

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

LA FAMILIA EN EL CONTEXTO JURÍDICO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD
Enna Espinosa

EL ENREDO SEMÁNTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS
Ana Gaitán Uribe

UNA MIRADA A LA VIGENCIA EFECTIVA DEL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS
PRIVADAS DE LIBERTAD EN LA REPÚBLICA DE ARGENTINA
Gabriela García Minella

HACIA UN REDIMENSIONAMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES
Víctor Malpartida Castillo

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO DE
LAS PERSONAS MIGRANTES EN ARGENTINA
Santiago Roca

LA CONSOLIDACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN MÉXICO, EN EL SIGLO XXI.
INTERPRETACIÓN Y EXPERIENCIA JUDICIAL, DESDE LA PERSPECTIVA
DE LOS DERECHOS HUMANOS. REALIDAD SOCIAL Y
FILOSOFÍA POLÍTICA, CON UN ENFOQUE DIFERENCIADO
José San Miguel Mora

*El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:
Breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016*
Natalia Urbina

Enero - Junio 2017

65

Enero - Junio 2017



REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versalles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
La familia en el contexto jurídico social de la discapacidad	11
<i>Emna Espinosa</i>	
El enredo semántico de los derechos humanos	69
<i>Ana Gaitán Uribe</i>	
Una mirada a la vigencia efectiva del derecho a la salud de las personas privadas de libertad en la República de Argentina	101
<i>Gabriela García Minella</i>	
Hacia un redimensionamiento de los derechos humanos laborales	167
<i>Victor Malpartida Castillo</i>	
El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina	215
<i>Santiago Roca</i>	
La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial, desde la perspectiva de los derechos humanos. Realidad social y filosofía política, con un enfoque diferenciado	281
<i>Josué San Miguel Mora</i>	

El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016 329
Natalia Urbina

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 65 de su Revista IIDH, publicada ininterrumpidamente desde 1985. Esta edición ofrece los artículos de exalumnos y exalumnas del XXXIV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, efectuado en 2016. Se trata de Emna Espinosa, panameña; Ana Gaitán Uribe, mexicana; Gabriela García Minella, argentina; Víctor Malpartida Castillo, de Perú; Santiago Roca, de Argentina; Josué San Miguel Mora, mexicano; y Natalia Urbina, de Argentina.

En su artículo “La familia en el contexto jurídico social de la discapacidad”, Emna Espinosa explica la necesidad de adoptar los enfoques inclusivo, diferencial, de género y de derechos en la formulación de políticas públicas para la protección efectiva de los derechos humanos de las unidades familiares en las que haya una o más personas con discapacidad. Por su papel primordial en la educación y la socialización de sus integrantes, en las políticas sociales de atención a las personas con discapacidad se debe responder al principio que sitúa a la familia como su núcleo primario de pertenencia y principal cuidadora, para que sean capaces de configurar una vida autónoma e independiente mediante el acceso a oportunidades para su desarrollo integral.

Por su parte, Ana Gaitán en “El enredo semántico de los derechos humanos” aborda la polémica surgida alrededor de la llamada proliferación de derechos –todo puede ser definido como derecho– frente a la consideración de que son un conjunto cerrado, analizando su naturaleza y evaluando si la primera

postura se debe a una insuficiente comprensión conceptual. En su análisis, se basa en las distintas corrientes filosóficas que definen lo que son los derechos humanos, cuestión para la cual aparentemente no hay límites ni medida; asimismo, revisa su justiciabilidad y exigibilidad, la introducción de intereses colectivos y los derechos vistos como el resultado de un esfuerzo colectivo.

En “Una mirada a la vigencia efectiva del derecho a la salud de las personas privadas de libertad en la República de Argentina”, artículo de Gabriela García Minella, a partir del análisis de los parámetros de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC y el proceso de reconocimiento jurídico del derecho a la salud en su país, la autora describe su alcance y vigencia respecto de las personas privadas de libertad en el contexto de las condiciones carcelarias. Sus fuentes son la legislación vigente tanto nacional como internacional, informes de organizaciones de la sociedad civil, fallos judiciales nacionales recientes, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incorporada al derecho interno mediante el ejercicio del control de convencionalidad.

En “Hacia un redimensionamiento de los derechos humanos laborales”, Víctor Malpartida analiza la materialización de la obligatoriedad de los derechos humanos laborales –cuya justiciabilidad suele ser objeto de debate– en el sistema interamericano, visto este en sus dimensiones normativa e institucional. Conceptualiza los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) así como su tratamiento diferenciado respecto de los civiles y políticos, que es su principal problema pese a la indivisibilidad de los derechos humanos; recorre los distintos instrumentos que contienen los derechos humanos laborales y el tratamiento que les ha dado en ciertos fallos la Corte

Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), instancia que ha actuado –asegura el autor– “de la manera más imaginativa” respecto de los DESC.

En “El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina”, de Santiago Roca, se parte de la constatación del incremento de los flujos migratorios debido a –entre otras causas– al “aumento de las desigualdades entre los países, así como por la proliferación de conflictos y guerras civiles”, y el consecuente sufrimiento y vulnerabilización de quienes emigran, particularmente las mujeres.

Señala además que, pese a la existencia de normativa específica de protección, también se han incrementado las violaciones de los derechos humanos de esta población. Al abordar los derechos de las personas migrantes y las obligaciones estatales, analiza las distintas normas en este campo dentro de la República de Argentina, cómo afectan su derecho de acceso a la justicia y la respectiva jurisprudencia.

En “La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial, desde la perspectiva de los derechos humanos. Realidad social y filosofía política, con un enfoque diferenciado”, Josué San Miguel Mora sostiene que es “imprescindible que se reconozca expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la jurisdicción indígena y se cree un marco regulatorio que la haga efectiva, para evitar la discriminación de la que son víctimas [...]”. Sustenta su postura en que son insuficientes las resoluciones judiciales adoptadas con base en el artículo 2 constitucional; asimismo, argumenta que el derecho indígena es un derecho de los pueblos consagrado en diversos instrumentos nacionales e internacionales.

En su trabajo, titulado “El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016”, Natalia Urbina examina dicho procedimiento enfocándose en sus diversas facetas, a saber: la justicia eficaz, el efecto útil de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la impunidad, la Organización de los Estados Americanos respecto del artículo 65 de la CADH, el control de convencionalidad, las reparaciones y los recursos financieros de los que dispone la Corte IDH para efectuarlas. En su análisis se reflejan las dificultades que se enfrentan en el cumplimiento de sentencias y resoluciones del tribunal interamericano, que disminuyen su eficacia y menoscaban la protección a las víctimas.

Además de agradecer a las autoras y autores de los artículos reseñados –cuya contribución ha hecho posible una nueva edición de la Revista IIDH– le invito a que nos envíe su aporte a este esfuerzo pionero en la región dirigido a difundir doctrina, jurisprudencia y estudios diversos sobre los derechos humanos que dio paso a la primera publicación periódica en la materia, mantenido desde 1985 con dos números anuales.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Una mirada a la vigencia efectiva del derecho a la salud de las personas privadas de libertad en la República de Argentina

*Gabriela García Minella**

Introducción

La Constitución Nacional de Argentina (en adelante, CN) consagra desde 1994 el derecho a la salud, tanto en su parte dogmática –al referir a la necesidad de garantizarlo respecto de los consumidores (artículo 42) o en el artículo 14 bis con relación a los trabajadores– como en su parte orgánica; en este último caso, a través de la jerarquización constitucional de los instrumentos de derecho internacional que se refieren concretamente a la temática en cuestión¹.

Asimismo, la jurisprudencia nacional y provincial –en particular la de los tribunales superiores provinciales y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) – han evolucionado en su tarea hacia el reconocimiento efectivo de este derecho. Y en ese camino, esta última aceptó la autoridad

* Abogada, Universidad Nacional de Mar del Plata; magíster en Derecho Ambiental, Universidad del País Vasco y Corte Internacional de Conciliación y Arbitraje Ambiental; especialista en Derecho Penal, Universidad Nacional de Mar del Plata; doctorando en Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata; docente, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata y de la Universidad Atlántida (Argentina). Se desempeña actualmente como secretaria de la Unidad fiscal de delitos culposos y contra el medio ambiente del Ministerio Público Fiscal del Departamento Judicial, Mar del Plata, provincia de Buenos Aires.

1 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Constitución de la Nación Argentina*, artículo 75, número 22, Ley N° 24.430, sancionada el 15 de diciembre de 1994, promulgada el 3 de enero de 1995, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (acceso 19/10/2017).

interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), al asumir el carácter vinculante de las interpretaciones de esta respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH).

El derecho a la salud y sus alcances en la República de Argentina está comprendido por los instrumentos internacionales con rango constitucional (artículo 75, número 22). Entre estos están el artículo 12, literal c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC); el número 1, artículos 4 y 5 de la CADH; y el número 1 del artículo 6, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no solo a la salud individual sino también a la colectiva². Este derecho debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales y las entidades de medicina prepaga³.

Dicho ello, nos proponemos como objetivo general –en el marco del presente trabajo– describir el alcance y la vigencia del derecho a la salud, en particular respecto de las personas privadas de libertad, a partir del estudio preliminar de la legislación vigente así como de informes de organismos no gubernamentales y pronunciamientos judiciales de los últimos años.

En este proceso de búsqueda, “bucearemos” entre los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos

2 CSJN. *Derecho a la salud. Estándar aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16.986. 01/06/2000- Fallo: 323:133*, 1ª ed., Buenos Aires, 2010.

3 CSJN. *Derecho a la Salud. Estándar aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos Campodónico de Biviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social, 24/10/2000, Secretaria de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, Fallos: 323:3229*, 1ª ed., Buenos Aires, 2010.

Humanos (en adelante, Corte IDH) que –en palabras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor– presenta una jurisprudencia en materia de justicia penal tan rica como abundante si tenemos en consideración que, de los 172 casos contenciosos hasta finales de enero de 2014, aproximadamente 140 se refieren a esa materia. Ello implica que un 81 % del total de los mismos están directamente relacionados con la materia penal o procesal penal.

El autor mencionado ha estudiado estos pronunciamientos y realizó su sistematización

“agrupando estos 140 casos relacionados con la justicia penal en siete grandes líneas jurisprudenciales que el Tribunal Interamericano ha venido desarrollando a lo largo de sus más de veinticinco años de jurisdicción contenciosa, desde la primera sentencia de fondo que dictó en el emblemático caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, de 1987. Estas siete principales líneas jurisprudenciales (mencionando el número de casos y porcentaje que la integran del total de asuntos en justicia penal) son: (1) tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (89 casos, 51%); (2) ejecución extrajudicial (42 casos, 24%); (3) desaparición forzada de personas (35 casos, 20%); (4) jurisdicción militar (19 casos, 11%); (5) leyes de amnistía (14 casos, 8%); (6) responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión (8 casos, 4%), y (7) pena de muerte (5 casos, 2%)”⁴.

En este camino, como objetivo particular consignaremos en qué casos los pronunciamientos de la CIDH en materia penal y/o procesal penal han sido adoptados por las cortes de justicia

4 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal”, *Revista IIDH*, Vol. 59, 2014, pp. 29 y 30, disponible en www.derechoecuador.com (acceso19/10/2017).

provinciales y la CSJN, para resolver cuestiones vinculadas a la violación del derecho a la salud de las personas privadas de libertad. En su caso, bajo qué parámetros y a partir de qué medidas adoptadas.

I. La salud como bien susceptible de tutela jurídica

1. Los derechos humanos económicos, sociales y culturales; su interdependencia como fortalecimiento de su exigibilidad

Previo a adentrarnos en el estudio del derecho a la salud, entendemos útil fijar posición en torno a la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), universo que se encuentra integrado por la prerrogativa estudiada.

Creemos que en los tiempos que corren, la erosión de los derechos humanos y las garantías ciudadanas por la realización de acciones políticas autoritarias e individualistas, nos impone sostener que los procesos de elaboración constitucional han de ser intensamente participativos y deliberativos, si pretenden ofrecer seriamente a la ciudadanía los beneficios que propone el goce efectivo de los DESC, entre los que se encuentra el derecho a la salud.

Estos derechos –que protegen las condiciones básicas que los individuos deben detentar para lograr desarrollar su vida dignamente– nacen como consecuencia del desgaste de la ideología liberal individualista, del sistema económico propuesto por el capitalismo y desde las acciones reivindicativas de movimientos económicos, sociales y culturales que proliferaron en la segunda mitad del siglo XIX. Es sabido que por lo general se

ha restado virtualidad operativa a estos derechos fundamentales, partiendo de una distinción negativa de cara a los civiles y políticos. Se ha hecho aludiendo que los DESC se adscriben al catálogo de aquellos que consagran obligaciones positivas, a través de normas programáticas con efectividad jurídica leve.

Christian Courtis, ha señalado que “estas distinciones, están basadas sobre una visión totalmente sesgada y naturalista del rol y funcionamiento del ‘aparato estatal’, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, seguridad y defensa”⁵. Compartiendo esta afirmación, entendemos que tal distinción solo puede existir con un fin descriptivo de aquellas etapas históricas en las cuales se gestaron y desarrollaron estos derechos fundamentales.

Por lo dicho, podemos sostener que tanto los así denominados derechos civiles y políticos como los llamados económicos, sociales y culturales constituyen –a la vez que prerrogativas jurídicas– un complejo de obligaciones positivas y negativas cuya realización ciudadana incumbe a los Estados que los consagran en sus sistemas jurídicos. En línea con esta idea, autores como Fried van Hoof o Asbjorn Eide proponen un esquema interpretativo consistente en el señalamiento de “niveles” de obligaciones estatales que caracterizarían el complejo que identifica a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles o al de derechos sociales. De acuerdo con la propuesta de van Hoof, por ejemplo, podrían discernirse cuatro “niveles” de obligaciones: de respetar, de proteger, de asegurar y de promover el derecho en cuestión [...] los distintos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos⁶.

5 Courtis, Christian. “Los derechos sociales como derechos”, en *Los derechos fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 199.

6 Abramovich Víctor y Courtis Cristian. “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de

Aquí situamos entonces al derecho a la salud, que participa de los matices típicos de los derechos fundamentales con base en los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia.

Creemos nosotros que no es posible escindir la protección de la salud física y mental de un individuo, de la protección de su vida en términos integrales. Cuando pensamos en la tutela del bien jurídico vital, capturamos a la salud como un estado que nos permita alcanzar un nivel de vida adecuado. Por eso se define a esta prerrogativa, en una visión integradora que va más allá de la ausencia de afecciones y/o enfermedades.

El derecho a la salud es, entonces un derecho inclusivo que comprende factores determinantes, básicos, propios de la salud de una persona. Esos factores implican algunas prerrogativas como la de no ser sometido a ningún tratamiento sin consentimiento, así como el acceso a medicación esencial e igual y oportuno a servicios de salud básicos. Este nomenclador no se detiene allí, ya que se integra con el derecho a la seguridad alimentaria, al medio ambiente, al hábitat adecuado, a la intimidad, a no ser objeto de discriminación, al acceso a la información y a la participación en los procesos de toma de decisión relacionados con la salud a nivel colectivo.

Así queda evidenciada la nota característica de los derechos humanos que viene a reforzar junto a las restantes –indivisibilidad y universalidad– la exigibilidad de los DESC: la interdependencia. Nos enseñan Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano que cuando nos referimos a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales, debemos hacer

los derechos sociales” en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo II, Derechos, Roberto Gargarella (coordinador), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina 2008, pp. 976 y 977.

“una primera distinción, entre los términos que ayudan a diferenciarlos. Mientras el prefijo *inter* significa ‘entre’ o ‘en medio’, el prefijo *in* indica ‘negación’, de tal forma que la palabra interdependientes expresa vinculación entre derechos, y la palabra indivisible, la negación de separación entre ellos. Así preliminarmente conviene entonces señalar que los derechos humanos son interdependientes en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos, y son indivisibles en la medida en que no deben tomarse como elementos aislados o separados, sino como un conjunto. La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos [...] Por su parte, la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre los derechos humanos. El aspecto central de este criterio es que los Estados no están autorizados a proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos los derechos humanos merecen la misma atención y urgencia. Bajo esta lógica, [...] ‘la existencia real de cada uno de los derechos humanos sólo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos’⁷.”

Se puede, entonces, palpar la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos en contextos de vulnerabilidad. El acceso a la salud de las personas que se encuentran en condiciones de pobreza, de discriminación o privadas de libertad es un insumo determinante para el ejercicio de otros derechos humanos.

7 Vázquez, Luis y Serrano, Sandra. *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, pp. 152 y 153, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf> (acceso 1/12/2017).

Ahora bien, se ha señalado en este sentido que

“el carácter de interdependencia que presentan los derechos humanos entre sí se ha visto reflejado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dadas las dificultades que para decidir directamente sobre DESC presenta una redacción de las normas sobre este tema en la CADH [...] la Corte Interamericana ha protegido derechos sociales a partir del ámbito de protección de derechos civiles y políticos que ha tenido que analizar en casos particulares”⁸.

Acercándonos lentamente al tema elegido y a modo de ejemplo, destacamos aquí los casos Villagrán Morales y otros contra Guatemala, Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay, Comunidad indígena YaKye Axa contra Paraguay y Comunidad indígena Sawhoyamaya también contra Paraguay. En los dos primeros, los pronunciamientos sobre el alcance del derecho a la salud se efectuaron a través de los derechos civiles y políticos, como el derecho a una vida digna; mientras que en los restantes citados, se vinculan con los reclamos de las comunidades indígenas en relación con sus condiciones de vida.

Concretamente y profundizando ahora en el grupo de las personas privadas de libertad en diversos casos, la Corte IDH ha señalado que “el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera”⁹. Asimismo, ha indicado que

8 Parra Vera, Óscar y otros. *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2008, p. 30

9 Cfr. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C, N° 114, párr. 156; Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de julio de 2006, Serie C, N° 150, párr. 102; y Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs.*

la falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria del artículo 5, números 1 y 2, de la CADH dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos¹⁰; también, en algunos casos el sexo y la edad de la misma, entre otros¹¹. En este tipo de temas, la Corte IDH ha tenido en cuenta las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos y los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión¹².

Conformando su línea jurisprudencial, la Corte IDH ha señalado que

“de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos que establece el artículo 1.1 de la Convención Americana, derivan deberes especiales determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. Así, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se

Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2005, Serie C, N° 137, párr. 227.

10 Cfr. Corte IDH. *Caso García Asto...*, párr. 226; Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre de 2006, Serie C, N° 160, párr. 302; y Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros...*, párrs. 102 y 103.

11 Cfr. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (Fondo), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, N° 63, párr. 74; y Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*, (Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 19 de mayo de 2011, párr. 44.

12 Cfr. Parra Vera, Óscar. *La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el sistema interamericano de derechos humanos*, p. 785, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32459.pdf> (acceso 1/12/2017).

requiera. El Principio 24 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión determina que ‘[s]e ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos’. La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de las personas privadas de libertad. En este sentido, la falta de atención médica adecuada a una persona que se encuentra privada de la libertad y bajo custodia del Estado podría considerarse violatoria del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención”¹³.

Así las cosas, tanto los pronunciamientos de la Corte IDH como los de la CIDH al resolver sobre medidas cautelares y medidas provisionales en relación con la temática carcelaria, han profundizado sobre el concepto de interdependencia entre las condiciones de salubridad y la garantía de bienes sociales básicos en lugares de encierro, y sobre la protección del derecho a la vida digna y a la integridad personal¹⁴.

13 Nash, Claudio y Núñez, Constanza. *Estándares internacionales sobre proceso penal y derechos humanos: recopilación de jurisprudencia y observaciones de organismos internacionales para la Defensoría Penal Pública*, con referencia específica al pronunciamiento de la Corte IDH. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de junio de 2012, serie C, N° 244, noviembre 2014 pp. 16 y 17, disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142689/estandares-internacionales-sobre-proceso-penal-y-derechos-humanos.pdf?sequence=1> (acceso 1/12/2017).

14 Parra Vera, y otros, *Protección internacional...*, p. 32.

Reafirmado el concepto de exigibilidad plena de estos derechos desde los principios que nutren el sistema de derechos, pasaremos a analizar aquellos argumentos que intentan restar virtualidad jurídica a los DESC afirmando su concreción relativa desde el tipo de obligación asumida por los Estados, así como los tiempos y la existencia de recursos estatales disponibles.

En este punto, ingresaremos al estudio de la llamada “cláusula de desarrollo progresivo” (artículo 26 de la CADH), inspirada en el artículo 2 del PIDESC, que es la única que hace referencia a estos derechos en el marco de la CADH. No lo hace de manera directa, sino remitiendo al reconocimiento que de los mismos se efectúa en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, Carta de la OEA), reformada por el Protocolo de Buenos Aires que fue suscrito el 27 de febrero de 1967; a este conjunto normativo se sumaría el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indicado como “Protocolo de San Salvador”, que fue adoptado el 17 de noviembre de 1988.

El artículo 26 de la CADH establece lo siguiente: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

La doctrina –en líneas generales– advierte que esta redacción resulta cuanto menos intrincada, habilitando posturas extremas que oscilan entre sostener que se trata de una norma no operativa,

sin obligaciones legales vinculantes ni derechos justiciables, hacia otras propuestas que asumen la justiciabilidad plena de los DESC en función de una interpretación extensiva de los derechos reconocidos en las normas de la Carta de la OEA y el principio *pro homine*.¹⁵ Así, se propone como tercera vía aquella que por un lado reconoce el carácter vinculante del artículo 26 y, por otro, se acerca al contenido real de la obligación adoptada con relación a los derechos que se encuentran protegidos.¹⁶ Bajo este parámetro, los Estados signatarios de la CADH se obligan a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos.

En la propuesta que adscribimos de Víctor Abramovich y Julieta Rossi, el sentido que debe darse al artículo 26 de la CADH indica que los Estados signatarios se han obligado a hacer efectivos los DESC que se derivan de la Carta de la OEA; lo contrario sería sostener una interpretación ajustada al texto de la norma del artículo 26, a través de la cual los Estados parte solo reconocen principios y postulados que no podrían ser catalogados como derechos, sino como meras guías de conducta¹⁷.

Hemos mencionado que dicho artículo ha sido inspirado en el artículo 2 del PIDESC¹⁸ y siendo el Comité de Derechos

15 Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor. “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 9, número especial, Universidad del Rosario, Colombia, abril de 2007, 2007, pp. 37 y 38, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73390003> (acceso 1/12/2017).

16 Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio. *Estándares jurisprudenciales de derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, p. 392, disponible en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.383-444.pdf (acceso 1/12/2017).

17 Rossi Julieta y Abramovich Víctor. “La tutela de los derechos económicos...”, p.39.

18 “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar

Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas un órgano de expertos independientes que supervisa –competencia principal– la aplicación del PIDESC por sus Estados parte, este ha señalado en la Opinión Consultiva N° 3 que:

“La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos,

medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (Artículo 2.1, PIDESC). “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos” (Artículo 2.2, PIDESC).

sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga. Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado

todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”¹⁹.

De lo expuesto se desprenden distintas ideas fuerza encaminadas a concretar la efectivización de los DESC, a saber:

1. El concepto de “progresiva efectividad” se asocia a una idea de temporalidad, donde la efectivización de estos derechos está lejos de ser instantánea.
2. La idea de progresividad no se contrapone a la propuesta de respetar y garantizar los derechos.
3. El Estado signatario tiene una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos.
4. La valoración del cumplimiento de esta obligación mínima, debe tener en cuenta los recursos que el Estado asigna y sus limitaciones.
5. En caso de incumplimiento de la obligación, el Estado deberá demostrar que ha realizado todos los esfuerzos por utilizar todos los recursos disponibles con carácter prioritario.

Ilustra este camino Mónica Pinto, al señalar que las obligaciones asumidas por los Estados se caracterizan por actuar en forma expedita y con eficacia hacia la meta de la realización de los derechos, adoptando medidas de orden interno e internacional en materia de cooperación —especialmente económica y técnica—

¹⁹ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), (Quinto período de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990), párr. 9, disponible en <http://hrlibrary.umn.edu> (acceso 1/12/2017).

hasta el máximo de los recursos disponibles a fin de lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de estos derechos²⁰.

“El texto del PIDESC es claro en señalar la responsabilidad primaria del Estado en la garantía de estos derechos. Se trata de ‘adoptar medidas [...] inclusive en particular la adopción de medidas legislativas’. El enfoque es coherente con la responsabilidad que cabe a todo Estado de garantizar los derechos humanos de sus habitantes. No hay dispensa por razón de pobreza, carencia o desastre. Entiéndase bien, no se trata de pedir a quien no tiene, para ello hay provisiones respecto de la asistencia y la cooperación internacionales, sino de poner en cabeza del Estado iniciativa y responsabilidad. Su plan de acción debe incluir las gestiones necesarias para completar sus carencias”²¹.

Sosteniendo esta idea, los organismos pertenecientes al sistema interamericano han decidido sobre violaciones de los DESC, particularmente vinculando a estos derechos con las condiciones de vida digna. Ello se puede comprobar en el caso *Gonzales Lluy contra Ecuador*, donde la Corte IDH estudia la responsabilidad del Estado por la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal de Talía Gabriela González Lluy, a consecuencia del contagio con VIH luego de que se realizara una transfusión de sangre cuando era menor de edad, la cual derivó en el impedimento de acceder a los estudios a consecuencia de la enfermedad. Puntualmente, la Corte IDH consideró pertinente recordar

20 Pinto, Mónica. “Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales”, *Revista de IIDH*, Vol. 56, julio-diciembre 2012, p. 162.

21 *Ibid.*, p.164.

“la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho ‘a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a [...] la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad’. Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros ‘dedi[quen] sus máximos esfuerzos [para el] [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social’. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el Ecuador el 25 de marzo de 1993 y entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Adicionalmente, en julio de 2012, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos enfatizó la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas”²².

En el caso *Vera Vera contra Perú*, la Corte IDH trabajó el derecho a la salud estudiando la falta de atención médica adecuada y en consecuencia el posterior fallecimiento de Pedro Miguel Vera Vera, quien se encontraba bajo custodia del Estado.

22 Corte IDH. Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de septiembre de 2015, Serie “C”, N° 298, párr.172.

Así las cosas, concluyó lo siguiente:

“El Tribunal ha señalado que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos que establece el artículo 1.1 de la Convención Americana derivan deberes especiales determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En tal sentido, esta Corte ha indicado que, de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano. [...] Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Así, esta corte ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera”²³.

23 Corte IDH. *Caso Vera Vera...*, párrs. 42 y 43.

Desde estas pautas guía puede sostenerse la exigibilidad de los derechos sociales en general y en particular del derecho a la salud de las personas privadas de libertad, coincidiendo con Víctor Abramovich y Cristian Courtis en tanto entienden que lo “que califica la existencia de un derecho social como derecho pleno, no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino también la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento: que –al menos en alguna medida– el titular/acreedor esté en condiciones de producir, mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho”²⁴.

Finalmente, la interdependencia –explican Vázquez y Serrano– indica que uno o un grupo de derechos depende su realización de la existencia de otro u otros grupos de prerrogativas. De esta manera la protección, garantía y promoción de un derecho impacta sobre el otro y viceversa. Así es que tanto en materia de justiciabilidad como de políticas públicas deberá tenerse en cuenta esta dependencia, quedando el juzgador obligado a tener en consideración los derechos que se aleguen como violentados, como aquellos de los que depende su realización, de tal forma que se pueda verificar el impacto que tuvieron en el derecho inmediatamente violentado y/o las consecuencias de las violaciones de aquellos. Todo ello implica confirmar que todos estos derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) comparten una misma naturaleza y sus obligaciones son igualmente exigibles²⁵.

En definitiva, no hablamos aquí de meras expectativas sino de derechos concretos y, como tales, exigibles.

24 Abramovich, Víctor y Courtis Cristian. “Apuntes sobre la...”, p. 980.

25 Cfr. Vázquez Luis y Serrano Sandra, *Los principios de universalidad...*, pp. 152 a 155.

2. La regulación del derecho a la salud: un recorrido por la normativa nacional

Profundizando la investigación de este derecho junto a Eduardo Jiménez²⁶, concebimos a la salud como un bien jurídico que se encuentra indisolublemente unido a la vida; a la integridad corporal, psíquica y moral; a la calidad de vida, así como al desarrollo de la personalidad.

Este derecho, originariamente contextualizado en la sola posibilidad de exigir que los demás no dañen nuestra salud, resulta una propuesta limitada aun cuando esta fuera concebida como derecho fundamental. Hasta que fue operada la reforma constitucional de 1994, la CN carecía de una clara y adecuada referencia a su regulación.

Frente a tal orfandad normativa, solo cabía la posibilidad de inferirlo implícitamente del artículo 33 del texto fundamental²⁷ y así lo confirmó la jurisprudencia de nuestro tribunal superior, sosteniéndolo esta y otras normas constitucionales e infraconstitucionales²⁸.

26 Cfr. García Minella, Gabriela y Jiménez, Eduardo Pablo. *El derecho a la salud en el ideario constitucional argentino*, 2010/2017, estudio no publicado.

27 Las “declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Artículo 33, Constitución de la Nación Argentina.

28 CSJN. *Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios*. 14/05/1887- Fallos: 31:273; *Mizrahi de Tucumán S.A. c/Gobierno de la Provincia de Tucumán s/contencioso administrativo* - 16/09/1976 - Fallos: 295:850; *Saguir y Dib, Claudia Graciela s/autorización*. 06/11/1980 - Fallos: 302:1284; *Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/amparo (12)* 27/01/1987 - Fallos: 310:112; *Amante, Leonor y otros c/Asociación Mutual Transporte Automotor (A.M.T.A.) y otro*. 24/10/1989 - Fallos: 312:1953; y *Brescia, Noemí Luján c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios*. 22/12/1994 - Fallos: 317:1921.

No podemos suprimir del relato, el reconocimiento a la reforma constitucional de 1949 —a la postre abrogada— que instituyó al derecho a la salud siempre desde su impronta de la protección al trabajador, como una expresa derivación del derecho a la vida que en este renovado contexto comienza a sellar una simbiosis con la libertad que hace a la integridad física y psíquica. Ello, desde el momento en que se considera que los hechos que importen atentados a la misma, sin duda afectan, o pueden afectar a la salud humana²⁹.

Ampliándose aquí el alcance más restringido del derecho a la salud, se lo torna en uno de carácter social que —por ello— no solo encierra una limitación a otras libertades individuales sino que además genera una exigencia de prestaciones por parte de la comunidad y, en subsidio, las que debe generar el Estado.

Ahora bien, suprimida la reforma constitucional de 1949 e incorporado en 1957 el artículo 14 bis a nuestra CN, volvemos a dimensionar al derecho a la salud desde la perspectiva de los derechos laborales en tanto dispone que las leyes “aseguraran al trabajador condiciones dignas [...] de labor; jornada limitada, descanso y vacaciones pagadas”. En este sentido, explica Christian Courtis, esta reforma “menciona apenas el mandato dirigido al Estado de otorgar ‘los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable’ y el ‘establecimiento de un seguro social obligatorio’”³⁰.

29 El artículo 37.5 de la Constitución de 1949, señalaba que “el cuidado de la salud física y moral de los individuos debe ser preocupación primordial y constante de la sociedad, a la que corresponde velar para que el régimen de trabajo reúna los requisitos adecuados de higiene y seguridad, no exceda las posibilidades normales de esfuerzo y posibilite la debida oportunidad de recuperación por el reposo”; el artículo 37.1.6 hacía expresa la cobertura de eventos que significaran la disminución, suspensión o pérdida de la capacidad de trabajo en el régimen de la seguridad social.; el artículo 37.III.5 hacía referencia al “derecho al cuidado de la salud física” de las personas adultas mayores.

30 Courtis, Christian. “Los derechos sociales...”, pp. 704/705.

“De esta forma, y a pesar de que no se encontraba reconocido explícitamente el derecho a la salud en el texto constitucional, ello no resultó un impedimento para que en los hechos se desarrollara un sistema de salud público, bajo la concepción de la cobertura de la salud como política universal, con una amplia red de efectores de salud a cargo del Estado y un sistema de obras sociales (seguros sociales) para los asalariados formales. El paradigma vigente fue el de subsidiar la oferta de salud. Es recién a partir de la reforma constitucional de 1994 donde se reconoce la tutela y la protección de la salud por diversas vías. Una primera referencia explícita se encuentra en el artículo 42 que reconoce el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a la ‘protección de la salud y seguridad’ en la relación de consumo. Claramente esta disposición no enfatiza las garantías universales de salud, sino que limita la protección a las relaciones de consumo, constituyendo, de acuerdo con Courtis, ‘un reflejo actualizado de la limitación de la protección de la salud a la relación de trabajo’³¹.

No obstante lo expuesto, la clara ausencia de normativa constitucional precisa y directa que consagre el derecho a la salud antes de la reforma de 1994, no resultó obstáculo para que lentamente comenzara el camino de reconocimiento de este derecho desde el dictado de normas infraconstitucionales³² y se

31 Abramovich Víctor y Pautassi Laura, “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, *Salud Colectiva*, Vol. 4, N° 3, Lanús, sept./dic. 2008.

32 **Ley 12.558 (P.L.N.)** Asistencia médica y social de los niños en edad escolar. Sanción: 30/09/1938; Promulgación: 14/10/1938; Boletín Oficial: No publicada. **Ley 13.012 (P.L.N.)** Proyecto de Código Sanitario y de Asistencia Social. Creación del Fondo Nacional de Salud y Asistencia Social. Sanción: 12/09/1947; Boletín Oficial 16/10/1947. **Ley 17.180 (P.E.N.)** Medidas sanitarias aplicables en tránsito internacional e interprovincial. Sanción: 20/02/1967; Promulgación: 20/02/1967; Boletín Oficial 27/02/1967. **Ley 17.259 (P.E.N.)** Prevención de la endemia bociosa. Sanción: 02/05/1967; Promulgación: 02/05/1967; Boletín Oficial

08/05/1967. **Ley 17.308 (P.E.N.)** Programa Nacional de Control de la Brucelosis. Sanción: 13/06/1967; Promulgación: 13/06/1967; Boletín Oficial 19/06/1967. **Ley 18.073 (P.E.N.)** Agricultura y Ganadería; prohibición de sustancias capaces de afectar la salud humana y animal. Sanción: 20/01/1969; Promulgación: 20/01/1969; Boletín Oficial 27/03/1969. **Ley 18.796 (P.L.N.)** Plaguicidas; prohibición de sustancias capaces de afectar la salud humana y animal. Modificación de la ley 18.073. Sanción: 02/10/1970; Promulgación: 02/10/1970; Boletín Oficial 08/10/1970. **Ley 19.619 (P.E.N.)** Salud pública. Examen de salud. Autorización al Poder Ejecutivo para sus-pender y actualizar la tasa establecida en el artículo 8° del dec.-ley 30.656/44. Sanción: 08/05/1972; Promulgación: 08/05/1972; Boletín Oficial 15/05/1972. **Ley 20.418 (P.L.N.)** Residuos de plaguicidas. Definiciones. Tolerancia. Límites administrativos. Sanción: 18/05/1973; Promulgación: 18/05/1973; Boletín Oficial 22/06/1973. **Ley 20.445 (P.E.N.)** Salud pública. Autorización al Poder Ejecutivo para la aplicación de un programa destinado a la protección de la salud de la madre y el niño. Sanción: 22/05/1973; Promulgación: 22/05/1973; Boletín Oficial 11/06/1973. **Ley 21.172 (P.L.N.)** Fluoración de las aguas de consumo en todo el país. Sanción: 30/09/1975; Boletín Oficial 07/11/1975. **Ley 22.109 (P.E.N.)** Salud pública; derogación de la ley 4202 de vacunación y revacunación antivariólica; medidas sanitarias ante eventuales brotes de esa enfermedad. Sanción: 22/11/1979; Promulgación: 22/11/1979; Boletín Oficial 30/11/1979. **Ley 22.289 (P.E.N.)** Hexaclorociclohexano y Dieldrin; prohibición de su fabricación, importación, formulación, comercialización y uso. Sanción: 19/09/1980; Promulgación: 19/09/1980; Boletín Oficial 02/10/1980. **Ley 22.909 (P.E.N.)** Salud pública. Régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades prevenibles por ese medio. Sanción: 13/09/1983; Promulgación: 13/09/1983; Boletín Oficial 15/09/1983. **Ley 22.953 (P.E.N.)** Ley antirrábica. Sanción: 19/10/1983; Promulgación: 19/10/1983; Boletín Oficial: 21/10/1983. **Ley 22.964 (P.E.N.)** Salud pública. Normas a fin de controlar la lepra en el país; Derogación de las leyes 11.359 y 11.410. Sanción: 04/11/1983; Promulgación: 04/11/1983; Boletín Oficial 08/11/1983. **Ley 22.990 (P.E.N.)** Regulación de las actividades relacionadas con la sangre humana, sus componentes, derivados y subproductos. Sanción: 28/11/1983; Promulgación: 28/11/1983; Boletín Oficial 02/12/1983. **Ley 23.413 (P.L.N.)** Salud pública. Prueba obligatoria de rastreo para la detección de la fenilceto - nuria en niños recién nacidos. Sanción: 01/10/1986; Promulgación: 23/10/1986 (Aplicación artículo 70, C. Nacional); Boletín Oficial 13/02/1987. **Ley 23.674 (P.L.N.)** Salud pública. Profilaxis que deberá recibir la mujer RH negativo no inmunizada, en cada parto único o múltiple, de hijo RH positivo o cuando haya abortado después de las doce semanas de gestación. Sanción: 08/06/1989; Promulgación: 29/06/1989; Boletín

Oficial 04/07/1989. **Ley 23.874 (P.L.N.)** Salud pública. Prueba obligatoria de rastreo para la detección de la fenilcetonuria y el hipotiroidismo en niños recién nacidos. Modificación del artículo 1º de la ley 23.413. Sanción: 28/09/1990; Promulgación: 24/10/1990; Boletín Oficial 30/10/1990. **Ley 24.051 (P.L.N.)** Residuos peligrosos. Generación, manipulación, transporte y tratamiento. Normas. Sanción: 17/12/1991; Promulgación: 08/01/1992; Boletín Oficial 17/01/1992. **Ley 24.151 (P.L.N.)** Salud pública. Personas que desarrollen actividades en el campo de la salud. Vacunación obligatoria contra la hepatitis B. Sanción: 29/09/1992; Promulgación: 22/10/1992 (Aplicación artículo 70, C. Nacional); Boletín Oficial 27/10/199. **Ley 22.853 (P.E.N.)** Salud pública. Régimen de habilitación y funcionamiento de las unidades de atención médica destinadas a la aplicación de diálisis corpórea y extracorpórea en el tratamiento de la insuficiencia renal. Sanción: 20/07/1983; Promulgación: 20/07/1983; Boletín Oficial 22/07/1983. **Ley 24.193 (P.L.N.)** Ley de trasplantes de órganos y material anatómico humano. Derogación de las leyes 21.541, 23.464 y 23.885. Sanción: 24/03/1993; Promulgación: 19/04/1993; Boletín Oficial 26/04/1993. **Ley 22.370 (P.E.N.)** Convenios sobre transferencia de la actividad operativa del programa nacional de lucha contra la enfermedad de Chagas-Mazza suscriptos con las provincias de Corrientes, Formosa, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Luis y Santiago del Estero. Aprobación. Sanción: 08/01/1981; Promulgación: 08/01/1981; Boletín Oficial 14/01/1981. **Ley 22.581 (P.E.N.)** Convenios suscriptos entre el ex Ministerio de Bienestar Social y las provincias de Córdoba, Chaco, Entre Ríos, Mendoza y San Juan transfiriendo a esas jurisdicciones la actividad operativa del programa nacional de lucha contra la enfermedad de Chagas-Mazza. Aprobación. Sanción: 07/05/1982; Promulgación: 07/05/1982; Boletín Oficial 11/05/1982. **Ley 22.743 (P.E.N.)** Convenio celebrado con la provincia de La Rioja el 27/VIII/82 por el cual se le transfiere la actividad operativa del programa nacional de lucha contra la enfermedad de Chagas. Aprobación. Sanción: 16/02/1983; Promulgación: 16/02/1983; Boletín Oficial 18/02/1983. **Ley 22.779 (P.E.N.)** Convenio celebrado entre el Ministerio de Salud Pública y Medio Ambiente y Jujuy por el cual se transfiere a esta Provincia la actividad operativa del programa nacional de lucha contra la enfermedad de Chagas en esa jurisdicción. Aprobación. Sanción: 11/04/1983; Promulgación: 11/04/1983; Boletín Oficial 14/04/1983. Ley nro. 17132. Dto. reglamentario 6261/67 (P.E.N) 30.8.1967 Medicina Odontología y actividades de colaboración. Ley N° 10.499/87: (02/04/1987) PBA- Enfermedad celíaca. Texto completo modificado con las modificaciones introducidas por las leyes 12.631 (05/03/2001) y 14.129 (2010). Ley N° 24.734/96: (13/11/1996) Servicio de cobertura médica. Otorgamiento a nuevos beneficiarios. Ley N° 24.754/96: (28/11/1996) Medicina Prepaga. Cobertura. Servicios. Ley N°

gestaran significativos estándares jurisprudenciales encaminados a buscar su efectivización³³. Durante este tránsito, han cumplido un papel la aplicación de los principios y las reglas que surgen del orden internacional, para la concreción efectiva de los derechos fundamentales (artículo 75 constitucional, número 22).

24.901/97: (02/12/1997) Sistema De Prestaciones Básicas En Habilitación Y Rehabilitación Integral A Favor De Las Personas Con Discapacidad. Ley N° 12.631/01: (05/03/2001) PBA- Enfermedad celíaca. Modifica la Ley 10.499 Ley N° 25.404/01: (07/03/2001) Adopción de medidas de protección para las personas que padecen epilepsia. Ley N° 25.415/01: (04/04/2001) Programa Nacional de Detección Temprana y Atención de la Hipoacusia. Ley N° 25.421/01: (04/04/2001) Programa de Asistencia Primaria de Salud Mental. Ley N° 921/02: (31/10/2002) CABA- Créase el Banco de Elementos Ortopédicos. Ley N° 955/02:(05/12/2002) Talleres Protegidos de Rehabilitación Psiquiátrica. Ley N° 26.396/08: (13/08/2008) TRASTORNOS ALIMENTARIOS - Declárase de interés nacional la prevención y control de trastornos alimentarios. Ley N° 13.905/08: (03/12/2008) PBA - Declara obligatoria la investigación masiva con la finalidad del diagnóstico precoz de todo tipo de anomalías metabólicas congénitas o errores congénitos de metabolismo. Ley N° 26.480/09: (30/03/2009) SISTEMA DE PRESTACIONES BASICAS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - Incorpora inciso d) al artículo39 Ley 24.901.Ley N° 26.588/09: (02/12/2009) Declárase de interés nacional la atención médica, la investigación clínica y epidemiológica, la capacitación profesional en la detección temprana, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad celíaca. Ley N° 14.079/10: (BO. 13/01/2010) PBA - Adhiere a Ley Nacional 25392 (de Creación del Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas).Ley N° 3373/10: (B.O. 08/02/2010) CABA - Ley de la ENFERMEDAD CELÍACA en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ley N° 14.129/10: (B.O. 31/05/2010) PBA - Enfermedad Celíaca. Ley N° 3478710: (B.O. 06/08/2010) -CABA- Se prohíbe la venta libre de audifonos. Ley 26529 (B.O. 19/11/2009) Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Ley 26.657/10: (B.O. 03/12/10 -) - SALUD PÚBLICA - Derecho a la Protección de la Salud Mental.

33 Un ejemplo de ello se advierte en el precedente *Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/amparo (12) 27/01/1987 - Fallos: 310:112*; también en *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas. 24/10/2000 - Fallos: 323:3229*.

Entre los instrumentos internacionales que adquirieron jerarquía constitucional y habilitaron la plena institucionalización con esa raigambre del derecho a la salud, es dable señalar tales como el artículo 12, literal c) del PIDESC; inciso 1 artículos 4 y 5 de la CADH; e inciso 1, del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Incluso nuestra CSJN lo extiende no solo a la salud individual, sino también a la salud colectiva³⁴.

Así las cosas, coincidimos con Germán Bidart Campos quien explicó con relación al alcance constitucional de este derecho luego de operada la reforma constitucional, que “la procura de la salud es una obligación del Estado de carácter prioritario, sobre todo para los sectores sociales más desprotegidos que, sea por déficit en la suficiente educación, o por su falta de recursos, o por las distancias con centros asistenciales, no pueden proveerse por sí los servicios elementales”³⁵.

Básicamente nuestra CSJN³⁶ ha entendido, con soporte no solo en el sistema jurídico interno, que “la vida de los individuos y su protección constituyen un bien fundamental en sí mismo imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente

34 El “Estado no solo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales (en el caso, a la salud) sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio”. *Cfr.* CSJN. *Fallos 323:1339 (Asociación Benghalensis)*.

35 Además señala que “cuando actualmente –como ideal– se define y postula que la salud consiste en una situación de bienestar físico, síquico, mental y moral, la órbita de presencia estatal se explaya con los consiguientes deberes. Todo reduccionismo conspira, por ende, contra ésta indeclinable función del Estado» Bidart Campos, Germán. “El orden socioeconómico en la constitución” Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1999, p. 309.

36 *Cfr.* CSJN. *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta, Fallos 326:4931, del 18/12/2003*.

de él y el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida”.

Esta obligación de garantizar el derecho a la salud asumida por el Estado argentino para con todos sus habitantes –a partir de la adhesión a los instrumentos internacionales de derechos humanos– debe ser completada con lo establecido en el número 23 del artículo 75 de la CN, que hace especial referencia a la necesidad de adoptar –como competencia del Congreso de la Nación– “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”.

Claramente, la reforma constitucional de 1994 y en particular la jerarquización constitucional de los más relevantes instrumentos internacionales de derecho humanos, han sido motor de actualización y cambio para todo el sistema de derechos humanos. La doctrina y la jurisprudencia tiñeron de sus principios y reglas –las del sistema internacional de derechos humanos– a todo el ordenamiento jurídico nacional. Así, nuestro

“actual posicionamiento constitucional derivado de lo normado en el art. 75 inc. 22 del texto supremo, ratifica normativamente la circunstancia de haber alcanzado la persona humana, la calidad y rango de sujeto de derecho internacional, ya que el Estado que se hace parte en un sistema internacional de derechos humanos (y más aún el que jerarquiza este sistema hasta alcanzar el nivel de su texto constitucional) conserva su jurisdicción doméstica, en la que aloja el sistema de derechos, pero no de modo exclusivo o reservado, sino en modo concurrente con la internacional que también asume respetar

y hacer respetar. Tales son las reglas básicas en materia de Derechos Humanos, que –según nosotros lo interpretamos– habrán de trasladarse en modo contundente y positivo desde ahora, al ámbito de todo el derecho infra-constitucional, conglobando en un sentido *aggiornado* y *pro-hómīne* [sic], las remozadas matrices constitucionales que hoy dan marco al accionar del Estado Argentino”³⁷.

3. Los compromisos internacionales y las obligaciones estatales en materia de derecho a la salud

Sabido es que los Estados firmantes de los instrumentos de derechos humanos se comprometen y responsabilizan a proyectar hacia su derecho interno –como deber– el respeto y las garantías que determinan aquellos derechos que los mismos tratados reconocen. Entre los órganos que integran el Estado, están presentes los tribunales locales y –en nuestro caso– reviste un rol preponderante la CSJN. Trabajaremos entonces sobre su jurisprudencia, con el objeto de develar cuándo y cómo se ha aludido al derecho internacional de los derechos humanos para afianzar y efectivizar el derecho a la salud.

A modo de introito, cabe señalar que no es posible soslayar que –en la actualidad– la noción de control de convencionalidad introducida por la Corte IDH impregna todo el sistema judicial argentino, a través de la interpretación de la misma que la CSJN ha realizado en numerosos fallos durante la última década, desde los casos *Arancibia Clavel* (24/08/2004), *Simón* (14/06/05), *Mazzeo* (13/07/07) y *Loiano*, 2008:118³⁸.

37 Jiménez, Eduardo “Sistema Jurídico y Derechos Humanos”, *Revista Jurídica El Derecho*, p. 10.

38 Riquert, Fabián Luis; García Minella, Gabriela; y Palacios, Leonardo Pablo. *Impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

El control de convencionalidad, de acuerdo a lo indicado por Susana Albanese, es una “garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente”. Tal como lo ha definido la Corte IDH, a partir de su vigencia este control implica que los órganos judiciales de los países miembros no solo deben resolver un caso según lo normado en la CADH, sino también teniendo en cuenta “la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”³⁹. Inclusive, a partir del fallo de la CSJN en el caso *Carranza Latrubesse* del 6 de agosto de 2013, se introduce la discusión sobre si las recomendaciones de la CIDH son de obligatoria aplicación para los jueces en Argentina⁴⁰.

Sobre este mismo punto, Horacio Rosatti –hoy juez de la CSJN– indica que la recepción de la doctrina del control de convencionalidad por los tribunales nacionales, en especial por la CSJN, ha sido creciente. Además de los argumentos metajurídicos, vinculados con cierto consenso supranacional en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos, la CSJN recurrió a un argumento jurídico específico –insinuado en principio por algunos ministros del alto tribunal y luego hecho suyo en votos de mayoría– que podría resumirse de este modo: la obligatoriedad de aplicar a nuestra jurisdicción el texto

en materia penal, ponencia presentada en XX Jornadas de investigadores y becarios en ciencias jurídicas y sociales, realizadas entre el 7 y el 9 de septiembre de 2016, en la Universidad Nacional de Mar del Plata, pp. 5 a 7.

39 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de septiembre de 2006

40 En sentido negativo se pronuncia Gustavo Arballo, luego de analizar detalladamente los votos que conforman la mayoría en el fallo y cómo se ha pronunciado cada miembro de la CSJN respecto al tema, en post titulado *Corte Argentina, sobre -no- obligatoriedad de informes de la Comisión Interamericana*, del 9 de agosto de 2013, disponible en <http://www.saberderecho.com/2013/08/corte-argentina-sobre-no-obligatoriedad.html> (acceso 1/12/2017).

de los tratados incorporados por mandato constitucional y las interpretaciones de los órganos y/o tribunales con competencia para hacerlo (en especial la CIDH y la Corte IDH, en referencia a la CADH) surge de la expresión “en las condiciones de su vigencia” agregada en el segundo párrafo del número 22, artículo 75 de la CN, por el cual se adjetiva el modo en que los tratados y convenciones internacionales se incorporan al derecho nacional.⁴¹

Es en el tratamiento del derecho a la salud, donde los tribunales argentinos más se han apoyado en los instrumentos de derechos humanos constitucionalizados. En tal construcción, nuestra jurisprudencia ha identificado claramente la existencia de un derecho a la asistencia sanitaria y la consiguiente generación de obligaciones estatales, derivadas justamente de la jerarquía constitucional oportunamente otorgada a los instrumentos internacionales de derechos humanos por el constituyente de 1994.

El plexo normativo internacional básico con que estos precedentes han fundado la generación de sus estándares, deriva de los artículos 4 y 5 de la CADH con los que se identifican los derechos a la vida e integridad personal, habiéndose referido además la CSJN al artículo 12 del PIDESC como asimismo a los artículos 23, 24 y 26 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño para enfatizar la existencia normativa de este derecho.

Oportunamente Germán Bidart Campos –desde su posición trialista– supo describir este bloque constitucional (CN e instrumentos internacionales de derechos humanos) haciendo hincapié en sus características, propias de un Estado social y democrático de derecho, expresando que la retroalimentación

41 Rosatti, Horacio. *Derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 86 y 87.

que circula entre la fuente interna y la internacional del sistema de derechos deviene de la complementariedad que anida en el artículo 75, número 22 de nuestra Carta Magna⁴².

De esta normativa deriva también, en nuestra jurisprudencia, la existencia de un derecho colectivo a la protección a la salud con la correlativa obligación estatal para impetrar acciones positivas en tal sentido y, particularmente, en materia de organización de los servicios de salud. Ello también le impone al Estado el deber de generar obligaciones positivas a las obras sociales y empresas de medicina prepaga; y legislativamente, el de enfatizar el derecho a una indemnización plena en materia de responsabilidad por accidentes y enfermedades de trabajo. Todo eso con prohibición de discriminación, en línea con la veda expresa dispuesta por el derecho internacional de los derechos humanos en estas cuestiones.

Se expone lo anterior porque, como es sabido, la identificación expresa de la existencia de un derecho a la salud no alcanza para asegurarlo en los hechos; para que ello ocurra, debe identificarse también al sujeto pasivo de las obligaciones que el mismo genera, el alcance de tales obligaciones y las restricciones o limitaciones que en su caso se dan.

Reiteramos aquí, también, que los principios del derecho internacional de los derechos humanos –que ofrecen la hermenéutica de interpretación en estas cuestiones– la prescriben en modo integrador y *pro homine*; es decir, la más favorable a la persona humana.

42 Bidart Campos, German. “La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho argentino”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, obra colectiva, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Ed. Del Puerto SRL, Buenos Aires, 1997, p. 81.

Baste aquí recordar que, para nosotros, el plexo normativo incorporado sobre derechos humanos –al igual que sucede en el sistema español y en el alemán– una vez adquirida esa jerarquía constitucional se constituye, además de texto normativo supralegal, en una pauta de valoración obligatoria para los poderes públicos.

En este sentido, nosotros interpretamos que la reforma de la CN realizada en 1994 ha incorporado y afianzado importantes bases de análisis en materia de interpretación constitucional ya que –como es sabido– de sus fines se desprenden los criterios que deben orientarla y los cuales pueden clasificarse, en el decir de Domingo García Belaúnde, en dos grandes rubros: a) los de carácter general, que conciernen a todo régimen constitucional en cuanto tal y de los cuales puede sostenerse que se amalgaman con toda Constitución; y b) los de carácter particular, propios de una determinada Constitución, y que se corresponden a una nación en su individualidad.

Anotaremos ahora, ya aclarado lo que antecede, que en cuanto a la consolidación de las pautas supranacionales que informan al derecho a la salud son relevantes –entre otros– los casos Campodónico de Beviacqua⁴³ ya citado y Monteserín⁴⁴; ello

43 Cfr. CSJN. *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, 24/10/2000*: El “Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos [sic] deberes, so pretexto de 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 departamentales”.

44 Cfr. CSJN. *Recurso de hecho deducido por el Servicio nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad en la causa Monteserín, Marcelino c/Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social/Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas/Servicio Nacional de*

sin perjuicio de algunos retrocesos como el que se expresa en autos –desandando en cierto modo su propia doctrina– sobre el caso Ramos⁴⁵, en el que la CSJN rechaza *in limine* una acción de amparo en la que la peticionante reclamaba –entre otras cosas– por la tutela del derecho a la salud de sus hijos menores de edad.

La CSJN⁴⁶ ha entendido que “normativamente, el derecho a la salud se halla reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (artículo 75 inciso 22), en el Artículo 12 inciso c) del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inciso 1 ° Artículo 4 ° y 5 ° de la CADH, e inciso 1 ° del Artículo 6 ° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no solo a la salud individual, sino también a la salud colectiva”.

Es decir que del plexo normativo descripto surge con claridad la efectiva protección que debe tener este derecho fundamental de la persona que implica hoy, no solo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros sino también la obligación de quienes se encuentran compelidos a ello –con especialísimo énfasis los agentes del servicio de salud– de tomar acciones positivas en su resguardo. La jurisprudencia ha operativizado estas modalidades obligacionales, ofreciendo particular atención –entre otras– en aquellas personas que se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad⁴⁷.

Rehabilitación y Promoción de la persona con Discapacidad, del 16 de octubre de 2001.

45 Cfr. CSJN. *Ramos, Marta Roxana y otros c/Provincia de Buenos Aires y otros s/ Amparo*, del 12 de marzo de 2002.

46 Cfr. CSJN. *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta v. Ministerio de Salud - Estado Nacional s/acción de amparo - medida cautelar*, Fallos: 326:4931, del 18/12/2003.

47 Cfr. CSJN. Fallos 323:1339 (*Asociación Benghalensis*); 324:754 (*Hospital Británico c/Ministerio de Salud*); 329:1226 (*Barria c/Provincia de Chubut y Estado Nacional*); 329:1638 (*Reynoso c/INSSJ y P*); y 329:2552 (*Floreancig c/*

En un precedente también digno de ser destacado⁴⁸, la CSJN enfatizó que

“el derecho a la salud, cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema) y la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ése [sic] derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las acciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”.

Luego afirmó que

“las obligaciones emergentes del marco normativo examinado –y la condición de discapacitada de la amparista–, imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encausar la entrega del medicamento con la urgencia y la continuidad que el caso exige sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional –mediante el Ministerio de Salud– el que debe acudir en forma subsidiaria de manera de no frustrar los derechos del amparista. De no ser así, las leyes sancionadas en la materia dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad”.

Asimismo, destacó que –a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales– el derecho a la preservación de la salud debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, agregando a ello que “la función rectora que ejerce

Nación Argentina).

48 Cfr. CSJN. *Orlando, Susana Beatriz c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo*, Fallo 328:1708 del 24/05/2005.

el Estado Nacional en el campo de la salud y la labor del Ministerio de Salud y Acción Social –fijar políticas sanitarias, y por ley 23.661, llevar a cabo la política de medicamentos– son evidentes para 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”⁴⁹.

II. Personas privadas de libertad: agravamiento de las condiciones de detención

1. Situación de las personas privadas de libertad en las cárceles argentinas

El artículo 18 de la Constitución argentina establece que “quedan abolidas para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a modificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”. Esta norma se complementa con los artículos 5.2 de la CADH, XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y

49 Cfr. CSJN. *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*, 24/10/2000. Precedente con referencias en *Fallos* 328:4640 y 330:4160; y Cfr. CSJN. Fallo 323:3229, en el que se ha afirmado que la “existencia de una obra social que deba cumplir el PMO, no puede redundar en perjuicio de los afiliados y menos aún de niños, pues si se acepta la interrupción de la asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquella, se establecería un supuesto de discriminación inversa respecto de la madre del menor que, amén de no contar con prestaciones oportunas del organismo, carecería del derecho a la atención sanitaria pública, lo que colocaría al Estado Nacional en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud”.

10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, desde lo que señala el numeral 22 del artículo 75 en la constitucional.

Claramente tal normativa, en consonancia con la Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas, vía artículo 18 CN, resulta un estándar de aplicación internacional hacia las personas privadas de libertad que se encuentran en el país.

Desde el plano infraconstitucional, entre todas las normas vigentes⁵⁰, el Código Penal argentino en su artículo 144 determina lo siguiente:

50 Cfr. CIDH. *Respuestas al cuestionario de consulta con motivo del informe temático sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, Relatoría de las Personas privadas de Libertad, Asociación Permanente por los Derechos Humanos (APDH), 2009, pp. 1 y 2, disponible en http://www.apdh-argentina.org.ar/sites/default/files/u6/Cuestionario_Relatoria_personas_privadas_de_la_libertad_-_APDH_Argentina_-_Mayo_2010.pdf (acceso 1/12/2017); Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Decreto N° 18/97; Reglamentación del artículo 33 de la Ley 24.660. Decreto N° 1136/97; Reglamentación del Capítulo IX de la Ley 24.660; Decreto N° 396/99 Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad; Decreto N° 1139/2000; Reglamentación de la Ley 24.660; Decreto N° 807/2004; Reglamentación del artículo 174 de la Ley 24.660; Decreto N° 303/96; y Reglamento General de Procesados que, no obstante ser anterior a la ley 24.660 continúa vigente con las reformas introducidas por los decretos 18/97 y 1634/07. A nivel provincial, cada una de las veintitrés provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone de un Código de Procedimientos en Materia Penal y demás legislación pertinente. El principal distrito penitenciario, la provincia de 2 Buenos Aires aplica la Ley 12.256 que aprueba su Código de Ejecución Penal y también las disposiciones nacionales. En todo el país los tribunales federales aplican la legislación federal y la Ley 24.660. Las normas legales y reglamentarias específicas que regulan la actividad del Servicio Penitenciario Federal son las siguientes: Constitución Nacional y la Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal, aprobada por la norma de facto que lleva el N° 20.416.

1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veintiocho años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase que tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho. Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.
2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perfecta. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.
3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición pimientos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

Sobre esta normativa la doctrina destaca la naturaleza pluriofensiva del delito, involucrando también la libertad en su sentido más extenso y amplio; comprendiendo además la integridad psíquica y moral de la persona, la vida, la dignidad humana y el honor. En este marco, la prohibición absoluta de la tortura pertenece hoy en día al dominio del *jus cogens* internacional y se adscribe a toda la dimensión del derecho internacional de los derechos humanos, entendiéndose que tal obligación no debe suspenderse ni siquiera en las circunstancias más difíciles que puede atravesar un Estado⁵¹.

51 Bombini, Gabriel y Di Iorio, Javier. “Código penal comentado de acceso libre”, *Revista Pensamiento Penal*, pp. 6 y 7, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37799.pdf> (acceso 1/12/2017).

En líneas generales, hasta aquí hemos descripto el sistema normativo argentino que consagra el derecho a la salud para todo habitante, lo que involucra a las personas privadas de su libertad, siendo que su violación ha de ser tipificada entonces como tortura y/o agravamiento de las condiciones de detención.

Desde la reforma constitucional de 1994 a la fecha, los tres poderes del Estado argentino han procurado –a paso más que lento– acciones tendientes a resguardar y hacer efectivo este derecho. En líneas generales, los tribunales argentinos cuando trabajan sobre la vigencia de los DESC lo hacen ordenando, reconduciendo y ajustando políticas públicas ya diseñadas por el Estado. Conforme enseñan Julieta Rossi y Leonardo Filippini, cada una de estas intervenciones tanto nacionales como latinoamericanas –combinadas con altas dosis de activismo judicial– no han logrado en su totalidad el objetivo pretendido; esto es, favorecer el goce efectivo de los derechos sociales⁵². Y nosotros agregaríamos a lo señalado que ello se profundiza más aún, cuando nos referimos a las personas privadas de libertad.

Es en este punto donde comenzamos a pensar en la accesibilidad y efectivización del derecho a la salud de las personas privadas de libertad, preguntándonos si detrás del muro, ¿se accede al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental? ¿Cuál es el disfrute más alto de este derecho para las personas privadas de libertad?

En esta línea de análisis, consideramos importante enfatizar en la problemática de la sobrepoblación carcelaria por la que atraviesa el sistema. En tal sentido, los recursos disponibles para sobrellevar la obligación autoimpuesta obviamente se encuentran

52 Rossi, Julieta y Filippini, Leonardo. *El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica*, <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Paper-Rossi-Filippini.pdf>, p.1.

sobrepasados, sin que se pueda advertir aquí una política de reversión.

“Durante los últimos años, la población privada de libertad en Argentina ha crecido de forma ininterrumpida. Basta con ver la evolución de la tasa de encarcelamiento, que según las estadísticas oficiales para 2015 trepó a 168,5 personas presas cada 100.000 habitantes, para identificar que el incremento se produjo tanto en términos absolutos como relativos. Esta tendencia se ha replicado en el SPF,⁵³ donde –para hacer frente a la creciente demanda de cupo– desde 2014 se amplió progresivamente la capacidad de alojamiento de los establecimientos penitenciarios, sin considerar ciertos criterios objetivos de habitabilidad. Pese a estas medidas, se detectaron algunos focos de sobrepoblación en los complejos penitenciarios que alojan a varones adultos del Área Metropolitana de Buenos Aires. Durante las primeras semanas de 2017 en las cárceles federales se ha vuelto a superar el récord histórico de personas detenidas, pero además desde el 20 de enero se registra sobrepoblación general, es decir, hay más personas encarceladas que la capacidad total de alojamiento del sistema penitenciario. Y a pesar de que se volvió a incrementar el cupo de alojamiento declarado, no se ha podido contener el fenómeno”⁵⁴.

El informe del 2015 sobre el estado de las cárceles federales argentinas efectuado por la Procuración Penitenciaria de la Nación Argentina, describe las principales vulneraciones de derechos humanos detectadas durante el encierro. En lo que

53 SPF: Servicio Penitenciario Federal.

54 Procuración Penitenciaria de la Nación. *La Procuración Penitenciaria alerta de la existencia de sobrepoblación en el SPF*”, 16 de febrero de 2017, p. 1, disponible en http://www.ppn.gov.ar/?q=La_Procuracion_Penitenciaria_alerta_de_la_existencia_de_sobrepoblacion_en_el_SPF, (acceso 1/12/2017).

respecta a brindar una aproximación a la pregunta formulada, propugna que:

“La producción de muertes bajo custodia se encuentra íntimamente relacionada con la regularidad y sistematicidad de una diversidad de prácticas estatales vulneradoras de derechos, que suelen ocurrir complementariamente. Este organismo ha podido advertir la íntima relación entre esos fallecimientos y la vigencia del recurso a la violencia para gestionar la prisión, el uso exacerbado del confinamiento en solitario, **la cancelación del acceso a derechos económicos, sociales y culturales (en particular a una atención a la salud y alimentación adecuadas)**, y la obturación de vías legítimas de reclamo y petición condicionando a las personas detenidas al inicio de medidas de fuerza extremas. Estas prácticas penitenciarias son observadas regularmente junto a un débil control judicial, un uso irreflexivo de la prisión preventiva (y restrictivo de medidas alternativas al encierro), y la falta de eficacia y exhaustividad en las causas judiciales iniciadas precisamente para investigar esas muertes, cuando se inician. Esas prácticas estatales, claramente lesivas de derechos fundamentales, atraviesan la totalidad del sistema penitenciario federal, aun cuando se vean concentradas en las denominadas prisiones de máxima seguridad para varones adultos. Ese fenómeno de concentración se refleja también en la desigual distribución espacial de fallecimientos bajo custodia, observada a su vez ante las agresiones físicas de agentes penitenciarios y el uso del aislamiento”⁵⁵.

55 Procuración Penitenciaria de la Nación. *Informe anual 2015. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de Argentina*, pp. 8 y 9, disponible en <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Resumen%20Ejecutivo.%20Informe%20Anual%202015.pdf> (acceso 1/12/2017). El resaltado es de la autora.

En Argentina, el derecho internacional de los derechos humanos ha favorecido y fortificado la justiciabilidad de los derechos sociales, en particular del derecho a la salud de la población en general. Pero cuando nos adentramos en el universo de las personas privadas de libertad, los instrumentos de derechos humanos no logran penetrar los muros. Se presentan como parches de contención ante la profunda erosión de los derechos sociales, entre otros, que se les niegan a quienes en principio se les priva de la libertad a través del encierro.

De ello dan cuenta no solo los pronunciamientos judiciales de la última década, sino también los estudios e informes presentados por las distintas organizaciones gubernamentales que se ocupan de este colectivo ante la CIDH⁵⁶, cuya Relatoría sobre los Derechos de Personas Privadas de Libertad en su último informe sobre Argentina (N° 151/16), señala que

“recibió información respecto a un aumento de la población penitenciaria en los últimos años. Al respecto, la CIDH advierte que después de la última visita de la Relatoría en 2010, se ha presentado un crecimiento del 16% en la población penitenciaria de la República. Durante el mismo periodo, el aumento de la población penitenciaria en el ámbito federal equivale a un 15.3%; en la provincia de Buenos Aires, a un 25 %; y en la provincia de Mendoza, a un 53%. La Comisión observa que este aumento de población penitenciaria, ha llevado a que los centros carcelarios del país se encuentren en una situación de hacinamiento. Por su parte, el Jefe de Gabinete de Ministros del Gobierno Nacional se pronunció

56 Como por ejemplo, los presentados por la Comisión Permanente por la Memoria y otros. Ref. Audiencia durante el 164° periodo ordinario de sesiones sobre “Situación de las personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires, Argentina”, 7 de julio de 2017, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=YO8ePPxmqqk> (acceso 1/12/2017).

durante la visita de la Relatoría respecto al hacinamiento que caracteriza el sistema penitenciario en Argentina. Asimismo, en julio del año en curso, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas expresó su preocupación ante los altos **niveles de hacinamiento, que entre otros aspectos, se reflejaría en la** utilización de estaciones policiales como lugares permanentes de detención. En particular, la Comisión Interamericana advierte que la utilización de las comisarías como centros de detención permanente deriva principalmente de la insuficiente cantidad actual de plazas penitenciarias y del respectivo abuso de la prisión preventiva. Sobre este punto, el supervisor de zona entrevistado en la Comisaría Seccional 11ª de la Ciudad de Santa Fe, refirió que ‘sólo a medida que las unidades penitenciarias van liberando espacio, podemos sacar a personas de la comisaría’. Debido al déficit de plazas, tal como lo advirtió la CIDH en 2010 y en la presente visita, las personas detenidas permanecen meses en las estaciones de policía, que son concebidos para detenciones transitorias, **y que no cuentan con la infraestructura ni los servicios básicos para asegurar condiciones dignas de detención.** Además, debido a su formación, el personal policial no está preparado para cumplir con la función de custodia de detenidos, la que corresponde al Servicio Penitenciario Provincial, que cuenta con servidores públicos capacitados para la custodia y tratamiento de personas privadas de la libertad. La CIDH valora los esfuerzos realizados por el Estado para darle solución a esta situación, principalmente a través de la ampliación del Programa de Alcaldías de Buenos Aires que busca erradicar el alojamiento de detenidos en dependencias policiales; sin embargo, manifiesta su preocupación por el elevado número de personas que se encuentran actualmente en comisarías, siendo de conformidad con el gobierno de la provincia de Buenos Aires, un total de 2.547 a septiembre de 2016. Como

se analizará más adelante, **las condiciones de detención de las comisarías no reúnen las condiciones mínimas para que la detención sea compatible con el derecho a la integridad personal.** En este sentido, la CIDH exhorta al Estado a adoptar las medidas urgentes y necesarias para que cese la utilización de las dependencias policiales como lugares de alojamiento permanente de personas. Por su parte, respecto a la sobrepoblación, la Procuración Penitenciaria de la Nación ha señalado que ésta ha sido abordada por el Estado a través del ocultamiento de las reales dimensiones del problema y del incremento ficticio de plazas a partir del agregado de nuevos colchones. En este sentido, el Mecanismo Local de Prevención de la Tortura en Mendoza y organizaciones de la sociedad civil informaron a la CIDH que, a pesar del aumento población en los últimos años (de un 53% de 2010 a la fecha) y de que no se habían construido o ampliado centros de detención, sino que únicamente se habían colocado ‘más [...] camas dentro de un mismo espacio físico’ el gobierno reportaba prácticamente el mismo nivel de hacinamiento (12%) en 2010 y en 2016. Sobre este aspecto, la CIDH recuerda que la capacidad de alojamiento de los centros de privación de libertad debe formularse teniendo en cuenta criterios como el espacio real disponible por recluso, la ventilación, la iluminación, la calefacción, el acceso a los servicios sanitarios y el número de horas que los internos pasan encerrados en sus celdas y al aire libre, así como otros elementos básicos de **infraestructura como clínicas médicas,** y espacio y equipo necesarios para el trabajo, educación, y recreación. Como mínimo, cada interno debe contar con espacio suficiente para dormir acostado, para caminar libremente dentro de la celda o dormitorio, y para acomodar sus efectos personales. [...] Con base en la observación de los centros de reclusión visitados, la Relatoría advierte que las condiciones de detención no resultan compatibles con

la dignidad personal de las personas privadas de libertad. En particular, la delegación de la CIDH observó que el Instituto de Recuperación de Mujeres, en la ciudad de Santa Fe, se caracteriza por estructuras físicas muy antiguas, que requieren de trabajos estructurales de reparación, adecuación y mantenimiento. Asimismo, las internas indicaron a la Relatoría que la comida era insuficiente y que se servía ‘en mal estado’; que no llevaban a cabo alguna actividad de recreo; y que la atención médica no era adecuada. Sobre el particular, una de las internas refirió ‘Estoy embarazada. Desde hace tres meses solicité me hicieran análisis, y me dicen que no hay médico para sacarme sangre’. En la cárcel de San Felipe, en Mendoza, la Relatoría observó [sic] condiciones edilicias similares a las presentadas en el Instituto de Recuperación de Mujeres; sin embargo, considerando que en este centro penitenciario, únicamente se visitaron los módulos de aislamiento, las condiciones serán analizadas en el apartado correspondiente. En todas las comisarias visitadas en la provincias de Buenos Aires y de Santa Fe –con excepción de la Comisaría Distrital Este Primera de Laferrere, clausurada el 7 de septiembre de 2016– la Relatoría **observó que las condiciones de detención se caracterizan por problemas similares, tales como hacinamiento, falta de luz solar e insuficiente luz artificial, ausencia de ventilación, colchones en mal estado, falta de agua caliente, humedad, instalaciones sanitarias precarias y condiciones antihigiénicas.** Asimismo, en todas las comisarias, la delegación de la CIDH recibió quejas generalizadas por la falta atención médica y por mala calidad e insuficiencia de los alimentos, mismos que únicamente se proveerían una vez al día. Ante esta situación, los familiares de las personas detenidas son quienes les proporcionan alimentación y medicamentos. En particular, el hacinamiento y condiciones tales como la falta

de ventilación, constituyen una amenaza para la salud de las personas detenidas en las comisarias. En este sentido, la Relatoría observó con preocupación que en la Comisaría Altos de Laferrere en Buenos Aires, de una población de 15 personas en un espacio para 4, un total de 6 personas presentaban gripe y fiebre. De igual forma, la Relatoría recibió diversos testimonios que manifestaban la desesperación de las personas, la ausencia de actividad y el prolongado tiempo de estancia en espacios hacinados. La Relatoría de la CIDH expresa su profunda preocupación por las condiciones de detención en que se encuentran las personas privadas de libertad en los distintos centros de reclusión visitados, principalmente en las comisarias, que tal como lo ha señalado esta Comisión, generan graves violaciones a derechos humanos considerando que estos recintos no han sido diseñados originalmente, ni cuentan con las condiciones, para el alojamiento de personas por periodos de tiempo prolongados⁵⁷.

2. El derecho a la salud de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia argentina

La persona que padece una afección a su salud, detenta los derechos que la Ley nacional 26529 (Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.) le reconoce⁵⁸. Pero cuando la persona se encuentra privada de

57 CIDH. Relatoría sobre los Derechos de Personas Privadas de Libertad realiza visita a Argentina, comunicado de prensa N° 151/16, 19 de octubre de 2016, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/151.asp> (acceso 1/12/ 2017). El resaltado es de la autora.

58 Ley nacional 26529, artículo 2: “Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes,

tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente;

b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes;

c) Intimidad. Toda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326;

d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente;

e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. (Inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)

f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información

libertad, a la anterior debe adherir la Ley 24660 (Ejecución penal de la pena privativa de la libertad), que le reasegura aquellos derechos en el contexto del encierro junto a otras reglas y principios de la Corte IDH,⁵⁹ así como aquellas que regulan la actividad penitenciaria.

El capítulo IX de esta segunda Ley, regula la asistencia médica desde el artículo 143 hasta el 151; allí, en líneas generales, se establece que el interno debe recibir asistencia médica integral, accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescritos, asegurándose la realización de estudios, tratamiento y medicación de forma gratuita. Todo eso, para ser efectivo, debe ser oportuno; es sobre este punto en donde el catálogo de papel no se concreta.

Es que cuando la asistencia que se brinda es tardía, por profesionales auxiliares de la medicina sin medios y sin registros veraces de su estado, la concreción del derecho es una falacia.

No obstante, dado el estado actual del sistema penitenciario, se puede constatar que la vigencia efectiva del derecho a la salud –con los alcances aludidos– en el contexto de la prisionización no ha avanzado y, lo que aún más grave, va en retroceso.

En función de ello, a través de la garantía del *habeas corpus* correctivo –en algunos casos planteado de modo colectivo– se

sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información. g) Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud”.

⁵⁹ Entre otros, las Reglas Mínimas para tratamiento de Reclusos adoptadas en el primer congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955; también están los Principios de Ética Médica adoptados por la Asamblea General en 1982, mediante la resolución.

ha pretendido intervenir para corregir la puesta en riesgo o la violación concreta de este derecho. La jurisprudencia nacional y local sostiene sus argumentaciones basadas en el derecho internacional de los derechos humanos, las recomendaciones de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Como ya lo hemos mencionado, esta línea de acción ha comenzado desde la opción de tutela de otros derechos humanos, previo a la reforma constitucional⁶⁰ y continuado posteriormente su camino, enfatizando que sus instrumentos son para el derecho interno una pauta de interpretación obligatoria en la toma de decisiones de los poderes públicos⁶¹; ello, hasta llegar a finales de 2016⁶² con una jurisprudencia estable que se reafirma y

60 Cfr. CSJN. *Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*, del 7 de julio de 1992.

61 Cfr. CSJN. *GIROLDI H*, sentencia del 7 de abril de 1995.

62 Hemos puesto como límite de esta posición al 2016, pues a principios de presente año –ya con una nueva composición– la CSJN por mayoría parecería haber modificado su jurisprudencia con relación a la obligatoriedad de los precedentes de la CIDH, en autos Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso *Fontevicchia y D'Amico* contra Argentina por la Corte IDH el 15 de febrero de 2017. Si bien entiendo que merece un estudio más profundo, la mayoría de la doctrina constitucional argentina ha salido a poner las alarmas sobre este precedente por entender que “la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio marcha atrás con aquella posición de apertura, y sostuvo que si bien las decisiones de la Corte Interamericana son ‘en principio’ de cumplimiento obligatorio, no deberían ser cumplidas si el tribunal interamericano actuó en exceso de su competencia, o bien cuando la condena es de cumplimiento imposible por contradecir ‘principios de derecho público constitucional argentino’. En el caso, entendió que la Corte IDH se había excedido de su competencia al imponer la revocación de una decisión previa de la propia corte que en 2001 había condenado civilmente a dos periodistas. Entendió que el tribunal interamericano no contaba con atribuciones para imponer la revocación de una sentencia, pues no era una ‘cuarta instancia’ del sistema judicial argentino. Por otro lado, sostuvo que imponer a la propia Corte que revise una decisión firme, cuestionaba su condición de órgano supremo del Poder Judicial nacional de acuerdo con el Artículo 108 de la Constitución, y contradecía

profundiza en tal sentido, confirmando que

“a partir de la reforma constitucional de 1994, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22°, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ella, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional y ordenar a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional que, por intermedio de quien corresponda, designe una nueva sala de ese tribunal para que proceda la revisión de la sentencia en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos”⁶³.

En efecto, el más alto tribunal argentino ha ido diseñando su jurisprudencia a la luz de los pronunciamientos de los organismos regionales de protección de derechos humanos; esa misma línea ha inspirado las resoluciones de los tribunales locales de primera y segunda instancia. Abordando el tema que hemos elegido, la CSJN ha dictado en tiempos recientes al menos dos sentencias paradigmáticas que apuntan directamente a la responsabilidad del Estado nacional sobre las personas detenidas en cárceles provinciales y la necesidad de respetar los estándares mínimos

principios fundamentales del derecho público que funcionan como un límite para la implementación de las decisiones internacionales”. Abramovich, Víctor. “*Comentarios sobre el caso Fontevicchia*”. *La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino*, 17 de febrero de 2017, disponible en <http://ijdh.unla.edu.ar/advf/documentos/2017/02/58ab010a10d4c.pdf> (acceso 1/12/2017).

63 Cfr. CSJN. *Mohamed vs. Argentina*, caso N° 11.618, resolución N° 477/15-/s Expediente N°4499/13, del 25 de marzo de 2015.

que deben poseer las personas privadas de libertad, sin distinción basada en su alojamiento en un penal del sistema federal o local.

A continuación, haremos mención de dos fallos de la CSJN ya estudiados⁶⁴ que son una clara muestra de esta problemática.

a. Caso “Verbitsky”⁶⁵

64 Riquert, Fabián Luis; García Minella, Gabriela; y Palacios, Leonardo Pablo. *Impacto de la jurisprudencia...*

65 Cfr., CSJN. *Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/habeas corpus*, 3 de mayo de 2005, elDial.com, AA29AF. Los antecedentes son reseñados por el entonces Procurador General, Nicolás E. Becerra, quien recuerda que el CELS interpuso acción de *habeas corpus* (artículo 43, CN), en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados. Ante esa situación, solicitó que el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (en adelante, TCPBA) asumiera su competencia respecto de ese colectivo de personas para que, luego de comprobar la situación, se pronunciara expresamente acerca de la ilegitimidad, constitucional y legal del encierro de esas personas en las condiciones en las que se hallan, ordenando el cese de esa situación. La Sala III del Tribunal rechazó el *habeas corpus* interpuesto con fundamento en que no era competente para entender originariamente en la acción instaurada (cfr. arts. 406 y 417 del CPPBA). Agregó que tal acción no autorizaba, en principio, a sustituir a los jueces propios de la causa en decisiones que les incumben, de modo tal que la reparación de las agravaciones en las condiciones de detención denunciadas en la presentación de origen debía encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales, a cuya disposición se hallan los beneficiarios del *habeas corpus*. Por último, señaló que no correspondía tomar una única decisión que englobase las situaciones plurales indeterminadas con otros posibles objetivos perseguidos aun cuando estén, de manera significativa, referidos a un problema común. El CELS impugnó la sentencia a través de los recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley previstos en los acápites a) y b) del artículo 161, inciso 3, de la Constitución provincial y en los artículos 491 y 494 del CPP local. Llegada a

En 2005, la CSJN le reconoció al Centro de Estudios Legales y Sociales (en adelante, CELS) legitimación colectiva para interponer un *habeas corpus* correctivo y colectivo a favor de las personas detenidas en las prisiones y comisarías bonaerenses, ordenando al Gobierno de la provincia de Buenos Aires que revirtiera las condiciones inhumanas de confinamiento existentes e instruyendo a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires así como a los demás tribunales, para que hicieran cesar urgentemente aquel agravamiento, entre otros puntos. Así ingresó en el universo de los litigios complejos o estructurales, en los cuales

“se interpelan, monitorean y revisan las instituciones y/o políticas públicas, dictando medidas estratégicas multiformes que escapan substancialmente al marco de medidas de ejecución tradicionales. Podría afirmarse que el activismo jurídico en casos estructurales complejos como estos denota el triunfo de la retórica de los derechos humanos y su virtualidad institucional, mientras que la forma de intervención de las Cortes reflejan los particulares términos en que se organizará la lucha por el sentido práctico de estos derechos, por el ‘cómo’ se accede a su contenido o realización”⁶⁶.

En concreto, la CSJN fijó los estándares de protección de los derechos de las personas privadas de libertad bajo la jurisdicción

conocimiento de la Suprema Corte de Justicia bonaerense, por voto de la mayoría de sus miembros, declaró inadmisibles los recursos interpuestos. El 9 de febrero de 2004, el Procurador General dictaminó que estimaba al recurso formalmente admisible ya que el pronunciamiento impugnado proviene del tribunal superior de la causa y rechaza en forma definitiva la acción con el alcance colectivo que la actora pretende con apoyo en normas de carácter constitucional.

66 Puga, Mariela, *Litigio estructural*, tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013, p. 20, disponible en https://www.researchgate.net/profile/Mariela_Puga/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga/links/00b7d51eef3c69135c000000/LITIGIO-ESTRUCTURAL-Tesis-Doctoral-Mariela-Puga.pdf (acceso 1/12/2017)..

del Estado provincial bonaerense, compatibles con el mandato de la CN y con los instrumentos internacionales de derechos humanos que detentan jerarquía constitucional. El tribunal le ordenó a la justicia provincial verificar y remediar las condiciones inhumanas de detención de los detenidos a su disposición, así como disponer la inmediata libertad de los adolescentes y enfermos detenidos en comisarías. Surge de los considerandos del voto mayoritario

“que de verificarse algunos de los extremos mencionados por el accionante, sería posible que se configurasen eventuales casos de agravamientos que importarían trato cruel, inhumano o degradante u otros análogos, susceptibles de acarrear responsabilidad al Estado Federal. En esta eventualidad, es deber de esta Corte, por estar comprometida la responsabilidad internacional del Estado Federal, instruir a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la Provincia de Buenos Aires para que hagan cesar con la urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, según corresponda”.

La CSJN exhortó a los poderes provinciales a revisar la legislación que regula la excarcelación y la ejecución penitenciaria, tomando como base la legislación nacional en la materia. Concluyendo, recomendó conformar una mesa de diálogo en la que intervinieran las autoridades provinciales y las organizaciones de la sociedad civil, manteniendo para sí el poder de controlar la adopción de las medidas ordenadas en el fallo.

No hemos encontrado, a la fecha, un análisis tan equilibrado sobre estos pronunciamientos como el que realiza Cristian Courtis; particularmente, porque este autor le dedica parte del mismo a preguntarse si la invocación de estándares internacionales de derechos humanos resultó, para el tribunal, un criterio vinculante o una mera cita ornamental. Incliniéndose

por la primera opción, subraya que el voto mayoritario no explica demasiado los eslabones de tal argumentación. Con relación al catálogo de la normativa internacional citada (instrumentos, documentos y decisiones de muy variado origen), expresa que “semejante catarata de menciones, parecería significar que la Corte se está tomando en serio la jerarquía constitucional y suprallegal de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y que cuando deba enfrentar una situación de hecho en la que son aplicables simultáneamente normas constitucionales, normas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y normas de otros tratados internacionales, el tribunal tendrá en vista todos los estándares en juego e intentará armonizarlos”.

Agrega a lo expuesto, que le

“parece posible interpretar el esfuerzo de identificar y citar instrumentos y opiniones de todo tipo aplicables al caso en cuestión, como una búsqueda de sustento más sólido del fuerte activismo manifestado en la decisión. Si esto es así, tal vez signifique que, para la Corte, la interpretación de cláusulas constitucionales de conformidad con los estándares que surgen de instrumentos internacionales y de otros documentos derivados de ellos constituye un factor de justificación suplementario de su proceder [...] Bastaría con decir que el conjunto citado padece de cierto desorden, y que la yuxtaposición de piezas de origen tan variado no ayuda demasiado a entender qué valor concede el tribunal a unas y a otras. En todo caso, tal vez sea posible reconducir la profusión de citas a algunos principios básicos. Una clave para dar cierta unidad a las menciones podría darla el empleo que hace la Corte de la expresión ‘estándares internacionales’, en los considerandos 57 y 58 –en materia de prisión preventiva– y 60 y 61 –en materia de regulaciones penitenciarias. Después de volcar sin demasiada elaboración el aluvión de citas

a instrumentos y documentos de origen internacional, la Corte parece sintetizar lo dicho antes, y hace referencia en esos considerandos a la incompatibilidad de la legislación bonaerense en materia de prisión preventiva y de ejecución penitenciaria con los ‘estándares internacionales’⁶⁷.

Ahora bien, aun con sus bemoles, a partir de este precedente no solo la justicia provincial bonaerense sino también el resto de los tribunales locales, comienzan a hacerse eco de los mandatos internacionales al momento de resolver las contiendas; no ya como argumento de autoridad, sino como mandato impuesto al Estado del que forman parte. Es que este

“verdadero *leading case*, interrumpió la práctica ineficaz y monocorde de la sola declaración de derechos y se adentró en un sendero exploratorio sin precedentes. Esta decisión de fijar un nuevo rumbo para el control judicial de la detención encierra [...] la virtud del fallo. Verbitsky cambió un paradigma institucional luego de décadas de comprobada ineficacia del control judicial sobre las condiciones de detención y del repetido fracaso del litigio individual frente a la cuestión de la superpoblación [...] De hecho, el fallo generó varias peticiones similares en otras provincias, en un proceso que parece consolidar un nuevo rumbo para el litigio penitenciario. Podemos desafiar la conveniencia del activismo del tribunal, detectar tensiones entre los distintos poderes de Estado, o mencionar los problemas que acarrea la construcción judicial de vías de reclamo no legisladas, pero no podemos limitarnos a ello, sin correr el riesgo de no comprender la dimensión más profunda de un fallo que intenta tutelar de modo efectivo y a

67 Courtis Cristian. *El caso “Verbitsky”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?*, pp. 17 y 18 disponible en www.cels.org.ar.

través de un camino que vale la pena explorar, los derechos fundamentales de las personas’⁶⁸.

Así es que el 9 de noviembre de 2007, con citas de los instrumentos de derechos humanos jerarquizados constitucionalmente, el Juzgado de Ejecución Penal de la 1ª nominación de Córdoba –al momento de resolver un *habeas corpus* correctivo a favor de un interno alojado en el Establecimiento Carcelario N° 2 de esta ciudad y a disposición exclusiva de la Cámara en lo Criminal de la 2ª nominación de la ciudad de Río Cuarto que lo condenara a una pena temporal– resolvió que

“los condenados, sea cual fuese la naturaleza de su delito, conservan inalterados aquellos derechos fundamentales que les corresponden como manifestación natural de su dignidad[...] las quejas vinculadas con supuestas deficiencias en la atención médica a los internos indudablemente, ‘pueden representar –de verificarse– una circunstancia de agravamiento de las condiciones de detención, examinable a través de un *habeas corpus* correctivo [...] negarle este derecho a ser informado de los resultados de los estudios médicos que se le practican, constituye una devaluación de sus derechos; sin ninguna base que lo justifique [...] el acceso a la prestación de los servicios médicos ‘es uno de los derechos que por efecto de la privación de la libertad, no pueden garantizarse a sí mismas las personas privadas de la libertad, quedando completamente en manos de la administración penitenciaria el ofrecer el acceso a la atención médica y consecuentemente la garantía del derecho a la salud’⁶⁹.

68 Filipini Leonardo. *La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación*, 2007, p. 6, disponible en http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini_leonardo.pdf

69 *Cfr.* Juzgado de Ejecución Penal de la 1ª nominación Córdoba. *Habeas correctivo*,

Más recientemente, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal ha resuelto por mayoría –con citas a precedentes de la CIDH y de la CSJN *in re* Verbitsky– sobre el agravamiento de las condiciones de detención y la realización del derecho a la salud de los internos del Complejo Penitenciario Federal Ezeiza.⁷⁰, lo siguiente:

“el reconocimiento de la realidad carcelaria y, específicamente, la especial situación de sujeción en la que se encuentran las personas privadas de su libertad, en la que el Estado tiene posición de garante como consecuencia de la privación de la libertad. En este sentido se pronunció la Corte IDH al sostener que ‘En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos’.”⁷¹

jurisprudencia temática: salud, 9 de noviembre de 2007, disponible en <http://www.ppn.gov.ar/> (acceso 1/12/2017).

70 Llega el caso a su conocimiento atento a que la Sala III Penal de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, provincia de Buenos Aires, con fecha 12 de mayo de 2014 resolvió confirmar la decisión apelada en cuanto había rechazado el *habeas corpus* colectivo y correctivo interpuesto por la defensa pública oficial, en representación de los internos del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, y ordenando al director de dicho establecimiento que arbitrara las medidas tendientes para impedir que las ambulancias del Hospital Penitenciario Central fueran utilizadas para otros traslados que no sean consecuencia de sus fines específicos.

71 *Cfr.* Cámara Federal de Casación Penal. *Internos del complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza s/recurso de casación*, 15 de julio de 2014, disponible en www.cij.gov.ar (acceso 1/12/2017).

Así, la Corte IDH lo expuso⁷² al expresar:

“152. [...] se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades esenciales para el desarrollo de una vida digna. [...]”

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

En esta dirección, cabe destacar que la acción intentada resulta ser la vía idónea para perseguir la corrección de situaciones que afecten de modo relevante las condiciones de ejecución del encierro. Y en ese marco, el control judicial efectivo –al que hicimos referencia anteriormente– imponía el tratamiento de las cuestiones aquí ventiladas no solo mediante el pedido de informes al complejo carcelario, sino que era menester la constatación de la realidad por sobre la formalidad; por ejemplo, mediante la constitución del magistrado interviniente en el lugar de detención a fin de constatar las irregularidades denunciadas en

72 *Cfr.* Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de septiembre de 2004.

forma colectiva por todos los internos del Complejo Penitenciario Federal.

Especial consideración merecen los casos como el aquí analizado, en donde se encuentran en juego cuestiones básicas que involucran el derecho a la salud y a la dignidad de las personas; concretamente el acceso a los servicios de cuidado, atención de salud y accesibilidad efectiva, en tanto en la presentación efectuada por el defensor público oficial se denunciaron irregularidades y falencias en los móviles de traslado de los internos y la falta de asistencia de personal médico idóneo durante los traslados. La protección integral y efectiva del derecho a la salud ha sido receptada por los “Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes”, adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 37/194 del 18 de diciembre de 1982. No es ese sino el criterio adoptado por nuestra CN, cuando en su artículo 18 establece que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”.

Así lo ha entendido la CSJN, expresando que “no podrá prescindirse del claro texto constitucional del art. 18 que dispone que “[l]as cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”⁷³.

Reconoce así a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humano igualmente consagrado por diversos

73 Cfr. CSJN. *Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios...*

instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75, número 22). Y “sin desconocer el contenido aflictivo que comporta la privación de libertad –en cierta medida imposible de eliminar por ser inherente a esa situación– son los jueces ordinarios con competencia penal quienes mejor pueden apreciar con un importante grado de precisión y cercanía el intolerable e indebido agravamiento, que en muchos casos se configura”.

Recordó la CSJN que la “República Argentina tuvo un papel protagónico, por otra parte, en el establecimiento de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, de Ginebra, en 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 663 C31-7-57 y complementada en la 2076 del 13 de mayo de 1977”. Agregó que a ello

“se suman las previsiones de los tratados internacionales de derechos humanos a los que se ha asignado jerarquía constitucional ‘en las condiciones de su vigencia’. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en el art. XXV que ‘todo individuo que haya sido privado de su libertad [...] tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad’; el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que ‘toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano’; fórmula esta que recibe de modo similar el artículo 5, inciso 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁷⁴.

Se trata de la humanización del poder.

74 *Ibid.*

a. **Caso “Lavado”**⁷⁵

Al igual que el precedente antes analizado, en el marco de la misma investigación hemos profundizado sobre este otro precedente⁷⁶ en el cual, producto de la complejidad del asunto y de la modalidad de tratamiento asumida por la CSJN, no se adopta una resolución puntual sino varias sucesivas que permiten vislumbrar el funcionamiento de esta última en concreto y los matices que se van introduciendo a partir de la evolución del primer resolutorio.

El caso “Lavado” se trata de una “acción declarativa de certeza” contra el Estado nacional argentino y la provincia de Mendoza, para que la CSJN determine que los hechos denunciados afectan la garantía del derecho a la vida y la integridad física de los internos alojados en las tres unidades carcelarias de ese Estado provincial; para que establezca que el Estado nacional y la provincia demandada son los sujetos obligados a garantizar la vigencia de esos derechos y a cumplir las recomendaciones y decisiones adoptadas al respecto por la CIDH y la Corte IDH; y para que fije un plazo máximo a fin de que dichas decisiones sean cumplidas en su totalidad, dada la urgencia y gravedad de los hechos que denuncian, y en mérito a que el daño que se deriva del incumplimiento resulta irreversible y de imposible o tardía reparación ulterior.

El 29 de mayo de 2003 varios internos que se encontraban bajo el control, custodia y supervisión de la penitenciaría de la provincia de Mendoza, efectuaron una petición ante la CIDH,

⁷⁵ Cfr. CSJN. “L. 733. XLII - Lavado, Diego Jorge y otros c/Mendoza, Provincia de Buenos Aires y otro s/acción declarativa de certeza”, *elDial.com*, AA37A9, 6 de septiembre de 2006.

⁷⁶ Riquert, Fabián Luis; García Minella, Gabriela; y Palacios, Leonardo Pablo. *Impacto de la jurisprudencia...*

la que el 3 de agosto de 2004 recomendó al Gobierno nacional salvaguardar la integridad de los detenidos, proceder a la separación de los procesados y condenados, y garantizar medidas de higiene y salud en el lugar.

Los hechos de violencia y muerte dentro del penal continuaron y el 14 de octubre del ese año, la CIDH sometió a la consideración de la Corte IDH una solicitud para que se dictaran “medidas provisionales” (artículos 63.2 de la CADH, 25 del Reglamento de la Corte IDH), las que fueron concedidas por resolución del 22 de noviembre de 2004, aunque la petición fue reiterada el 18 de junio de 2005 ante la verificación de nuevos hechos y violencia (incluyendo dos homicidios), que evidenciaban la continuidad de la situación y que permitían afirmar que el Estado no había dado pleno cumplimiento a su obligación.

• **Primera resolución de la CSJN**

El 6 de septiembre de 2006, aclarando ante esta situación que emitía pronunciamiento sin perjuicio de lo que en definitiva se resolviera sobre su competencia (artículo 127, CN) e incluso cuando no existía una petición expresa en el sentido de que requiriera informes, la CSJN entendió que la gravedad de la situación y la advertencia de la Corte IDH sobre las consecuencias que podía traer aparejadas el desconocimiento del carácter obligatorio de las “medidas provisionales” adoptadas por esta última y su consiguiente incumplimiento, imponía la obligación de adoptar medidas conducentes que –sin menoscabar las atribuciones de otros poderes– tendieran a sostener la observancia de la CN. Por ello, resolvió:

“Requerir al Poder Ejecutivo Nacional y a la Provincia de Mendoza, que en el plazo de quince días, informen al Tribunal: a) qué decisiones concretas, y qué actos se han llevado a cabo, con posterioridad al 30 de marzo del corriente año, para impedir y superar la situación de riesgo e inseguridad que padecen los internos de la Penitenciaría Provincial de Mendoza y de la unidad Gustavo André, de Lavalle; b) si se han llevado a cabo las medidas tendientes a separar definitivamente a los ‘jóvenesadultos’ de los ‘adultos’, y si se ha definido y concretado la separación de quienes están detenidos y procesados, de aquellos detenidos que han sido condenados. Líbrese oficio, que se confeccionará por Secretaría, al Poder Ejecutivo Nacional y al gobernador de la Provincia de Mendoza, en este último caso por intermedio del juez federal”⁷⁷.

• Segunda resolución de la CSJN

El 13 de febrero de 2007⁷⁸, tras recordar que –según se vio– unos pocos meses antes requirió informes al Estado nacional y a la provincia de Mendoza, los que fueron presentados por autoridades de los respectivos ejecutivos haciendo saber las observaciones que realizara “la Comisión” al décimo informe presentado por el Estado nacional, la CSJN entendió que –aun cuando la CIDH todavía no se habría pronunciado sobre aquellas observaciones, esto no impedía adoptar en el caso las medidas consideradas conducentes.

Sostuvo entonces que la gravedad de la reiteración de los hechos denunciados así como la ausencia de control y dominio adecuado en la

⁷⁷ Cfr. CSJN. “Lavado, Diego Jorge...”.

⁷⁸ Cfr. CSJN “Lavado, Diego Jorge y otros c/Mendoza, Provincia de Buenos Aires y otro s/acción declarativa de certeza”, *elDial.com*, AA3B23, 13 de febrero de 2007.

penitenciaria, exigían de la CSJN el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado, más allá de la decisión que pudiera recaer en el momento en que se expidiese sobre su competencia para entender en el caso.

Destacó, en función de lo expuesto, que le correspondía al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitieran garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos fuesen vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos sometidos a su conocimiento. Aclaró que no debía verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hacía era tender a tutelar derechos o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos podían estar lesionados. Luego de memorar que la CIDH le indicó al Estado argentino que las razones de derecho interno no podían justificar la falta de adopción de las medidas conducentes para superar la situación existente, como así también que el incumplimiento de una orden dictada por la Corte IDH (como son las medidas provisionales dispuestas) podía generar la responsabilidad internacional del Estado, señaló que:

“La Corte, frente a la reiteración de las graves situaciones que se denuncian y que no logran ser modificadas, se ve obligada a insistir en que la previsión contenida en el art. 18 de la C.N. –“[...] las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas [...]”– tiene contenido operativo. Impone al Estado la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena, o una detención preventiva, la adecuada custodia que se manifiesta en el respeto de la vida de los internos, de su salud y de su integridad física y moral. El Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales y en atención a la falta de resultados obtenidos con relación a la orden dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ve en la ineludible obligación de resolver: ‘I.- Intimar al Estado

Nacional a que en el plazo de veinte días adopte las medidas que pongan fin a la situación que se vive en las unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza; II.- Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal; III.- Disponer que cada veinte días el Poder Ejecutivo Nacional informe al Tribunal las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos. Notifíquese por cédula que se confeccionará por Secretaría con habilitación de días y horas inhábiles al Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos); y al señor gobernador de la Provincia de Mendoza, en este último caso por intermedio del juez federal [...] Librese oficio a la Suprema Corte de la Provincia a fin de que tome conocimiento de la decisión del día de la fecha”.

- **Tercera resolución de la CSJN**

Su última resolución se pronuncia el 20 de marzo de 2007⁷⁹, siendo las principales consideraciones en su mayoría de orden procesal sobre acumulación de acciones, competencia, legitimación pasiva y, particularmente, las relaciones de coordinación entre el poder nacional y los provinciales en torno a la cuestión penitenciaria. Afirma entre otros puntos que no es su competencia originaria resolver esta cuestión, debiendo

79 Cfr. CSJN “Lavado, Diego Jorge y otros c/Mendoza, Provincia de Buenos Aires y otro s/acción declarativa de certeza (condiciones de las cárceles de Mendoza)”, *LexisNexis*, referencia Lexis N° 35010386, SJA 2/5/07, JA 2007-II-76.

intervenir –en cuanto corresponda– la justicia federal según las normas de rito.

Este caso fue en la historia de los privados de libertad y sus condiciones de detención, otra guía de actuación pues advierte las pautas que deben seguir los tribunales locales para no hacer incurrir al Estado nacional en responsabilidad internacional. Ello impide que el Estado pueda alegar cuestiones de derecho interno –distribución de competencias, para el caso– en aras de no concretar las medidas impuestas por los organismos del sistema interamericano (CIDH y Corte IDH).

Conclusiones

Pese a las falencias y omisiones graves advertidas, es del caso señalar aquí nuestra satisfacción por los avances que en definitiva se han logrado respecto de la consagración del derecho fundamental a la salud de los habitantes, ya que los mismos conllevan una revigorización en el sentido tuitivo que deben detentar las políticas de salud pública del Estado, como asimismo del rol social que también deben asumir todos los integrantes del sistema de salud de la nación (los públicos y los privados) en ese sentido.

Pero aun así, hemos de enfatizar que nosotros lo interpretamos como el deber de seguir bregando por la consecución –en términos generales– del ideal de justicia que trasladado al derecho a la salud, en particular de aquellas personas que han sido legalmente privadas de su libertad, implica particularmente la inexistencia de desigualdades arbitrarias. Es allí donde pretendemos que este derecho penetre los muros de las prisiones argentinas, pues conforme lo reza nuestro sistema jurídico la salud debe ser brindada “a todos”.

Esta idea ha sido sostenida por los organismos que integran el sistema interamericano sin distinción y así ha sido receptado por los tribunales locales. Desde los precedentes dictados por la CSJN, podemos afirmar que el problema de la precariedad que padecen los privados de libertad en sus condiciones de detención no es virtual; es real, es concreta y es una cuenta pendiente que debe ser revertida.

Es claro que el Estado debe entonces garantizar efectivamente el derecho a la salud de los detenidos en las cárceles argentinas sin restricciones, debiendo recalcar aquí que este derecho comienza desde que la persona traspasa los muros de la prisión hasta que vuelve a recuperar su libertad.

Estas líneas han sido conjugadas por los tribunales locales, amañando la jurisprudencia de la CIDH con la emanada de la CSJN en torno a los contornos y contenidos del derecho a la salud, por un lado, y el derecho de las personas detenidas a no sufrir un agravamiento en las condiciones de detención, por el otro. Así, los fallos de la justicia de las provincias argentinas que sucedieron al litigio estructural mencionado, tomaron los lineamientos dogmáticos y procedimentales propuestos por aquella sentencia, y fueron así develando, delineando y proponiendo soluciones para el grave problema estructural existente en la sanidad penitenciaria, que impide el efectivo goce del derecho a la salud. Lo que no implica que las esperadas soluciones hubiesen arribado aún.

Solo hemos obtenido hasta ahora las palabras y las argumentaciones que, llevadas a la práctica, concretarán los anhelos libertarios y garantistas del texto fundamental argentino que todos compartimos.