por sí conforme lo establecido en todos los Tratados Internacionales, con el plus adicional de ser quien tiene la custodia y en consecuencia la posición especial de garante de la persona privada de libertad.

Sin embargo a poco de atravesar los muros de cualquier Unidad Penitenciaria y/o comisaría donde se cumple la privación de libertad ambulatoria ya sea como medida cautelar, prisión preventiva, o como condena nos encontramos con que todo el desarrollo teórico se hace añicos contra la realidad penitenciaria.

¹⁵ La función de garantía del Estado federal se vuelve aún más compleja y difícil de definir si relacionamos el derecho a la salud con el derecho a la igualdad en el sentido que le asigna la Constitución y los tratados de derechos humanos incorporados a ella. Este derecho a la igualdad no implica solo un deber de neutralidad que se expresa en un Estado ciego a las diferencias entre las personas. Por el contrario, la lectura en clave social del principio de igualdad demanda un Estado no neutral, capaz de reconocer diferencias sociales y culturales y disponer acciones afirmativas o de equilibrio destinadas a superar situaciones de desventaja o retraso de ciertos colectivos o sectores sociales postergados.

Las personas sometidas al encierro “legal” carecen de los más elementales derechos transformando a la privación de libertad en la privación casi absoluta de todo aquello que un ser humano necesita para seguir siendo o sintiéndose como tal.

La seguridad carcelaria se transforma en el eje que atraviesa la vida de las personas privadas de libertad y sus derechos quedan sometidos a la lógica penitenciaria que se construye sobre la dominación física y psicológica con el objetivo de destruir a la persona, aunque en teoría se pretende la resocialización de la misma¹⁶.

El acceso a los derechos más elementales quedan sujetos a la colaboración con el servicio penitenciario ó a la lucha, muchas veces a riesgo de la propia vida, por obtener al menos un mínimo de condiciones que permitan subsistir y/o salir con vida del periodo de cumplimiento de la pena, lo cual hace que la mayoría de las personas privadas de libertad transcurran todo el periodo de detención también privados de los mínimos derechos que, supuestamente, les deberían estar garantizados.

Para acceder a la atención médica, alimentación, condiciones dignas de alojamiento, visitas, trabajo, educación, etc, muchas veces los y las detenidas deben exponer su propio cuerpo al castigo que conlleva cualquier tipo de reclamo que cuestione la lógica penitenciaria.

A su vez, y como reafirmación de lo expuesto, podemos señalar que el nuevo proyecto de ley de ejecución establece como sanciones la suspensión del goce de derechos por parte de las personas privadas de libertad¹⁷ demostrando claramente que dentro del mundo de la penalidad los derechos humanos están sujetos al cumplimiento de las normas de conducta que establece el propio servicio penitenciario y no a la calidad de ser humano de sus titulares.

A modo de ejemplo entre el adentro y el afuera podemos señalar que un castigo común implementado por el servicio penitenciario es el encierro con prohibición de concurrir a la escuela, cuestión que puesta en el afuera implicaría, a modo de ejemplo, la vulneración del derecho a la educación y dos respuestas distintas del mismo Estado.

Si nuestros hijos desobedecieran una norma de conducta familiar y los castigados con la imposibilidad de concurrir a la escuela por determinada cantidad de días seríamos cuestionados por la sociedad y los organismos del Estado respectivos que nos recordarían que la educación es obligatoria y como padres no podemos omitir enviar a nuestros hijos a la escuela.

Paradójicamente el Estado a través del servicio penitenciario y del propio Ministro de Justicia y Seguridad, autor del proyecto de ley mencionado, ven, ante la desobediencia de una norma de conducta, como castigo razonable prohibir la asistencia a la escuela de la persona privada de libertad.

Vale señalar que similares castigos se implementan con las visitas, la correspondencia, el trabajo, la recreación etc., demostrando con ello que la lógica del castigo predomina sobre la lógica de la vigencia del derecho.

Otro ejemplo muy común que podemos encontrar en el encierro es el castigo corporal extra-oficial (golpes) a aquellos que se autolesionan como forma de protesta o de exigencia de algún

¹⁶ “...la cárcel se radicaliza como respuesta extrema con una finalidad de incapacitación con respecto a aquellos frente a los que el sistema de control social “blando”, fundado sobre la integración, fracasa...”. Pavarini, Massimo. “Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad.” Editorial Ad Hoc. Argentina. Septiembre de 2006

¹⁷ “**ARTÍCULO 49.** Las faltas darán lugar a las siguientes sanciones:

a) Faltas leves: amonestación, ó apercibimiento ó retiro de concesiones b) Faltas medias: privación o restricción de actividades recreativas y deportivas hasta diez (10) días, o exclusión de actividad común hasta diez (10) días, o suspensión o restricción total o parcial de derechos reglamentarios de hasta diez (10) días; c) Faltas graves: separación del área de convivencia por un período no mayor de diez (10) días o cinco (5) fines de semana sucesivos o alternados, ó traslado a otra sección del establecimiento de régimen más riguroso. El máximo de la pena de separación del área de convivencia se elevará a quince (15) días o siete (7) fines de semana para el caso en que concurren hechos independientes; ...La ejecución de las sanciones no implicará la suspensión total del derecho de visita y correspondencia de un familiar directo o allegado del interno, en caso de no contar con aquél....”.

derecho no reconocido por la autoridad, luego de lo cual se aplica el castigo oficial del aislamiento y encierro en celda de castigo por la cantidad de días que la autoridad penitenciaria entienda convenientes.

En el afuera no cabe duda que quien se autolesiona, cualquiera fueran sus motivos, requiere de atención profesional, sea esta psicológica o psiquiátrica.

En el encierro quien se autolesiona recibe como atención “profesional” una gran cantidad de golpes de parte del SPB y luego mayor encierro y aislamiento pero nunca atención psicológica o psiquiátrica.

A su vez, la mayoría de las veces, en el ámbito judicial quien se auto-lesiona es vista como una persona “problemática” y no como una persona que requiere urgente atención profesional.

Esta práctica de la penalidad o castigo corporal es reafirmada en el inciso f del art. 48 del proyecto de ley de ejecución cuando contempla la sanción frente a la auto-lesión en lugar de la obligación del propio SPB de brindar atención psiquiátrica y/o psicológica a la persona que se auto-lesiona cualquiera sea el motivo de ello.

Esta práctica que uno podría ver como una “deformación” penitenciaria, en la practica luego es avalada por la mayor parte del poder judicial que convalida la sanción del encierro y en la mayoría de las veces no requiere una opinión médica/psicológica y/o no ordena la misma, como si la auto-lesión no fuera una manifestación de un trastorno que requiere atención sino por el contrario una rebeldía que merece ser castigada disciplinariamente¹⁸.

En tal sentido ha señalado reiteradas veces la CoDDHH que este tipo de castigo se encuentra prohibido e incluso puede llegar a ser considerado como aplicación de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes¹⁹

En ese marco el desafío consiste en encontrar mecanismos prácticos que permitan destruir la lógica del castigo de forma tal que los derechos humanos vayan ganando espacio real y efectivo dentro del ámbito del encierro.

La tarea no es sencilla dado que tal cual señala Garland: “...la existencia misma del sistema penal nos hace olvidar que hay otras posibles respuestas a estos problemas...”²⁰, sin embargo, tal cual afirma el citado autor cabe señalar que “...las instituciones y sus regímenes no son

¹⁸ Si la autolesión es una manifestación de alguien que no es escuchado en su reclamo el poder judicial enfrenta un doble problema: 1.- No está escuchando a un ciudadano que esta privada de libertad bajo su responsabilidad y 2.- No está viendo el problema de salud que esa conducta de auto-lesión está manifestando. En las dos situaciones, que en realidad son partes de la misma situación, hay un serio incumplimiento del deber y la obligación del poder judicial, en su caso el juez o jueces que tienen bajo su responsabilidad a la persona privada de libertad.

¹⁹ CANTORAL BENAVIDES VS PERU. SENTENCIA DEL 18 DE AGOSTO DE 2000. ...98. La Convención Interamericana contra la Tortura define la tortura en su artículo 2, como todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Y agrega: No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

99. En todo caso, la Corte Europea ha señalado recientemente que ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas.

104. Atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos, estima este Tribunal, sin lugar a duda razonable, que cuando menos parte de los actos de agresión examinados en esta causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas. Considera también la Corte que dichos actos fueron preparados e infligidos deliberadamente contra el señor Cantoral Benavides cuando menos con un doble propósito... En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma.

²⁰ Garland, David. Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social. Siglo XXI editores

inamovibles ni incuestionables, sobre todo cuando no logran satisfacer, controlar los conflictos, ni dar respuestas satisfactorias a interrogantes inoportunas...”²¹

En las páginas que siguen pretendo hacer un breve esbozo teórico sobre el derecho a la salud de las personas privadas de libertad y desarrollar algunas ideas prácticas que tienen por objetivo romper la lógica de la penalidad, sin pretender por ello que la cuestión esté acabada y/o resuelta sino por el contrario con la intención de ser el punto de partida de una pretensión que deberemos mantener vigente mientras continúe vigente esta modalidad de castigo.

SALUD ¿PENITENCIARIA?

Cuando analizamos la cuestión de la salud de las personas privados de libertad lo primero que debemos cuestionarnos, pero no lo único, es porque la misma está sujeta al Ministerio de Justicia y no al Ministerio de Salud.

Acaso el Ministerio de Educación se ocupa de la salud de los educandos y los educadores y tiene un área dedicada a ello? Y el Ministerio de Asuntos Agrarios se ocupa de la salud de los trabajadores y trabajadoras del campo y de los propietarios de la tierra?

Pues obviamente que no, en razón de ello no hay motivos basados en cuestiones de salud que justifiquen que el Ministerio de Justicia se ocupe de la salud de las personas privadas de libertad a no ser que busquemos las justificaciones de ello en otros fundamentos, como ser el avance de la penalidad y las instituciones penitenciarias sobre todos los aspectos de la vida en general²², ahora no solo sobre las personas privadas de libertad sino también sobre aquellos que habiendo estado detenidos en prisión preventiva hubieran resultado absueltos o sobreesidos, o cumplido la totalidad de la pena y/o incluso quienes nunca hubieran estado detenidos como aquellos a quienes se les ha concedido la eximición de prisión.²³

En consecuencia el primer desafío es romper con esta dinámica de apropiación y reproducción de prácticas que nos impone la penalidad a todos los actores que de alguna forma estamos vinculados con ella y tratar de analizar, elaborar e instrumentar estrategias, tácticas y prácticas en sentido contrario, esto es de ruptura con la penalidad (Garland) y/o el control social (Cohen) quitando de la esfera de control de la penalidad la vigencia de los derechos humanos intra-muros.

En dicho marco la cuestión es buscar puntos de análisis y propuestas que rompan la reproducción de prácticas de control social y/o impidan nuevas, tanto sea que provengan estas del SPB o del propio mundo intra-muros.

Algunos podrán plantear que el sistema de salud en manos del Ministerio de Salud no es eficiente, carece de recursos, profesionales suficientes, etc

²¹ Garland, David. Obra citada

²² Garland, David. “Castigo y sociedad Moderna. Un estudio de teoría social”.

²³ Ver proyecto de ley de ejecución: **ARTÍCULO 161**. El Patronato de Liberados Bonaerense tiene a su cargo:

- 1) La tutela, asistencia y tratamiento de toda persona que por disposición judicial deba estar sometida a su cuidado, sea que trate de:
 - a) liberados condicionales;
 - b) condenados condicionales;
 - c) eximidos de prisión;
 - d) excarcelados o quienes gocen de alternativas o morigeraciones a la prisión preventiva;
 - e) condenados con libertad asistida o salidas transitorias;
 - f) probados con suspensión del proceso;
 - g) todo aquél que deba cumplir prisión domiciliaria o cualquier otra medida o pena sustitutiva de prisión;
 - h) liberados por cumplimiento de pena;
 - i) todas aquellas personas que habiendo sido sometidas a proceso penal resultaren absueltos o sobreesidos.

No obstante, creo que esta objeción no podría o no debería venir, al menos, del propio Estado puesto que resultaría inaceptable que el Ministerio de Justicia justifique su intervención en función del incumplimiento de las obligaciones de otro Ministerio del propio ejecutivo.

Por otra parte la falta de presupuesto y los incumplimientos de las obligaciones del Ministerio de Salud no parecen ser razón suficiente para justificar que la salud de las personas privadas de libertad dependa del Ministerio de Justicia.

Y volviendo al ejemplo del inicio el mal funcionamiento del Hospital Público no ha sido nunca invocado como justificativo para que el Ministerio de Educación se ocupe de la salud de los niños en edad escolar.

¿SALUD COMO RESPUESTA A LA ENFERMEDAD O COMO CONCEPTO INTEGRAL?

Como punto de partida en el análisis de la problemática del derecho a la salud de las personas privadas de libertad debemos fijar, en principio, dos cuestiones que resultan imprescindibles tener siempre presentes:

.- Las personas privadas de libertad en su inmensa mayoría provienen de sectores excluidos y/o marginados con lo cual es obvio afirmar que su estado de salud y/o la atención previa recibida en libertad resulta ser frecuentemente precaria y/o inexistente de lo cual es dable presumir la posibilidad de que las mismas presentes afecciones cuya existencia desconocen y/o que a pesar de conocerlas no han sido debidamente tratadas, resultando que las mismas pueden verse agravadas por las condiciones de encierro.

.- En este artículo tomo el derecho a la salud como una cuestión estructural lo cual no implica dejar de prestar atención a la necesidad de encontrar mecanismos efectivos de tratamiento de las enfermedades existentes siempre teniendo presente la cuestión estructural que aquí se pretende señalar.

Hay dos criterios para analizar la cuestión de salud, un enfoque ya perimido de la cuestión de salud tomando el concepto reducido de “atención a la persona enferma” cuando se toma a la cuestión de la salud como: “...la enfermedad y la respuesta a ella...” y se señala que ello constituye “...uno de los hechos más frecuentes e inevitables en la vida cotidiana de los conjuntos sociales...”²⁴.

Y, contrariamente a esto, el concepto de salud amplio dado que, si bien originariamente se vinculaba al concepto de salud como la atención de las enfermedades (la enfermedad y la respuesta a ella), en la actualidad esté evoluciono hasta comprender el completo bienestar físico, psíquico y social, que ha significado además, “la asistencia para el adecuado desarrollo del ser desde antes de su nacimiento y el mejoramiento de su calidad de vida”²⁵.

En el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1948, se define a la salud como: “Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia. Dentro del contexto de la promoción de la salud, la salud ha sido considerada no como un estado abstracto sino como un medio para llegar a un fin, como un recurso que permite a las personas llevar una vida individual, social y económicamente productiva. La salud es un recurso para la

²⁴ Informe Anual 2010. Comité contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria. Pag. 152 y sigtes

²⁵ Brena Sesma Ingrid, “El derecho y la salud- Temas a reflexionar”, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 2004, pág. 104

vida diaria, no el objetivo de la vida. Se trata de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales, así como las aptitudes físicas”²⁶.

La Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, OMS, Ginebra (1986) expresó: “De acuerdo con el concepto de la salud como derecho humano fundamental, la Carta de Ottawa destaca determinados prerrequisitos para la salud, que incluyen la paz, adecuados recursos económicos y alimenticios, vivienda, un ecosistema estable y un uso sostenible de los recursos. El reconocimiento de estos prerrequisitos pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre las condiciones sociales y económicas, el entorno físico, los estilos de vida individuales y la salud. Estos vínculos constituyen la clave para una comprensión holística de la salud que es primordial en la definición de la promoción de la salud. Hoy en día, la dimensión espiritual de la salud goza de un reconocimiento cada vez mayor. La OMS considera que la salud es un derecho humano fundamental y, en consecuencia, todas las personas deben tener acceso a los recursos sanitarios básicos”²⁷.

Así surge una de las características principales del derecho a la salud en tanto está íntimamente interrelacionado con otros derechos humanos por una parte y por la otra, de necesitar el cumplimiento de importantes requisitos de tipo político, social, económico y ambiental, para el adecuado goce del mismo.

Entiendo que hay que acentuar este enfoque de la cuestión de salud, no como atención de la enfermedad sino, como derecho humano esencial que conlleva toda una serie de circunstancias que superan el limitado enfoque de “salud como: **“... la enfermedad y la respuesta a ella”**”

En ese marco no resulta solo cuestionable la falta de atención médica, las deficiencias burocráticas y/o el sistema de guardias sino todo el sistema penitenciario en sí mismo puesto que en su estructura se encuentra imposibilitado de proveer de un sistema integral de salud en los términos de la OMS y los tratados internacionales.

Dicha concepción, que podríamos denominar “actual” del concepto de salud es reconocida en los **Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas**²⁸ cuando en su Principio X establece que **“...Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y**

²⁶ Cfr. Brena Sesma Ingrid, obr. Cit., pág. 104.

²⁷ Cfr. Brena Sesma Ingrid, obr. Cit., págs. 104/5.

²⁸ Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008).

las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas.

En toda circunstancia, la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios siguientes: confidencialidad de la información médica; autonomía de los pacientes respecto de su propia salud; y consentimiento informado en la relación médico-paciente...”.

En base a esta definición resulta obvio que el concepto de salud supera el limitado marco del “...tratamiento de la enfermedad y la respuesta a ella...” sin perjuicio de que debe también ocuparse de la enfermedad y su tratamiento cuando esta se ha manifestado en el caso individual y concreto.

En dicho marco la prevención de las enfermedades en el encierro se torna una cuestión esencial y estructural, sin perjuicio de lo cual no ha de dejar de ser esencial el tratamiento de las enfermedades, una vez que éstas se hacen presentes, en forma adecuada en condiciones que aseguren asistencia y servicios médicos adecuados.

EL DERECHO A LA SALUD EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional de 1994 incorpora el derecho a la salud de manera expresa en los términos conceptuales amplios antes expuestos dejando de lado el criterio reducido de “**la enfermedad y la respuesta a ella**”, así podemos señalar que:

a) En el art. 41 sobre ambiente al señalar que “**Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano...(párrafo 1º)** “**Las autoridades proveerán a la protección de este derecho,...”(párrafo 2º)** “**Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales” (párrafo 3º).**

b) En el art. 42 sobre consumidores y usuarios: “**Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud,...(párrafo 1º).** “**Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...(párrafo 2º).** “**La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos,...previando la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control” (párrafo 3º).**

c) En el art. 75 inc. 23 sobre discriminación inversa: “**Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.**

d) En el art. 75 inc. 22 sobre el reconocimiento de rango constitucional a determinados tratados internacionales de derechos humanos: “**...La Declaración Americana de los Derechos del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, Inhumanos o degradantes; la Convención sobre los derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia,**

tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.....”(párrafo 2°).

Este artículo introduce la fuente externa de reconocimiento del derecho humano a la salud, en consonancia con el salto cualitativo fundamental que produjo la reforma constitucional de 1994. El derecho a la salud está plasmado en **la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. VII y XI; en la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3, 8 y 25; en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6, 7 y 24; en la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4 inc. 1. 5 incs. 1 y 2, 19 y 25 y en la Convención sobre los derechos del Niño, arts. 3, 6, 23, 24 y 25.**

Asimismo también se puede inferir que existe una protección especial de este derecho humano a la salud en los otros tratados internacionales contra la discriminación, contra la tortura y otras penas crueles y contra el genocidio.

De estos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional podemos destacar el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

El artículo 12 del Pacto dice: “1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, efectuó una importante interpretación del Pacto acerca del derecho a la salud y de la responsabilidad del Estado en su Observación General 14, aprobada el 11 de mayo de 2000.

Las principales conclusiones que el Comité ha señalado son:

- 1. Que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.**
- 2. Que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.**
- 3. Que el derecho a la salud está estrechamente vinculado al ejercicio de otros derechos humanos y depende de estos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.**
4. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a no estar enfermo o a tener atención frente a la enfermedad. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar la salud y el cuerpo de uno, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como asimismo el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

5. El concepto del “más alto nivel posible de salud” tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado.

6. El derecho a la salud no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, nutrición y vivienda adecuadas, condiciones saludables de trabajo y medio ambiente y acceso a la información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluidas la salud sexual y reproductiva.

7. Las condiciones que deberán asegurar los Estados son las siguientes:

a) Disponibilidad: cada Estado deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y programas.

b) Accesibilidad: dichos establecimientos deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna. Esta condición requiere, al menos, los 9 aspectos siguientes:

1. No discriminación, en especial para los sectores más vulnerables y desprotegidos de la población;

2. Accesibilidad física, que significa que los establecimientos deben estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población;

3. Accesibilidad económica, que importa que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos de los servicios deberán ser equitativos, especialmente para los sectores de menores recursos

4. Acceso a la información, que comprende el derecho a solicitar, recibir y difundir información acerca de la salud.

5. Aceptabilidad: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y de la cultura de las personas, minorías, pueblos y comunidades.

6. Calidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico.

7. En cuanto a las obligaciones de los Estados, se prescriben las de “respetar, proteger y cumplir” el derecho a la salud.

Con respecto a las obligaciones de cumplir se ordena que los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas y velar por el acceso igual a todos los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas; se debe establecer también un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular, sobre el Sida, salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas (párrafo 36)

8. Que el derecho a la salud debe ser asegurado por el Poder Judicial: ya que toda persona o todo grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Todas las víctimas de esas violaciones deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos (párrafo 59 de la Observación General).

9. El papel de los juristas: pues los Estados deben alentar a los magistrados y a los demás jurisconsultos, a que, en el desempeño de sus funciones, presten mayor atención a la violación al derecho a la salud (párrafo 61).

Nuestro país, en principio por interpretación jurisprudencial y luego expresamente a través del art. 75 inc. 22 de la CN, asumió el compromiso de cumplir obligatoriamente las resoluciones que emanan de dicho sistema, en los términos de su vigencia y conforme los organismos que hacen a la interpretación de tales Tratados, por lo cual el Estado debe destinar **“..hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”** conforme la Observación General Nro. 3 dictada en el 5º período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²⁹

Al otorgar jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales de DDHH y toda vez que el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) define a la salud como "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"-, el Estado ha quedado jurídicamente obligado a garantizar el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales, y no puede escudarse en la falta de recursos disponibles para justificar su incumplimiento. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) ha expresado que: **...los Estados Parte tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto...**, destacando que el cumplimiento del contenido mínimo es obligatorio y no es pasible de excepciones, ni aun en situaciones de emergencia.

En ese marco el derecho a la salud es un derecho de protección y a la vez de prestaciones, que comporta obligaciones de dar, hacer y de no hacer.

Este derecho es una obligación impostergable del Estado Nacional (y de los otros órdenes estatales y gubernamentales) de inversión prioritaria y que está ligado al concepto de prestaciones esenciales.

El Estado no solo debe garantizar el acceso al derecho a la salud sino que además debe, en sus diversos niveles, abstenerse de dañar la salud³⁰ y de tener injerencias arbitrarias en el derecho a la salud de las personas.

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Tal cual señalan Victor Abramovich y Laura Pautassi³¹, la CSJN ha producido una importante jurisprudencia en la materia, siendo aplicables, mínimamente, a este planteo las siguientes:

a) **“Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional”**, fallado el 1 de junio de 2000, en que la Corte responsabilizó primariamente al Estado Nacional en el suministro de medicamentos para enfermos de Sida, en cumplimiento de la Ley N° 23.798 y de las normas constitucionales y tratados internacionales que obligan al mismo para asegurar el derecho a la salud. En este sentido, el Procurador había recordado al art. 75 inc. 22 de la Constitución y a los 2 Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además del Pacto de San José de Costa Rica.

Asimismo el Procurador en su dictamen, al cual por razones de brevedad se remitieron los cortesanos, señaló que **“...la vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el**

²⁹ Abramovich, Victor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Madrid, Trotta, 2001

³⁰ Resulta fundamental asumir que las condiciones de encierro en la Prov. De Buenos Aires (sobrepoblación, falta de provisión de alimentos, falta de atención médica, falta de prevención sanitaria, etc, etc) afectan la salud física y psíquica de las personas privadas de libertad

³¹ El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. Víctor Abramovich, Laura Pautassi

ejercicio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida³² -principio de autonomía-. A mayor abundamiento, el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º arts. 4º y 5º de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1º del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva. El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio...”

b) El caso “**Campodónico de Beviacqua Ana c. Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas**”, fallado el 24 de octubre de 2000. Entre sus fundamentos la Corte afirma que la Ley 23.661 instituyó el Sistema Nacional de Salud con los alcances de seguro social “...a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica”. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción “integradora” del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden “su participación en la gestión directa de las acciones” (art. 1). Su objetivo fundamental es “proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...”³³. Asimismo recuerda la cláusula federal del Pacto de San José de Costa Rica en su art. 28, que obliga al Estado nacional al cumplimiento de dichas obligaciones, sin perjuicio de las correspondientes a los Estados provinciales que integran la federación.³⁴

c) El caso “**Monteserín Marcelino y otros c. Estado Nacional- Amparo**” fallado el 16 de octubre de 2001, donde la Corte Suprema ratifica la jurisprudencia anterior sobre la obligación del Estado a prestar los servicios básicos de rehabilitación en esta oportunidad de un menor afectado por parálisis cerebral. En las distintas instancias del proceso se señaló que la acción se enmarca dentro de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22 y las medidas de acción positiva determinados por el constituyente de 1994 para los grupos vulnerables. Afirmando, asimismo, que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana. También hace mención a la imposibilidad de argumentar como defensa o justificación del incumplimiento cuestiones de imposibilidad

³² Aggravadas las circunstancias señaladas en el fallo citado por la privación de libertad

³³ Item 22 fallo citado

³⁴ Item 20 fallo citado

patrimonial³⁵.

El caso se torna mucho más interesante si tomamos en profundidad este cuestionamiento a la defensa basada en la imposibilidad de asumir la obligación por cuestiones patrimoniales atento que el demandado era la Obra Social del Ejército y no el propio Estado como en el caso de las personas privadas de libertad.³⁶

De allí se desprende que la argumentación defensiva invocada asiduamente por el SPB en cuanto a la carencia de presupuesto resulta inaceptable, o al menos debería resultar inaceptable para el Poder Judicial

A efectos de marcar la cuestión federal, resulta importante destacar que la Corte ha manifestado que el Estado Federal es el garante último del sistema de salud –independientemente de la existencia de obligaciones en cabeza de otros sujetos, como las provincias o las obras sociales–³⁷, y que el derecho a la salud impone obligaciones positivas –y no solo obligaciones negativas–.

ACCESO A PRESTACIONES MÉDICAS

Nuevamente merece destacarse el señalado caso "*Campodónico de Beviacqua*"³⁸, en el cual la Corte ordenó al Estado Nacional a mantener la provisión de medicamentos que este había suprimido unilateralmente. La Corte Suprema confirmó la decisión de la Cámara y estableció un importante precedente al señalar que el derecho a la preservación de la salud –comprendido en el derecho a la vida– tiene rango constitucional, "a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional", al mismo tiempo que los pactos internacionales protegen específicamente la vida y la salud de los niños³⁹.

Al dejar en claro el alcance de las obligaciones estatales en materia de provisión y de continuidad del tratamiento: ...la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: ...reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los Estados parte de procurar su satisfacción, señalando, la propia CSJN que "...los Estados partes se han obligado "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado⁴⁰.

Para los Estados de estructura federal, del tratado se deriva que, sin perjuicio de las obligaciones establecidas específicamente para las entidades, "el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto"; lo cual consigna la responsabilidad del Estado nacional como garante último del sistema de salud, a pesar de que ha sido transferido o descentralizado a provincias y municipios.

³⁵ Resulta interesante esta afirmación de la SCJN toda vez que la defensa más frecuente del SPB para incumplir las ordenes judiciales o justificar la vulneración de derechos es la falta de recursos tanto físicos como económicos

³⁶ "Cuando los jueces aplican el derecho con creatividad" Rosales, Pablo O. Publicado en: LA LEY

³⁷ Habría que estudiar en base a ello la posibilidad, ante el incumplimiento del Estado Provincial, de traer al proceso sea judicial ó político al Estado Federal.

³⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ recurso de hecho*". C. 823. XXXV. 24/10/2000.

³⁹ Items 15, 16 y siguientes del fallo citado

⁴⁰ Item 19

En otros procesos, la posición de la Corte Suprema fue similar, por ejemplo al disponer otorgar cobertura médica para un niño con discapacidad de escasos recursos⁴¹, y a personas con VIH-Sida⁴², o al imponer ampliar la cobertura médica para ciertas situaciones no previstas respecto de empresas de medicina prepaga, obras sociales sindicales y obras sociales estatales, y al conceder medidas cautelares para asegurar el acceso a medicación y tratamiento en situaciones de extrema urgencia. En sentido similar, los tribunales inferiores también han decidido casos de acceso a cobertura médica a favor de los reclamantes.

La Corte Suprema de Justicia también ha fallado en favor de un reclamo colectivo, que involucraba el incumplimiento estatal de una cláusula de la denominada "Ley de Sida", que obliga al Estado a proveer la medicación necesaria para el tratamiento del VIH-Sida.

En el caso "*Asociación Benghalensis*"⁴³ la Corte confirmó la decisión de la Cámara, en concordancia con el dictamen del Procurador General de la Nación, que establecía, seguido por el voto de la mayoría de la Corte, que el derecho a la salud está reconocido por tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional: El fallo cita el artículo 12.c del PIDESC⁴⁴, los artículos 4.1 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁵, y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁶.

En consecuencia: El Estado no solo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio.⁴⁷

Sobre esta base, el Procurador afirma, para el caso concreto, que:...dichos principios llevan a concluir que el Estado tiene la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad⁴⁸.

De esta forma y mediante los fallos citados la CSJN ha reconocido el derecho a la salud como un derecho fundamental de base constitucional reconociendo con ello también la obligación de garantizar su tutela jurisdiccional, habilitando así, por ejemplo, la posibilidad de interponer acciones de amparo, e incluso activando en ciertas circunstancias la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La jurisprudencia ha establecido además que el derecho a la salud impone al Estado deberes negativos y también obligaciones positivas, lo que autoriza a interponer acciones judiciales para exigir al Estado ciertas prestaciones y la definición de políticas en este campo.

CONDICIONES DE ATENCIÓN DE LOS PRIVADOS Y PRIVADAS DE LIBERTAD EN JURISPRUDENCIA DE LA Corte DDHH

Entrando más específicamente en la atención médica de las personas privadas de libertad podemos señalar que la CoDH ha fijado algunos criterios específicos al respecto en reiterada

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad. M. 375. XXXVI. 16/10/2001.

⁴² Procuración General de la Nación. Alcalá, Cristina Beatriz c/ Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986. A. 224. XXXIV. 19/03/1999.

⁴³ . Corte Suprema de Justicia de la Nación. Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986. A. 186. XXXIV. 01/06/2000.

⁴⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

⁴⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁷ Procuración General de la Nación. Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986. A. 186. LXXXIV. 22/02/1999.

⁴⁸ Procuración General de la Nación. Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986. A. 186. LXXXIV. 22/02/1999.

jurisprudencia tomando el criterio amplio de salud en el sentido expuesto por los tratados internacionales de DDHH antes citados.

En ese marco también ha fijado algunos criterios que resultaría útiles para romper la limitación del criterio de salud y el control del mismo en manos del propio SPB.

a.- En el caso **Tibi vs Ecuador** en relación a la salud y la necesaria atención que ella requiere ha sostenido que:

"...154. Sobre este particular es preciso remitirse al Principio vigésimo cuarto para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión que determina que: “[s]e ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos

155. La Corte Europea ha sostenido que según [el artículo 3 de la Convención], el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida.

156. A su vez, la Corte Interamericana entiende que, conforme al artículo 5 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal

b.- Por otra parte la misma Corte Interamericana de DDHH en la sentencia recaída en el caso **Montero Aranguren y otros (Reten de Catia) versus Venezuela** ha dicho que:

"102. Este Tribunal ha señalado que la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo 5 de la Convención Americana. El Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal sin que esto signifique que existe una obligación de cumplir con todos los deseos y preferencias de la persona privada de libertad en cuanto a atención médica, sino con aquellas verdaderamente necesarias conforme a su situación real. La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de los prisioneros.

c.- En el caso "**Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay**" la Corte Interamericana ha dicho que:

"...e) el Estado no garantizó el derecho a la salud, ya que no proveyó asistencia médica regular a los internos, el personal médico era insuficiente, ni tampoco proveyó atención médica adecuada a los internos con enfermedades psiquiátricas y adicciones..."

d.- En el caso **García Asto vs Perú** la CoDH ha dicho que:

226. Este Tribunal ha señalado que la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo 5 de la Convención Americana.

227. La Corte entiende que, conforme al artículo 5 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal⁴⁹.

229. Además de ello, la Corte concluye que las condiciones de detención impuestas al señor Wilson García Asto, así como la incomunicación, el régimen de aislamiento celular y la restricción de visitas de sus familiares constituyeron tratos crueles, inhumanos y degradantes que resultaron en la vulneración de su integridad física, psíquica y moral. En consecuencia, y tomando en consideración el reconocimiento de hechos anteriores a septiembre de 2000 por parte del Estado (*supra* párrs. 52 a 60), la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Wilson García Asto.

e.- En el caso **De la Cruz Flores vs Peru** la CoDH ha señalado que:

130. La sola constatación de que la presunta víctima fue privada durante un mes de toda comunicación con el mundo exterior permite a la Corte concluir que la señora María Teresa De La Cruz Flores fue sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Durante su incomunicación, estuvo en condiciones insalubres y no pudo cambiarse de ropa durante un mes (*supra* párr. 73.55). Por otra parte, en aplicación del artículo 20 del Decreto Ley No. 25.475, durante el año que estuvo en aislamiento sólo podía salir al patio durante 30 minutos por día, tenía muy limitadas las posibilidades de lo que podía leer y contaba con un régimen de visitas en extremo restringido. Todos estos hechos confieren al tratamiento a que fue sometida la señora De La Cruz Flores la característica de cruel, inhumano y degradante.

131. Aunado a lo anterior, en el *cas d'espèce* está probado que la señora De La Cruz Flores sufrió diversos padecimientos físicos durante su detención, respecto de los cuales recibió una atención médica inadecuada (*supra* párr. 73.54), lo que no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno, conforme a su condición de ser humano, en el sentido del artículo 5 de la Convención Americana.

132. La Corte Interamericana entiende que, conforme al artículo 5 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal⁵⁰.

133. También es pertinente recordar el Principio vigésimo cuarto para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión que establece que: “[s]e ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos”⁵¹.

134. Por su parte, la Corte Europea ha sostenido que

⁴⁹ Cfr. *Caso De la Cruz Flores*, *supra* nota 4, párr. 122; *Caso Tibi*, *supra* nota 142, párr. 157; y *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 131; En este sentido, *cfr.* O.N.U., Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principio 24.

⁵⁰ Cfr. *Caso Tibi*, *supra* nota 1, párr. 157; y *Caso Bulacio*, *supra* nota 107, párr. 131.

⁵¹ Cfr. O.N.U., Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principio 24.

según [el artículo 3 de la Convención], el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén aseguradas adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida⁵².

f.- En la sentencia dictada en el caso **Castro Castro vs Peru** la CoDH ha señalado que

301. Quedó probado que los internos trasladados al Hospital de la Policía no recibieron tratamiento médico adecuado (*supra* párr. 197.47). El Principio vigésimo cuarto para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión establece que “[...] toda persona detenida [...] recibirá[...] atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario[...].”⁵³. Esta Corte ha establecido que “el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos [...] atención y tratamiento [médicos] adecuados cuando así se requiera”⁵⁴.

303. Con respecto al tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”. Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención⁵⁵. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que dicha discriminación incluye la violencia basada en el sexo, “es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”⁵⁶.

308. El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de las seis internas que sufrieron esos tratos crueles, cuyos nombres se encuentran incluidos en el Anexo 2 de víctimas de la presente Sentencia que para estos efectos forma parte de la misma.

⁵² Cfr. *Kudla v. Poland*, No. 30210/96, párr. 93-94, ECHR 2000-XI.

⁵³ Cfr. O.N.U., Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principio 24. En igual sentido Cfr. *Caso De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 133; y *Caso Tibi*, *supra* nota 150, párr. 154.

⁵⁴ Cfr. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, *supra* nota 128, párrs. 102 y 103; *Caso De la Cruz Flores*, *supra* nota 157, párr. 132; y *Caso Tibi*, *supra* nota 150, párr. 157.

⁵⁵ Cfr. O.N.U., *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párrs. 23 y 53.

⁵⁶ Cfr. O.N.U., Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11º período de sesiones. Recomendación general 19 “La violencia contra la mujer”. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1at84 (1994), párr. 6.

En base a las sentencias citadas y otras concordantes que reiteran tales conceptos cabe concluir que el sistema interamericano en lo que se refiere al proceso contencioso ante la CoDH ha consagrado claramente los conceptos expuestos al inicio del presente en cuanto a que el derecho a la salud de las personas privadas de libertad se entiende conforme los criterios emanados de los Tratados Internacionales de DDHH, no pudiendo la privación de libertad ser argumento válido para restringir tal derecho más allá de las consideraciones particulares de instrumentación en el encierro para su plena vigencia.

CRITERIOS Y PRACTICAS A ESTABLECER PARA QUE EL ESTADO GARANTICE EL DERECHO A LA SALUD EN EL ENCIERRO.

EL CASO CONCRETO

Expuesta la vigencia del derecho a la salud en su concepción integral, aún en condiciones de encierro y la obligación ineludible del Estado de dar cumplimiento a tal derecho cabe avanzar sobre la idea originaria de este artículo, es decir exponer algunas ideas prácticas para lograr que: **“el Estado asuma su deber de garantizar el derecho a la salud de la persona privada de libertad, entendido como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social”**.

Entiendo que aquí la cuestión fundamental a plantear es el enfoque o concepción integral de la salud para salir de la discusión sobre la atención o no de la enfermedad relacionada con la provisión de medicamentos y/o la atención médica y girar sobre la situación estructural ligada a las condiciones de detención, ambiente, alojamiento, alimentación, centros de atención sanitaria, etc, etc, con la cual indudablemente se podrán sobre la mesa cuestiones in solucionables dentro del sistema de la penalidad, sin que ello implique de manera alguna dejar de prestar atención a la necesidad de prestar la debida atención y prestación de servicios médicos a quien presentan en forma concreta una enfermedad.

Teniendo en cuenta que en la órbita del encierro la función primordial en el ámbito de la salud, la prevención, paso a ser función secundaria o inexistente, agobiada por las urgencias cotidianas vinculadas a lesiones derivadas de agresiones diversas, no cabe duda de que el sector de salud penitenciaria actúa, en la mayoría de los casos y en forma deficiente, cuando la población ya ha enfermado o sufrido lesiones de diverso carácter. La propuesta que he de desarrollar a continuación es aplicable tanto para el caso general de toda persona privada de libertad como para aplicar en el caso concreto de una persona que presente una situación de salud que requiera atención hoy en día.

Para determinar que debería hacer el Poder Ejecutivo, ó en su caso el juez para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud de la persona privada de libertad y siendo que nuestra idea primogénica es lograr que el poder judicial, ante el incumplimiento del Ejecutivo, resuelva en base a la plena vigencia de dicho derecho conforme se concibe en los Tratados Internacionales de DDHH rompiendo de esta forma la lógica de la penalidad, cabe primero diseñar una estrategia que conlleve al Estado, ó más precisamente al equipo de salud del SPB, a informar claramente sobre la situación concreta de salud integral del privado de libertad prescindiendo de las cuestiones de seguridad y consecuentemente reconocer los pasos imprescindibles para garantizar el derecho a la salud de la persona privada de libertad.

En ese marco la idea debería ser centrar la situación en forma directa sobre el estado de salud de la persona en cuestión apoyándose para ello en la responsabilidad profesional del ó los integrantes del equipo de salud del SPB, sobre quienes debemos avanzar dado su carácter de garantes de la atención de las personas a su cuidado.

En este punto cabe tener siempre presente que la atención de la salud está limitada, sujeta y/o condicionada al sistema de seguridad impuesto por el SPB oficial o extraoficialmente.

Ello así no cabe duda que el acceso a la atención médica, la medicación, la continuidad o no de los tratamientos médicos, la alimentación adecuada, el adecuado alojamiento, aseo y/o cualquier otra circunstancia quedan siempre sujetas a la voluntad del SPB, quien por medio de sus agentes regula formal o informalmente el acceso a la atención médica y/o el acceso al resto de las necesidades que requiera la persona privada de libertad siempre en función del esquema que da prioridad y/o exclusividad a la cuestión de la seguridad en términos de garantizar el encierro y/o el castigo y/o la sumisión antes que el mínimo goce de derechos.

Este esquema, en general, es replicado extramuros por aquellos que en realidad deberían realizar una valoración inversa.

En efecto la mayor parte de los actores del equipo de salud y/o judiciales también dejan librado el derecho a la salud de la persona privada de libertad a la voluntad del SPB, limitándose a dictar prescripciones y/o resoluciones que en la mayoría de los casos no se cumplen atento las excusas que por razones de seguridad invoca el propio SPB.

Así encontramos que incumplimientos de ordenes de internaciones extramuros, traslados a unidades sanitarias y/o hospitalarias extramuros para atención por profesionales especializados, provisión de medicamentos y/o estudios específicos que deben hacerse fuera de las unidades penitenciarias son justificadas por el SPB en función de la carencia de agentes suficientes para efectivizar los traslados y/o la falta de unidades de traslado y/o carencia de recursos y/o simplemente no dan ningún tipo de justificación atento que tales incumplimientos no les acarrea ningún tipo de responsabilidad.

Las denuncias por falta de atención médica⁵⁷, falta de entregas de medicamentos o elementos necesarios para garantizar un tratamiento efectivo, historias clínicas incompletas o adulteradas de forma tal que obstruyen o impiden la realización efectiva del tratamiento⁵⁸, unidades sanitarias obsoletas⁵⁹, falta de personal, etc, etc son cuestiones habituales en el encierro en la provincia de Buenos Aires.

Esta situación ha sido motivo de manifiesta preocupación por parte del **Comité de Derechos Humanos en su 98º período de sesiones celebrado en Nueva York** entre el 8 y el 26 de marzo de 2010⁶⁰.

⁵⁷ **Condiciones de detención en las comisarías de la Provincia de Buenos Aires. Pandolfi, Claudio.** Publicado el 1 de agosto de 2010 por la Asociación Pensamiento Penal. www.pensamientopenal.com.ar y el 2 de agosto de 2010 en la página web del “Seminario de teoría constitucional y filosofía política. Una mirada igualitaria sobre el constitucionalismo” de Roberto Gargarella. www.seminariogargarella.blogspot.com.

⁵⁸ Informe pericial realizado por la Asesoría Pericial del depto. Judicial de Azul sobre el área de Sanidad de la UP 2 de Sierra Chica en causas 175 y 205 en trámite por ante el Juzgado de Ejecución de Alvear. Ver también Informe anual 2010 del Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires. Pags. 73 y siguientes.

⁵⁹ Informe realizado por el responsable de Salud Penitenciaria sobre el área de Sanidad de la UP 2 de Sierra Chica en causas 175 y 205 en trámite por ante el Juzgado de Ejecución de Alvear.

⁶⁰ “...17. Pese a la información proporcionada por el Estado Parte relativa a las medidas tomadas para mejorar la capacidad de alojamiento, **continúan preocupando al Comité las condiciones imperantes en muchos centros penitenciarios del país, incluido el alto índice de hacinamiento, la violencia intracarcelaria y la mala calidad en la prestación de servicios y la satisfacción de necesidades fundamentales, en particular en materia de higiene, alimentación y atención médica.** Al Comité le preocupa igualmente que, debido a la falta de espacio en esos centros, algunos procesados permanecen en dependencias policiales durante largos períodos, así como el hecho de que algunos de estos centros permanecen en funcionamiento a pesar de la existencia de sentencias judiciales que ordenan su cierre. El Comité también lamenta que la competencia del Procurador Penitenciario se limite únicamente a los internos comprendidos en el régimen penitenciario federal (Artículo 10 del Pacto)...” El resaltado y subrayado me pertenece.

En la práctica, frecuentemente, la mayoría de los operadores terminan por disminuir los derechos fundamentales “al rango de meros intereses de los detenidos, dignos al máximo, de solicitar una justificación si son dejados de lado”⁶¹

La falta de atención médica o la atención deficiente no es vista, en general, como la vulneración de un derecho humano esencial sino como una circunstancia inherente al encierro.

Y el reclamo que expresan aquellos que requieren atención es visto, en la mayoría de las veces, como una desobediencia al régimen disciplinario que conlleva el correspondiente castigo.

Para algunos profesionales de la salud y/o operadores judiciales el derecho a la salud de la persona privada de libertad está sujeto, en primera instancia, a la voluntad y/o posibilidades del SPB antes que a lo normado en la CN, Tratados Internacionales y/o la legislación vigente.

Reconoce de esta forma y en la práctica, el propio Poder Judicial por lo general por pasividad u omisión con la consiguiente responsabilidad⁶², un marco supra-constitucional en cabeza del SPB y en especial en razón de las reglas de seguridad que establece el propio servicio.

Podríamos decir, parafraseando a Kelsen, que intra muros la cima de la pirámide está constituida por la SEGURIDAD EN TERMINOS DEL SPB Y CON ELLO LAS NORMAS QUE FIJA LA PENALIDAD y luego por debajo de ellas el resto de las normas, resultando que los derechos humanos se ubican, en la mayoría de las veces, en la parte inferior de la misma en un lugar donde su vigencia real es casi una utopía⁶³.

Si antaño, tal cual sostenía Locke la sentencia convertía al ciudadano en un esclavo del Estado, en la actualidad la privación de libertad (ya no la condena) convierte al ciudadano en esclavo de un poder administrativo, burocrático, totalitario e ineficiente.

Cierto es que para revertir la concepción antes descrita se requiere un cambio ideológico en la mayoría de los operadores del sistema o quizás, más fácil, el cambio de la mayoría de dichos operadores.

No obstante cualquiera de las dos opciones descritas conllevarían largo tiempo para su implementación, siendo que necesitamos cambios prácticos en forma inmediata resulta evidente que no podemos esperar tanto tiempo.

A fin de invertir, en la práctica, dicha construcción piramidal, como punto de partida, conviene construir un mecanismo práctico de valoración médico legal del privado de libertad enfermo teniendo en cuenta que ya existen estándares internacionales vigentes en países tan disímiles como Francia ó Costa Rica⁶⁴.

En tal sentido podemos señalar que el estado de salud del privado de libertad debe ser evaluado con detenimiento y se debe exigir al equipo de salud que determine si su enfermedad es compatible o no con la privación de libertad en el estado concreto en que la persona cumple la privación de libertad.

También conviene señalar que sería ideal lograr que esta valoración se realice en hospitales públicos ó bien en los mismos centros penitenciarios pero por profesionales de la salud ajenos al

⁶¹ Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones. Cesano, José Daniel y Reviriego Picón, Fernando. Coordinadores. Santoro, Emilio. Prólogo Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires. 2010

⁶² “...en ocasiones, sus “virtudes pasivas” pueden resultar omisiones lesivas. Su pasividad, selectividad ó a lo sumo inercia institucional puede ser vista como complicidad...”. Teoría y práctica del Derecho Constitucional. Tomo I. Gargarella, Roberto Coordinador. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 2008

⁶³ Cabe señalar que con lo dicho no pretende inferir que los operadores judiciales desconocen el derecho sino todo lo contrario por cuanto considero que la mayoría tiene una buena formación que en la práctica se ve atravesada por la penalidad en los términos expuestos por David Garland.

⁶⁴ La valoración médico legal del privado de libertad enfermo. Juan Gerardo Ugalde Lobo. Asociación de Derecho Médico de Costa Rica.

servicio penitenciario o a cualquier fuerza de seguridad de modo tal que el concepto de derecho a la salud no quede sometido al concepto de seguridad que atraviesa todo el sistema.

El equipo de salud deberá tener siempre presente el esquema de seguridad penitenciaria a efectos de asumir que todas las responsabilidades inherentes a garantizar la continuidad del tratamiento, los exámenes periódicos, estudios que se requieran, provisión de medicamentos, alimentación, la efectivización de los controles respectivos y demás circunstancias atinentes al tratamiento que deberán ser garantizadas por él y no por la persona que recibe la atención en cuestión habida cuenta que su libertad ambulatoria esta cercenada y a exclusiva disposición del SPB.

Misma comprensión habrán de asumir aquellos actores que deben controlar desde afuera la vigencia del derecho a la salud.

En dicho marco podemos señalar que el equipo de salud debe ser quien se ocupe, o en su caso se le obligue a ocuparse, de que la persona privada de libertad concorra al control correspondiente en día y hora ya sea este intra muros ó extra muros, reciba y tome la medicación, se le provea la alimentación correspondiente, se lo aloje en un ambiente que no interfiera con el proceso médico, etc, etc.

Y en su caso deberá dicho equipo poner en conocimiento del Juez los incumplimientos que se susciten bajo riesgo de resultar responsable de los mismos.

En ese marco la misión del médico y/o el equipo de salud debe estar dirigida, o debe ser dirigida, a realizar un exhaustivo examen médico del detenido, investigar sobre las condiciones carcelarias, a fin de determinar si existe un estado de morbilidad que se esté agravando en prisión y que ponga en peligro su salud y/o vida y/o la efectividad del tratamiento, para en última instancia determinar si el Estado y/o el equipo de salud está brindando y/o puede brindar la adecuada y oportuna atención médica integral que necesita durante su privación de libertad.

Ello porque son muchas las circunstancias que pueden llevar a que el estado de salud de una persona se agrave durante su privación de libertad, como por ejemplo:

1-La persona privada de libertad puede ingresar con un estado patológico previo motivado en las siguientes enfermedades: **hipertensión arterial, enfermedad mental, diabetes mellitus, epilepsia, cáncer, drogadicción, SIDA, enfermedades gastrointestinales, enfermedades infecto contagiosas, problemas traumatológicos, todas estas patologías muy frecuentes entre la población carcelaria. Estas mismas enfermedades pueden hacer su aparición durante el período de privación de libertad.**

2-El siguiente punto a considerar y el más importante, es el que nos va a llevar a analizar desde el punto de vista médico legal, el deterioro que puede sufrir el estado de salud de o la detenida y la incompatibilidad del mismo con las condiciones carcelarias.

La agravación de la salud de una persona privada de libertad puede tener su origen en:

- a.- la evolución natural de su enfermedad y sus complicaciones,**
- b.- que no esté recibiendo la atención médica adecuada que su estado de salud amerita,**
- c.- que las condiciones de detención actúen como agravantes de su estado.**

A esto hay que agregar que las condiciones de sobrepoblación carcelaria y los problemas de infraestructura son factores negativos que inciden en la preservación de un estado físico y mental adecuado en el privado o privada de libertad.

Recomendaciones

1-El informe del equipo de salud:

En dicho marco los requerimientos que se realizan a salud penitenciaria y/o al poder judicial deben abarcar cuestiones precisas y detalladas que obliguen a asumir responsabilidades profesionales al informante o en su defecto la determinación de que no se encuentra en

condiciones de responder lo requerido, habilitando con ello la interconsulta con profesionales extra-muros.

El informe o dictamen del médico y/o el equipo de salud debe ser lo más completo posible en todas sus piezas y estará orientado a la búsqueda de las patologías que aquejan a la persona privada de libertad o de aquellas cuya presencia sean sospechadas mediante el examen clínico.

Hay que tener presente que estas personas, en la mayoría de los casos, han recibido poca atención médica en medio libre, una gran mayoría provienen de sectores excluidos previamente a su privación de libertad, por lo general son portadores de enfermedades de curso silencioso y que son de extrema gravedad cuando se manifiestan, por ejemplo el cáncer o el sida.

El equipo de salud deberá estar obligado a informar al juez no solamente de los aspectos de salud física y mental que pueda estar padeciendo el detenido, sino que también debe investigar sobre las condiciones carcelarias en las cuales se encuentra y que pueden estar incidiendo de manera negativa en su salud, específicamente a condiciones de seguridad personal, alojamiento, alimentación, atención médica, cuidado personal, condiciones de la celda, régimen de vida, etc.

El equipo de salud deberá constatar e informar sobre las condiciones de alojamiento específico en que se encuentra el privado de libertad y verifique estas condiciones a nivel individual.

Partes del dictamen médico legal

I- Ficha de identificación- datos demográficos: - nombre - edad - número de documento - estado civil - ocupación, nombre del establecimiento penitenciario y etapa en la que se encuentra recluido, profesionales tratantes y/o responsables.

II- Informar a la persona privada de libertad de la naturaleza del examen y obtener su consentimiento para llevarlo a cabo.

III—Antecedentes personales patológicos. Detallar cada enfermedad que padezca el detenido haciendo eje en su fecha de aparición, su sintomatología, clínica u hospital donde ha recibido el tratamiento médico, historia quirúrgica, etc, etc.

Lo conveniente es ordenar las enfermedades por su severidad y repercusión en el estado de salud.

Anotar los antecedentes de tabaquismo, alcoholismo y drogadicción.

IV- Historia de la atención médica: Detallar la atención médica que recibe el privado de libertad en la Unidad Penitenciaria, horario de las consultas médicas y cumplimiento de las prescripciones. Detallar la continuidad de los tratamientos y la prontitud con que ha recibido tratamiento médico en caso de emergencia (caso de hipertensos y diabéticos).

Cumplimiento de citas con especialistas en hospitales públicos. Detallar responsables del equipo de salud en cada paso del tratamiento y/o atención que se reciba especificando el rol de cada uno de ellos. Requerir a las instituciones extramuros que remitan copia de las HC del paciente a efectos de garantizar la continuidad de los tratamientos previos que esté hubiera realizado y/o estuviera realizando.

V- Alimentación y condiciones carcelarias: la alimentación es importante en aquellos detenidos que por su enfermedad de fondo está indicada una alimentación especial, como es el caso de los hipertensos, diabéticos, pacientes con problemas gastrointestinales, VIH, etc.

En las condiciones carcelarias conviene anotar si el privado de libertad realiza aseo diario por si solo o necesita ayuda de una tercera persona.

Algunos detenidos se encuentran imposibilitados por el hecho de que han sufrido amputaciones de sus miembros o bien reciben en ese momento algún tipo de tratamiento médico que les imposibilita la libertad desplazamiento como es el caso de detenidos con yesos.

Es importante mencionar si el detenido cuenta con cama propia o bien esta durmiendo en el suelo, algo corriente cuando existe sobrepoblación carcelaria. Este dato es importante en

detenidos con historia de lumbalgía o hernia discal, asmáticos, etc. Se deberá exigir que se designe un responsable del equipo de salud que verificara la provisión de la dieta requerida.

VI- El examen físico: debe contener los signos vitales, realizarse en el paciente sin ropas y en presencia de la o el enfermero sin la intervención de agentes del SPB. Es un examen físico completo por órganos y sistemas buscando signos y síntomas de presencia o ausencia de un estado mórbido.

VII- Exámenes complementarios: el equipo de salud deberá realizar exámenes básicos que son de gran utilidad en medicina (radiografías, pruebas de laboratorio y la posibilidad de interconsultas con especialistas).

La radiografía de tórax debe ser rutinaria para toda persona mayor de cuarenta años. No olvidemos que el privado de libertad es un fumador consumado y que enfermedades respiratorias (cáncer y enfermedades infecciosas) pueden pasar desapercibidas en sus etapas iniciales.

Asimismo deberá realizar algunos exámenes básicos como por ejemplo glicemia, hemograma, orina general, prueba de Elisa, esputos para tuberculosis. Determinación de metabolitos de marihuana, cocaína y en general cualquier droga de abuso.

VIII- Documentos médicos: Para el adecuado manejo del caso el equipo de salud deberá completar todos aquellos documentos médicos para hacer prueba de los padecimientos o descartarlos, principalmente de la información contenida en expedientes hospitalarios.

De suma importancia es la información de la Unidades Médicas de las Unidades Penitenciarias. Es vital que desde el primer momento en que se tramita un incidente por enfermedad el equipo de salud cuente con estos documentos, que narran la evolución de la enfermedad en su período de privación de libertad.

En aquellos casos en que la patología pueda ser objetivable (úlceras gastrointestinales, enfermedad cardíaca) lo conveniente es que estos padecimientos sean corroborados en medio hospitalario o bien a través de un consultor especialista.

El equipo de salud deberá asumir la responsabilidad de la remisión de una copia completa de la HC cuando hubiere traslado del detenido a otra unidad

IX- Comentario médico legal. En este apartado el equipo de salud trata de compilar toda la información que tiene a mano acerca de la salud del privado de libertad, tomando en consideración las condiciones carcelarias y la atención médica que recibe en los centros institucionales.

En ese marco habría que exigir que el equipo de salud informe expresamente:

1.- Si requiere un tratamiento, informe si requiere la derivación a un médico especialista y en su caso determine la especialidad:

a.- en qué consiste:

.- si debe ser ambulatorio: previa inspección por parte del equipo de salud determine si el lugar de alojamiento es apto para realizar dicho tratamiento

.- si debe ser con internación: determine si la unidad de alojamiento posee lugar y equipamiento adecuado para ello

b.- determine y especifique que seguimiento y control requiere

.- cada cuanto tiempo debe realizarse un control y en que consiste el mismo

.- Si se le ha recetado medicación informe la misma, dosis y periodicidad, así como también informe si el paciente requiere insumos determinados indicando los mismos, durante que tiempo y cualquier otro dato de interés al respecto.

.- si puede el equipo de salud garantizar el suministro de la medicación indicada y la realización de los controles correspondientes

- c.- que estudios complementarios requiere y con que periodicidad
- .- determine el lugar donde deben realizarse dichos estudios
- .- especifique si garantiza la realización de tales estudios en el tiempo y forma indicados
- d.- Informe quien es el médico que asume la responsabilidad del seguimiento del paciente y que otros integrantes del equipo de salud participaran del mismo
- e.- Determine si el estado de salud del privado de libertad es compatible o no con el estado de privación de libertad y las condiciones carcelarias en que se encuentra.

Obviamente, los puntos que se sugieren no agotan otros que la práctica o mejores conocimientos específicos pueden agregar a los mismos.

A su vez, entiendo que una vez que los operadores del sistema (funcionarios judiciales, defensores, organismos de ddhh, equipos de salud, etc, etc) cuenten con la información que surja de los respectivos informes, lo más completa y detallada posible, podrán resolver con mejores elementos la situación de salud de la persona en cuestión desde variados aspectos como ser: el lugar de alojamiento intra o extra muros, la obligación de garantizar tal o cual tratamiento, la provisión en tiempo y forma de medicación y/o insumos, la diagramación de un mecanismo que garantice la atención extra muros si fuera necesaria, el alojamiento en una unidad penitenciaria cercana al hospital extra-muros que mejor tratamiento puede brindar a la persona afectada ó incluso la libertad o una medida alternativa o atenuada a la privación de la libertad atento resultar la misma el paso más adecuado para garantizar el derecho a la salud.

A modo de ejemplo de lo posible

A modo de ejemplo de lo posible en los términos expuestos, podemos señalar que en Costa Rica y Francia funciona una Unidad Médica Especializada inserta en un hospital civil, que garantiza la pronta y eficaz atención médica del privado de libertad, principalmente en casos de enfermedad aguda.

Esta es una unidad médica independiente del resto de los servicios hospitalarios, que cuenta con su propio personal médico, enfermería y seguridad de planta.

Esto permite que un privado de libertad y en aquellos casos particulares de **incidente por enfermedad**, pueda ser trasladado con prontitud a esta unidad médica, a fin de que se le realicen los exámenes médicos que su estado de salud requiera.

Ello permite conocer en poco tiempo el estado real de la salud del detenido, aligerando la marcha del proceso judicial.

El médico forense podrá resolver el caso con un mejor criterio, luego de la valoración multidisciplinaria que ha recibido el privado de libertad en el hospital.

Estas unidades han dado excelentes resultados en Francia donde tienen más de diez años de funcionar con plena eficiencia y rentabilidad.

Por demás está decir que estas unidades se han instrumentado con participación activa del ministerio de salud y no solo con las áreas de seguridad carcelaria o penitenciaria.

Parafraseando a Garland, de lo que se trata es de ver el derecho a la salud en su concepción integral sacándolo fuera del ámbito de la penalidad y con ello de la lógica y el poder penitenciario.

En dicho desafío resulta indispensable romper la mecánica de concebir al derecho a la salud en función de la seguridad penitenciaria pero también romper el marco ideológico de concebir a la persona privada de libertad como un preso (no persona y como tal carente de derechos) que esta circunstancialmente enfermo para analizar su situación desde la visión de un ser humano

enfermo que circunstancialmente está privado de libertad sin por ello perder su dignidad ni sus derechos.

A su vez, resulta necesario comprender que el derecho a la salud, derecho humano fundamental y necesario para garantizar el resto de los derechos, se complementa, integra y concreta con: la integridad psicofísica, tratamientos sanitarios, autodeterminación sanitaria y un ambiente salubre, entre otros derechos, siendo que “la falta de recursos no puede justificar condiciones detentivas y lesivas de los derechos del hombre ni resultan aceptables las políticas y prácticas que permitan en forma rutinaria vulneraciones a los derechos humanos de las personas privadas de libertad”⁶⁵.

⁶⁵ Norma 4 de las Reglas penitenciarias europeas aprobadas en el 2006