

El derecho a la salud y la privación de la libertad

Un análisis a partir del caso “Hernández vs. Argentina”

Mariano Pérez Roller y Tomás Horacio Charni¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Antecedentes del caso; III.- Interpretación jurisprudencial del derecho a la salud en contexto de encierro; IV.- Significado penal de la conducta omisiva; V.- La resocialización social como imperativo constitucional; VI.- Conclusiones; VII.- Bibliografía consultada

RESUMEN: Los autores formulan un estudio de los alcances del derecho a la salud en contextos de encierro y de las consecuencias jurídico-penales derivadas de las conductas omisivas frente a esta prerrogativa a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Hernández vs. Argentina”. A tales fines, se exponen diversas consideraciones en punto a la posición especial de garante que asume el Estado frente a las personas privadas de su libertad y de la resocialización social como imperativo constitucional.

PALABRAS CLAVE: Salud - Contextos de encierro.

I.- Introducción

El 22 de noviembre de 2019 la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por las violaciones a

¹ Mariano Pérez Roller, Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires, Tomás Horacio Charni, Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral.

diversos derechos en perjuicio del señor José Luis Hernández y de su madre, la señora Raquel San Martín de Hernández.

En lo que aquí respecta, la Corte encontró que la integridad personal y la salud del señor Hernández, quien se encontraba enfermo de meningitis T.B.C., se vieron afectadas como consecuencia de las condiciones en que se encontraba detenido, así como por la falta de atención médica adecuada y el incumplimiento de las órdenes judiciales dirigidas a garantizar el derecho a la salud del señor Hernández, lo que constituyó una violación al derecho a la protección judicial.

Como consecuencia de ello, aún se encuentra pendiente de cumplimiento la obligación del Estado de rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas frente a este caso.

Sobre la base del mentado marco fáctico, el presente trabajo se propone, en breves líneas, realizar un abordaje del derecho a la salud en contexto de encierro a la luz de los parámetros establecidos por la jurisprudencia nacional y continental, para luego abordar las posibles consecuencias jurídico-penales derivadas de las conductas omisivas imputadas a las autoridades penitenciarias.

Para tal propósito, se impone formular someras referencias en punto a la finalidad perseguida por el constituyente argentino al momento de seleccionar la privación de la libertad como pena por antonomasia en el marco del sistema punitivo y referenciar una intensa discusión doctrinaria vinculada a la atribución de responsabilidad penal frente a supuestos de “no hacer” que se proyectan negativamente sobre el derecho a la salud de las personas privadas de su libertad.

De manera análoga, será necesario examinar la normativa de jerarquía constitucional que regula la materia, a la par de un elemento sustancial a la hora de ponderar las obligaciones funcionales en contextos de encierro, esto es, la especial posición de garante que asume el Estado frente a las personas privadas de su libertad y su derivación fáctica, operativa, en la figura del agente penitenciario.

II.- Antecedentes del caso

El 8 de febrero de 2018 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte el caso “José Luis Hernández” contra la República Argentina.

De acuerdo a lo indicado por la Comisión, el hecho se relacionó con la violación a la integridad personal del nombrado al momento de encontrarse

privado de su libertad. Ello así, debido a que las enfermedades adquiridas en situación de encierro² no se trataron oportunamente, ni en condiciones de equivalencia a una persona no privada de libertad, lo cual tuvo secuelas neurológicas como la pérdida absoluta de visión en un ojo, incapacidad parcial y permanente de un brazo, y pérdida de memoria.³

Las circunstancias apuntadas, llevaron a la Corte Interamericana a concluir que el incidente se relacionó con la violación a los derechos a la integridad y a la libertad personal de Hernández en oportunidad de su encierro. En tal sentido, el órgano jurisdiccional constató la presencia de diversos recursos judiciales dirigidos a proteger los derechos cercenados, de los cuales no se obtuvo respuesta alguna. En concreto, el Tribunal acreditó las múltiples denuncias presentadas por la señora Raquel San Martín de Hernández -madre de la víctima-, para que se le brindara atención médica adecuada a su hijo, y las subsecuentes órdenes dictadas por el órgano judicial competente de las cuales no se obtuvo respuesta satisfactoria.⁴

Sobre la base de lo enunciado, el Tribunal Interamericano concluyó que *“la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo 5 de la Convención Americana. En casos de personas privadas de libertad, la ausencia de propósitos por parte de las autoridades de humillar o degradar a una víctima no lleva inevitablemente a la conclusión de que no ha habido violación al artículo 5.2 de la Convención. En el régimen de la Convención Americana, el sufrimiento y el deterioro a la integridad personal causado por la falta de atención médica adecuada -y consecuentemente daño a su salud- de una persona privada de libertad pueden constituir por sí mismos tratos crueles, inhumanos y degradantes.”*⁵

Sumado a lo expuesto, refirió que *“de conformidad con el artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su*

² Del caso se desprende que el interno contrajo Meningitis aguda sumado a diversas afectaciones que lo llevaron a pesar 55 kg para luego contraer Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.

³ Resulta pertinente recordar en este punto que la Corte es competente para conocer en el caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana, en razón de que Argentina es Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia contenciosa del mentado órgano jurisdiccional en esa fecha.

⁴ De la lectura de los antecedentes del caso se destaca que José Luis Hernández ingreso el día 7 de febrero de 1989 a la Comisaría de la localidad de Monte Grande, Provincia de Buenos Aires, sin presentar lesiones.

⁵ Corte IDH, Caso Hernández vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019, párr.59.

dignidad personal. En ese sentido, el Tribunal ha señalado que las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a construir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención, que no es consecuencia natural y directa de la privación de libertad en sí misma⁶. En relación a las condiciones de las instalaciones en las cuales se encuentran las personas privadas de libertad, mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a la integridad personal⁷. Como responsable de los centros de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos condiciones que respeten sus derechos fundamentales y dejen a salvo su dignidad.”⁸⁹

Como corolario de lo referido, la Corte Interamericana, concluyó que “*el señor Hernández nunca fue examinado por un médico para verificar cuáles eran las causas del estado gripal y el dolor del oído que su madre denunció el 6 de julio de 1989, a pesar de que el Juez de la Causa ordenó que se realizara un reconocimiento médico y se le brindara tratamiento; que estuvo detenido en la Comisaría de Monte Grande desde el 7 de febrero de 1989 hasta el 3 de agosto de 1990, aun cuando no existía espacio físico suficiente para albergar al número de detenidos, situación que fue denunciada por el Jefe de la Policía el 20 de marzo de 1989, y por la madre del señor Hernández el 6 de julio de 1989; y que aun cuando existieron órdenes constantes del Juez de la Causa respecto a que se le brindara atención médica a la presunta víctima una vez que se tuvo conocimiento de su meningitis, las autoridades carcelarias cumplieron dichas ordenes de manera tardía o no las cumplieron.”¹⁰*

III.- Interpretación jurisprudencial del derecho a la salud en contexto de encierro

⁶ Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 101 y Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 160, párr. 314.

⁷ Corte IDH Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 150 y Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 315.

⁸ Corte IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 223, y Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 315.

⁹ Corte IDH, Caso Hernández vs. Argentina., supra, párr.60.

¹⁰ *Idem.*, párr.61.

El cimero tribunal argentino tuvo oportunidad de expresarse en diversas oportunidades respecto a los alcances del derecho bajo estudio. En tal sentido, destacó la relevancia de esta prerrogativa al sostener que: *“El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.”*¹¹

Bajo ese norte, recalcó la importancia de contar con una tutela efectiva al explicar que: *“Cuando se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora, tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso.”*¹²

Sumado a ello, subrayó que *“El derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva.”*¹³

En lo que refiere al alcance del derecho en contexto de encierro, el Alto Tribunal argentino tuvo oportunidad de expedirse al momento de evaluar la concesión de la detención domiciliaria de una persona privada de su libertad, momento en el cual estableció que la afeción al derecho a la salud puede constituir un trato cruel, inhumano o degradante del privado de su libertad o la restricción de derechos fundamentales que la prisión no debe afectar.¹⁴

En el plano continental americano, la Corte IDH se valió del Derecho a la Integridad Personal, previsto en el art. 5 de la Convención¹⁵, para estipular los alcances de esta prerrogativa en contextos de privación de la libertad.

¹¹ CSJN 329:4918.

¹² CSJN 331:563.

¹³ CSJN S. 670. XLII. Sánchez, 15/05/2007; 329:1638; 329:2552; 326:4931.

¹⁴ CSJN 342:1057.

¹⁵ “Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Así, destacó que, en atención a la manda referida, *“el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal.”*¹⁶

De igual modo, estableció que *“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. De otra parte, la falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos.”¹⁷

Dicha inteligencia, resulta consonante con lo establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos al momento de expedirse en casos en los cuales ha habido un tratamiento médico negligente o deficiente a personas privadas de la libertad. Al respecto, el Tribunal tomó en cuenta factores tales como la falta de asistencia médica de emergencia y especializada pertinente, deterioro excesivo de la salud física y mental de la persona privada de la libertad y exposición a dolor severo o prolongado a consecuencia de la falta de atención médica oportuna y diligente, las condiciones excesivas de seguridad a las que se ha sometido a la persona a pesar

² *Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

³ *La pena no puede trascender de la persona del delincuente.*

⁴ *Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.*

⁵ *Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.*

⁶ *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”*

¹⁶ Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

¹⁷ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

de su evidente estado de salud grave y sin existir fundamentos o evidencias que las hicieran necesarias, entre otros, para valorar si se ha dado un tratamiento inhumano o degradante a la persona privada de la libertad.¹⁸

IV.- Significado penal de la conducta omisiva

Conforme se adelantó, el citado Tribunal Interamericano declaró que la integridad personal y la salud del señor Hernández se vieron afectadas como consecuencia de las condiciones carcelarias en que se encontró detenido, así como por la falta de atención médica adecuada y el incumplimiento de las órdenes judiciales dirigidas a garantizar el derecho a la salud del señor Hernández, lo que constituyó una violación al derecho a la protección judicial.

Para así decidir, el citado Tribunal Interamericano recordó que la Convención Americana reconoce en su artículo 5 que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, prevé que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y establece que toda persona privada de libertad deberá ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano.

Mencionó que la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculada con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada a una persona que se encuentre privada de la libertad y bajo custodia del Estado puede conllevar la vulneración del mentado precepto legal.

Sobre la base de dichos criterios, la Corte Interamericana consideró que las omisiones estatales advertidas, si bien no se encontraban dirigidas a humillar o castigar al señor Hernández, sí constituyeron un trato degradante que la presunta víctima experimentó mientras se encontraba bajo la custodia del Estado.

Resulta ciertamente indiscutible que el Estado tiene obligaciones de protección frente a las personas que se encuentran bajo su dependencia. Por ello, sobre el agente penitenciario recae una específica función de protección de la persona privada de su libertad, una obligación especial de salvaguarda, una específica posición de garantía y, en ausencia de ella, deberá responder de acuerdo al alcance de la lesión en función de sus posibilidades de evitarla.

¹⁸ Cfr. C.E.D.H., Caso Sarban Vs. Moldova, (No. 3456/05), supra nota 90, y Caso Paladi Vs. Moldova, (No. 39806/05), G.C., Sentencia de 10 de marzo de 2009.

La estructura de esta posición, se identifica con la propia de una responsabilidad funcional inexorable, cuya desobediencia contraría los propios cimientos de la Nación¹⁹, pues posee, incluso, aptitud suficiente para echar por tierra postulados inmanentes al derecho penal como ser el principio *pro homine* y su finalidad central preventiva especial que debe hallarse en permanente diálogo con el resguardo de la dignidad del individuo y el desarrollo de su libre personalidad.

Se trata de una consecuencia natural de lo normado en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en palabras del mencionado tribunal internacional, representa “*las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos y 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.*”²⁰

Esta “*situación específica*”, resulta indudable en casos de privación de libertad, atento la forzada dependencia existente entre los internos y la unidad carcelaria donde se encuentren alojados. En efecto: “*Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia.*”²¹

De la lectura de los acápites que anteceden, se desprende que, como en el caso, la ausencia de la conducta debida de aquellos funcionarios facultados de velar por la indemnidad psico física de la persona privada de su libertad puede constituir un supuesto de trato cruel, inhumano y degradante. En otros términos, lo dirimente al momento de caracterizar una conducta como penalmente relevante recaerá sobre la constatación de una afectación evitable al bien jurídico protegido.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el significado que debe otorgarse a estas omisiones al momento de establecer una imputación penal. En efecto, los términos utilizados por el Tribunal Interamericano no dejan lugar a dudas respecto a la existencia de una conducta delictiva y una identidad estructural y material de la omisión con la comisión activa conforme lo referido por la citada Convención.

Sin embargo, aquella equivalencia trae consigo problemas propios de la dogmática penal que en la actualidad persisten y que, si bien exceden el objeto de tratamiento del presente trabajo, fueron objeto de un exhaustivo análisis

¹⁹ Recordemos que la manda constitucional prevista en el art. 18 vinculada al estado de las cárceles es clara e inequívoca. Éstas, indica la norma, serán sanas y limpias, constituidas para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas.

²⁰ Corte I.D.H., “Caso Vélez Lóor Vs. Panamá”, 23/11/00, serie C, N° 219, par. 98.

²¹ Corte I.D.H., “Caso Bulacio Vs. Argentina”, 18/9/2003, serie C, N° 100, par. 126.

desarrollado por el Dr. Silva Sánchez, al momento de desarrollar su tesis de una “una situación concreta de garantía”²² como figura intermedia en los casos de funcionarios penitenciarios.

En términos más precisos, el autor español apunta que “para afirmar la existencia de una comisión por omisión no es suficiente la concurrencia de un deber intensificado de evitación del resultado (el llamado deber de garante), sino que se requiere algo más, a saber, (...) el compromiso específico -y manifiesto- de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados.

Así, agrega que “en la comisión por omisión no se trata -no puede tratarse- de una identidad ontológica de la omisión con la comisión activa, pero tampoco basta con una mera equiparación axiológica entre supuestos de causación del resultado y otros de mera infracción de un deber (por muy cualificado que éste sea). Más bien, se precisa una identidad estructural y material, en el plano normativa, de la omisión con la comisión activa. Tal identidad exige la presencia en ambas de un control específico sobre el riesgo que luego se realizará en el resultado: un control que en la comisión activa tiene lugar por la propia creación activa del riesgo, la puesta en marcha de la cadena causal, mientras que en la omisión surge por la adopción previa del compromiso de contención, cuyo posterior incumplimiento conforma la propia omisión. Esta construcción de la comisión por omisión produce, por lo demás, una clase intermedia de omisiones que he denominado ‘omisiones puras de garante’; éstas englobarían las omisiones de sujetos que detentan una posición agravada de responsabilidad sin que se alcance, por otro lado, la referida identidad en el plano normativo”²³.

No resulta objeto del presente trabajo realizar conclusiones en términos de eventuales responsabilidades penales. Empero, cabe sí recalcar que, a la luz de las formulaciones desarrolladas por el citado órgano jurisdiccional interamericano, resulta indudable el carácter penalmente relevante de aquellas omisiones graves y persistentes emparentadas con la plataforma fáctica del caso, cuya entidad resulta suficientemente explicativa de la conculcación del derecho a la salud del señor Hernández.

²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*, en C.P.C., 1989, pp. 367-404.

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario: ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la administración o también responsabilidad penal de los funcionarios?*, en ICARO. *Revista de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el Encierro*, Año 1, N° 1, Di Plácido, Buenos Aires, 2006, p. 253.

Estas expresiones, no importan, ni deben ser entendidas, como un criterio de imputación de carácter meramente objetivo sobre el conglomerado heterogéneo de sujetos que forman parte de una cadena de contención en cuya competencia reside, de forma directa o indirecta, la facultad de velar por la indemnidad de la persona privada de su libertad.

Lo que se intenta, es remarcar que, de acuerdo a los parámetros establecidos en el caso “Hernández vs. Argentina”, una omisión caracterizada como “causa” de una violación al derecho a la salud, atribuible a un funcionario público que posea un deber definido de garante, cuyo resultado derive en la lesión de ese derecho de una persona privada de su libertad, habrá de constituirse en materia de análisis del derecho penal.

A partir de ello, necesariamente, deberá valorarse la jerarquía y obligaciones del sujeto activo, capacidades funcionales, ejercicio de roles, medios de contención disponibles y demás elementos vinculados y ponderables a la hora de delimitar responsabilidades. Lo indudable, insistimos, es que resulta contrario a toda lógica causal que una conducta disvaliosa omisiva en situación de encierro, que conlleve una afectación al derecho a la salud, carezca de relevancia en los términos referidos.

La obviedad de estos conceptos se desvanece al momento de cotejar los datos estadísticos de los diversos organismos gubernamentales unidos en la función de recabar e informar sobre la existencia de investigaciones penales ante supuestos como el aquí expuesto. De allí la imperiosa necesidad de implementar políticas criminales enderezadas a dar respuesta a una problemática que se mantiene indemne con el paso del tiempo.

V.- La resocialización social como imperativo constitucional

Finalmente, resta formular unas breves líneas en torno a este concepto que reviste la base teórica y finalidad en la que se sostiene el régimen de ejecución de penas en nuestro país y que adquirió rango constitucional mediante la incorporación de diversos tratados internacionales (arts. 5º6, CADH y 10.3, PIDCP)²⁴.

²⁴ La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional incorporados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, en la reforma de 1994–, establecen expresamente que: Art.5 CADH. “Derecho a la integridad personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a

En el plano infraconstitucional se encuentra receptado en el art. 1 de la ley 24.660, “Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad” el cual indica que:

“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto.

El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.”²⁵

El postulado de la reinserción social, se trata de una obligación institucional del Estado de proporcionar a las personas privadas de su libertad, por medio de un programa individualizado, las oportunidades necesarias para su desarrollo personal en miras a su reingreso a la sociedad.

Para ello, pone el acento en el carácter personal de la ejecución de la pena, en otras palabras, centra en las características de cada caso en particular. En efecto, se prevé la aplicación de todos los medios de tratamiento interdisciplinario que

torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”. Art. 10 PIDCP. “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3.- El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”.

Artículo sustituido por art. 1° de la ley 27.375, B.O. 28/07/2017.

resulten necesarios para la incorporación de pautas de conductas individuales que favorezcan la interacción con los diversos actores sociales.²⁶

En consecuencia, debe existir una política estatal tendiente a mitigar los efectos del encarcelamiento que se proyecte en el tiempo durante un período previo a su liberación definitiva, mediante programas de seguimiento post-penitenciario.²⁷

De ello se deduce, de acuerdo a lo expuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que “los Estados deben adoptar políticas integrales, orientadas a la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados. El logro de estos objetivos, depende necesariamente del establecimiento de un sistema integral en el que los Estados establezcan planes y programas de trabajo, educación y otros, orientados a brindar a los reclusos las herramientas necesarias para su eventual retorno a la sociedad.”²⁸

Esa situación, encuentra su correlato en el siguiente artículo del citado plexo normativo que estipula expresamente que: “*El condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone*”.²⁹

El precepto legal reafirma la regla general que el único derecho que se pierde al ingresar a un centro carcelario es la libertad ambulatoria. La persona detenida, por regla, continúa siendo titular de iguales derechos que aquellos que transitan el ámbito libre³⁰ y, toda limitación que se imponga deberá estar prevista expresamente

²⁶ Cfr. LÓPEZ, Axel, MACHADO, Ricardo, *Análisis del régimen de ejecución penal. Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de libertad*, segunda edición actualizada y ampliada, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2014, p.52.

²⁷ Cfr. ALDERETE LOBO, Rubén A., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, ZAFFARONI, Eugenio Raúl (director); DE LANCHE, Marcela (coordinación), primera edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pp. 191–192.

²⁸ CIDH, Comunicado de Prensa 56/11. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad culmina visita a Suriname. Washington, D.C., 9/6/2011, Anexo, par. 17, en CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, par. 609.

²⁹ Art. 2º, Ley 24.660.

³⁰ La propia normativa prevé en el transcurso de la privación de la libertad, que el interno tenga la posibilidad de acceder al derecho a trabajar (art. 106), a recibir educación en todos sus niveles (art. 133), a la salud (art. 143), a la asistencia espiritual (art. 153), a establecer o mantener relaciones familiares y sociales directas (arts. 158 y 168) entre otros.

y ser objeto de fiscalización por parte del órgano jurisdiccional competente. Ello, lógicamente, con las salvedades del artículo 12 del Código Penal, en las condiciones de su procedencia y duración.

Siguiendo ese concepto, resulta oportuno traer a conocimiento lo expuesto por la Corte Interamericana en el caso “Instituto de Reeducción del Menor”, del cual se puede inferir como pauta de interpretación de esta consagración la obligación de los Estados partes de *“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 aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de la 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”*.³¹

Es exactamente en ese ámbito “resocializador” donde el interno ve desplazada su capacidad de autoabastecerse en el cuidado de la salud, situación producto natural del encierro, y por ello el Estado habrá de garantizarla con diligencia.

Sería totalmente irracional concebir un estrato de mejoramiento de conductas que implique, a la vez, un desmejoramiento de su plataforma biológica.

El gran desafío que enfrenta el Estado en esta temática específica, indudablemente, remite a la necesidad de poner en diálogo la relevancia penal intrínseca de las omisiones tratadas con la escasez de recursos que muchas veces caracteriza la infraestructura penitenciaria y la formación integral que demandan sus agentes para abordar con eficiencia situaciones potencialmente aptas para lesionar el derecho a la salud de los internos.

La incorporación de estos exiguos parámetros al presente trabajo no resulta casual, por el contrario, responde a la necesidad de referenciar, en términos sumamente acotados, aquel marco conceptual del cual procede la mentada calidad de garante que fuera objeto de tratamiento en los rótulos que anteceden.

³¹ Corte I.D.H., “Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay”, 2/9/04, serie C, N° 112, par. 152 y 153.

VI.- Conclusiones

La manda constitucional prevista en el art. 18 vinculada al estado de las cárceles es clara e inequívoca. Éstas, indica la norma, serán sanas y limpias, constituidas para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas. Sin embargo, el estado actual de las unidades penitenciarias argentinas dista mucho del citado postulado.

Sobrepoblación, hacinamiento, situaciones continuas de conflicto, falta de elementos de higiene, falta de tareas laborales, dificultad en el acceso a procesos de socialización y aprendizaje son algunas de las notas características del sistema carcelario³².

El caso “Hernández vs. Argentina” no resulta ajeno a esta coyuntura, por el contrario, visibiliza un conjunto de problemáticas, vinculadas a la ausencia de espacios suficiente para el alojamiento de internos e incumplimientos de órdenes judiciales dirigidas a salvaguardar el derecho a la salud de las personas privadas de su libertad.

A su vez, representa una muestra de que aquellas omisiones atribuibles al Estado en punto a la calidad, disponibilidad y accesibilidad en materia de atención a la salud, pueden constituir un supuesto de trato cruel, inhumano y degradante.

Con relación a ello, el temperamento adoptado resulta una ratificación, de que, en su calidad de responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos y en particular los servicios de salud, que deberán ser apropiados desde el punto de vista científico.

Sobre la base de estos conceptos, y en línea con los temperamentos adoptados por el cimero tribunal argentino, la Corte Interamericana y demás organismos internacionales, resulta primordial atender a las pautas establecidas por las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos a fin de interpretar el contenido del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad como así también respecto de las condiciones de alojamiento, higiene, tratamiento médico y ejercicio físico, entre otros.

³² La situación expuesta responde a las conclusiones arribadas por parte de la Procuración Penitenciaria de la Nación. (Para mayor precisión ver boletines estadísticos obrantes en <http://www.ppn.gov.ar>).

Como corolario, debemos mencionar que no escapa a nuestro conocimiento la conflictividad y contradicción que trae aparejada la prisión desde su aspecto epistemológico. Incluso advertimos que, ante omisiones deliberadas, los operadores del sistema penitenciario podrían incurrir en conductas típicas conforme los criterios previamente desarrollados.

Así, frente al derecho a la salud de la persona sujeta a encierro, el compromiso estatal resulta ineludible, y ello habrá de concatenarse desde la labor de los órganos legislativos competentes en la traza de políticas sanitarias penitenciarias, hasta la intervención fáctica de los agentes penitenciarios destinados a poner en práctica las medidas en las unidades carcelarias.

Entre ambos, encontraremos la judicatura en cuya obligación recae la necesidad de articular soluciones inmediatas, para lo cual deberá encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, debiendo ante supuestos de inobservancia, formular las investigaciones criminales pertinentes

VII.- Bibliografía consultada

- ALDERETE LOBO, Rubén A., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, ZAFFARONI, Eugenio Raúl (director); DE LANCHE, Marcela (coordinación), primera edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, segunda edición, séptima reimpresión, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2015.
- LÓPEZ, Axel, MACHADO, Ricardo, *Análisis del régimen de ejecución penal. Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de libertad*, segunda edición actualizada y ampliada, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2014.
- MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, t. I, Fundamentos*, segunda edición, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- MELOSSI, Darío, PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, primera edición, séptima reimpresión, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014.
- RIVERA BEIRAS, Iñaqui, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, segunda edición, Del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- SANCINETTI, Marcelo A., *La relación entre el delito de “abandono de persona” y el “homicidio por omisión”. Anotación al fallo “Travi Basualdo, Lorenzo Juan de Dios*

Pedro”, en *Jurisprudencia de Casación Penal*, 1, dirección Patricia ZIFFER, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, primera edición, tercera reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 2012.