

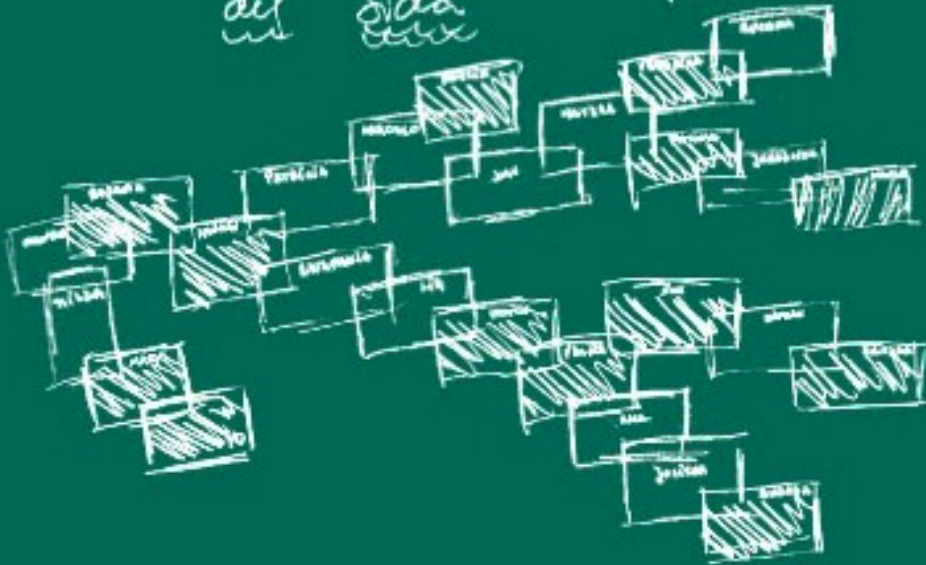
VIH | SIDA

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

Normas jurisprudencia y prácticas en la prevención y el tratamiento de VIH/SIDA.

Patch-work
del Sida

Todos podemos
contrarlo..
Lo importante es saber
prevenirlo.



CELS
CENTRO DE ESTUDIOS
LEGALES Y SOCIALES

lusida Proyecto de control del SIDA y ETS

VIH/SIDA: LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD
NORMAS, JURISPRUDENCIA Y PRÁCTICAS EN LA PREVENCIÓN Y EL TRATAMIENTO
DE VIH/SIDA

LEONARDO FILIPPINI
GUSTAVO PLAT
FLORENCIA PLAZAS



Este documento ha sido elaborado en el marco del Proyecto "Condiciones para la prevención y el tratamiento de VIH/SIDA en población penitenciaria", financiado por el Proyecto PNUD ARG 96/011 del Control de SIDA y ETS-LUSIDA, Convenio Préstamo BIRF 4168/ARG. Ministerio de Salud de la Nación.

La ilustración de tapa fue realizada por mujeres privadas de la libertad en el marco de uno de los talleres desarrollados en el Centro de Detención de Mujeres "Nuestra Señora del Rosario de San Nicolás", Unidad N°31, Ezeiza.

Diseño de tapa: Silvio Serber - On the Sign Studio
onthesign@fibertel.com.ar

Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS
Piedras 547, Piso 1º - (C1070AAK)
(54-11) 4334-4200
Ciudad de Buenos Aires - Argentina
www.cels.org.ar
cels@cels.org.ar

Julio, 2002.

Indice

Introducción	5
Parte I. El derecho a la salud	7
Parte 2. La regulación de la prevención y tratamiento del VIH/SIDA	12
Parte 3. El derecho a la salud de las personas privadas de su libertad	19
Parte 4. El VIH/SIDA en el ámbito carcelario	24

Introducción

Este trabajo describe el marco jurídico que regula la prevención y el tratamiento de VIH/SIDA en personas privadas de su libertad, así como algunas prácticas conflictivas que se dan en las cárceles de Argentina en relación con esta problemática. Se parte del entendimiento de que un conocimiento más acabado de estos derechos contribuirá a modificar las prácticas institucionales que obstaculizan la prevención y el tratamiento de VIH/SIDA en las personas cuyo único derecho específicamente limitado es el de su libertad.

La privación de la libertad implica la alteración de toda una serie de condiciones en relación con la vida extramuros. Sin embargo, estas circunstancias diferenciales deben ser contempladas a fin de garantizar el cumplimiento de los estándares legales de derecho a la salud. En este sentido, este documento objeta que aquellas circunstancias de hecho sean utilizadas para legitimar, en el sistema penitenciario, un derecho a la salud devaluado y precario. Los principios que este trabajo describe y analiza siguen siendo menospreciados por sectores que no terminan de aceptar que “las cárceles son para seguridad y no para castigo” (art. 18 de la CN).

Este trabajo se edita en junio de 2002, en momentos en que en la Argentina se niega, entre otros, el derecho a la salud de una gran mayoría de los habitantes. Esta situación se enmarca en un proceso de privación de sus derechos al que se ven progresivamente sometidos distintos sectores sociales. Es que el respeto a la salud de las personas privadas de su libertad no es menos relevante que la protección de la salud del resto de la sociedad. Es por ello que el primer apartado de este documento analiza el derecho a la salud de las personas, estén ellas privadas, o no, de su libertad.

Consecuentes con los principios enunciados, y con la finalidad de promover el respeto de la ley, este documento señala, en sus dos primeras secciones, cuál es el alcance que la Constitución Nacional (CN), las leyes, la jurisprudencia y las disposiciones internacionales han otorgado al derecho a la salud en general y al derecho a la prevención y tratamiento de VIH/SIDA, en particular.

Luego, la tercera sección analiza la normativa nacional y disposiciones internacionales específicamente dirigidas a regular la situación de las personas privadas de su libertad. Con base en ella, se evalúan los deberes específicos del Estado respecto de ese colectivo de personas así como las restricciones legítimas al derecho a la salud y a la prevención y tratamiento de VIH/SIDA que ellas deben tolerar. Es claro el encierro puede implicar una restricción en el ejercicio de algunos derechos. Precisamente, esta tercera parte del documento analiza los efectos que el encierro debe tener sobre la protección y defensa de los derechos de las personas privadas de libertad. La especial relación que el Estado entabla con quien está privado de su libertad, antes que permitir algún tipo de restricción adicional sobre los derechos de la persona detenida, genera una carga adicional de deberes en cabeza del Estado. Como plantea el documento, cuando “el Estado priva de su libertad a una persona, no sólo lo hace limitadamente, dentro del marco que fija su propia esfera de intervención (legalidad, juicio previo, prohibición de malos tratos, etc.),... sino que se arroga con ello una posición específica respecto de la persona detenida pues frustra con ello las posibilidades de un eventual usuario del servicio de salud de procurarse por sí, prevención y asistencia. ... (p)or lo que el Estado asume una posición de garante en virtud de la cual debe, como mínimo, compensar los efectos lesivos sobre la salud y los demás derechos que pudieran haberse evitado de no haber mediado la detención”.

Por último, en la cuarta parte, se analizan una serie de temas y episodios relacionados con la vida en los establecimientos penitenciarios, en los cuales los distintos derechos en juego aparecen en tensión. En esta cuarta parte se abordan cuestiones tales como las políticas de reducción de daños, las normas de bioseguridad, el acceso que las personas tratadas en las cárceles tiene de la información contenida en sus historias clínicas, el acceso a preservativos, los derechos de las personas que han adoptado diversas opciones sexuales, etc.

Quisiéramos agradecer la colaboración de los Dres. Ignacio Maglio - jefe de la sección Riesgo Médico Legal del Hospital General de Infecciosas Francisco J. Muñoz- y Martín Vázquez Acuña - Juez de Cámara, Tribunal Oral en lo Criminal N°1- , quienes con sus comentarios y sugerencias han contribuido a mejorar el análisis aquí presentado.

Este documento ha sido elaborado por Leonardo Filippini, Gustavo Plat y Florencia Plazas, abogados del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en el marco del Proyecto "Condiciones para la prevención y el tratamiento de VIH/SIDA en población penitenciaria". La iniciativa encarada por el CELS estuvo destinada a detectar y modificar los hábitos de la población de riesgo y las prácticas institucionales que obstaculizan la prevención y el tratamiento adecuados de VIH/SIDA en personas privadas de su libertad. Con ese objetivo, se desarrollaron distintas actividades específicamente dirigidas a internos y funcionarios de tres Unidades pertenecientes al Sistema Penitenciario Federal.

Entre los internos se buscó combatir los hábitos riesgosos y construir, a partir de la realización de talleres, algunos puntos de consenso para el desarrollo posterior de acciones tendientes a modificar las prácticas nocivas. En este sentido, se suministró información a la población de riesgo sobre la prevención del contagio de VIH/SIDA - tanto dentro como fuera de los establecimientos penitenciarios- propiciando una disminución de la "vulnerabilidad" de dicha población.

A través de la realización de entrevistas y talleres de devolución con autoridades de cada penal se contribuyó a jerarquizar y actualizar los conocimientos en la materia. Asimismo, se evaluaron las posibilidades concretas de modificar los obstáculos encontrados y las dificultades institucionales a enfrentar en ese camino.

Los problemas detectados a partir del trabajo en las Unidades y las propuestas para su solución fueron oportunamente presentados a las autoridades nacionales en la materia en la Reunión de Trabajo "Políticas de Prevención y tratamiento de VIH/SIDA en establecimientos penitenciarios federales", la cual tuvo lugar el 12 de diciembre de 2001 en dependencias del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Cabe mencionar que algunas de las conclusiones a las que se arribó como resultado de esta reunión han dado lugar a la presentación de acciones administrativas ante la autoridad jurisdiccional.

Gustavo Federico Palmieri
Responsable del Proyecto
Mayo de 2002

Parte I. El derecho a la salud

El derecho a la salud goza de reconocimiento expreso en nuestra Constitución Nacional (CN) desde la reforma de 1994. Hasta entonces no existía ningún texto con jerarquía constitucional que lo consagrara de modo explícito. Podía predicarse su reconocimiento tácito en el artículo 33 CN, o afirmarse que las obligaciones del Estado en la materia “podían inferirse de la mención al carácter ‘integral’ de la seguridad social y de la obligatoriedad de un ‘seguro social, contenida en el artículo 14 bis CN”¹, pero la inclusión del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)² entre los instrumentos internacionales de derechos humanos que han obtenido jerarquía constitucional (cfr. art. 75 inc. 22 CN) modificó sensiblemente el panorama legal³.

El PIDESC consagra expresamente el derecho a la salud:

Artículo 12

1. Los Estados Partes reconocen en el presente Pacto 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 Culturales⁴ (Comité DESC) en su Observación General⁵ Nro. 14⁶, trazó los contornos más gruesos de este derecho. Para el

¹ Abramovich, V. y Courtis, C., “El Derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”. Nota a Fallo en Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, LL, 25 de junio de 2001, págs. 15/6.

² Adoptado por la resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la ciudad de Nueva York, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313 (sancionada el 17/4/86; promulgada el 6/6/86; publicada BO, 13/5/86), juntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.

³ Cfr. Abramovich, V. y Courtis, C; cit.

⁴ El PIDESC establece que los Estados deben informar periódicamente al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) acerca del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto (PIDESC, 16 y ss.). El ECOSOC, a su vez, estableció un órgano internacional específico para la interpretación y control del cumplimiento de este Pacto por parte de los Estados: el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC). En razón de que la CN, en su art. 75 inc. 22 ha establecido que el PIDESC y los demás tratados con jerarquía constitucional rigen en el ámbito interno “en las condiciones de su vigencia” y que el Pacto atribuye a ese órgano la interpretación del alcance de las obligaciones allí contenidas, algunos autores postulan la posibilidad de que la doctrina del Comité, intérprete máximo y final del Pacto, sean obligatorias, como el Pacto mismo, para los Estados Partes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en un sentido similar ha afirmado respecto de la misma cláusula que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (in re “Giroldi”; “Arce”, entre otras) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (in re “Bramajo”), eran una “guía” para la interpretación por lo que podría extenderse sin problemas esta afirmación también respecto del Comité DESC.

⁵ Además de las Observaciones Finales por Estados el Comité DESC emite Observaciones Generales donde establece el contenido de los derechos y el alcance de las obligaciones estatales fijados en el PIDESC.

Comité DESC, “[e]l derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano... [sino que] entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como 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 la protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud⁷: el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”⁸. Luego, el Estado no sólo tiene la obligación de omitir toda interferencia activa, sino también el deber de asegurar determinado estándar preventivo y asistencial frente a cada persona.

Distintas normas de igual jerarquía establecen y regulan otros derechos u obligaciones institucionales estrechamente vinculados con la salud. En el artículo 41 constitucional, por ejemplo, se declara el derecho de todos los habitantes a gozar de “un ambiente sano, equilibrado, [y] apto para el desarrollo humano...”; en el artículo 42, que los “consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en relación de consumo a la protección de su salud...” y en el artículo 75 inciso 23 se establece que corresponde al Congreso Nacional “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen... 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”, así como “dictar un régimen de seguridad social especial integral en protección del niño en situación de desamparo... y de la madre durante el embarazo y la lactancia”. También son numerosas las normas con jerarquía constitucional que declaran el derecho a la vida⁹ o a la integridad física o prohíben al estado toda injerencia arbitraria sobre las personas¹⁰, o aquellas que consagran ámbitos de protección específicos sobre ciertos grupos como ancianos, niños o mujeres¹¹, o que reconocen distintos derechos vinculados con aspectos específicos de la prevención y el tratamiento de las enfermedades como el derecho a la intimidad, a la información¹² o el derecho a la no discriminación¹³¹⁴.

Frente a la lesión de cualesquiera de estos derechos o principios, por último, existe el derecho a recurrir de modo sencillo y rápido ante los tribunales de justicia a fin de que se

⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nro. 14 “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”

⁷ Comité DESC, cit.; punto 8.

⁸ Comité DESC, cit; punto 9, sin destacado.

⁹ Art. 4 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

¹⁰ Arts. 4 y 5 CADH; 6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Convención contra la Tortura.

¹¹ Convención sobre los Derechos del Niño, o Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

¹² 13 CADH, 43 CN.

¹³ 16 CN, 1.1 CADH; 2.1 PIDCP y 2.2. PIDESC.

¹⁴ A fin de clarificar el modo en que estos derechos tienen que ver con el derecho a la salud puede verse el siguiente ejemplo jurisprudencial. La Cámara Federal de Mar del Plata entendió, por ejemplo, que el derecho a la vida, implica el derecho a una buena calidad de vida, “... y, por consiguiente, a una adecuada atención médica”. Para ese tribunal, “la contracara del derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a una adecuada atención médica es una obligación ‘activamente universal’ que no consiste en una abstención u omisión, sino en un hacer que existe ante o frente a toda la sociedad, de esta forma, en cada situación debe asignársele a tal derecho el contenido de la prestación posible debida al paciente enfermo” (Cfr. CFed. Mar del Plata, sentencia del 17 de junio de 1999 en la causa “*Recalde, Norberto c. Dirección de Bienestar de la Armada*, diario LL, 13/9/99).

restablezca su pleno goce¹⁵. Puede afirmarse entonces que existe un sistema integrado por deberes de abstención y mandatos de acción referidos a la salud de las personas, así como respecto de otros derechos flanqueantes, junto a la red de remedios judiciales ante el incumplimiento¹⁶.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y otros tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse respecto del derecho a la salud en distintas ocasiones durante los últimos años¹⁷. Los casos más relevantes tratados por la Corte han estado referidos al tratamiento de pacientes y en ellos el tribunal ha señalado que como consecuencia del reconocimiento constitucional de este derecho, el Estado federal es el garante último de la prestación del servicio de salud a los habitantes (unidad de responsabilidad por el sistema integrado de salud). Por otra parte, la jurisprudencia de la CSJN ha establecido que en aquellos casos en los cuales la prestación debida no está establecida con claridad o posee un alcance discutible, el marco mínimo de la obligación estatal puede definirse con base en el comportamiento anterior del Estado, tanto cuando éste contrae compromisos en materias que le son propias, como cuando asume el despliegue de actos de prevención o tratamiento cuyo despliegue, en principio, correspondía a otro sujeto de derecho (responsabilidad por la conducta precedente).

El fallo *Campodónico de Beviacqua*¹⁸ sentó un importantísimo precedente respecto de la vigencia de los principios señalados. El caso fue originado por la acción de amparo presentada por los padres de un niño afectado por una enfermedad ósea, al notificárseles que el suministro de drogas que su hijo recibía en forma gratuita de una dependencia estatal se vería interrumpido. El Estado entendió que el suministro se había basado en razones humanitarias y que por ello tenía facultades discrecionales para interrumpirlo. El niño además, contaba con una obra social.

La Corte hizo lugar a la pretensión de los padres¹⁹ y estableció que la conducta previa del Estado en el cumplimiento de una obligación derivada de un derecho limita la discrecionalidad estatal, de modo que, cuando la situación de hecho se mantiene y el nivel de la prestación correspondiente empeora o disminuye, pesa sobre el Estado la demostración de razones de mejor protección de un derecho o de necesidad justificable, demostración que debe superar un escrutinio estricto. La Corte Suprema, además, recalcó la raigambre constitucional de los derechos a la vida, a la salud y a la protección de la niñez y la obligación del Estado de cumplir las obligaciones surgidas de instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional garantizando esos derechos con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir otras jurisdicciones o entidades públicas y privadas²⁰.

¹⁵ 8 y 25 CADH, 14 PIDCP; 18 y 43 CN.

¹⁶ Esta red de obligaciones, como se verá más abajo, se repite en los sistemas de reglas que refieren al VIH/SIDA o a la situación de las personas privadas de su libertad.

¹⁷ “Beviacqua”, “Asociación Benghalensis”, “B., R.E.”, “Omint”, “Alcalá”, “Colonia Valentino Norte”, “Hosp. Británico c. Min. Salud”, “Hospital Leonidas Lucero”, “Hospital Río Santiago”, “Lopez”, “TJN c. Nubial”, “Alvarez, Oscar Juan”, “C de B., A.C. c. Sec.Salud”, “Navas c. IOMA”, y “Recalde”, entre otros.

¹⁸ CSJN, “*Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social- Secretaría de Programas de salud y Banco de Drogas Neoplásicos*”, sentencia del 24 de octubre de 2000.

¹⁹ En primera y segunda instancia la justicia había hecho lugar a la pretensión. El caso fue llevado a la Corte Suprema por la defensa del Estado nacional.

²⁰ Según el fallo, “(e)l Estado Nacional ha asumido (...) compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos estatales” (cons. 21).

Sobre esa base, estableció que correspondía al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, “garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios”²¹ y enunció que la existencia de una obra social obligada al cumplimiento de un programa médico obligatorio no podía redundar en perjuicio de la afiliada y menos aún del niño, pues si se justificara la interrupción de la asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de la obra social, el niño carecería absolutamente del derecho a la atención médica sanitaria pública y el Estado se colocaría en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud.

Podría pensarse que la especial vulnerabilidad del paciente-niño, así como la actualidad de la lesión, condicionaron de algún modo a la Corte a fallar a favor de la continuidad de su tratamiento y que la jurisprudencia, en verdad, no estaría tan dispuesta a reconocer con esta extensión el derecho a la salud.

Sin embargo, otros tribunales han fallado en el mismo sentido en casos en los cuales el paciente o el colectivo de pacientes no merecía especial tutela por parte del Estado, incluso respecto de obligaciones estatales en materia de prevención. Ello permite afirmar que los principios de unidad de responsabilidad por el sistema integrado de salud y de responsabilidad por la conducta precedente son de aplicación general respecto de cualquier derivación del derecho a la salud.

En *Viceconte*²², por ejemplo, una ciudadana interpuso una acción judicial de amparo requiriendo al Estado que ejecutase la totalidad de las medidas necesarias para completar una unidad de producción de una vacuna²³, —en razón de que el plan de producción establecido había sido abandonado—, y que se asegurara su inmediato suministro a la totalidad de los pobladores de un área endémica. La actora era una vecina del área afectada por la enfermedad e invocó como fundamento jurídico de la acción el derecho a recibir del Estado acciones concretas de prevención y tratamiento frente a enfermedades endémicas y epidémicas contenida en el artículo 12.2 c) del PIDESC, entre otras normas internacionales y constitucionales.

En primera instancia el amparo fue rechazado pero en segunda instancia, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar a la acción. El tribunal consideró “(q)ue la declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución Nacional no sólo es una declaración de voluntad del Estado que así reconoce la existencia de los derechos individuales, sino que también es un compromiso por el cual el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y a cumplirlas, es decir, que asumió un compromiso de organizar los servicios y prestaciones allí previstas”. Este tribunal, con un estándar similar al de *Campodónico de Beviacqua*, entendió que “cuando en un caso determinado no está previsto —por razones de conveniencia económica o interés comercial— que las personas o instituciones privadas atiendan la salud de la población, no cabe sino concluir que incumbe al Estado, en calidad de garante, brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad, de manera eficaz y oportuna” y con base en estas consideraciones estableció la obligación del Estado de fabricar la vacuna, fijando un plazo para el cumplimiento de esta obligación, sobre la base de los mismos plazos del cronograma oficial incumplido, que así pasaron a tener valor de plazos legales.

²¹ Cons. 27

²² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social- s/ amparo ley 16.986*, sentencia del 2 de junio de 1998, LL, Sup. Constitucional, 5 de noviembre de 1998. El caso fue llevado ante los tribunales argentinos por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

²³ La vacuna Candid 1, contra el “mal de los rastrojos”, cuya producción había sido encomendada al Instituto Maiztegui de Pergamino.

Como puede verse además, frente a la espinosa cuestión de los límites de la actuación de la justicia cuando está en juego la definición de políticas públicas que corresponden *prima facie* a otros poderes del Estado, los propios dichos del obligado pueden considerarse evidencia del reconocimiento expreso del contenido del deber. La solución jurisprudencial es correcta, pues no se trata de que los tribunales definan la actuación de los otros poderes del Estado, sino de que velen por el cumplimiento de los compromisos asumidos frente a los particulares.

Parte 2. La regulación de la prevención y tratamiento del VIH/SIDA.

En septiembre de 1990 fue promulgada la ley 23.798, de “Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida” y en julio de 1991 fue publicado su decreto reglamentario 1244/91. Ambas normas son aplicables en todo el territorio de la República. La ley declara de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida y la define como la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar su propagación (art. 1).

La ley consagra el principio de no discriminación al establecer que ninguna de sus normas deben ser interpretadas de manera que puedan “afectar la dignidad de la persona, producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación; exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva; incursionar en el ámbito de la privacidad de cualquier habitante de la Nación argentina, individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada” (art. 2).

En el artículo 5 establece la competencia del Poder Ejecutivo para establecer las medidas que deberán observarse en las instituciones cerradas y dictar de esa forma las normas de bioseguridad destinadas a la detección de infectados, prevención de la propagación del virus, el control y tratamiento de los enfermos y la vigilancia y protección del personal actuante. De conformidad con el decreto reglamentario, “las autoridades de cada una de las instituciones cerradas proveerán lo necesario para dar cumplimiento a las disposiciones de la ley (art. 5)”. Esta norma parece abrir cierta brecha a favor de la detección de infectados sin requerir su consentimiento para la realización de algunos exámenes, sin embargo, la regulación específica prohíbe esta práctica.

La ley también establece una serie de obligaciones a aquellos profesionales encargados de detectar el virus V.I.H. Éstos deberán informar al paciente sobre el carácter infectocontagioso del virus, los medios y formas de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada (art. 8).

Muchas otras disposiciones legales regulan, a su vez, otros aspectos relevantes en la prevención y atención de pacientes VIH/SIDA y generan obligaciones específicas en ciertas áreas. Entre ellas, deben destacarse, la ley 23.592 sobre “Actos u Omisiones Discriminatorias”; la ley 23.660 de “Obras Sociales”; la ley 23.661 que regula el “Sistema Nacional de Seguro Social”; la ley 24.004 de “Ejercicio de la Enfermería”; la ley 24.241 sobre “Prestaciones previsionales”; la ley 24.455 de “Cobertura en las Obras Sociales a enfermos de SIDA y Drogadependientes”; la ley 24.557 de “Riesgos en el Trabajo”; o la ley 24.754 de “Prestaciones Obligatorias”. También existen Resoluciones Ministeriales que rigen la atención de las personas que viven con VIH/SIDA y ETS, tales como la Resolución N°528/92 que incorpora al Programa Médico Obligatorio (PMO) la obligatoriedad, por parte de las Obras Sociales, de participar en los Programas de prevención del SIDA, la Resolución N°454/92, que regula en su Anexo, las normas que deben cumplir los preservativos, la Resolución N°105/97 que aprueba la Norma de SIDA en Transmisión Madre-Hijo o la Resolución N°625/97 que define cómo deben considerar las Obras Sociales y empresas de Medicina Prepaga la cobertura en VIH/SIDA.

Con relación a las peculiaridades del derecho a la salud y el VIH/SIDA los tribunales han aceptado y reproducido, en general, los principios elaborados respecto del derecho a la salud en general.

En *Asociación Benghalensis*²⁴, diversas ONGs promovieron una acción de amparo a fin de que el Ministerio de Salud y Acción Social del Estado Nacional cumpliera en forma total y permanente con la asistencia, el tratamiento, la rehabilitación y, en especial, con el suministro de medicamentos, respecto de las personas que padecen las consecuencias del virus VIH/SIDA en todos los hospitales y efectores sanitarios del país²⁵. La presentación señalaba falencias en los tratamientos y sostenía que la omisión estatal denunciada incumplía con los deberes que imponía la ley 23.798. La defensa del Estado nacional sostuvo que la “Ley de Lucha contra el SIDA” sólo obligaba al Estado a administrar un programa central, del cual también debían ser parte otros programas similares en el resto del país y en razón de ello replicó que el Ministerio de Salud no era el responsable por los tratamientos ya que siempre había cumplido con sus obligaciones, entregando a través del Programa Nacional los medicamentos solicitados por las distintas jurisdicciones.

Al fallar la cuestión la CSJN ratificó las decisiones de primera y segunda instancia²⁶ y fijó en su doctrina el criterio que pretendían los accionantes. De tal forma, consideró que existía, en virtud de la ley 23.798 y los pactos, una obligación del Estado argentino y del Ministerio de Salud a proveer asistencia, tratamiento y en especial, suministro de medicamentos en forma regular, oportuna y continua a aquellos enfermos que padecen las consecuencias del virus VIH/SIDA registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país.

En *A.,C.B c/Ministerio de Acción Social* la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal dijo, en el sentido que ya fue visto, que “... incumbe al Estado, en calidad de garante, brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad, lo que comprende, entre otros; prueba de diagnóstico, asistencia y tratamiento profesional, suministro de medicamento y tratamiento hospitalario...” y en razón de ello, obligó al Ministerio de Salud y Acción Social a continuar suministrando medicamentos y el material necesario para los exámenes de carga viral a una persona que recibía tratamiento en un centro local de la provincia de Santa Fe. Esta entrega, según estableció el tribunal de la causa, debía ser “regular, oportuna y continua”²⁷. Así como otros tribunales lo establecieron respecto del derecho a la salud, este fallo expresó también con relación a la atención del V.I.H /SIDA que, “... si bien es cierto que las obras sociales tienen la obligación de prestar cobertura a los afiliados que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida en los casos de que aquellas carezcan de fondos propios y por razones de carácter presupuestario no pudieran contar con apoyo del Anssal, cabe concluir que será el estado nacional quien

²⁴ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social –Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*, sentencia del 5 de marzo de 1998. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en decisión del 1 de junio de 2000 en la que, con distintos votos y fundamentos, se respalda en lo sustancial el pronunciamiento de la Cámara.

²⁵ Junto a la acción de amparo se solicitó como medida cautelar la entrega de los medicamentos y reactivos que hubiesen sido solicitados por los programas provinciales y por cualquier persona física en todo el país.

²⁶ La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal había entendido que en virtud del mandato constitucional de proteger la vida y la salud y del cumplimiento de los pactos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, “... el Estado Nacional tiene la obligación específica de luchar contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, a través de programas que persigan la detección, investigación, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, así como su prevención, asistencia y rehabilitación; máxime cuando, como sucede en el caso, se encuentra potencialmente en peligro toda la comunidad”. Luego, sostuvo que “el accionar del estado de cumplir mal con su deber de proveer los medicamentos constituye una omisión que roza la violación de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Nacional ... ”.

²⁷ Cfr. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, “*A., C.B. c/Ministerio de Salud y Acción Social*”, sentencia del 9 de marzo de 1998, en LL del 13/5/99.

deberá cumplir con dicha obligación ante las irreparables consecuencias que puede acarrear la suspensión del suministro de la medicación en las personas enfermas de SIDA: en efecto no puede perderse de vista que el estado tiene una responsabilidad preexistente que surge de la ley 23.798 que no puede entenderse limitada con motivo de esa suerte de delegación de responsabilidad respecto de las obras sociales, teniendo en cuenta la extrema gravedad del flagelo que se intenta prevenir y combatir”²⁸.

Con relación a las características del tratamiento del VIH/SIDA, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca fijó algunas reglas relevantes en *Hospital Leónidas Lucero*²⁹. El tribunal ordenó al gobierno bonaerense suministrar en forma ininterrumpida medicamentos a treinta y cuatro enfermos de SIDA, ratificando lo establecido en primera instancia por un juez que había ordenado al Ministerio de Salud de la provincia entregar las drogas retrovirales en forma continua a doce enfermos de SIDA atendidos en el Hospital Municipal Leónidas Lucero y a veintidós asistidos en el Hospital Interzonal General José Penna, ambos de Bahía Blanca. El fallo diferenció con precisión el suministro del remedio de la continuidad del tratamiento y fijó que la obligación del Estado no puede agotarse con la sola entrega de una partida de medicamentos, ya que no puede alegarse que en caso de reiterarse la omisión los damnificados estén obligados a interponer una nueva acción de amparo, pues de otra forma no se violarían los derechos a la salud e integridad física, psíquica y moral de estas personas, sino también su dignidad, colocándolos en un riesgo cierto de perder la vida o agravar sus padecimientos. Junto a esta decisión, existe numerosa jurisprudencia sobre la obligación estatal de proveer medicamentos a aquellas personas afectadas por VIH/SIDA tanto respecto de las requeridas para el tratamiento del SIDA como de todas las enfermedades que como consecuencia de él se deriven³⁰.

También sobre el consentimiento requerido para el diagnóstico y a las consecuencias que válidamente pueden desprenderse de éste la CSJN fijó importantes principios. En *B., R.E. c/ Policía Federal Argentina*³¹ se analizó la situación de R.B., un subcomisario de la Policía Federal Argentina (PFA) que había sido pasado a retiro obligatorio en razón de ser portador V.I.H. Una muestra de la sangre del agente había sido sometida, sin consentimiento de aquél, a un test de V.I.H que estableció que R.B. era portador del virus. Meses después, al analizarse la “aptitud psicofísica” del agente a efectos de valorar la posibilidad de otorgarle un ascenso el resultado del test fue señalado por la Junta Permanente de Reconocimientos Médicos de la PFA. Entonces, se otorgó licencia médica al agente y más tarde se ordenó iniciar los trámites correspondientes al retiro obligatorio de R.B. Contra estos actos administrativos accionó el policía. Alegó que no presentaba ningún síntoma de la enfermedad y que no había prestado su consentimiento para que se le efectuaran los análisis tendientes a la detección del mal, y por ello requirió su reubicación en el “servicio efectivo” de la institución.

La Corte resolvió separadamente los problemas relativos al consentimiento del paciente y a los efectos que válidamente podían atribuirse a los resultados del examen. La mayoría del tribunal dio la razón a la PFA respecto del primer punto y al policía sobre el segundo.

El tribunal señaló que el decreto 1866/83, reglamentario de la Ley Orgánica de la PFA (ley 21.965) establecía como requisito de ingreso a la Policía Federal Argentina “Poseer buena

²⁸ Otros fallos señalaron que las obras sociales deben prestar cobertura para el tratamiento de SIDA, tanto a sus afiliados obligatorios como a los voluntarios. (CNNCiv., sala A, 23/12/97, s/n c. Osde s/ amparo, ED, 176-483.)

²⁹ Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, caso *C. y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires*, sentencia del 2 de Septiembre de 1997.

³⁰ Para profundizar sobre este tema ver: Kemelmajer de Carlucci, Aída “El SIDA en la jurisprudencia”, en *Anticipo de anales*, año XLIV, segunda época, Nro. 37. pág. 1 a 37.

³¹ CSJN, “*B., R.E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo*”, sentencia del 17 de diciembre de 1996.

salud...”, y consideró que los exámenes o análisis que la PFA efectúe involucran el ejercicio de una actividad discrecional que no es restringida por la ley 23.798. Según expresó el tribunal, “... el propósito preeminente que inspiró el dictado de esa ley no fue el resguardo del derecho a la intimidad de las personas –lo que queda corroborado, además, por las medidas dispuestas en los arts. 5, 7 y 9 del citado cuerpo legal– sino la protección de la salud pública...”³². A los fines indicados, dijo la CSJN, “la norma... prevé entre otras cosas... la detección obligatoria del virus en determinados casos... lo que supone, evidentemente, prescindir del consentimiento individual...”³³.

Para la mayoría de la Corte, no cabe inferir que los casos de los artículos 5, 7 y 9 de la ley 23.798 “... configuren una enumeración de carácter taxativo...”³⁴ ya que, según se fue evaluado, la ley de lucha contra el SIDA fue dictada en ejercicio del poder de policía del Estado (art. 75, incisos 18 y 32 de la Constitución Nacional), “... el cual se manifiesta en forma de restricciones a los derechos y garantías constitucionales y se impone con prescindencia de la voluntad de los particulares...”³⁵. Por ello, afirmó también que el derecho a la intimidad “... tampoco supone una cortapisa al ejercicio de los poderes y facultades referidos, pues [aquel] debe interpretarse como un mandato tendiente a impedir la divulgación indebida de información... y las intrusiones arbitrarias, es decir, aquellas que no se vinculen con la protección de la salud pública ni con el cumplimiento de normas reglamentarias...”³⁶.

La mayoría del tribunal, por otra parte, destacó que el sometimiento a la carrera policial supone la asunción voluntaria de las normas que rigen la institución y que la relación de sujeción especial que mantienen los agentes con la PFA “... implica algunas restricciones al derecho a la intimidad de aquéllos en beneficio de los fines propios de la institución”³⁷. En suma, “... los agentes no gozan de un ámbito de privacidad equiparable en su extensión al que tiene cualquier particular”³⁸. Por otra parte, la CSJN destacó que la PFA podía indagar sobre ciertas patologías que pudieran comprometer, de un modo cierto y ponderable, el desempeño de la función y con particular referencia al SIDA, dijo que “... no existen dudas sobre la secuela que produce el virus en un alto porcentaje de infectados... lo que se traduce, tarde o temprano, en la imposibilidad de que el portador que padezca manifestaciones del síndrome cumpla con su trabajo”³⁹. En función de ello, la CSJN estableció que la circunstancia de que se hubiera prescindido del consentimiento del paciente al efectuarle la reacción de *Western-Blot* no acarreaba, por sí sola, la invalidez de ese acto⁴⁰.

Ello no obstante, estableció que los efectos que pueden atribuirse a los resultados de los análisis deben contener “... una ponderación de los efectos reales de la deficiencia

³² Cons. 10mo.

³³ Cons. 10mo.

³⁴ Cons. 10mo.

³⁵ Cons 11ro. Con base en este argumento, la Corte estableció que no condicionaba al poder de policía estatal la norma del artículo 6° del anexo I del decreto 1244/91 —reglamentario de la ley 23.798— que establece que “El profesional médico tratante determinará las medidas de diagnóstico a que deberá someterse el paciente, previo consentimiento de éste...” (cons. 11°).

³⁶ Cons. 11ro.

³⁷ Cons. 12do. El ministro Fayt, en disidencia parcial indicó que los supuestos de examen sin consentimiento no podían extenderse más allá de aquéllos previstos en la ley y que la relación de sujeción especial del policía no podía conducir a “pulverizar” su derecho a la intimidad (cons. 7° y 8°). El ministro Petracchi, en disidencia parcial, sostuvo que la ley 23.798 impedía que la PFA sometiera la sangre de R.B. al test de VIH sin el consentimiento de éste, y que el consentimiento, para ser válido debía ser expreso (cons. 13).

³⁸ Cons 12do.

³⁹ Cons. 12do.

⁴⁰ Cons. 13ro.

inmunitaria sobre la aptitud laboral del agente...”⁴¹ y consideró, en el caso, que se habían lesionado los derechos del policía pues “toda restricción o limitación al derecho del trabajo en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del virus V.I.H. no afecten concretamente las aptitudes laborales —o no se hayan agotado las posibles asignaciones de tareas acordes a la aptitud del agente— ni comprometan la salud de terceros constituye una conducta discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar por medios idóneos”⁴².

Entre los meses de octubre de 2001 y abril de 2002, el CELS interpuso diversas acciones judiciales con el objetivo de garantizar el acceso a las prestaciones médicas establecidas en la ley 23.798, brindadas por el Programa Nacional de SIDA a las personas con V.I.H que no cuentan con Obra Social ni con servicios de medicina pre-paga.

En dos amparos presentados hacia fines del año 2001, se impugnó la decisión del Ministerio de Salud de la Nación de negar el acceso a esos tratamientos a las personas extranjeras residentes en Argentina que no tuvieran regularizada su situación migratoria.

Recientemente, se inició una acción judicial debido a la interrupción de los tratamientos médicos a una gran cantidad de beneficiarios del Programa como consecuencia de la falta de los medicamentos y los reactivos necesarios para los diagnósticos, tanto en el Ministerio de Salud de la Nación como en las otras jurisdicciones competentes.

En octubre de 2001, el CELS y la Defensoría del Pueblo de la Ciudad tomaron conocimiento de dos casos de mujeres inmigrantes que viven con el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), a las cuales el Ministerio de Salud de la Nación les había negado el acceso a los estudios de Carga Viral y CD4, imprescindibles a los efectos de realizar un tratamiento integral, adecuado y continuo para combatir la mencionada enfermedad.

Ambas mujeres habían efectuado numerosas solicitudes ante el Ministerio, a fin de lograr la autorización necesaria para la realización de los estudios recetados por profesionales médicos de los hospitales Pirovano y Muñiz.

La razón alegada por el Ministerio de Salud de la Nación para justificar dicha negativa aludía a la situación migratoria de las dos mujeres. En este sentido, la posesión del Documento Nacional de Identidad o constancia de haber regularizado su condición migratoria, fue esgrimida como condición necesaria para el ejercicio del derecho a acceder a un tratamiento médico esencial.

En ambos casos, las demandantes tenían hijos de nacionalidad argentina, con lo cual se encuadraban en los criterios migratorios fijados en la normativa correspondiente. A su vez, ambas se encontraban realizando los trámites previos a fin de coleccionar la documentación necesaria para iniciar el pedido de radicación ante la Dirección Nacional de Migraciones.

Más allá de los cuestionamientos de tipo ético y humanitario que se pueden hacer a frente a la decisión tomada por el Ministerio de Salud de la Nación, es preciso señalar que esa negativa constituye un accionar palmariamente opuesto a las leyes argentinas⁴³, a la

⁴¹ Cons. 14to.

⁴² Cons. 14to.

⁴³ Particularmente, la ley de SIDA –23.798– y la ley antidiscriminatoria –23.592–. Cabe destacar que el decreto que reglamenta la Ley de SIDA establece que para la aplicación e interpretación de esa norma debe respetarse lo dispuesto en la ley antidiscriminatoria, la cual prohíbe toda discriminación basada en el origen nacional de la persona.

Constitución Nacional⁴⁴ y a todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional⁴⁵, al vulnerar el derecho a la salud, a la vida, y a la no discriminación.

Por estas razones, y entendiendo que la actitud del Ministerio respondía a una práctica habitual en este tipo de casos, el CELS y la Defensoría presentaron dos recursos de amparo con carácter colectivo contra el Ministerio de la Salud de la Nación, solicitando al juez que ordene a dicho Ministerio brindar un tratamiento integral, continuo y adecuado a las dos mujeres, así como también abstenerse de negar dichos tratamientos a toda persona que se encuentre en la misma situación.

Los amparos se presentaron junto con el pedido de medidas cautelares, a fin de evitar que se produzca un daño irreparable a la salud y la vida de las dos mujeres. En ambas causas, radicadas en los Juzgados N°4 y 5 de la Justicia Federal en lo Civil y Comercial, los magistrados hicieron lugar inmediatamente a la medida cautelar solicitada, ordenando al Ministerio brindar un tratamiento integral, continuo y adecuado a las amparistas. El Ministerio apeló ambas medidas cautelares, ante lo cual la Cámara Federal en lo Civil y Comercial confirmó las decisiones, quedando firmes ambas medidas.

Como resultado, el Ministerio autorizó la realización de los estudios requeridos y entregó la medicación necesaria, aunque sosteniendo que lo hacía por razones humanitarias y no en razón de su exigibilidad jurídica.

Erica, una de las amparistas, era una joven peruana de 23 años, viuda, con una hija de un año y ocho meses, también infectada por V.I.H. El día 18 de febrero de 2002, Erica falleció en el Hospital Pirovano.

Una serie de obstáculos y negligencias administrativas cometidas desde fines de 2001, motivó –en el mes de abril de 2002– la interrupción en la entrega de los medicamentos y reactivos a las personas infectadas por V.I.H. Así, el Ministerio de Salud de la Nación no inició oportunamente el proceso establecido fijado para la adquisición de la medicación.

Más allá de la demora, una vez iniciado el trámite previsto, un desacuerdo entre la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y el Ministerio de Salud sobre el precio, provocó una excesiva demora en la compra, generando el agotamiento de las drogas disponibles y la interrupción de su suministro a miles de pacientes dependientes del Programa SIDA. Como es de público conocimiento, este tipo de tratamientos exige que la medicación se tome en forma diaria y, por lo tanto, su interrupción puede causar graves perjuicios para la salud de los pacientes, e incluso poner en serio riesgo su vida.

El día 26 de abril de 2002, el titular del Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 7, Dr. Luis María Márquez, hizo lugar a una medida cautelar solicitada por el CELS a favor de las personas beneficiarias del Programa SIDA, del Ministerio de Salud de la Nación.

Mediante un amparo colectivo, el CELS patrocina a dos personas, en representación de todas aquellas que se encuentran en idéntica situación. Como medida cautelar se solicitó a la justicia que “ordene al Estado Nacional que de forma inmediata tome todas las medidas pertinentes para que el Programa SIDA pueda garantizar la continuación de las prestaciones medicinales que brinda a la Sra. A.V., el Sr. C.M. y a toda otra persona en idéntica situación,

⁴⁴ Arts. 14, 14 bis, 16, 20 y 75 inciso 23.

⁴⁵ Arts. 2.2 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, arts. I, II y XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, arts. 2.1, 3 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

de modo de poder continuar —sin interrupción alguna— con el tratamiento correspondiente, hasta tanto quede resuelta la cuestión aquí planteada”.

El mismo día de su presentación, el juez decidió hacer lugar a la medida cautelar, ordenando la regularización inmediata del suministro de la medicación. Respecto de la demora en el trámite de compra de los medicamentos, particularmente de la relación entre el Ministerio y la SIGEN, el juez afirmó: “En función de los extremos de hecho denunciados, la necesaria tramitación administrativa requerida a los fines de procurar la adquisición de las drogas específicas, no puede constituirse en obstáculo a la disposición de la medicación en cuestión, pues no se justifica el retardo de los organismos de control en la realización de la actividad que le es propia cuando se encuentra en juego la vida y la salud de las personas”.

Por ello, con relación a los accionantes, el juez ordenó al Ministerio de Salud de la Nación brindar “la provisión inmediata a los actores de los medicamentos Efavirenz 200 mg., Stavudina 40 mg. y Lamivudina 150 mg., la que se deberá mantener en forma constante y regular con ajuste a sus respectivos requerimientos médicos”. Sobre el amparo colectivo, el Dr. Márquez intimó “al Estado Nacional —Ministerio de Salud— para que en el plazo de dos días adopte las medidas necesarias para regularizar y mantener en lo sucesivo el suministro de las prestaciones medicinales relativas al tratamiento del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.”

Si bien el Ministerio entregó la medicación a las dos personas patrocinadas por el CELS, aún no ha regularizado de forma completa el funcionamiento del Programa Nacional de SIDA, faltando tanto medicamentos como reactivos necesarios para la realización de estudios de Carga Viral y CD4.

Esto motivó que el CELS denunciara el incumplimiento de la medida dictada por el juez, pedido que se resolverá próximamente.

Parte 3. El derecho a la salud de las personas privadas de su libertad.

3.1 Los derechos reconocidos.

Con relación a la situación de las personas privadas de su libertad en general, también existen normas del ámbito internacional como de derecho interno en las que puede considerarse implícita la consagración del derecho a la salud. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁶ establece que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art.10) e igual principio encuentra contiene la Convención Americana (CADH; arts. 5.1 y 5.2).

Por otra parte, y aunque no se trata de un tratado internacional, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas)⁴⁷ contienen un valioso conjunto de principios sobre la salud en las cárceles. Las Reglas reúnen y ordenan las pautas mínimas admitidas por la comunidad jurídica internacional en materia de encarcelamiento. Si bien, en principio, no son vinculantes para los Estados, el altísimo grado de consenso en torno de ellas hace imprescindible su atención como guía principalísima en la evaluación de las condiciones de encierro. En fin, se trata de un núcleo de condiciones básicas que todo Estado debe asegurar a aquellas personas que se encuentran privadas de la libertad. Los criterios de las Reglas, por supuesto, no excluyen la posibilidad de que se consagren otras normas o prácticas ajustadas a sus principios, ni vedan ninguna interpretación más favorable a los derechos de las personas que el progreso de la discusión jurídica en torno de estas cuestiones permita fundar.

Según la regla 22.1 “... todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos. Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación...”. La regla 24 establece que se “... deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas⁴⁸; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo”. Respecto de la salud de física y mental de los internos, la regla 25.1 establece que el médico deberá visitar diariamente a los internos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención.

Con particular referencia a la actuación médica, el apartado 2 de la regla 25 establece que el médico debe presentar un informe al director de la unidad cada vez que estime que la salud física o mental de un recluso haya sido o pueda ser afectada por la prolongación, o por una modalidad cualquiera de la reclusión. En igual sentido la regla 26 establece “1) El médico hará inspecciones regulares y asesorará al director respecto a: a) la cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b) la higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos; c) las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento; d) la calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos; e) La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea

⁴⁶ Adoptado por la res. 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la ciudad de Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313 (sancionada el 14/4/86; promulgada el 6/6/86; publicada, BO, 13/5/86).

⁴⁷ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 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.

⁴⁸ Evidentemente, esta norma no puede ser entendida como un permiso estigmatizante, sino como un deber específico de preservar la salud del afectado y prevenir los contagios.

organizada por un personal no especializado.” Según el segundo apartado de esta misma regla, el director deberá tener en cuenta los informes y consejos del médico y, en caso de conformidad, tomar inmediatamente las medidas necesarias para que se sigan dichas recomendaciones. Cuando no esté conforme o la materia no sea de su competencia, transmitirá inmediatamente a la autoridad superior el informe médico y sus propias observaciones.

Respecto de aquellos internos cuyo estado requiera cuidados especiales, las Reglas disponen que deberán ser trasladados a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, éstos deberán estar provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados (regla 22.2). Esta misma regla establece que el personal deberá poseer suficiente preparación profesional. Las Reglas también contienen normas específicas con relación a la situación de aquellas mujeres embarazadas que se encuentran privadas de su libertad. Así la regla 23.1 dispone que “ en los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil.”

También existen reglas relacionadas a otros derechos que tienden a garantizar de forma mediata una adecuada protección a la salud. Por ejemplo, se establece que todo interno debe recibir de la administración una alimentación de buena calidad, bien preparada y servida, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas, así como los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza (reglas 15 y 16).

Existen otros instrumentos de derechos humanos en el ámbito internacional especialmente referidos a la situación de las personas privadas de su libertad como el *Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión*⁴⁹ y los *Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos*⁵⁰. Estos instrumentos complementan y actualizan las Reglas Mínimas de Naciones Unidas y conforman un conjunto de principios mínimos que deben servir de guía a los Estados.

En el ámbito regional interamericano existe un proyecto de Declaración Interamericana sobre los Derechos y la Atención de las Personas Privadas de Libertad⁵¹. Este proyecto destaca la importancia de asignar infraestructura y recursos adecuados a los centros penitenciarios y de detención para garantizar condiciones apropiadas de prisión y detención (art. 6) y señala que toda persona privada de libertad debe tener derecho a la salud física y mental, así como a una atención médica adecuada, de conformidad con las disposiciones del artículo XI de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* y del artículo 12(1) del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (art. 25). En el artículo 29 establece que el personal médico y el calificado en salud deben mantener una vigilancia permanente sobre las condiciones médicas y sanitarias de los centros penitenciarios y de detención y deben diagnosticar, seleccionar y proveer atención a todas las personas privadas de libertad, incluyendo aquellas que sufran de enfermedades crónicas como la adicción a las drogas, cualquier discapacidad, o enfermedades infectocontagiosas. Asimismo, asegura que se debe ofrecer tratamiento especializado a los

⁴⁹ Adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988.

⁵⁰ Adoptados y proclamados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990.

⁵¹ Este proyecto es impulsado por el gobierno de Costa Rica y por la organización Reforma Penal Internacional.

internos que lo requieran, incluyendo a los que sufran de alcoholismo, hayan cometido infracciones sexuales, o sufran de drogodependencia.

La ley nacional 24.660, “Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad”, también reconoce que los internos tienen derecho a la salud y dedica un capítulo de sus regulaciones a este tema⁵². En la lógica de la ley, la atención de la salud de los internos se relaciona además con el régimen mismo al que están sometidos los internos pues según el artículo 58 de la ley “... el régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos”. Si bien es una cuestión discutida en doctrina, muchas otras provincias han dictado también leyes de ejecución relativas a la situación de las personas detenidas en sus respectivas jurisdicciones. Estas leyes, en general han replicado el reconocimiento del derecho a la salud de la ley nacional⁵³.

Otras disposiciones legales reglamentan distintos aspectos que tienen directa relación con la situación de las personas privadas de su libertad y el alcance, en ese contexto del derecho a la salud. El artículo 33 de la ley 24.660, por ejemplo, establece la posibilidad de que personas enfermas en períodos terminales cumplan bajo arresto domiciliario las órdenes de encarcelamiento, como desde su redacción original lo hacía el artículo 10 del Código Penal; también el Código Procesal Penal de la Nación prevé la suspensión de la prisión en casos de enfermedad. Por otra parte, numerosas normas legales referidas a la situación de las personas detenidas consagran derechos accesorios como el de acceso a la educación, igualdad, no discriminación, etc.

Con relación a los remedios jurisdiccionales disponibles frente a la lesión de los derechos de las personas detenidas, la ley procesal penal nacional establece competencias de contralor a los jueces de la causa y a los jueces de ejecución y la ley 23.098 regula el régimen del hábeas corpus, previendo, como supuesto genérico para la procedencia de esta acción expedita y rápida, el agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención, supuesto dentro del cual la jurisprudencia ha incorporado pacíficamente la deficiente atención médica. Las legislaciones provinciales, por su parte, también han reconocido institutos similares.

3.2 La relación de sujeción especial entre el Estado y las personas privadas de libertad.

Una cuestión central que subyace a todas esas normas, es la referida a cuál debe ser, en definitiva, el efecto del encierro sobre el alcance de los derechos de las personas privadas de libertad. Está claro que la privación de la libertad conlleva por sí la restricción de muchos derechos, pues es propio del encierro la imposibilidad de su ejercicio. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión o CIDH)) ha reconocido esta circunstancia, por ejemplo, con relación al derecho a la familia y afirmó que “[h]ay circunstancias especiales, como el encarcelamiento... que, aunque no suspenden el derecho, inevitablemente afectan su ejercicio y no permiten que se disfrute plenamente de él”⁵⁴. El punto crucial entonces consiste, en determinar en qué casos —fuera de las consecuencias fácticas inmanentes al encierro—, el decoloramiento de los derechos de los detenidos está justificado (es decir, permitido) jurídicamente.

La doctrina y jurisprudencia han apelado al instituto de las “relaciones de sujeción especial” para resolver ésta y otras cuestiones afines. Esta construcción nació en la jurisprudencia alemana respecto de los miembros de organizaciones cerradas o semicerradas que veían favorecido su funcionamiento a través de la consideración limitada

⁵² Cfr. arts. 158 y ss.

⁵³ Por ejemplo, la ley 12.256 de la Provincia de Buenos Aires.

⁵⁴ CIDH, Informe 38/96 caso 10.506, “X e Y”, Argentina, 15 de octubre de 1996, para. 97.

de los derechos de sus integrantes⁵⁵. De tal forma, el derecho a la libertad ambulatoria o de comercio de los miembros de un ejército, por ejemplo, no es nunca considerado con el mismo alcance que el de otras personas. En todos estos casos, la justificación general, respecto del retraimiento de los derechos individuales se basó en el especial contexto de sujeción y en las utilidades institucionales que de ello se seguía⁵⁶.

La teoría se expandió hacia ámbitos institucionales distintos de aquellos a los que fue originalmente referida y alcanzó, entre otros, a la consideración de los derechos de las personas privadas de libertad, con el argumento según el cual el buen funcionamiento de los establecimientos de detención cerrados requiere no sólo de la afectación de la libertad de circulación de procesados y penados, sino también del menor reconocimiento de muchos otros de sus derechos. Esta extensión, no obstante, ha sido duramente cuestionada en doctrina pues, a diferencia de las instituciones estatales en las cuales puede justificarse una disminución en la consideración de los derechos, la imposición de castigo o de encarcelamiento preventivo a una persona, no puede tener efectos justificantes respecto de las restricciones de muchos otros derechos.

Así lo expresa Rivera Beiras al referirse a la jurisprudencia española: "... las limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos... provienen de una antigua doctrina que, nacida en el ámbito del derecho administrativo de la Alemania decimonónica, pretendió configurar un 'espacio ajeno al control del derecho' y confió a la capacidad de auto-ordenación de la administración la regulación de numerosas situaciones, entre las cuales, y en primer término, se encuentra la penitenciaria... Esa categoría de las relaciones de sujeción especial (RSE)... reflejaba las 'tensiones' que en seno del Estado provocaba la resistencia del Poder Ejecutivo a ser controlado por la jurisdicción, al menos en determinadas actividades. A partir de allí, la historia del progresivo reconocimiento de mayores cuotas de derechos fundamentales y, correlativamente los intentos por reducir las RSE (tensiones traducidas en lo binomios derechos/disciplina; prevención/retribución; régimen/tratamiento, etc.) serán paralelas. La cárcel, entendida como cierta 'zona del no-derecho', encuentra allí su más evidente antecedente"⁵⁷.

Algunos autores, aunque igualmente críticos de este fundamento restrictivo, señalan que es posible reconducir el contenido de estas relaciones hacia un estándar compatible con el reconocimiento de derechos. Lasagabaster, por ejemplo, admite "que una de las positivas consecuencias que, a la inversa, cabe deducir..., consiste en que queda clarísima la obligación de la administración penitenciaria de garantizar la vida e integridad de los reclusos..."⁵⁸. Es decir, que puede fundarse con base, precisamente, en el reconocimiento de la misma relación de sujeción no una limitación genérica, sino, al contrario, un amplio espectro de obligaciones respecto de la persona cuya libertad está interdicta.

En el caso particular del derecho a la salud, por ejemplo, la especial relación que el Estado entabla con el privado de su libertad, antes que permitir algún tipo de restricción adicional

⁵⁵ Nuestra propia Corte, por ejemplo, fundó en la existencia de una relación de ese mismo tipo el reconocimiento limitado del derecho a la intimidad del policía en el caso B., R.E., parafraseado antes en el texto.

⁵⁶ Lasagabaster, define al instituto como "aquella construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquella que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida y que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales a favor del ciudadano afectado por tal institución"; en Las relaciones de sujeción especial, Lasagabaster, Madrid, IVAP-Civitas. 1994:25, cit. por Rivera Beiras, pág. 96/7.

⁵⁷ Cfr. Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina. Rivera Beira, Iñaki y Salt, Marcos Gabriel. Editores del Puerto, 1999, pág. 135.

⁵⁸ Cit. Por Rivera Beiras, pág. 125.

sobre los derechos de la persona detenida, genera una carga adicional de deberes en cabeza del Estado, dirigidos por ejemplo a asegurar su atención de un modo privilegiado. Cuando el Estado priva de su libertad a una persona, no sólo lo hace limitadamente, dentro del marco que fija su propia esfera de intervención (legalidad, juicio previo, prohibición de malos tratos, etc.), sino que se arroga con ello, además, una posición específica respecto de la persona detenida pues, sin perjuicio de la legitimidad de origen de la relación en virtud de la cual el Estado practica el encierro, frustra con ello las posibilidades de un eventual usuario del servicio de salud de procurarse por sí, prevención y asistencia. Luego, lejos de poder justificar un menor reconocimiento del derecho a la salud con base en la relación jurídica del encierro, el Estado compromete, a través de él, su responsabilidad por la merma en el acceso a los servicios de salud que sufre el detenido⁵⁹. El título en virtud del cual procede una detención, sólo faculta al Estado a limitar la libertad ambulatoria, sin afectar los demás derechos y por ello, al restringir la libertad de un individuo, el Estado asume una posición de garante en virtud de la cual debe, como mínimo, compensar los efectos lesivos sobre la salud y los demás derechos que pudieran haberse evitado de no haber mediado la detención.

Ésta es una solución consecuente con la doctrina que la Comisión Interamericana fijó respecto del derecho a la familia⁶⁰, pues según éste órgano estableció que “[s]i bien el encarcelamiento necesariamente limita que se goce plenamente de la familia al separar forzosamente a uno de sus miembros, el Estado tiene la *obligación de facilitar* y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del Estado y sus funcionarios públicos”⁶¹.

⁵⁹ Incluso debería considerarse que si las obligaciones estatales se amplían y diversifican respecto de los detenidos entre ellas no sólo se encuentra el brindar prevención y tratamiento, sino también generar condiciones de encierro y de régimen tales que eviten daños a la salud de cualquier índole.

⁶⁰ CIDH, Informe 38/96; cit., sin destacado.

⁶¹ Ídem., para 97.

Parte 4. El VIH/SIDA en el ámbito carcelario.

4.1 Generalidades

Las normas relacionadas al tema VIH/SIDA, en su mayoría, no hacen referencia explícita a la particular situación que enfrentan quienes se hallan privados de su libertad. Esta dificultad demanda un esfuerzo de “interpretación” o “asimilación” de las normas a la situación dentro de la administración penitenciaria.

No obstante, existen pautas muy específicas de la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁶². Luego de una convocatoria a expertos, esa organización ha fijado en el año 1993 varias directivas dirigidas a los responsables de la administración penitenciaria⁶³. En ellas se señala que todos los detenidos tienen el derecho de recibir, a título preventivo y asistencial, los mismos cuidados respecto a su salud que se hallan disponibles para la comunidad, sin distinción de *status* jurídicos o nacionalidad⁶⁴ y en particular, que las administraciones carcelarias tienen la responsabilidad de definir y poner en acción políticas y prácticas que tiendan a crear un ambiente sano y a disminuir los riesgos de transmisión del SIDA en la población carcelaria respecto tanto de los internos como del personal⁶⁵. Respecto de los exámenes se asegura su confidencialidad y el adecuado manejo de la información⁶⁶, además de preverse una serie de medidas educativas y de trato a los pacientes detenidos.

En el ámbito local, la Resolución 787/91 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación: “Política normativa en relación a la Infección de V.I.H en los Servicios Carcelarios Federales” establece que los análisis de V.I.H deben ser voluntarios y consentidos por los internos y que el resultado de ellos debe ser secreto (art. 1). Asimismo, en el artículo 2do. se dispone que los portadores asintomáticos, oligosintomáticos o infectados sintomáticos que no requieran internación no deben ser separados de la población común carcelaria. Como excepción, a esta regla se prevé que sólo en aquellos casos en que los infectados demuestren un proceder riesgoso en términos de transmisión del virus, podrán ser aislados del resto de la población. Debido a la excepcionalidad de tal medida, ésta deberá ser tomada conjuntamente por el Cuerpo Médico y por las autoridades de la unidad respectiva. De disponerse su aislamiento, se brindará al interno la asistencia médica y psicológica que su estado de salud requiera. La resolución también dispone la obligatoriedad del Estado de proveer tratamiento y medicación a todos los internos con VIH/SIDA (art. 6). De forma asistemática, además, existen regulaciones de diversa jerarquía dirigidas a regular la situación de confinamiento de los internos V.I.H o enfermos de SIDA.

4.2 La reducción de daños en el ámbito carcelario.

Uno de los aspectos más interesantes en relación con el VIH/SIDA en las cárceles tiene que ver, como se vio, con la extensión de los derechos respecto de este colectivo en particular y dentro de este marco, es importante la cuestión del establecimiento de políticas de reducción de daños en el ámbito carcelario. Estas políticas tienden a la prevención de los daños potenciales asociados con el despliegue de ciertos comportamientos, más que a la prevención de esos mismos comportamientos⁶⁷ y frente a la epidemia del VIH/SIDA han

⁶² Estas reglas no tienen, en principio, fuerza vinculante.

⁶³ WHO guidelines on VIH infection and AIDS in prisons; WHO/Global Programme on AIDS/DIR/93.3. Reimpresión UNAIDS/99.47/E.

⁶⁴ WHO guidelines on VIH infection and AIDS in prisons, cit., principios 1 y 2.

⁶⁵ WHO guidelines on VIH infection and AIDS in prisons, cit., principio 8.

⁶⁶ WHO guidelines on VIH infection and AIDS in prisons, cit., principios 10 a 13.

⁶⁷ Como estrategia de intervención ante los problemas derivados del abuso de drogas el concepto de “reducción de daños” no comenzó a usarse hasta finales de los años 80 “... como respuesta a la importancia

demostrado gran eficacia en algunos casos⁶⁸ al punto de haberse afirmado que existe una “... clara diferencia en la incidencia y prevalencia de la infección por V.I.H entre aquellos países y/o regiones que habían comenzado anteriormente con programas de reducción de daños y aquellos cuyos objetivos estaban orientados a la abstinencia”⁶⁹.

Las modalidades de intervención que pueden adscribirse al paradigma de la reducción de daños son variadas y se multiplican desde la capacitación de farmacéuticos y auxiliares de farmacia como agentes de prevención del VIH/SIDA⁷⁰ hasta la instalación de *Injecting Rooms* o habitaciones de inyección de menos riesgo, —también llamadas narcosalas—, diseñadas para reducir los problemas de salud y de orden público asociados al uso ilegal de drogas inyectadas⁷¹.

En la prisión de mujeres de Hindelbank, Suiza, por ejemplo, se desarrolló en 1994 una experiencia de este tipo, a través de la provisión de agujas esterilizadas. La prisión albergaba alrededor de 100 mujeres, la mayoría de ellas por infracciones a la ley de estupefacientes. Durante la experiencia fueron ubicados varios *dispensers* en duchas y baños, para la provisión de agujas y a las mujeres se les permitía tener un equipo de inyección en un área restringida. La evaluación al finalizar el primer año demostró que no hubo nuevos casos de V.I.H o hepatitis y que la salud de las prisioneras había mejorado. Además, se observó un significativo descenso en el uso compartido de jeringas, sin que se verificara un mayor consumo de drogas ni la utilización de las agujas como armas⁷².

Frente al problema del V.I.H en la cárcel, las políticas así enfocadas podrían contribuir a disminuir la mortalidad, reducir la transmisión de V.I.H, incrementar la toma de conciencia acerca de los riesgos y daños asociados a la realización de ciertas conductas o aumentar la calidad de vida de quienes realizan conductas de riesgo. No obstante, según afirma Luis Gustavo Losada, “[c]uando se habla de prevención [de VIH/SIDA], las estrategias llevadas a cabo en el orden federal son esencialmente pasivas, nutridas exclusivamente de información y educación. No existen... programas donde se tiendan a minimizar los riesgos propios de la realidad carcelaria, partiendo de la aceptación de la particular subcultura de

que adquirieron los problemas asociados al consumo, especialmente la epidemia del SIDA entre los usuarios de drogas inyectables” (cfr. Insúa, Patricia y Grijalvo, J; “Conceptos y estrategias fundamentales de los programas de reducción de riesgos y daños asociados al uso de drogas”; en Revista *Actualizaciones en SIDA*; Fundación Huésped; vol. 9, nro. 31, abril 2001, pág. 36).

⁶⁸ Cfr. Silverio, Ana V.; Reducción de daños en el consumo abusivo del alcohol; monografía (inédita) correspondiente al seminario “Reducción de daño en adicciones”; 12 de marzo de 2001.

⁶⁹ Cfr. Insúa y otro; cit., pág. 36.

⁷⁰ La asociación civil Intercambios, desarrolló actividades en este sentido entre abril de 1998 y mayo de 1999 en la Ciudad de Buenos Aires, con el apoyo y participación del Programa LUSIDA del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (una descripción breve, en Revista *Infosida*; año 1 nro. 1, Dirección de SIDA del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, págs. 26/9).

⁷¹ En estas habitaciones se ofrece al usuario un equipo de inyección estéril, información sobre drogas y cuidados de salud y acceso al equipo médico; cfr. Insúa y otro; cit., págs. 42. Según estos autores la evaluación disponible sobre el uso de estas salas “... encuentra una disminución en los daños y riesgos relacionados con la inyección, incluyendo abscesos, sobredosis y transmisión de infecciones. También señalan un decremento de los problemas de orden público asociados al uso ilícito de drogas, incluyendo la disminución del abandono de jeringuillas y el uso de sustancias en lugares públicos. Asimismo, parece darse un trasvase de usuarios hacia otros dispositivos de tratamiento”.

⁷² Cfr. Prison and AIDS: UNAIDS Point of View; Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS) Best Practice Collection; Abril 1997, pág. 5. Según ese informe, la de Hindelbank no fue la primera experiencia. En Oberschöngrün, también Suiza, se desplegó extraoficialmente un programa similar. Luego del éxito de Hindelbank otras prisiones, incluso dos en Alemania y una en Ginebra, desarrollaron sus propias experiencias; cit, pág. 6.

ese ámbito”⁷³. Por caso, poco antes de que esta observación fuese realizada, las autoridades del Servicio Penitenciario Federal, habían rechazado rotundamente una Recomendación del Procurador Penitenciario Eugenio Freixas dirigida a la facilitación de preservativos a los internos⁷⁴.

Con todo, la actitud institucional parece haber virado levemente. En julio de 2001 el Ministerio de Justicia de la Nación permitió la entrega de preservativos a los internos del penal de “Villa Devoto”⁷⁵ en el contexto del programa “Cárceles Saludables” y algunos proyectos del Ministerio de Salud de la Nación, desplegados en el marco del programa LUSIDA, han tendido a incorporar en el ámbito carcelario las políticas de reducción de daños⁷⁶.

El punto que aparece jurídicamente comprometido es el referido a determinar en qué medida el establecimiento de este tipo de políticas de acción son exigibles al Estado. En otras palabras, ¿se trata de una actividad discrecional del Estado o, en virtud de las reglas vistas hasta aquí, es el estándar exigible cuando se trata de este colectivo especialmente tutelado? Si se afirma que “la población en las cárceles necesita tener acceso a la forma de reducir este mal, más de lo que lo necesita la población general”⁷⁷ el interrogante es ineludible.

La cuestión es difusa sin dudas y no podemos pretender aquí dar una respuesta acabada al problema⁷⁸. Sin embargo, a la luz de las condiciones especiales en que se encuentran las personas privadas de libertad y en razón de las demás consideraciones en razón de las cuales hemos entendido que el Estado se ubicaba en una especial situación de garante respecto del derecho a la salud de las personas privadas de su libertad no parece arriesgado sugerir que el “máximo nivel de salud” que el Estado puede brindar a este colectivo puede abarcar el establecimiento de estas políticas o su continuidad, una vez que las ha adoptado.

El Estado realiza muchas precisiones normativas acerca del modo en que las cárceles deben ser conducidas, entre otros fines, para que aquéllas sean sanas y limpias (CN, 18) pero, precisamente, las políticas de reducción de daños, encuentran en ello un escollo insalvable cuando su implementación es entendida como la afirmación de una infracción a esos juicios prescriptivos⁷⁹.

Las relaciones sexuales entre internos, por ejemplo, están prohibidas reglamentariamente y facilitar la entrega de preservativos a todo interno supondría, desde esta perspectiva, asumir, al menos, que el Estado es ineficiente e incumple con su deber de velar por el cumplimiento de los reglamentos. Incluso más allá, otros podrían pensar que la entrega de preservativos no sólo refleja una omisión estatal en sus funciones de control, sino que constituye un aporte activo en la promoción de una práctica prohibida⁸⁰.

⁷³ Losada, Luis Gustavo, 1997, Derecho a la salud, VIH/SIDA y Prisión, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año V, nro. 9 A, Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 248.

⁷⁴ En su respuesta negativa, las autoridades penitenciarias sugirieron que lo que el Procurador Penitenciario pretendía era convertir las prisiones en inmensos albergues transitorios.

⁷⁵ Cfr. Diario Página/12, 12-07-01.

⁷⁶ Así el proyecto desplegado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), durante el año 2001 en el Complejo Federal 1 de Ezeiza y en las Unidades 24 (jóvenes adultos) y 31 (mujeres).

⁷⁷ Cfr. Riley A.; *Transmission of VIH in prison: prevention depends on enlightened approach* (letter); British Medical Journal, 1993;307:622, Center for Aids Prevention Studies; <http://www.caps.ucsf.edu/>

⁷⁸ Según UNAIDS, no se trata de opciones necesariamente sencillas de desplegar y poseen problemas éticos y prácticos asociados; Prison and AIDS: UNAIDS Point of View, cit. pág. 6.

⁷⁹ Esta aparente contradicción ha sido entendida por las autoridades penitenciarias consultadas como un “doble mensaje”.

⁸⁰ En otros ámbitos, como los programas de intercambio de jeringuillas, se ha demostrado que este tipo de programas no aumentan el uso de drogas entre sus participantes; cfr. Vlahov, D. Y Junge, B.; *The role of*

En la posición opuesta, una mirada restringida al aseguramiento del derecho a la salud podría decir, en cambio, que el sometimiento sexual entre internos así como los actos consentidos entre ellos, prohibidos o no desde la perspectiva reglamentaria, son riesgosos desde el punto de vista de la prevención del VIH/SIDA y que, indudablemente, tal riesgo se vería reducido si los participantes utilizaran preservativos. ¿Cómo debería entonces reaccionar un juez ante el cual un interno reclamara su “derecho” a acceder a preservativos en la prisión?

El problema más complejo aparece en la faz preventiva, pues, en general, parece menos problemático actuar *ex post* en la reducción del daño, una vez que la conducta antinormativa que lo provocó se ha desplegado sin ningún tipo de aporte estatal (aunque también debería considerarse hasta qué punto esta asunción es correcta). En cambio, asegurar recursos para morigerar los efectos nocivos de prácticas irregulares que aún no han ocurrido pero que pueden preverse parece representar una asunción prematura de las propias deficiencias.

Sin embargo, no es incorrecto que el derecho prevea contextos de excepción dentro de los cuales rijan reglas que no presupongan la legalidad o no del acto respecto del cual se imputan⁸¹. En verdad, cada norma señala qué consecuencia jurídica debe asignarse a una situación fáctica dada y ello no impide que otra regla jurídica, en tanto no sea contradictoria, atribuya una consecuencia diversa en otro ámbito de obligaciones. En esta línea puede decirse que el derecho a la prevención de la salud, por ejemplo, a través de políticas de reducción de daños, es debido a cada persona integrante de un grupo de riesgo por su sola condición de participante en un comportamiento riesgoso para la salud, con independencia del juicio que merezca su conducta a luz de otras reglas jurídicas, por caso, las que rigen la vida intramuros.

Una visión opuesta parece prescindir de la circunstancia de que, sin perjuicio de la prohibición de ciertos comportamientos éstos pueden darse de todos modos. Precisamente, la situación de infracción es natural y propia de cualquier orden jurídico y la confianza en las normas no se ve afectada por el reconocimiento de que el acatamiento a sus pautas no es total. De otra forma, la sola existencia de una cláusula constitucional según la cual las cárceles de la Nación serán sanas y limpias debería asegurarnos, por sí, el respeto de este estándar. La verificación más sencilla, empero, hace evidente la inutilidad de pensar de este modo.

4. 3 Prevención y tratamiento, problemas.

Algunas prácticas institucionales en nuestras cárceles comprometen el pleno ejercicio de los derechos antes referidos y si bien muchas de ellas presentan zonas grises, otras, lamentablemente, sólo resaltan el deficiente trato que se brinda a las personas privadas de libertad. En lo que sigue, daremos cuenta de algunas prácticas verificadas a través de su observación y que hemos considerado significativas.

needle exchange programs in VIH prevention, Public Health Report, 1998, 113, 1, 75-80, cit. por Insúa y otro; cit., pág. 36. Respecto de la estimulación sobre comportamientos futuros quizá sea útil recordar los términos de la difusión previa a la aprobación de la ley de divorcio vincular y evaluar las consecuencias posteriores de su sanción.

⁸¹ El derecho internacional humanitario, por ejemplo, regula en ciertos aspectos el modo de desplegarse la guerra. Los Estados en conflicto deben ajustarse a él y no significa una depreciación de las reglas que rigen el derecho a declarar la guerra, la circunstancia de que toda guerra, justa o injustamente declarada, una vez producida deba ajustarse de todos modos a sus reglas. Jurídicamente puede aceptarse que esto sea así. De otro modo, toda previsión para la situación de excepción debería ser entendido como un supuesto legítimo.

Régimen penitenciario y medidas de bioseguridad

No existe un diseño institucional arraigado que delimite de qué modo deben integrarse los institutos regimentales con las pautas de bioseguridad. Sin perjuicio de la instrucción referida a ciertos aspectos específicos de la prevención y el tratamiento, no existe una política de gestión clara en materia de intervención del personal penitenciario frente a los derechos de los internos, ni a la salud del propio personal, en torno a las cuestiones de régimen en general. Cómo debe operarse en aquellos casos en que cuestiones de bioseguridad están imbricadas con cuestiones de régimen, —por ejemplo, cuál debería ser la actitud del personal si dos internos se están peleando—, es una cuestión de diseño institucional poco clara que cada agente resuelve con mejor o peor suerte con base en su propio saber prudencial. Evidentemente, éste déficit de previsión es una falencia importante en materia de prevención y tratamiento cuya solución podría obtenerse a través del recurso a un mejor diseño de la función penitenciaria y capacitación de los funcionarios⁸².

Actuación del personal penitenciario en actividades de prevención y tratamiento del VIH/SIDA

Muchas de las actividades de prevención y tratamiento VIH/SIDA en las prisiones son desplegadas por personal penitenciario o por funcionarios estrechamente ligados a esa agencia, lo que dificulta la total eficacia de las acciones dada la superposición de roles que esto implica. En cambio, existen relativamente pocas actividades de prevención y tratamiento ejecutados por personal ajeno a la administración penitenciaria.

Las políticas de prevención resultarían más eficaces si sus ejecutores no integrasen el plantel de la administración. La pluralidad de roles dificulta el acercamiento entre el personal y los internos y en ciertos casos, la relación de confianza entre ellos está francamente deteriorada⁸³. Luego, debido a que gran parte del diseño de las políticas preventivas tienen que ver con el reconocimiento de conductas de riesgo, cuando el ejecutor del plan preventivo es la misma autoridad disciplinaria es impensable el arribo a una solución medianamente eficiente.

En algunos países como Noruega o Francia la atención de la salud de los prisioneros ha sido transferida a otras agencias distintas de la penitenciaria, con buenos resultados⁸⁴ y no parece una solución desatinada el avanzar hacia un diseño institucional similar.

Acceso a preservativos.

Uno de los aspectos más importantes en la prevención es la posibilidad de acceder con facilidad y privadamente al uso de preservativos y lubricantes. En el ámbito carcelario federal, la posibilidad de acceder a preservativos sólo es admitida respecto de internos que reglamentariamente se encuentran en condiciones de acceder a visitas de contacto⁸⁵ pero hay dos colectivos que también están expuestos a prácticas riesgosas, más allá de su antirreglamentariedad. Por un lado, aquellos que durante la visita ordinaria subrepticamente mantienen contactos sexuales; por otra parte, los internos o internas que,

⁸² La posibilidad de contagio con ántrax, por ejemplo, dio lugar a una serie de disposiciones internas en materia de bioseguridad más o menos precisas que no existen respecto del VIH/SIDA.

⁸³ Así lo han manifestado al CELS en muchas ocasiones internos entrevistados.

⁸⁴ Prison and AIDS: UNAIDS Point of View; cit. pág. 7.

⁸⁵ Aunque las características de esta provisión es heterogénea. En algunas unidades el acceso es privado y gratuito, en otras, deben ser adquiridos por los internos.

en cualquier momento, mantienen contactos con sus compañeros⁸⁶. La necesidad de que también respecto de ellos y, en rigor de todos los internos, sea asegurado el acceso a los medios de prevención debería ser un objetivo central a efectos de asegurar la salud en las cárceles. Ya en 1993 la OMS destacaba la existencia de contactos sexuales con penetración más allá de su prohibición y en función de ello estableció la necesidad de facilitar preservativos a los internos durante todo el período de la detención⁸⁷.

Confidencialidad del diagnóstico y el tratamiento del VIH/SIDA

El ejercicio del derecho a la confidencialidad del diagnóstico se ve comprometido especialmente en el ámbito carcelario. Las rutinas de tratamiento, como los controles médicos o el periódico suministro de medicamentos, así como la composición de la dieta⁸⁸ pueden hacer ostensible para cualquiera la situación del paciente y vulnerar su derecho a mantener su condición de portador del virus en reserva. Existe un deber en cabeza de la administración de realizar todos los esfuerzos que estén a su alcance para mantener en reserva la situación del paciente portador de VIH/SIDA. Este deber involucra diversas obligaciones que deben ser cumplidas en el trato cotidiano que se da en toda unidad penitenciaria. De este modo devendría una obligación de la administración el suministro de medicamentos, de ser posible de acuerdo a la estructura y organización de cada unidad, fuera del alcance de la vista del resto de los internos e incluso de todo el personal penitenciario de la unidad. Aun cuando resulte fácticamente imposible asegurar la privacidad del diagnóstico, sí parece claramente exigible el deber de la administración de abstenerse de realizar conductas manifiestamente indicativas y de procurar asegurar al máximo posible resguardar la intimidad del afectado⁸⁹.

Consideración de grupos con diversa orientación sexual

Lamentablemente, no ha sido un problema ajeno a la actuación penitenciaria el trato discriminatorio contra ciertos grupos (v. gr. los homosexuales, o los extranjeros, que en ocasiones son forzados a convivir en sectores relegados de los pabellones). El trato discriminatorio que estos reciben se ve reflejado en los malos tratos y en la calidad del alojamiento al que se encuentran sometidos —pabellones aislados y superpoblados, con difícil acceso para la atención médica. Esta circunstancias, repercuten, sin lugar a dudas, en su nivel de calidad de vida⁹⁰. Para todos los internos, pero especialmente para aquellos que

⁸⁶ “El contacto sexual entre hombres es común en prisiones de todos el mundo. Las estimaciones varían considerablemente. Un estudio de 1993 en Río de Janeiro, Brasil, sugería que el 73% de los prisioneros hombres habían tenido sexo con otro hombre en prisión, mientras que informes de Zambia, Australia, Inglaterra y Canadá habían entregado porcentajes entre el 6% y el 12%, estadísticas probablemente bajas debidos a las negativas y subregistros” (cfr. Prison and AIDS: UNAIDS Point of View; UNAIDS Best Practice Collection; April 1997, pág. 4, trad. propia).

⁸⁷ WHO guidelines on VIH infection and AIDS in prisons, cit., principio 20.

⁸⁸ Algunos de los internos entrevistados por el CELS señalaban que en ese medio era imposible no advertir quién era portador de VIH. Los llamados a viva a voz a fin de asistir regularmente al servicio de infectología, o el simple hecho de que en la dieta diaria de un interno infectado se agregara un huevo duro, entre otras muchas situaciones similares, hace ostensible la condición de portador.

⁸⁹ En el caso de que las visitas sea entre internos la confidencialidad deja de existir pues se confecciona un expediente donde constan los informes médicos (v. art. 77 del reglamento).

⁹⁰ La situación fue denunciada por el Procurador Penitenciario en su Informe de 1995. Este funcionario señalaba que los pacientes infectados por VIH eran “... segregados y sometidos a permanentes malos tratos, incluyendo la falta de atención médica y alimentación adecuada. El clima imperante [remarcaba el funcionario] no es de apoyo sino de violencia punitiva basada fundamentalmente en una ideología que

se encuentran infectados, el goce de una adecuada calidad de vida resulta más que trascendente, por la manifiesta relación que existe entre dignas y saludables condiciones de detención y el riesgo de contraer nuevas enfermedades.

Confección de las historias clínicas

La confección de las historias clínicas correspondientes a los pacientes detenidos presenta irregularidades y no está garantizada la continuidad de sus asientos. Además de su valor intrínseco como acto del tratamiento las historias clínicas son de suma relevancia para la determinación de los hechos referidos a la atención médica⁹¹ y satisfacen, de tal modo, el derecho del paciente en un doble aspecto, pues permite a éste conocer su propio tratamiento pero también su evaluación por terceros ajenos a la relación médica.

El artículo 144 de la ley 24.660 establece que "... al ingreso del interno a un establecimiento, deberá ser examinado por un profesional médico. Éste dejará constancia en la historia clínica de su estado clínico, así como de las lesiones o signos de malos tratos y de los síndromes étlicos o de ingesta de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia tóxica susceptible de producir dependencia física o psíquica si los presentara"⁹². Sin embargo, este derecho del interno/paciente de contar con su historia clínica para obtener un mejor y adecuado tratamiento se encuentra seriamente comprometido por estar privado de su libertad.

En el ingreso de los internos desde el medio libre, no está asegurado la continuidad del registro de los actos médicos, ya que luego de la detención de una persona no se encuentra estandarizado ningún mecanismo dirigido a obtener la historia clínica anterior⁹³. Como consecuencia de ello, también se ve interrumpido el suministro de medicamentos prescritos, aun cuando el paciente tenga en su poder la droga recetada, pues la autoridad penitenciaria, en principio, no permite el ingreso de sustancias medicinales que no han sido autorizadas⁹⁴.

Esta falencia también se verifica cuando la administración dispone el traslado de un interno a otra unidad. Esto se debe a que las historias clínicas no acompañan a los internos a su unidad de destino⁹⁵ cuando éstos son trasladados. De esta forma, cualquier diagnóstico o tratamiento que hubiera determinado personal médico, se pierde o interrumpe por el sólo hecho de ser trasladado a otra unidad.

Al momento del egreso al medio libre, también se verifican problemas pues no existe regulación alguna que prevea que la libertad del interno no signifique un detrimento en su derecho a la salud. Esto se debe a que al momento del egreso los internos abandonan la unidad sin contar siquiera con un resumen de su historial o la provisión mínima para el tratamiento inmediato al egreso. Muchas veces, además, los internos egresan desde sedes distintas de la unidad penal (sedes de los juzgados) lo que complica más esta posibilidad.

atribuye a la enfermedad el carácter de castigo merecido por una inadecuada conducción de la vida" (PP, Recomendación Nro. 864/PP/95, en Informe Anual ,1994-5., s/p).

⁹¹ Así se desprende de la doctrina del fallo de la Cnac. Civ. Sala H, "C., M.G. c. MCBA y otro", rta. 21/nov./00, en LL diario del 30-8-01).

⁹² A su vez, en el artículo 145 se prescribe que "La historia clínica en la que quedará registrada toda prestación médica, se completará con la incorporación de los estudios psicológicos y social realizados durante el período de observación, previsto en el art. 13 inc. A y la actualización a que aluden el art. 13 inc. D y el art. 27. Copia de la historia clínica y de sus actuaciones integrará la historia criminológica".

⁹³ Estos datos fueron obtenidos de diversas entrevistas mantenidas con personal médico del Servicio Penitenciario de las unidades 24, 31 y Complejo Federal I.

⁹⁴ art. 146 de la ley 24.660

⁹⁵ La importancia de esta circunstancia es destacada también por el PP, Informe 2000/01, págs. 64/5.

Un adecuado goce del derecho a la salud de las personas privadas de su libertad, implica que todo interno pueda ser atendido por profesionales externos al servicio penitenciario de contar con esa posibilidad. En este punto no debemos olvidar que el Estado tiene la obligación de garantizar la atención médica de los internos pero no puede privarlos de que accedan a otro tipo de servicios si consideran que su derecho se ve mejor garantizado de esa manera. La privación de la libertad importa la restricción de la libertad ambulatoria y aquellos derechos que se encuentran indefectiblemente ligados a ella, situación que no ocurre con el derecho a ser atendido por otro profesional de la salud. En estos casos, que no son escasos, los profesionales externos al Servicio Penitenciario, no tienen en la práctica acceso a la historia clínica del interno-paciente, aunque esta situación sí encuentra una adecuada regulación normativa⁹⁶.

Arresto domiciliario y VIH/SIDA

El régimen de arresto domiciliario y la jurisprudencia referida a los pacientes VIH/SIDA, no aseguran en la mejor medida posible el derecho a la salud.

El artículo 33 de la ley 24.660 prevé que podrán sufrir el encierro bajo arresto domiciliario las personas que padezcan una enfermedad en período terminal. Esta norma se encuentra reglamentada por el Poder Ejecutivo Nacional (PEN), a través del decreto 1058/97, que para el caso del V.I.H establece qué síntomas deben presentar las personas con V.I.H para que pueda considerarse esa situación. Esta reglamentación presenta algunas deficiencias y lo cierto es que su aplicación ha conducido a reducir el ámbito de interpretación judicial. En primer lugar, la administración no puede “reglamentar” la interpretación de una ley. Los jueces sólo están atados en la ley emanada del Congreso y a ella deben sujetarse; no a las reglamentaciones del PEN. Por otra parte, y aun asumiendo que entre las potestades de la administración se encontraba la de regular la cuestión, es bien discutible que los criterios que se utilizaron para la elaboración de la reglamentación tengan actualidad o sean correctos hoy. La jurisprudencia, con todo, no ha corregido estas falencias.

Régimen de visitas íntimas (“conyugales”)

En el trámite previo a la concesión del régimen de visitas íntimas a un interno, se requieren informes médicos tanto del detenido como de su visitante. Sin embargo, no está adecuadamente garantizado la confidencialidad de esta información sensible ni su utilización eficaz para la prevención o el tratamiento de ninguno de los examinados.

En el artículo 497 del Código Procesal Penal de la Nación se establece que los condenados, sin distinción de sexo, podrán recibir visitas íntimas periódicas, las cuales se llevarán a cabo resguardando la decencia, discreción y tranquilidad del establecimiento. Esta norma fue superada por la contenida en el artículo 167 de la Ley 24.660 que delega en los reglamentos el modo y la forma en la que se autorizará el otorgamiento de visitas íntimas. Tal regulación es la contenida en el Reglamento de Comunicaciones de los Internos, aprobado según el Decreto N° 1136/97 del PEN.

Las visitas íntimas están incluidas dentro del grupo de las denominadas por el Reglamento como “de consolidación familiar”. Su consideración se inicia en el artículo 51, destacándose que sólo se autoriza su concreción con el/la cónyuge del interno o con quien éste mantuviera vida marital al momento de la detención (el reglamento no señala una duración para el período de “vida marital”). También se autoriza la visita de reunión

⁹⁶ El art. 96 del Reglamento de Comunicaciones de los internos —decreto 1136/97— establece que “El profesional de la salud a su egreso dejará constancia del diagnóstico y tratamiento prescripto, si procediere, lo que se hará constar en la Historia Clínica del interno (...).”

conyugal, en los casos de relación afectiva iniciada con posterioridad a la detención, de una duración de por lo menos seis meses.

Del juego de los artículos 59 a 62 de la reglamentación se desprende que tanto el interno/a como su visitante deberán: a) someterse, con periodicidad semestral, a un informe sobre su estado de salud, en el que se indique si padece o no alguna enfermedad infectocontagiosa y b) informar si desean que los informes médicos sean puestos en conocimiento de su pareja⁹⁷. De contar con el consentimiento, un médico del establecimiento informará sobre su contenido. De no contarse con él, ello se informará a la pareja. De conformidad con el reglamento, el servicio médico debe brindar cada seis meses y en forma simultánea al interno y a su visitante, información y asesoramiento sobre medidas preventivas de la propagación de enfermedades de transmisión sexual.

En esa regulación, resulta saludable la disposición referida a la reserva del contenido de los informes médicos (art. 61) y cuestionables las referidas a la responsabilidad del visitante por la provisión de los artículos de profilaxis (art. 66), la ausencia de consideraciones “pre-test” (contención, información y preparación) y la frecuencia establecida para la actualización de los informes, como condición del otorgamiento del régimen.

En el caso de visitas íntimas entre internos surgen nuevas condiciones, establecidas en el reglamento a) ambos internos deben registrar conducta buena, y no haber sido sancionados disciplinariamente en el último trimestre (art. 73); b) se atribuye al Servicio Social la facultad de expedirse sobre la “conveniencia” de acceder a la solicitud (art. 74); c) debe requerirse al Juez o los jueces de la/s causa/s de la autorización para realizar el traslado si se tratase de internos procesados; d) el expediente en el que se verifica la reunión de los requisitos establecidos reglamentariamente debe ser aprobado por el Director de Régimen Correccional. En ese caso, en cambio, no se respeta la regla de reserva de los informes médicos establecida en el artículo 61 y se torna preocupante la desaparición de la referencia a la provisión de los artículos de profilaxis (que por tratarse de internos debería encomendarse a la administración penitenciaria).

Salud e información

Existen demoras entre la toma de muestras de internos para el diagnóstico y el momento en que aquéllos obtienen una respuesta sobre los resultados. Algunos internos han referido que en ocasiones ni siquiera reciben el resultado del análisis y hemos verificado casos en los cuales, frente a un resultado negativo, no se ha vuelto a examinar al paciente. Todo ello revela que existen deficiencias serias en la metodología de diagnóstico, así como en el trato debido al paciente en relación con el manejo de esta información sensible.

Los internos tienen el derecho a solicitar que se les realice un test y conocer su resultado, con todas las especificidades que contempla la ley 23.798. Este derecho implica que existe en la administración penitenciaria la obligación de someterse y adecuar su conducta a lo que la ley prescribe. El circuito médico/administrativo encargado de la supervisión y ejecución de este proceso desde los momentos previos a la obtención de la muestra hasta el seguimiento posterior, luego de la primera prueba es complejo y corresponderá determinar en cada caso qué órgano en particular es competente por cada tramo de la intervención estatal. Sin embargo, existe un deber de garantía subsidiario, en cabeza de cada responsable de establecimiento por el diseño, organización y supervisión general de todo este proceso, que, al menos con base en el contenido de las quejas de los internos, está siendo incumplido.

⁹⁷ En ningún caso el resultado de los informes médicos constituye un impedimento para la concesión de la visita íntima (art. 64 del Reglamento).

Continuidad en el tratamiento

Aquellos enfermos que se encuentran privados de su libertad sufren reiterados menoscabos en su derecho a un tratamiento adecuado y continuo. Las interrupciones en el tratamiento suelen darse con mayor frecuencia en dos momentos particulares de la ejecución de la pena. El primer momento, corresponde al ingreso a una unidad penitenciaria, tanto si el interno enfermo proviene del medio libre como cuando es trasladado desde otra unidad, debido a la lentitud del proceso en que la partida de medicamentos es reasignada, ya sea que los medicamentos deban comenzarse a suministrar al Servicio Penitenciario o que éstos deban ser redirigidos al penal. En segundo lugar, los traslados de unidad son usualmente origen de las mismas complicaciones. A diferencia de los ingresos desde el medio libre, ésta es una actividad totalmente dirigida por la administración penitenciaria por lo que la responsabilidad de esta agencia es aquí mayor ya que se trata del único garante de la prestación sanitaria y debería pensarse en restringir la potestad de la administración penitenciaria para el traslado de un interno a que pueda asegurar la continuidad del tratamiento médico del interno bajo asistencia actual.

Otro aspecto central que hace al tratamiento de los internos es la falta de cantidades adecuadas de dosis de medicamentos de acuerdo al número de pacientes con que cada dependencia cuenta⁹⁸. El Procurador Penitenciario ha señalado en su último informe que el procedimiento burocrático instalado genera una demora en la entrega de medicamentos antirretrovirales que si bien "... no presupone un perjuicio mayor para la salud del paciente ante la circunstancia de inicio de un tratamiento durante la fase de 'latencia clínica' de la infección;... resulta relevante como condición negativa, en casos de primoinfección o ante la necesidad de cambio de un esquema motivado por diferentes causas"⁹⁹.

Otras prácticas

Si bien hemos acotado la descripción a ciertas prácticas cuya incidencia en la prevención y tratamiento hemos considerado problemáticas, ello no excluye de modo alguno la importancia de muchos otros factores presentes en las cárceles, que merecen especial atención.

La superpoblación, los malos tratos y las requisas violentas, el uso compartido de jeringas en usuarios de drogas intravenosas o de agujas para la inscripción de tatuajes, el *piercing*, la incidencia del abuso de alcohol sobre las prácticas sexuales de riesgo o los accesos violentos del personal penitenciario sobre internos son problemas que también reclaman una urgente solución¹⁰⁰. La omisión de su descripción más detallada aquí sólo obedece a la evidencia de que éstas y otras prácticas resultan conocidos escollos para el ejercicio pleno del derecho a la salud en la cárcel.

⁹⁸ Este dato fue obtenido de diversas entrevistas mantenidas con personal médico y directores de las unidades penitenciarias del Servicio Penitenciario Federal.

⁹⁹ Cfr. Procurador Penitenciario, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; Informe 2000-01.

¹⁰⁰ Cfr. Prison and AIDS: UNAIDS Point of View, cit.